



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10945.721137/2012-37
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.758 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de fevereiro de 2015
Matéria IRPJ.
Recorrente JOTA ELE CONSTRUÇÕES CIVIS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

IMPEDIMENTO. SUSPEIÇÃO. ELEMENTOS DE SUPORTE PARA A IMPUTAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

Não se identificando nos autos elementos capazes de indicar que os agentes fiscais integrantes de equipe designada para promover a ação fiscal, estariam impedidos ou sujeitos à suspeição, descabe falar em nulidade do feito administrativo.

PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. ENCERRAMENTO PARCIAL. POSSIBILIDADE.

O encerramento parcial da ação fiscal insere-se na discricionariedade que detém a autoridade fazendária na prática do ato administrativo do lançamento, de modo que o prosseguimento da referida ação fiscalizadora não se confunde com o segundo exame a que alude o art. 906 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99).

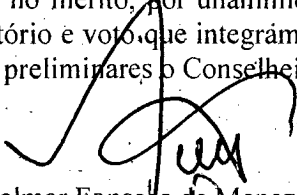
INEXATIDÃO QUANTO AO RECONHECIMENTO DAS RECEITAS DE OBRAS POR EMPREITADA.

A Fiscalização e a decisão recorrida terminaram, pura e simplesmente, por antecipar para 2010 uma receita reconhecida em 2011, valendo-se para tanto de equivocada fixação do termo final da obra.

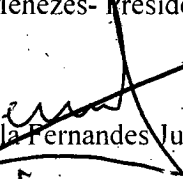
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO, pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar de nulidade (Suspeição), vencidos os Conselheiros Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Júnior (Relator) e Carlos Augusto de Andrade Jenier; por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade (Reexame), vencido o Conselheiro Edwal Casoni de Paula Fernandes

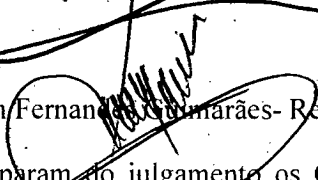
Júnior (Relator); e, no mérito, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso. Nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor quanto às preliminares o Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães.



Valmar Fonseca de Menezes- Presidente



Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior -Relator



Wilson Fernandes Guimarães- Redator Designado

Participaram do julgamento os Conselheiros Valmar Fonseca de Menezes, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jackson da Silva Lucas, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte acima identificada, contra decisão proferida pela 2ª Turma da DRJ em Curitiba/PR.

Depreende-se do presente Processo Administrativo que em desfavor da ora recorrente foram lavrados autos de infração para formalização e exigência de crédito tributário relacionado ao IRPJ e seus reflexos, em relação aos anos-calendário 2007 a 2010.

Ainda de acordo com o presente processo, o auto de infração de IRPJ (fls. 4.362/4.409) exige o recolhimento de R\$ 2.731.122,42 de imposto e R\$ 2.048.341,82 de multa de lançamento de ofício, além dos encargos legais, sendo que o lançamento resultou de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias da interessada, em que foram apuradas as seguintes infrações, relatadas no Termo de Verificação Fiscal (fls. 4.282/4.361):

i) Omissão de receitas de venda e serviços (item 7.1 do TVF): no período de 01/2010. Enquadramento legal no art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; arts. 247, 248, 249, inciso II, 251, 277, 278, 279 e 288 do RIR/1999. Multa de 75%;

ii) Omissão de receitas por presunção legal. Falta de escrituração de pagamentos efetuados (item 10 do TVF): no período de 01/2007, 03/2007, 05/2007, 07/2007, 10/2007, 11/2007-12/2007, 01/2008 a 10/2008 e 12/2008. Enquadramento legal no art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; arts. 247, 248, 249, inciso II, 251, 277, 278, 279, 280, 281, inciso II e 288 do RIR/1999. Multa de 75%;

iii) Custos, despesas operacionais e encargos. Despesas não necessárias (item 9 do TVF): nos períodos de 12/2007, 03/2008, 06/2008, 09/2008, 12/2008, 03/2009, 06/2009, 09/2009, 12/2009 e 12/2010. Enquadramento legal no art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; arts. 247, 248, 249, inciso I, 251, 277, 278, 299 e 300 do RIR/1999. Multa de 75%;

iv) Contratos a longo prazo. Apuração incorreta de custos (item 6 do TVF): nos períodos de 03/2008, 06/2008, 09/2008, 12/2008, 03/2009, 06/2009, 09/2009, 12/2009 e 12/2010. Enquadramento legal no art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; arts. 247, 248, 249, 251, 277, 278 e 407 do RIR/1999. Multa de 75% e 150%;

v) Compra, venda, loteamento, incorporação e construção de imóveis. Determinação incorreta de custos (item 8 do TVF): no período de 12/2010. Enquadramento legal no art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; arts. 247, 248, 249 inciso I, 251, 277, 278, 410, 412 e 413 inciso IV do RIR/1999. Multa de 75%;

vi) Inobservância do regime de escrituração. Redução indevida do lucro real causado por postergação de receitas (item 7.3 do TVF): nos períodos de 12/2007, 09/2008, 03/2009, 09/2009 e 12/2009. Enquadramento legal no art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; arts. 247, 248, 249 inciso II, 251, 273 e 274 do RIR/1999. Multa de 75%;

vii) Inobservância do regime de escrituração. Redução indevida do lucro real causado por postergação de receitas. Empresas imobiliárias e/ou contratos de longo prazo (itens 7.1 e 7.2 do TVF): nos períodos de 09/2008, 12/2008, 09/2009, 12/2009 e 12/2010. Enquadramento legal no art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; arts. 247, 248, 249 inciso II, 251, 273, 274, 408, 410, 411, 412 e 413 do RIR/1999. Multa de 75%;

viii) Distribuição disfarçada de lucros. Alienação de bem à pessoa ligada por valor notoriamente inferior ao de mercado (item 12.3 do TVF): no período de 10/2007. Enquadramento legal no art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; arts. 247, 249 inciso II, 251, 464 inciso I, 465, 466 e 467 inciso I do RIR/1999. Multa de 75%;

ix) Distribuição disfarçada de lucros. Negócios em condições de favorecimento de pessoa ligada (itens 12.1 e 12.2 do TVF): nos períodos de 05/2008 e 12/2010. Enquadramento legal no art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; arts. 247, 249 inciso I, 251, 464 inciso VI, 465, 466 e 467 inciso V do RIR/1999. Multa de 75%;

x) Adições não computadas na apuração do lucro real. Custo/despesa indedutível (item 11 do TVF): no período de 12/2008. Enquadramento legal no art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; arts. 247 e 249 inciso I do RIR/1999. Multa de 75%.

O auto de infração de CSLL (fls. 4.410/4.457) exige o recolhimento de R\$ 979.784,79 de contribuição e R\$ 734.838,58 de multa de lançamento de ofício, além dos encargos legais. Foram apuradas as seguintes infrações, relatadas no Termo de Verificação Fiscal (fls. 4.282/4.361):

i) CSLL – falta de recolhimento da CSLL sobre receitas omitidas: nos períodos de 01/2007, 03/2007, 05/2007, 07/2007, 10/2007, 11/2007, 12/2007, 01/2008 a 10/2008 e 12/2008. Enquadramento legal nos arts. 2º e §§ e 3º da Lei 7.689, de 15 de dezembro de 1988; art. 57 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995; art. 2º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 1º da Lei nº 9.316, de 22 de novembro de 1996; artigo 28 da Lei nº 9.430 de 27/12/1996; artigo 37 da Lei nº 10.637 de 30/12/2002. Multa de 75%;

ii) Custos/despesas operacionais/encargos. Determinação incorreta de custos: nos períodos de 03/2008, 06/2008, 09/2008, 12/2008, 03/2009, 06/2009, 09/2009, 12/2009 e 12/2010. Enquadramento legal nos arts. 2º e §§ e 3º da Lei 7.689, de 15 de dezembro de 1988; art. 57 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995; arts. 2º e 19 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 1º da Lei nº 9.316, de 22 de novembro de 1996; artigo 28 da Lei nº 9.430 de 27/12/1996; artigo 37 da Lei nº 10.637 de 30/12/2002. Multa de 75% e 150%;

iii) Custos/despesas operacionais/encargos. Custos/despesas operacionais/encargos não dedutíveis: nos períodos de 12/2007, 03/2008, 06/2008, 09/2008, 12/2008, 03/2009, 06/2009, 09/2009, 12/2009 e 12/2010. Enquadramento legal nos arts. 2º e §§ e 3º da Lei 7.689, de 15 de dezembro de 1988; art. 57 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995; arts. 2º e 19 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 1º da Lei nº 9.316, de 22 de novembro de 1996; artigo 28 da Lei nº 9.430 de 27/12/1996; artigo 37 da Lei nº 10.637 de 30/12/2002. Multa de 75%;

iv) Inobservância do regime de escrituração. Redução indevida do lucro líquido causada por postergação de receitas: nos períodos de 12/2007, 09/2008, 12/2008, 03/2009, 09/2009, 12/2009 e 12/2010. Enquadramento legal nos arts. 2º e §§ e 3º da Lei 7.689, de 15 de dezembro de 1988; art. 57 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995; arts. 2º e 19 da

Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 1º da Lei nº 9.316, de 22 de novembro de 1996; artigo 28 da Lei nº 9.430 de 27/12/1996; artigo 37 da Lei nº 10.637 de 30/12/2002. Multa de 75%;

v) Lucro distribuído e lucro capitalizado. Distribuição disfarçada de lucros: nos períodos de 05/2008 e 12/2010. Enquadramento legal nos arts. 2º e §§ e 3º da Lei 7.689, de 15 de dezembro de 1988; art. 57 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995; art. 2º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; art. 1º da Lei nº 9.316, de 22 de novembro de 1996; artigo 28 da Lei nº 9.430 de 27/12/1996; artigo 37 da Lei nº 10.637 de 30/12/2002; art. 60 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Multa de 75%;

O auto de infração da Cofins (fls. 4.458/4.469) exige o recolhimento de R\$ 98.772,87 de contribuição e R\$ 74.079,67 de multa de lançamento de ofício, além dos encargos legais. Foram apuradas as seguintes infrações, relatadas no Termo de Verificação Fiscal (fls. 4.282/4.361):

i) Incidência cumulativa padrão. Omissão de receitas sujeita à Cofins: nos períodos de 01/2007, 03/2007, 05/2007, 06/2007, 07/2007, 10/2007, 11/2007 12/2007, 01/2008 a 10/2008, 12/2008 e 01/2010. Enquadramento legal nos arts. 2º, 3º e 8º Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998; art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991; art. 24, §2º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Multa de 75%.

O auto de infração do PIS (fls. 4.470/4.482) exige o recolhimento de R\$ 21.400,80 de contribuição e R\$ 16.050,64 de multa de lançamento de ofício, além dos encargos legais. Foram apuradas as seguintes infrações, relatadas no Termo de Verificação Fiscal (fls. 4.282/4.361):

i) Incidência cumulativa padrão. Omissão de receitas sujeita ao PIS: nos períodos de 01/2007; 03/2007, 05/2007, 06/2007, 07/2007, 10/2007, 11/2007 12/2007, 01/2008 a 10/2008, 12/2008 e 01/2010. Enquadramento legal no art. 1º da Lei Complementar nº 7, de 07 de setembro de 1970; art. 2º inciso I, 8º inciso I e 9º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998; nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998; art. 24, §2º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Multa de 75%.

Devidamente notificada das imputações (fl. 4.485), a contribuinte apresentou Impugnação (fls. 4.493/4.551), alegando o que se resume a seguir:

a) Alega que o primeiro aspecto da impugnação diz respeito à suspeição da Sra. Lorete Berlanda, Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela condução da fiscalização e pela constituição do crédito tributário ora impugnado, com relação à empresa autuada Jota Ele Construções Civis Ltda;

b) Ressalta que na data da lavratura dos autos de infração, qual seja, 20/07/2012, o MPF restou alterado, para que a responsabilidade pela sua execução passasse a ser do Auditor Fiscal Sr. Rafael Gardolinski Venson (cópia do MPF anexa, doc. nº 02), sendo tal situação, no mínimo, inusitada, pois ocorreu exatamente no dia em que o MPF foi encerrado com os lançamentos de ofício, cuja formalização se deu 09:19h;

c) Entende que tal modificação, evidentemente, não tem o condão de retroagir, pois todo o trabalho de fiscalização foi conduzido pela Sra. Lorete Berlanda (não apenas neste caso, mas também nos processos nos 10945.721261/2011-11 e

10945.721263/2011-19, já impugnados e que decorrem do mesmo MPF), só dá sustentação à tese segundo a qual os lançamentos são nulos por força da suspeição da referida Auditora Fiscal;

d) Afirma ser impossível entender a razão para a citada alteração, seja pelo momento em que ocorreu ou porque nada está escrito a respeito, embora o Termo de Verificação Fiscal tenha 80 páginas, o que sugere ser tentativa infrutífera de sanar a nulidade pela suspeição da Sra. Lorete Berlanda;

e) Explica que teve sua sede transferida de Foz do Iguaçu (PR) para Curitiba (PR) em 25/11/2010, nos termos da Quadragésima Alteração Contratual (fls. 197-198), mas que, inexplicavelmente, no MPF em questão, expedido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Curitiba (PR) em 01/03/2011 e onde já consta como domicílio da empresa o endereço de sua sede em Curitiba (PR), foram designados para realizar a ação fiscal Auditores Fiscais lotados na Delegacia da Receita Federal em Foz do Iguaçu (PR);

f) Reclama que a fiscalização de empresa sediada em Curitiba (PR) se deu em Foz do Iguaçu (PR), mas nunca soube a justificativa para este fato, sendo a situação tão intrigante que, nos processos nos 10945.721261/2011-11 e 10945.721263/2011-19, decorrentes do encerramento parcial desta fiscalização, uma das impugnações teve que ser protocolada em Foz do Iguaçu (PR) e a outra em Curitiba (PR), ou seja, nada mais obscuro e injustificável;

g) Acrescenta ser situação mais grave do que essa, que macula o procedimento fiscal e, conseqüentemente, inquina de nulidade o crédito tributário em apreço o fato de a Sra. Lorete Berlanda, Auditora Fiscal que comandou a fiscalização, jamais poderia ter atuado em caso envolvendo a impugnante, em razão de sua suspeição;

h) Esclarece que a empresa Jota Ele Construções Civis Ltda. é sócia ostensiva da Sociedade em Conta de Participação SCP denominada CATARATAS JL SHOPPING, conforme contrato anexo (doc. nº 02). Fez parte desta SCP, desde o ano de 2005, a empresa Cataratas Incorporadora e Administradora de Shopping Centers S.A., CNPJ nº 02.065.080/0001-99, nos termos do contrato anexo (doc. nº 02), que tinha como uma de suas sócias exatamente a Sra. Lorete Berlanda, CPF nº 524.562.509-15. Fatos ocorridos em tal SCP foram, inclusive, investigados na ação fiscal que resultou nos lançamentos ora impugnados, conforme comprova, ilustrativamente, o Termo de Intimação Fiscal nº 08/2011 (fls. 216 - 218);

i) Relata que, em razão da participação comum nesta sociedade, há longa data o Sr. João Luiz Felix (sócio majoritário da impugnante) e a Sra. Lorete Berlanda estabeleceram contato e participaram juntos de reuniões da empresa Cataratas Incorporadora e Administradora de Shopping Centers S.A., conforme ilustram as atas das assembleias ocorridas em 18/06/2002 e em 09/05/2008 (doc. nº 02);

j) Destaca que, quando a questão da suspeição foi levada à apreciação do Sr. Delegado da Receita Federal em Foz do Iguaçu (PR), durante a ação fiscal, o indeferimento da pretensão da empresa partiu, entre outros, do seguinte pressuposto (fls. 1.070): "8. Ouvida a Auditora Fiscal Lorete Berlanda, respondeu que, no período de 1993 a 2008, teve ações do Cataratas Cia Shopping, o qual, em 2005, passou a ser sócio oculto da SCP Cataratas JL Shopping, e que alienou as suas ações para o Sr. João Luiz Felix, sócio da Jota Ele Construções Civis Ltda., em operação normal, sem qualquer tipo de desentendimento no negócio, que, por óbvio, não teria sido realizado se houvesse algum desacordo entre as partes. A Auditora Fiscal ainda informa que ela era somente uma entre outras 131 (cento e trinta e um) acionistas do

Cataratas Cia Shopping que alienaram suas ações na mesma época e que nunca teve contato direto com o Sr. João Luiz Felix, nem pessoalmente e nem por telefone ou outro meio, e que todas as tratativas da alienação de suas ações foram realizadas por intermédio do contador do Cataratas Cia Shopping”;

k) Alega que as atas das assembleias acima identificadas comprovam o contrário, de forma que a suspeição não pode ser novamente ignorada;

l) Afirma que, após uma difícil negociação, a Sra. Lorete Berlanda alienou sua participação na referida SCP para o Sr. João Luiz Felix, sócio majoritário da impugnante. A Sra. Auditora Fiscal deixou o empreendimento em 06/11/2008, de acordo com o Termo de Transferência de Ações anexo (doc. nº 02), recebendo pelas ações vendidas a importância de R\$ 27.862,80, em 13/11/2008, nos termos do documento de transferência bancária que também acompanha esta defesa (doc. nº 02);

m) Considerando tais fatos, entende ser evidente a suspeição da Sra. Lorete Berlanda para realizar ação fiscal contra a Jota Ele Construções Cíveis Ltda., inclusive fora de seu domicílio tributário, que desde meados de 2010 é Curitiba (PR), nos termos dos artigos 18, 19 e 20 da Lei nº 9.784/99, além do art. 37 da CF;

n) Conclui que a flagrante afronta ao princípio constitucional da impessoalidade é causa de suspeição da Auditora Fiscal Sra. Lorete Berlanda para comandar ação fiscal em face da impugnante, o que torna nulos os autos de infração em tela, lavrados por ela;

o) Cita exemplo relacionado à exigência do ano-calendário 2007, e questiona a justificativa para que de uma única ação fiscal resultem dois autos de infração (aquele do processo nº 10945.721263/2011-19 e este) relativamente a um único ano-calendário. No anterior (processo nº 10945.721263/2011-19), as infrações apuradas estão relacionadas à glosa de custos nas obras por empreitada e à omissão de receitas (cuja soma perfaz R\$ 7.317.741,47), ao passo que neste feito a fiscalização presumiu omissão de receitas, glosou despesas financeiras, antecipou receitas oferecidas à tributação em anos-calendário posteriores e considerou determinada operação como distribuição disfarçada de lucros (o valor somado destas infrações é de aproximadamente R\$ 1.200.000,00). Tecnicamente, esta situação é inconcebível, inclusive por força do artigo 146 do CTN;

p) Pugna pelo reconhecimento de nulidade/improcedência das exigências, pelo descumprimento desta regra pela fiscalização, conforme precedentes do CARF;

q) Indaga se a autuação significa que a fiscalização reconhece a improcedência do primeiro auto de infração com relação ao ano-calendário 2007, ou, considerando que já há autuação para o ano de 2007 (e nenhum fato novo ocorreu artigo 149 do CTN), o segundo lançamento é que estaria equivocado; reclama que nada foi escrito pela Sra. Lorete Berlanda com o objetivo de justificá-la;

r) Sugere que a razão para esta omissão decorre do fato de que, do ponto de vista técnico e legal, a conduta da autoridade autuante é insustentável;

s) Acrescenta outra situação que ao seu sentir também indica a clara inobservância ao princípio constitucional da impessoalidade por parte da Sra. Lorete Berlanda. Trata-se da questão da glosa de custos, quando o fundamento utilizado pela fiscalização está

relacionado à utilização do material na obra "a", embora esteja escriturado na obra "b". Explica que, às fls. 1.398 e 1.400, a autoridade lançadora identifica as glosas de custos de R\$ 12.648,35 e de R\$ 21.807,50, respectivamente, para a obra do "Fórum de Novo Hamburgo", relativamente ao fornecedor Reçicabos Comercial Ltda, indicando como justificativa que o material foi utilizado na obra do "Tribunal de Contas de Pernambuco". No entanto, embora tenha diminuído o custo da obra do "Fórum de Novo Hamburgo", tais dispêndios não foram agregados ao custo da obra "Tribunal de Contas de Pernambuco". Quase a totalidade das despesas glosadas foram desprezadas pela fiscalização, como se elas não tivessem ocorrido.

t) Afirma que tal assertiva só comporta uma exceção, explicitada no Termo de Verificação Fiscal, às fls. 4.355, de forma que a fiscalização admitiu a transposição das despesas de uma obra para outra apenas quando tal situação teve como consequência o agravamento da situação da empresa (no caso, gerando um acréscimo de distribuição disfarçada de lucros de R\$ 154.900,83). A diferença de critérios, para fatos idênticos, também denota o desrespeito à impessoalidade. A flagrante afronta ao princípio constitucional da impessoalidade é causa de suspeição da Auditora Fiscal Sra. Lorete Berlanda para comandar e/ou participar de ação fiscal em face da impugnante, o que torna nulos os autos de infração em tela, lavrados por ela;

u) Argumenta que está havendo claro cerceamento do direito de defesa da empresa, pela omissão já, o que reclama a aplicação ao caso do artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72;

v) Pede a declaração desta nulidade;

A DECADÊNCIA PARCIAL DAS EXIGÊNCIAS DE PIS E DE COFINS

w) Assevera que a COFINS e o PIS são contribuições sujeitas ao regime do chamado lançamento por homologação, pois cabe ao contribuinte a apuração da base de cálculo dos tributos e o recolhimento dos montantes devidos, independentemente da atuação de qualquer autoridade administrativa. O procedimento e os pagamentos efetuados são submetidos à autoridade fiscal, que deverá homologar ou não, expressa ou tacitamente, a atividade exercida pelo obrigado. A homologação expressa para os tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação deve se dar no prazo de 5 (cinco) anos, a contar do fato gerador, que, no caso, ocorre em cada competência;

x) Justifica que, nos meses autuados (especificamente com relação às competências 01/2007, 03/2007, 05/2007, 06/2007 e 07/2007) a empresa efetuou recolhimentos de PIS e de COFINS (cópias dos respectivos DARF anexas, doc. nº 03), sendo que a autoridade lançadora exige diferenças supostamente devidas. Ultrapassado o prazo de 5 (cinco) anos, sem ter sido lavrado lançamento de ofício pela autoridade administrativa, considera-se homologada tacitamente a atividade exercida pelo contribuinte e extinto o crédito tributário, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN;

y) Aduz que o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, implica na homologação tácita da atividade exercida pelo contribuinte e, em razão do instituto da decadência, previsto no artigo 156, inciso V, do CTN, extingue o crédito tributário. Os autos de infração em apreço envolvem diferenças de recolhimentos de PIS e de COFINS cujos fatos geradores ocorreram, entre outras, nas competências 01/2007, 03/2007, 05/2007, 06/2007 e 07/2007, sendo que a empresa tomou ciência do lançamento em 01/08/2012. Conclui que as diferenças relativas às competências anteriores a 08/2007, ou seja,

fatos geradores ocorridos entre 01/2007 e 07/2007, já estão decaídas e não podem prosperar, devendo ser excluídas dos lançamentos de ofício;

A OMISSÃO DE RECEITA DA OBRA POR EMPREITADA DA UNIFESP

z) Alega que o primeiro aspecto do lançamento (item 1 do auto de infração de IRPJ) diz respeito a uma pretensa omissão de receita de R\$ 1.615.129,35, em 11/01/2010, relativamente à obra por empreitada realizada para a Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP;

aa) Cita trecho do Termo de Verificação Fiscal, à fl. 4.314;

bb) Esclarece que a importância de R\$ 1.615.129,35 representa o somatório das notas fiscais de números 1.354, 1.656, 1.657, 1.659, 1.660, 1.661, 1.663, 1.664, 1.665, 1.666 e 1.667, a primeira emitida em 04/12/2008 e as demais em 04/05/2010, conforme consta no demonstrativo de fls. 4.264, devendo-se destacar que tal valor não foi recebido, seja no ano de 2010 ou de 2011 ou de 2012. A UNIFESP nunca pagou este crédito para a impugnante, ou seja, o valor de R\$ 1.615.129,35 permanece em aberto. A fiscalização não discorda dessa assertiva. Tal fato é incontroverso, mas por entender que o encerramento da obra se deu em 11/01/2010, concluiu que a receita deveria ter sido oferecida à tributação na referida data;

cc) Contesta tal premissa, pois não encontra sustentação na legislação que rege a matéria (artigo 409, incisos I e II, do RIR/99). Assevera que, com relação a contratos de empreitada firmados com órgãos governamentais, tal qual se verifica quanto ao contrato celebrado pela impugnante com a UNIFESP, o contribuinte pode diferir a tributação de receitas até o momento de seu efetivo recebimento, conforme a própria Instrução Normativa SRF nº 21/1979, que trata da matéria há longa data, em seu item 10;

dd) Justifica que a UNIFESP não pagou para a impugnante o valor de R\$ 1.615.129,35, ou seja, esta receita não foi recebida. Consequentemente, inexistia a obrigação da empresa de oferecer à tributação a importância de R\$ 1.615.129,35, devendo-se concluir pela improcedência da omissão de receita apurada em 11/01/2010. A defesa da impugnante é corroborada pela pacífica jurisprudência do Egrégio CARF;

ee) Requer sejam canceladas as exigências com relação à omissão de receita de R\$ 1.615.129,35, apurada em 11/01/2010;

A SUPOSTA FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE PAGAMENTOS EFETUADOS

ff) Anota que, no item 2 do auto de infração, a autoridade lançadora utiliza-se da presunção de omissão de receita caracterizada pela não contabilização de despesas operacionais, indicando como fundamento da autuação, entre outros, o artigo 281, inciso II, do RIR/99. Os supostos fatos geradores dessa infração ocorreram entre 30/01/2007 e 26/12/2008 (fls. 4.364/4.366). Com relação aos fatos ocorridos no ano-calendário 2007, para justificar a improcedência do lançamento a empresa invoca, novamente, as razões de defesa contidas no item 2 da impugnação, inclusive no que se refere ao cerceamento do direito de defesa. Por qual motivo esta infração não fez parte do primeiro lançamento (processo nº 10945.721263/2011-19)? Esta indagação não tem resposta, pois a fiscalização deixou de explicar o porquê de duas autuações distintas, para um único ano-calendário, como decorrência de uma mesma ação fiscal, sem que nenhum fato novo tenha ocorrido entre ambas;

gg) Recorre ao artigo 146 do CTN, que veda a alteração de critério jurídico para o lançamento, sendo exatamente isso que ocorreu, ao menos aparentemente (a falta de motivação da fiscalização não permite uma afirmação categórica a respeito do assunto). Ademais, as exigências reflexas de PIS e de COFINS para as competências até 07/2007 estão atingidas pela decadência;

hh) Ressalta que, tal qual ocorreu na ação fiscal, que nos idos de 2007 e de 2008 a impugnante fez uma migração de sistema (nesse sentido, vide declaração anexa, prestada pela fornecedora do programa, empresa NL Informática Ltda., doc. nº 04), sendo que desde então algumas informações contábeis passaram a ter problema. Esses erros estão sendo corrigidos a custo de muitos investimentos (materiais e humanos) e ao final deste trabalho as obrigações estarão adequadamente baixadas. Com a comprovação do erro, os lançamentos (principal e reflexos) não podem prosperar, pois inexiste passivo fictício. A presunção de omissão de receita é inaplicável ao caso, conforme decisão do CARF;

ii) Pugna pelo reconhecimento de improcedência do item 2 do auto de infração de IRPJ e de seus reflexos;

A INDEVIDA GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS

jj) Reclama que houve a glosa de despesas financeiras relativas a empréstimos bancários tomados, sob a justificativa de que parte desses valores foi repassada aos sócios, sem a cobrança de encargos, o que caracterizaria a desnecessidade dos respectivos custos para a pessoa jurídica. Pois bem, quanto à improcedência da infração do ano-calendário 2007, no valor de R\$ 133.331,96, a impugnante novamente se socorre das razões de defesa contidas no item 2 da impugnação. Nunca é demais indagar: Por que esta despesa não foi glosada no primeiro lançamento (processo nº 10945.721263/2011-19)? Inexiste resposta para esta pergunta, já que a fiscalização deixou de explicar o motivo pelo qual lavrou duas autuações distintas, para um único ano-calendário, como decorrência de uma mesma ação fiscal, sem que nenhum fato novo tenha ocorrido entre ambas;

kk) Cita o artigo 146 do CTN, que veda a alteração de critério jurídico para o lançamento, sendo exatamente isso que, aparentemente, ocorreu no caso. Ademais, na planilha de fls. 4.111 - 4.141 a fiscalização, inseriu, equivocadamente, empréstimos efetuados pela impugnante para a empresa API SPE 08 Planejamento e Desenvolvimento de Empreendimentos Imobiliários Ltda (que não é sua sócia e, portanto, tal situação não se amolda ao suporte fático descrito para a infração), nos seguintes valores e datas: R\$ 100.000,00, em 18/01/2010 (débito); R\$ 800.000,00, em 19/01/2010 (débito); R\$ 350.000,00, em 25/01/2010 (débito); R\$ 100.000,00, em 29/01/2010 (débito); R\$ 170.000,00, em 01/02/2010 (débito); R\$ 186.000,00, em 19/02/2010 (débito); R\$ 245.000,00, em 22/02/2010 (débito); R\$ 49.000,00, em 23/02/2010 (débito); R\$ 100.000,00, em 26/02/2010 (débito); R\$ 100.000,00, em 02/03/2010 (débito); R\$ 60.000,00, em 05/03/2010 (débito); R\$ 50.000,00, em 08/03/2010 (débito); R\$ 66.000,00, em 09/03/2010 (débito); R\$ 200.000,00, em 18/03/2010 (débito); R\$ 50.000,00, em 19/03/2010 (débito); R\$ 200.000,00, em 22/03/2010 (débito); R\$ 2.900.000,00, em 29/03/2010 (débito);

ll) Explica que a comprovação quanto ao beneficiário destes recursos está no Livro Razão, conta 1.2.1.02.0009 Abyara-API SPE 08 Planej. Desenv. e Imob Ltda., cujo extrato segue anexo (doc. nº 05), sendo que a liquidação destes empréstimos se deu em 31/03/2010 (fls. 4.135). As despesas relativas a estes mútuos, que estão identificadas às fls. 4.134 - 4.135, não podem ser glosadas, pois não se tratam de mera liberalidade da pessoa

jurídica para com seus sócios, como equivocadamente descreveu e entendeu a autoridade fiscal;

mm) Reclama pelo cancelamento dos débitos relativos a esta infração;

A INDEVIDA GLOSA DE CUSTOS DE OBRAS POR EMPREITADA

nn) Descreve que a fiscalização promoveu a glosa de custos de obras por empreitada, para os anos-calendário 2008, 2009 e 2010, conforme demonstrativo de fls. 4.295 (item 4 do auto de infração de IRPJ). As obras em questão são assim identificadas:

"Fórum de Novo Hamburgo", "UNIFESP", "Tribunal de Contas de Pernambuco", "Hospital Infantil Campo Largo", "Hotel das Cataratas" e "Abyara (SPE 8) e "Digidata". Dentre os motivos suscitados pela fiscalização para as glosas estão: "material não aplicado na obra", "data da nota fiscal posterior ao encerramento da obra", "endereço do fornecedor incompatível com o local da obra" e "local de entrega do material é diferente do local da obra";

oo) Destaca que nenhuma despesa glosada tem como justificativa eventual documento inidôneo e também não se questiona a materialidade dos custos, ou seja, a efetiva aquisição dos materiais/serviços e os respectivos pagamentos. Cita passagens do Termo de Verificação Fiscal (fls. 4.291, 4.295 e 4.355);

pp) Enfatiza que, se tais dispêndios não podem compor o custo das obras identificadas pela fiscalização, eles representam, indubitavelmente, custo de outras obras ou despesas operacionais da empresa, as quais, por consequência, são dedutíveis do resultado da pessoa jurídica como um todo (para utilizar a expressão da autoridade autuante).

Em termos de base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o custo referir-se às obras "a" ou "b", salvo melhor juízo, não tem repercussão. Com o objetivo de novamente ilustrar tal colocação, às fls. 1.398 e 1.400 a autoridade lançadora identifica as glosas de custos de R\$ 12.648,35 e de R\$ 21.807,50, respectivamente, para a obra do "Fórum de Novo Hamburgo", relativamente ao fornecedor Recicabos Comercial Ltda., indicando como justificativa que o material foi utilizado na obra da "Tribunal de Contas de Pernambuco". No entanto, embora tenha diminuído o custo da obra do "Fórum de Novo Hamburgo", a fiscalização não agregou tal dispêndio ao custo da obra "Tribunal de Contas de Pernambuco";

qq) Reclama que quase a totalidade das despesas glosadas foram desprezadas pela fiscalização; e que tal assertiva só comporta uma exceção, explicitada no Termo de Verificação Fiscal, às fls. 4.355 (acima transcrito), qual seja, quando a transposição das despesas de uma obra para outra tem como resultado o agravamento da situação da empresa (no caso, gerando um acréscimo de distribuição disfarçada de lucros de R\$ 154.900,83);

rr) Entende que as contradições da autoridade lançadora são insustentáveis, já que o critério não pode ser adotado apenas quando há acréscimo do valor da infração, prejudicando a empresa. Fatos idênticos reclamam tratamento equânime e, ainda, em caso de dúvida, a interpretação tem que ser favorável ao contribuinte, conforme determina o artigo 112 do CTN;

ss) Com base no art. 299 do RIR/99, afirma que todas as despesas glosadas de obras, sem exceção, são necessárias, usuais ou normais e foram efetivamente pagas pela

empresa. Insiste que em nenhum momento a autoridade lançadora fez menção a eventual inidoneidade dos documentos ou à efetividade dos custos;

tt) Cita doutrina, acerca da dedutibilidade das despesas operacionais;

uu) Reitera que todas as despesas, por serem necessárias, normais ou usuais e terem sido efetivamente pagas, devem, obrigatoriamente, entrar no cômputo da apuração do resultado da empresa (seja em razão da obra "a"; "b", "c", etc, quer no ano de 2007, 2008, 2009, 2010 e assim por diante), de modo que também nesta parte os lançamentos não reúnem condições para prosperar;

vv) Acrescenta que a fiscalização promoveu diversas glosas presumindo que os materiais não foram aplicados, mormente pelo fato de que os fornecedores estariam distantes das obras. Ora, se os materiais não foram aplicados nas obras identificadas pela autoridade lançadora, evidentemente restaram utilizados em outras obras patrocinadas pela impugnante (a fiscalização adotou este posicionamento apenas quando o resultado foi mais gravoso para a empresa item 12.1 do Termo de Verificação Fiscal, fls. 4.355, excerto acima transcrito e isso, por óbvio, não pode ser admitido);

ww) Assevera que tal presunção é inaceitável, pois cabe ao Fisco o ônus da prova quanto ao fato alegado, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil – CPC e art. 9º do PAF. As conclusões a que chegou a autoridade lançadora têm suporte apenas em presunções pessoais dela. Os fatos em voga, no mínimo, envolvem circunstâncias bastante duvidosas, o que reclama a aplicação ao caso da regra do artigo 112, inciso II, do Código Tributário Nacional – CTN;

xx) Conclui que, pela ausência de prova da infração imputada à empresa ou, ainda, em razão das circunstâncias bastante duvidosas quanto à natureza ou às circunstâncias materiais dos fatos, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos, não podem prevalecer as glosas de custos motivadas pela presunção de que os materiais não foram aplicados nas obras identificadas pela fiscalização, de modo que os lançamentos não podem subsistir;

"Fórum de Novo Hamburgo"

yy) Descreve que, para esta obra, as razões suscitadas pela fiscalização para promover a glosa de custos de R\$ 1.442.915,45, relativamente ao ano-calendário 2008, são material não aplicado na obra, custo não comprovado, endereço do fornecedor incompatível com a localização da obra, local da entrega do material é diferente do local da obra e data da nota fiscal posterior ao encerramento da obra, conforme consta na planilha às fls. 1.39 - 1.416;

zz) Explica que, diferentemente, no Termo de Verificação Fiscal, às fls. 4.297, a autoridade lançadora asseverou que "Para o ano-calendário de 2008, os custos atribuídos a esta obra estão sendo glosados porque a obra foi concluída em fevereiro de 2006". Em razão das informações contraditórias da fiscalização a defesa da impugnante fica prejudicada, de forma muito evidente, situação que recomenda o reconhecimento de nulidade das exigências, nos termos do artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72;

aaa) Junta as notas fiscais que não teriam sido apresentadas à fiscalização (doc. nº 06), sendo que isso se repetirá para as demais obras. Além disso, acaso, supostamente, o motivo para as glosas esteja relacionado a materiais não aplicados ou a documento com data posterior ao encerramento da obra, os fundamentos da defesa já estão acima delineados, no

A

12

sentido de que se as despesas não podem compor o custo desta obra, elas representam, indubitavelmente, custo de outras obras (várias delas identificadas pela fiscalização) ou despesas operacionais e, portanto, são dedutíveis do resultado da pessoa jurídica como um todo. Além disso, a fiscalização não pode presumir a infração, sendo que a não utilização dos materiais nesta obra não restou provada. O fato de o fornecedor ter endereço incompatível com a localização da obra (segundo a autoridade fiscal), também não pode justificar a glosa;

bbb) Pede que sejam restabelecidas as despesas dedutíveis de R\$ 1.442.915,45, relativamente ao ano-calendário 2008;

"UNIFESP"

ccc) Descreve que a glosa decorre, segundo a fiscalização, de material não aplicado na obra, de custo não comprovado, de endereço do fornecedor incompatível com a localização da obra, do local da entrega do material ser diferente do local da obra ou da data da nota fiscal ser posterior ao encerramento da obra (planilha às fls. 444 - 518);

ddd) Para as situações em que a glosa decorre, presumidamente, do fato de que os materiais não foram aplicados, reitera que se as despesas não podem compor o custo desta obra, elas representam custo de outras obras ou despesas operacionais e, portanto, são dedutíveis do resultado da pessoa jurídica como um todo. Além disso, a fiscalização não pode presumir a infração, sendo que a não utilização dos materiais nesta obra não restou provada;

eee) Argumenta que o fato de o fornecedor ter endereço incompatível com a localização da obra (segundo a agente fiscal), também não pode justificar a glosa. As notas fiscais supostamente não apresentadas para a fiscalização e que serviram de fundamento para a glosa de despesas seguem anexas, juntamente com referida planilha (doc. nº 07);

fff) Especificamente quanto à empresa Gerdau Aços Longos S.A. (nota fiscal nº 229.319, no valor de R\$ 80.309,95), esclarece que muitas vezes as mercadorias foram adquiridas em determinadas épocas para aproveitar condições de negócio e assim elas eram entregues no estabelecimento da impugnante em Cascavel (PR), onde aguardavam determinado período até que fossem encaminhadas para as respectivas obras. Consequentemente, as glosas de custos desta obra também são improcedentes;

"Tribunal de Contas de Pernambuco"

ggg) Descreve que a glosa de custos refere-se aos anos-calendário 2008 e 2009 (diferentemente do que consta no Termo de Verificação Fiscal, onde foi citado, indevidamente, o ano-calendário 2010) e a planilha elaborada pela fiscalização está nas fls. 1.080 - 1.101. Os motivos aduzidos pela fiscalização para efetivar as glosas são material não aplicado na obra, custo não comprovado, endereço do fornecedor incompatível com a localização da obra, local da entrega do material é diferente do local da obra, data da nota fiscal posterior ao encerramento da obra ou nota fiscal lançada em duplicidade;

hhh) Anexa, além da planilha, as notas fiscais das despesas glosadas, que não teriam sido apresentadas à fiscalização (doc. nº 08). Quanto às situações em que a glosa

decorre, presumidamente, do fato de que os materiais não foram aplicados ou as notas fiscais têm data posterior ao encerramento da obra, argumenta que, se as despesas não podem compor o custo desta obra, elas representam custo de outras obras ou despesas operacionais e, portanto, são dedutíveis do resultado da pessoa jurídica como um todo;

iii) Entende que a fiscalização não pode presumir a infração, sendo que a não utilização dos materiais nesta obra não restou provada. O fato de o fornecedor ter endereço incompatível com a localização da obra (no entendimento da fiscalização), também não pode justificar a glosa. Tais despesas não geraram nenhuma redução indevida de tributos a pagar. Portanto, também neste caso o trabalho da autoridade fiscal não pode prevalecer;

"Hospital Infantil Campo Largo"

jjj) Descreve que a glosa de custos para esta obra está assim justificada: material não aplicado na obra, custo não comprovado, endereço do fornecedor incompatível com a localização da obra, local da entrega do material é diferente do local da obra, data da nota fiscal posterior ao encerramento da obra ou nota fiscal lançada em duplicidade;

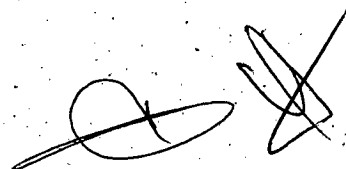
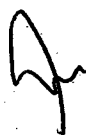
kkk) Afirma que as notas fiscais alegadamente não apresentadas à fiscalização acompanham esta impugnação como doc. nº 09. Como neste ponto também há glosas que decorrem, presumidamente, do fato de que os materiais não foram aplicados, cumpre insistir que se as despesas não podem compor o custo desta obra, elas representam custo de outras obras ou despesas operacionais e, portanto, são dedutíveis do resultado da pessoa jurídica como um todo. Além disso, a fiscalização não pode presumir a infração, sendo que a não utilização dos materiais nesta obra não restou provada. O fato de o fornecedor ter endereço incompatível com a localização da obra (no entendimento da fiscalização), também não pode justificar a glosa. Merecem ser restabelecidas, portanto, as despesas glosadas;

"Hotel das Cataratas"

lll) Descreve que além dos motivos já citados anteriormente, a fiscalização citou "custo não comprovado com documento hábil. Isso deve significar, presumidamente, que as notas fiscais não foram apresentadas. Na dúvida, juntamente com a citada planilha, seguem anexas as tais notas fiscais (doc. nº 10);

mmm) Especificamente com relação às empresas Siderúrgica Norte Brasil S.A. (notas fiscais nos 15.698, 18.577 e 20.732, nos valores de R\$ 83.095,43, de R\$ 84.032,83 e de R\$ 75.978,77, respectivamente) e Gerdau Aços Longos S.A. (nota fiscal nº 246.239, no valor de R\$ 75.150,28), esclarece que muitas vezes as mercadorias foram adquiridas em determinadas épocas para aproveitar condições de negócio e assim elas eram entregues no estabelecimento da impugnante em Cascavel (PR), onde aguardavam determinado período até que fossem encaminhadas para as respectivas obras. E, uma vez mais, para as situações em que a glosa decorre, presumidamente, do fato de que os materiais não foram aplicados, cumpre reiterar que se as despesas não podem compor o custo desta obra, elas representam custo de outras obras ou despesas operacionais e, portanto, são dedutíveis do resultado da pessoa jurídica como um todo. Além disso, a fiscalização não pode presumir a infração, sendo que a não utilização dos materiais nesta obra não restou provada. O fato de o fornecedor ter endereço incompatível com a localização da obra (no entendimento da fiscalização), também não pode justificar a glosa;

nnn) Demonstra, assim, a improcedência destas glosas de custos;



"Abyara API SPE 08"

ooo) Descreve que a fiscalização procedeu a glosa de despesas no montante de R\$ 166.578,29, relativamente ao ano-calendário 2010, pelo fato de que o material não teria sido aplicado nesta obra ou porque o local da entrega do material é diferente do local da obra (planilha às fls. 4.3194.320);

ppp) Insiste que, se as despesas não podem compor o custo desta obra, elas representam, indubitavelmente, custo de outras obras ou despesas operacionais (nos termos do artigo 299 do RIR/99) e, portanto, são dedutíveis do resultado da pessoa jurídica como um todo. Além disso, a fiscalização não pode presumir a infração, sendo que a não utilização dos materiais nesta obra não restou provada. O fato de o fornecedor ter endereço incompatível com a localização da obra (no entendimento da fiscalização), também não pode justificar a glosa;

qqq) Conclui que a impugnante não deduziu custos de forma indevida ou que o trabalho da autoridade fiscal está integralmente incorreto e contraditório, de modo que os autos de infração são improcedentes;

O EQUÍVOCO DA FISCALIZAÇÃO QUANTO À APURAÇÃO DE RECEITAS DE IMÓVEIS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS

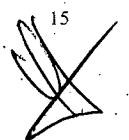
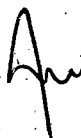
rrr) Relata que, no item 6 do auto de infração do IRPJ, a autoridade lançadora informa que a empresa reduziu indevidamente o Lucro Real em virtude de postergação no reconhecimento de receitas tributáveis, resultando no não recolhimento do imposto de renda, conforme tópico 7.3 do Termo de Verificação Fiscal;

sss) Cita trecho do TVF à fl. 4.334, e explica que a exigência recai sobre os anos-calendário 2007, 2008 e 2009, devendo-se destacar que todos os valores foram oferecidos à tributação em períodos de apuração posteriores, na medida dos respectivos recebimentos, sendo tal fato incontroverso;

ttt) Defende que, para o ano de 2007, pela alteração de critério jurídico da autoridade lançadora entre o primeiro lançamento (processo nº 10945.721263/2011-19) e este, o reconhecimento de improcedência da exigência é medida que se impõe, por força do artigo 146 do CTN e em razão dos argumentos já delineados nos tópicos antecedentes. Além disso, embora a autoridade lançadora afirme que o procedimento adotado pela impugnante (de tributar as receitas em apreço pelo regime de caixa) não tenha respaldo legal, deixou de indicar em qual norma está fundamentado o seu posicionamento, malferindo, novamente, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa;

uuu) Sustenta que não há amparo legal para o lançamento, pois a empresa agiu de acordo com a regra prevista no artigo 413 do RIR/99, sendo que a lei não faz nenhuma distinção quanto a imóveis próprios ou adquiridos de terceiros e não cabe ao intérprete fazê-la. Nos casos de venda de imóveis a prazo, as receitas podem ser reconhecidas na medida dos recebimentos, ou seja, pelo regime de caixa, exatamente da forma como agiu a impugnante, seguindo os parâmetros do artigo 413 do RIR/99.

vvv) O entendimento levado a efeito pela autoridade fiscal carece de respaldo legal, o que reclama o cancelamento das exigências referentes a esta infração;



A INEXISTÊNCIA DE INEXATIDÃO QUANTO AO
RECONHECIMENTO DAS RECEITAS DE OBRAS POR EMPREITADAS

www) Anota que também são improcedentes os lançamentos com relação à suposta inexatidão no reconhecimento das receitas de obras por empreitadas (item 7 do auto de infração do IRPJ), no caso, UNIFESP (R\$ 665.077,54, ano-calendário 2010) e Hotel das Cataratas (R\$ 2.117.224,52 30/09/2008, R\$ 3.532.589,60 31/12/2008, R\$ 2.153.277,68 30/09/2009 e R\$ 801.959,09 31/12/2009). Neste ponto, com relação à obra da UNIFESP, o trabalho da autoridade fiscal consistiu em antecipar, para o ano-calendário 2010, receitas oferecidas à tributação pela empresa no ano-calendário 2011, conforme se verifica às fls. 4.314. Já no que se refere à obra do Hotel das Cataratas, a fiscalização, embora tenha se manifestado, expressamente, no sentido de que concordava com a sistemática de custo orçado adotada pela impugnante, que encontra previsão na própria Instrução Normativa SRF nº 21/79, item 5, na prática acabou utilizando, sem permissão legal para tanto, outro critério, qual seja, recalculou as receitas de cada período de apuração com base em medições efetuadas, antecipando, assim, a tributação de valores que foram espontaneamente incluídos na base de cálculo dos respectivos tributos, no devido tempo, de acordo com a legislação de regência;

xxx) Cita trechos do Termo de Verificação Fiscal, às fls. 4.287 - 4.290 e 4.331 - 4.333;

yyy) Reclama que, no que se refere à obra do Hotel das Cataratas, a fiscalização, diferentemente do que afirmou às fls. 4.290, não acatou a sistemática de custo orçado adotada pela impugnante;

zzz) Cita o item 5 da Instrução Normativa SRF nº 21/79, e alega que a adoção de um dos critérios estabelecidos no inciso I ou no inciso II, do item 5, da referida Instrução Normativa é OPÇÃO DA PESSOA JURÍDICA e não da fiscalização. A autoridade lançadora asseverou, inclusive, que estava de acordo com a sistemática adotada pela impugnante, consistente na emissão das notas com base na execução da obra e no reconhecimento das receitas de acordo com a percentagem que o custo incorrido no período-base representa sobre o custo total orçado, mas aceitou tal critério apenas para a obra da UNIFESP. Afirma que a agente autuante não tem o poder de alterar o critério pelo qual optou a pessoa jurídica, pois a legislação não lhe dá esta liberdade, conforme o artigo 851 do RIR/99;

aaaa) Reforça que a apuração de eventual inexatidão quanto ao reconhecimento de receitas deve respeitar a opção dada ao contribuinte pelo item 5 da Instrução Normativa SRF nº 21/79, e foi nesse sentido, inclusive, que se lavrou o lançamento quanto à obra da UNIFESP (embora ele também esteja equivocado, por outros fundamentos, que estarão adiante especificados);

bbbb) Sustenta que a forma de tributação adotada pela empresa não pode ser modificada pela fiscalização, como está ocorrendo neste feito com a obra do Hotel das Cataratas, de acordo com precedente citado do CARF;

cccc) Conclui que resta justificado o reconhecimento de improcedência do lançamento relativamente ao item 7 do auto de infração do IRPJ (e também de seus reflexos), no que se refere ao Hotel das Cataratas (R\$ 2.117.224,52 30/09/2008, R\$ 3.532.589,60 31/12/2008, R\$ 2.153.277,68 30/09/2009 e R\$ 801.959,09 31/12/2009);

16

dddd) Ainda quanto ao Hotel das Cataratas, ressalta que a obra, cujo início ocorreu no ano de 2008, só foi encerrada em março de 2011, o que se comprova com os aditivos contratuais firmados entre a proprietária do hotel e a impugnante (cópias anexas, doc. nº 11). No segundo aditivo contratual, pactuado em 01/03/2009, está consignado, quanto ao prazo para conclusão dos serviços, o seguinte: "Em razão da inclusão e contratação dos serviços acima descritos, o prazo para a conclusão dos serviços será dividida pelos itens ficando da seguinte forma: Item 1 Data limite para conclusão dos serviços caracterizados no item 1 será o dia 30 de SETEMBRO DE 2010; Item 2 — Data limite para conclusão dos serviços caracterizados no item 2 será o dia 31 de JANEIRO DE 2010; Item 3 Data limite para conclusão dos serviços caracterizados no item 3, 4 e 5 será o dia 31 de MARÇO DE 2011";

eeee) Esclarece que, em razão deste fato e seguindo o critério de emitir as notas com base na execução da obra e de reconhecer as receitas de acordo com a percentagem que o custo incorrido no período-base representa sobre o custo total orçado, conforme lhe permite a Instrução Normativa SRF nº 21/1979, a impugnante ofereceu à tributação, no ano-calendário 2011, relativamente ao Hotel das Cataratas, o valor de R\$ 6.940.272.7411. Isso porque também teve despesas com esta obra no ano de 2011, além do que recebeu créditos em 2011. Na planilha anexa (doc. nº 11), cuja elaboração seguiu as regras da Instrução Normativa SRF nº 21/79, estão expressos, entre outras informações, os custos incorridos, o custo orçado, a receita do período-base e o resultado computável na determinação do lucro líquido;

ffff) Entende que agiu corretamente, seguindo à risca as orientações da Instrução Normativa SRF nº 21/1979, devendo-se concluir, pois, que o trabalho da autoridade lançadora, além de não encontrar respaldo legal, está equivocado e não pode ser aceito, inclusive pela falta de observância aos termos do Parecer Normativo COSIT nº 02, de 28/08/1996, na medida em que, sob a forma de retenção na fonte, a empresa pagou o imposto de renda devido;

gggg) Cita precedentes do CARF e conclui que os autos de infração são improcedentes;

hhhh) Segue argumentando que, no que se refere à UNIFESP, a fiscalização adotou outro critério, qual seja, antecipou a tributação da receita de R\$ 665.077,54 do ano-calendário 2011 para o ano de 2010, época em que, no seu entendimento, a obra foi encerrada, desconsiderando o imbróglio quanto à continuidade das obras ou a existência de créditos pendentes de recebimento, ambos os fatos narrados por ela própria;

iiii) Afirma que tal posicionamento não merece acolhimento, já que a obra teve diversos percalços (conforme evidenciam as manifestações anexas, emanadas do Departamento de Engenharia e Infra Estrutura da Universidade em 24/09/2009 e em 23/07/2009, da Advocacia Geral da União em 25/08/2009 e em 29/07/2009 e do Procurador Chefe da UNIFESP em 24/08/2009, além de aditivos contratuais firmados em 28/07/2009 e em 27/07/2007, doc. nº 12), sendo incontroverso que o instrumento de rescisão contratual enviado pela UNIFESP para a impugnante data de 06/11/2009;

jjjj) Ressalta que a obra não foi concluída e a UNIFESP, inclusive, deixou de pagar para a impugnante o valor de R\$ 1.615.129,35 (considerado como omissão de receita pela fiscalização, cuja defesa está no tópico 4 desta petição). E mais, ainda que se considere correto o critério utilizado pela autoridade lançadora, com a antecipação das receitas para a data de encerramento da obra (por força da rescisão contratual), hipótese admitida apenas para fins de argumentação, ainda assim o trabalho fiscal é falho. Isso porque o instrumento de

rescisão contratual é expresso no sentido de que houve o encerramento da obra no ano-calendário 2009 (o Ofício Reitoria nº 583/2009, fls. 433 - 434 é de 06/11/2009) mas, ainda assim, a receita declarada pela empresa no ano-calendário 2011, no valor de R\$ 665.077,54, foi tributada no ano-calendário 2010 (fls. 4.370), quando, seguindo a premissa adotada, a tributação deveria ocorrer no ano-calendário 2009;

kkkk) Assim, entende que o valor de R\$ 665.077,54 deve ser excluído da base de cálculo do lançamento relativo ao ano-calendário 2010;

llll) Conclui que inexistiu redução indevida do lucro real pela inexatidão na apuração das receitas de obras por empreitadas ou que o trabalho da autoridade autuante carece de respaldo legal, está falho, incorreto e contraditório, de modo que os autos de infração não podem prosperar, inclusive pela inobservância ao contido no Parecer Normativo COSIT nº 02/96;

A QUESTÃO DA ALEGADA DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS – OUTRAS IMPROPRIEDADES DO LANÇAMENTO

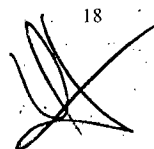
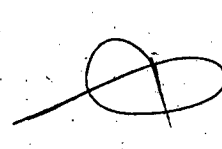
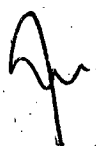
mmmm) Transcreve o item 12.3 do Termo de Verificação Fiscal, às fls. 4.357 - 4.359, referente ao item 8 do auto de infração do IRPJ, e chama a atenção para mais um equívoco da fiscalização, que comparou o tamanho dos imóveis permutados utilizando a área privativa de um e a área do total do outro;

nnnn) Justifica que, nos termos do contrato de fls. 3.789 - 3.791, é fácil perceber que o imóvel de Cascavel (PR) tem área privativa de 382,64 m² e área total de 547,61 m², enquanto o imóvel de Curitiba (PR) possui área privativa de 380,04 m² e área total de 602,476 m². Portanto, as áreas dos imóveis são muito semelhantes e inexistente a disparidade destacada pela Sra. Lorete Berlanda;

oooo) Destaca que todos os erros e/ou contradições da autoridade lançadora trazem prejuízo para a empresa, no mínimo, com relação à verdade dos fatos. Invoca as razões de defesa contidas no tópico 2 da impugnação. Nunca é demais indagar: Por que esta distribuição disfarçada de lucro não foi apurada no primeiro lançamento, que também envolveu o ano de 2007 (processo nº 10945.721263/2011-19)? Inexiste resposta para esta pergunta, já que a fiscalização deixou de explicar o motivo pelo qual lavrou duas autuações distintas, para um único ano-calendário, como decorrência de uma mesma ação fiscal, sem que nenhum fato novo tenha ocorrido entre ambas;

pppp) Cita o artigo 146 do CTN, que veda a alteração de critério jurídico para o lançamento, sendo exatamente isso que ocorreu no caso. Tal motivo já basta para o cancelamento desta exigência. Ressalta que por alguma razão que a impugnante desconhece, a autoridade lançadora deixou de incluir no demonstrativo de fls. 4.358, relativo às alienações de apartamentos do Edifício Porto Gênova, os seguintes negócios (cópias dos contratos estão anexas, doc. nº 13);

qqqq) Pondera que, se é para seguir o critério mais favorável à empresa, como afirmou a fiscalização, deve-se adotar o valor de R\$ 700.000,00 como preço de alienação, ao invés de R\$ 930.000,00, sendo que, por força do artigo 112 do CTN, na dúvida, a interpretação deve sempre beneficiar o contribuinte, mormente em casos como este;



rrrr) Declara que não houve à tal distribuição disfarçada de lucros, sendo o lançamento improcedente ou, ao menos, a base de cálculo da exigência deve ser reduzida para R\$ 9.721,28 (R\$ 700.000,00 - R\$ 690.278,72);

ssss) Ainda com relação à distribuição disfarçada de lucros, cita trecho do Termo de Verificação Fiscal (fls. 4.355);

tttt) Insiste na necessidade de observância de um único critério, ou seja, se despesas escrituradas em outras obras serviram de fundamento para aumentar a distribuição disfarçada de lucros apurada no item 9 do auto de infração de IRPJ, também deve haver a alocação ou o devido aproveitamento de despesas glosadas na obra da UNIFESP, mas que se referem à obra do Tribunal de Contas de Pernambuco (este é apenas um exemplo, pois as glosas de uma obra devem ser inseridas como despesa de outra obra), conforme exaustivamente defendido no item 7 da impugnação;

uuuu) Pugna pelo cancelamento das exigências;

A AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO DA MULTA DE 150%

vvvv) Alega que a multa qualificada está prevista no § 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.488/2007, e destaca que os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 tratam das figuras da sonegação, da fraude e do conluio;

www) Cita trecho do Termo de Verificação Fiscal, às fls. 4.298, e conclui que a fiscalização sequer tentou enquadrar a conduta da empresa nos tipos previstos nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/64, tal qual prevê o § 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96. Reclama que a premissa adotada (postergação de receitas) não está relacionada à conclusão que autorizaria a exasperação da penalidade (indevida escrituração de custos). De acordo com o § 1º, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96, a multa de ofício qualificada só tem cabimento se restar caracterizada a prática das infrações previstas nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64 (sonegação, fraude ou conluio). E isso, efetivamente, não ocorreu no caso em tela, tanto que a fiscalização sequer tentou enquadrar a conduta da empresa nos conceitos de sonegação, fraude ou conluio;

xxxx) Assevera ser evidente que a conduta da impugnante não se amolda conceitos de sonegação, fraude ou conluio, conforme definição dada pelos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64;

yyyy) Destaca que se os custos glosados não são dedutíveis para determinadas obras, conforme concluiu a fiscalização, representam, nos termos do artigo 299 do RIR/99, já transcrito, despesas operacionais da empresa ou referem-se a despesas de outras obras e nessa situação, de alguma forma, devem entrar no cômputo da apuração do resultado da impugnante. Consequentemente, tais despesas não geraram nenhuma redução indevida de tributos a pagar. A própria autoridade lançadora asseverou que as glosas estavam relacionadas às obras e não aos custos da empresa como um todo. As despesas, sem exceção, são dedutíveis do resultado da empresa e nenhuma nota fiscal referente aos custos glosados é inidônea. As glosas decorrem de diferenças de critérios interpretativos entre a contribuinte e a fiscalização, mas, obviamente, não envolvem dolo da empresa, que jamais pretendeu sonegar, fraudar ou agir em conluio. Não se está diante de nota calçada, de nota fria, de recursos bancários movimentados em conta bancária de interposta pessoa, onde a sonegação, a fraude ou o conluio

A:

estão claramente presentes. A impugnante continua entendendo que são improcedentes as glosas de despesas promovidas pela fiscalização, em razão dos motivos especificados no item 7 da defesa;

zzzz) Acrescenta que, nos termos do artigo 44, § 1o, da Lei nº 9.430/96, a multa de 150% só é exigível nos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. A sonegação, a fraude e o conluio não se presumem e devem ser provados pela fiscalização. No caso, é inaceitável a exasperação da penalidade, pois não há prova de nenhuma conduta dolosa da empresa. Resta cristalino, pois, o desacerto com relação à aplicação da multa de 150%;

aaaaa) Cita decisões do CARF;

bbbbb) Alega ser plenamente aplicável ao caso o Enunciado de Súmula nº 14 do CARF, segundo o qual: "A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo." Os fatos em tela, no mínimo, geram fundada dúvida quanto às conclusões a que chegou a autoridade fiscal, nos termos do artigo 112, incisos II e IV, do CTN;

ccccc) Diante do exposto, pugna, inicialmente, pela decretação da nulidade dos lançamentos em apreço (IRPJ e reflexos), em razão da: a) suspeição da Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil, Sra. Lorete Berlanda; b) ocorrência de cerceamento do direito de defesa; e c) flagrante alteração dos critérios jurídicos adotados neste feito em comparação com o que se verifica no processo nº 10945.721263/2011-19 (item 2 da impugnação);

ddddd) Reclama pelo reconhecimento da decadência das exigências de PIS e de COFINS para os fatos geradores ocorridos até a competência 07/2007 (item 3 da impugnação);

eeeee) Quanto ao mérito, requer seja reconhecida a improcedência dos autos de infração (IRPJ e reflexos), pois inexistiu omissão de receita de obras por empreitada (item 4 da impugnação), é inaplicável ao caso a presunção de omissão de receita caracterizada pela não contabilização de despesas operacionais (item 5 da impugnação), não ocorreu a dedução indevida de despesas financeiras (item 6 da impugnação) e nem de custos de obras por empreitada (item 7 da impugnação), não houve redução indevida do lucro real com relação a imóveis adquiridos de terceiros (item 8 da impugnação) e nem tampouco no que se refere a receitas de obras por empreitada (item 9 da impugnação), além do que, finalmente, não procede a acusação de distribuição disfarçada de lucros (item 10 da impugnação);

fffff) Pedes, ainda, o afastamento da aplicação da multa qualificada de 150%, pois os fatos em apreço não se enquadram em nenhuma das regras dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 (item 11 da impugnação);

ggggg) Protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas necessárias para o deslinde da questão;

As fls. 1065/1068, consta petição protocolada pelo contribuinte em 06/03/2012, endereçado ao Delegado da DRF/Foz do Iguaçu, pela qual pugna pelo imediato encerramento da ação fiscal, seja em razão do domicílio fiscal da empresa, que desde 25/11/2010 é Curitiba (PR), seja pela suspeição da Sra. Lorete Berlanda, Auditora Fiscal da

20

Receita Federal do Brasil responsável pela fiscalização. Apresenta razões em teor similar à arguição de suspeição contida na impugnação.

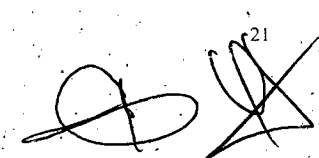
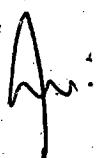
O pleito foi indeferido, conforme Informação Fiscal de fls. 1069/1072, pelas seguintes razões: a) a autoridade outorgante do MPFF 0910100.2011.001899 é o Superintendente da Receita Federal da 9ª Região Fiscal, nos termos da Portaria RFB nº 11.371/07, art. 6º, §4º; b) o procedimento de fiscalização na interessada, sob execução de Auditores Fiscais lotados na DRF/Foz do Iguaçu, encontra previsão na Portaria RFB nº 11.371/07 e atende a critérios de melhor aproveitamento da mão de obra fiscal na 9ª Região Fiscal; c) não foram apresentados elementos que caracterizem ou indiquem suspeição da Auditora Fiscal Lorete Berlanda, nos termos do art. Lei nº 9.784/99; d) não foram apresentados elementos que indiquem ter havido qualquer conduta abusiva ou improbidade por parte dos Auditores Fiscais responsáveis pela fiscalização; e) não foram apresentados elementos que apontem a ocorrência de falha ou prejuízo na instrução processual; f) fiscalizações em andamento não são encerradas em razão de arguição de suspeição das autoridades fiscais responsáveis pelo procedimento, mas redistribuídas, caso se verifique a ocorrência de prejuízo ao sujeito passivo ou à instrução processual, o que não ocorreu no presente caso; g) sem a existência de motivos relevantes, haveria prejuízos indevidos à Administração Fiscal caso se procedesse a substituição da Auditora Fiscal no estágio atual da fiscalização.

A 2ª Turma da DRJ em Curitiba/PR, nos termos do acórdão e voto de folhas 5.208 – 5.318, julgou o lançamento parcialmente procedente, para os fins de afastar a preliminar de suspeição, reconhecer a decadência do PIS e Cofins dos fatos geradores anteriores a 01/08/2007, e, no mérito, julgar procedentes em parte os lançamentos, para reduzir a exigência de IRPJ para R\$ 2.483.956,30, reduzir a exigência de CSLL para R\$ 908.519,02, reduzir a exigência de PIS para R\$ 19.292,18, e reduzir a exigência da Cofins para R\$ 89.040,84, todos com respectivas multas e juros de mora.

Como mencionado acima, afastou-se a preliminar de nulidade seja pelo fato de a fiscalização ter sido conduzida por DRF de jurisdição diversa da do domicílio do contribuinte, seja pela suposta suspeição da auditora fiscal, citando nesse propósito o teor da Súmula CARF nº 27.

Especificamente quanto à alegada suspeição, reputou a decisão recorrida, em resumo, que o servidor deve declarar-se impedido por motivo de interesse direto, participação processual ou litígio com o interessado, ou suspeito, em caso de amizade ou inimizade notória, consoante artigo 18, do Decreto nº 70.235/72 e caberia, portanto, à recorrente, trazer prova de existência de uma dessas hipóteses de impedimento ou suspeição, o que não ocorreu, já que o mero fato de a servidora ter tido participação societária na Cataratas Incorporadora e Administradora de Shopping Centers S.A não configura qualquer vício que a impedisse de atuar na ação fiscal.

Também como já adiantado acatou-se a preliminar de decadência do PIS e Cofins dos fatos geradores anteriores a 01/08/2007, eis que na ausência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial iniciou-se a partir da data do fato gerador (§ 4º do art. 150 do CTN) e se a ciência dos autos de infração deu-se em 01/08/2012, conforme AR de fl. 4.485, impunha-se o reconhecimento da decadência do PIS e da Cofins com fatos geradores anteriores a 01/08/2007, esclarecendo, todavia, que com relação ao IRPJ e à CSLL, não há exigência decaída, já que em 2007 a apuração do lucro foi anual.



Quanto ao mérito, dividiu-se o enfrentamento de acordo com as imputações, iniciando-se pela **Glosa de custos em contratos a longo prazo. Itens 4 a 6 do TVF. Anos calendários 2008, 2009 e 2010**, esclarecendo que analisava-se neste tópico as glosas de custos nas obras por empreitada, correspondente ao item 6 do TVF e que as demais são apreciadas na sequência.

Esclareceu-se que a mesma infração foi apurada pela fiscalização, relativamente aos anos calendários 2006 e 2007, que são objeto do processo administrativo nº 10945.721263/2011-19.

No propósito de enfrentamento das imputações e argumentos de defesa já relatados acima, esclareceu a decisão recorrida que a questão central dessa discussão é a assertiva de que determinado custo ou despesa somente pode ser deduzido na apuração do lucro real se a correspondente receita fizer parte da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, sendo essa conclusão, além de ser evidente, extraída da legislação comercial, mais precisamente do art. 187, § 1º da Lei nº 6.404/76.

Reputou-se assim, que se a empresa contabiliza certo custo em determinado centro de custo, o qual, por sua vez, está associado à determinada obra, é lícito concluir que esse dispêndio foi gasto com vistas ao recebimento de receita correspondente àquele serviço. Assim, constatadas as condições de dedutibilidade do custo/despesa, e verificado que a correspondente receita foi oferecida à tributação, a escrituração está regular. Por outro lado, se determinado custo foi contabilizado na conta associada a certa obra, mas na verdade foi utilizada em obra diversa, o fisco está autorizado a glosá-lo, porque já não há mais certeza do oferecimento à tributação da correspondente receita e que diante de uma contabilidade complexa, com múltiplas contas de receitas, custos e despesas, como é o caso do contribuinte, foge do razoável exigir que a fiscalização descubra o correto centro de custo, obrigação esta que deve ser atribuída à fiscalizada.

Com estas premissas estabelecidas, passou a decisão recorrida a apreciar cada glosa efetivada, fazendo-o nos termos abaixo reproduzidos:

[...]

Construção do Fórum Novo Hamburgo/RS

[...]

52. Analisando-se as provas trazidas pela impugnante, conclui-se que não há reparos a fazer nas glosas.

53. Para essa obra, que teve por objeto, a execução da construção do prédio destinado ao Foro da Comarca de Novo Hamburgo/RS, houve glosas para os anos calendários de 2006 a 2008, sendo que as relativas aos dois primeiros anos estão sendo discutidas no processo nº 10945.721263/2011-19. As glosas de 2008 são as relacionadas nas planilhas de fls. 1395/1416, com dados das notas fiscais e motivos da glosa, totalizando R\$ 1.410.078,24.

54. A auditoria foi feita com base em informações prestadas pelo cliente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a partir do ofício expedido pela fiscalização, nº 20/2011 (fls. 1664/1665). Na resposta, foi encaminhado o

Ofício nº 293/2011DIR/DESPESA do TJ/RS (fl. 1.394), em que foram constatados os seguintes fatos: a) as últimas notas fiscais emitidas para a obra datam de janeiro/2006 (NF nºs 669 a 670, 671 e 674); b) em 23/02/2006, foi lavrado o termo de recebimento provisório, já que após a vistoria da obra foram constatadas algumas pendências; c) em 24/08/2006, foi lavrado o Termo de recebimento definitivo. Diante disso, a autoridade fiscal glosou todos os custos escriturados em 2008, já que a obra foi concluída em fevereiro de 2006.

55. Na impugnação, o contribuinte alega que sua defesa teria sido prejudicada por suposta contradição incorrida pela fiscalização, que apontou, na planilha de fls. 1395/1416, determinados motivos (material não aplicado na obra, custo não comprovado, endereço do fornecedor incompatível com a localização da obra, local da entrega do material diferente do local da obra, data da nota fiscal posterior ao encerramento da obra), e, no TVF, justificou as glosas porque a obra foi concluída em fevereiro de 2006.

56. A reclamação não procede; todavia. Não há qualquer incompatibilidade nas explicações dadas pela auditora fiscal, até porque determinados motivos não excluem outros quando cumulativos, como é o caso. Além disso, na referida planilha elaborada pela fiscalização, além dos motivos apontados pela interessada, tem-se que, em todas as glosas, consta também a de número "6", correspondente a "data da nota fiscal posterior ao encerramento da obra". Ademais, mesmo no TVF, no mesmo tópico referente à glosa de custos da Construção do Fórum Novo Hamburgo/RS, há expressas menções àqueles demais motivos, quando a autuante justifica a qualificação da multa, às fls. 4297/4298. Ela relata que a empresa adota a prática de postergar as receitas para períodos futuros para que os resultados sejam anulados mediante artifícios dolosos, como a escrituração tardia de custos de obras já concluídas, em centro de custo diverso. Um exemplo mencionado foi com as notas fiscais de fls. 1417/1663 em cujos versos havia carimbos de recebimento de mercadoria na obra de incorporação do Edifício Porto Genova, localizado na Avenida Visconde de Guarapuava, nº 4629 Batel – Curitiba/PR, que foram rasurados e substituídos por outros, referenciando a obra de Novo Hamburgo.

57. Às fls. 4692 e seguintes, a impugnante juntou cópia de notas fiscais que não teriam sido apresentadas durante a fiscalização. Verifica-se que, na planilha de fls. 1395/1416, a autoridade fiscal descreveu observações para uma série de notas fiscais glosadas, indicando "nota fiscal ou outro documento hábil para comprovação do custo não foi apresentado". O fato relevante é que, para estas notas, assim como ocorreu para todas as demais, as glosas também foram motivadas pelo critério da data (posterior ao encerramento da obra), conforme já explicado, situação esta que resta confirmada pelas datas dos documentos anexados, todas posteriores a fevereiro de 2006. Sendo assim, as provas juntadas não servem para afastar as glosas.

58. Finalmente, quanto ao argumento de que se as despesas não podem compor o custo desta obra, elas representariam custo de outras obras ou

A

23

despesas operacionais, que seriam dedutíveis do resultado da pessoa jurídica como um todo, conforme já explanado anteriormente, cabe ao contribuinte comprovar o oferecimento à tributação das receitas associadas aos custos glosados, o que não foi cumprido.

UNIFESP

[...]

60. Analisando-se as provas trazidas pela impugnante, conclui-se que não há reparos a fazer nas glosas.

61. Para essa obra, que teve por objeto o fornecimento de material e mão de obra para execução de obras de construção do Edifício de Pesquisas II, houve glosas para os anos calendários de 2006 a 2010, sendo que as dos dois primeiros anos são discutidas no processo nº 10945.721263/2011-19. As glosas são as relacionadas nas planilhas de fls. 444/519, com dados das notas fiscais e motivos da glosa, totalizando R\$ 1.255.773,69.

62. As informações foram fornecidas pela Universidade Federal de São Paulo, em resposta às intimações EQMAC números 11/2011 e 24/2011, pelas quais foram solicitados os boletins de medição do material aplicado na obra, e a data da conclusão da obra. A fiscalização apurou que, em 16.11.2009 a empresa Jota Ele Construções Cíveis Ltda., mediante o Ofício Reitoria n. 583/09 (fls. 433/434) tomou ciência da notificação para o encerramento dos trabalhos no imóvel e retirada dos materiais, equipamentos e pessoal contratado pela construtora, tendo em vista a expiração do prazo final e a falta de conclusão do objeto contratado. Consta ainda que, em 11/01/2010, mediante o Ofício n. 003/2010, à fl. 435, a empresa foi novamente notificada pela UNIFESP para, num prazo de 03 dias a contar daquela data, efetuar a retirada dos restantes dos materiais/equipamentos presentes no local. A partir destes fatos, a fiscalização concluiu que o término da obra deu-se em 11/01/2010.

63. O contribuinte foi intimado a comprovar todos os custos escriturados nas contas "561010011 Fretes e Carretos", "561010009 Materiais Aplicados" e "561010010 - Serviços de Terceiros". Na auditoria, a auditora fiscal identificou 535 notas fiscais, totalizando R\$ 1.219.290,52 de custo lançado somente nas contas de "Material Aplicado" e "Serviços de Terceiros", emitidas posteriormente ao encerramento da obra, e com várias outras irregularidades que, em linhas gerais, tratava-se de escrituração de custos que não guardavam nenhuma relação com a obra para a qual foram atribuídos.

64. Na impugnação, a litigante insiste na tese de que, quanto às despesas utilizadas em outras obras, elas representariam custo ou despesas operacionais, dedutíveis do resultado da pessoa jurídica como um todo. Tal argumento somente é aceitável se o contribuinte comprovar a tributação das respectivas receitas, conforme já explicado.

65. Rejeito também as alegações de falta de prova da não utilização dos materiais na obra, que resultaria em presunção de infração, ou que o fato de o

24

fornecedor ter endereço incompatível com a localização da obra não poderia justificar a glosa. É que a fiscalização produziu provas robustas que comprovaram que determinados custos não tinham qualquer relação com as obras a eles atribuídas. Os exemplos citados no TVF são fatos:

[...]

66. A impugnante juntou as notas fiscais não apresentadas à fiscalização, às fls. 4763 e seguintes, e explica que, especificamente quanto à empresa Gerdau Aços Longos S.A. (nota fiscal nº 229.319, no valor de R\$ 80.309,95), muitas vezes as mercadorias foram adquiridas em determinadas épocas para aproveitar condições de negócio e assim elas eram entregues no estabelecimento da impugnante em Cascavel, onde aguardavam determinado período até que fossem encaminhadas para as respectivas obras.

67. No entanto, não há como acolher essas provas. Verifica-se, na planilha de fls. 444/519, que todas as notas fiscais com indicação “Nota fiscal ou outro documento hábil para comprovação do custo não foi apresentado”, também foram glosadas pelo motivo 6, ou seja, “data da nota fiscal posterior ao encerramento da obra”, de forma que a apresentação do documento fiscal não é suficiente para afastar a glosa. Isso inclui a nota fiscal emitida pela Gerdau Aços Longos, que foi emitida em 29/01/2010 (fl. 4763).

Tribunal de Contas de Pernambuco

[...]

69. Analisando-se as provas trazidas pela impugnante, conclui-se que as glosas merecem reparos.

70. Para essa obra, que teve por objeto a construção do novo prédio sede do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, houve glosas para os anos calendários de 2006 a 2010, sendo que as dos dois primeiros anos são discutidas no processo nº 10945.721263/2011-19.

As glosas são as relacionadas nas planilhas de fls. 1080/1101, com dados das notas fiscais e motivos da glosa, totalizando R\$ 723.902,29.

71. As informações foram fornecidas pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, em resposta ao Ofício nº 09/2011 da EQMAC/DRF/FOZ, pela qual foram solicitados os boletins de medição do material aplicado na obra e planilhas de orçamento de quantitativos e preços unitários. O contribuinte foi intimado a comprovar todos os custos escriturados nas contas “599070001 – Material Bruto”, “599070002 – Material de Acabamento” e “599070003 – Fretes e Carretos”.

72. A fiscalização considerou, com base em informações e documentos apresentados pelo contratante, que a conclusão da obra deu-se no final de 2008. Conforme a Comunicação Interna de fls. 1078/1079, a trigésima quinta e última medição da obra (relacionada a NF nº 1326, de 22/12/2008) refere-se a materiais e serviços executados no período de abril de 2008 a agosto de

2008, período em que a empresa ainda apresentava funcionários de seus quadros na referida obra. Consta também que a quitação destes serviços apenas no mês de dezembro de 2008 foi motivada pela existência de desconformidades na obra. Além disso, em 23/04/2009 foi publicado no Diário Oficial do Estado o décimo termo aditivo ao contrato TC nº 114/2005 (relativo a esta obra), prorrogando o prazo de vigência por mais 06 (seis) meses (período de 13/01/2009 a 12/07/2009), com a justificativa de correções na execução contratual que impediram a formalização do Termo de recebimento Definitivo pelo TCE/PE, cópia à fl. 1.102.

73. Na impugnação, a litigante insiste na tese de que, quanto às despesas utilizadas em outras obras, elas representariam custo ou despesas operacionais, dedutíveis do resultado da pessoa jurídica como um todo. Tal argumento somente é aceitável se o contribuinte comprovar a tributação das respectivas receitas, conforme já explicado.

74. A impugnante anexou cópias de notas fiscais das despesas glosadas, que não teriam sido apresentadas à fiscalização, às fls. 4919 e seguintes. Dessa feita, a apresentação do documento torna viável a análise da dedutibilidade, nos casos em que a glosa deu-se somente pela falta de apresentação à fiscalização. Por outro lado, verifica-se que boa parte das notas fiscais apresentadas na impugnação foi glosada por falta de apresentação de documentação acrescida de outros motivos, todos considerados procedentes por esta instância julgadora, o que torna despicienda a apreciação do documento. Tem-se a seguir a relação das notas fiscais apresentadas, cuja glosa deu-se somente pela falta de apresentação, com o resultado da análise por esta instância julgadora:

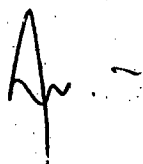
[...]

75. Observa-se, portanto, que nenhuma glosa pôde ser afastada, já que as notas fiscais referem-se, ou a serviços prestados em outras obras, ou a fornecedor com endereço incompatível com a localização do Tribunal de Contas de Pernambuco.

76. Rejeito também as alegações de falta de prova da não utilização dos materiais na obra, que resultaria em presunção de infração, ou que o fato de o fornecedor ter endereço incompatível com a localização da obra não poderia justificar a glosa. É que a fiscalização produziu provas robustas que comprovaram que determinados custos não tinham qualquer relação com as obras a eles atribuídas. Foi constatado que grande parte das notas fiscais glosadas para esta obra referiam-se a material aplicado na obra de incorporação do Edifício Porto Genova, construída na Avenida Visconde de Guarapuava, nº. 4629, Batel, Curitiba – PR. Tais dados constam no corpo da nota fiscal, no campo “Dados Adicionais ou Informações complementares”, e no verso da nota fiscal com carimbo com a descrição “Porto Genova” e ateste de recebimento.

Hospital Infantil de Campo Largo

[...]



78. Analisando-se as provas trazidas pela impugnante, conclui-se que as glosas merecem reparos.

79. Para essa obra, que teve por objeto a construção do Hospital Regional Infantil no município de Campo Largo, houve glosas para os anos calendários de 2006 a 2009, sendo que as dos dois primeiros anos são discutidas no processo nº 10945.721263/2011-19.

As glosas são as relacionadas nas planilhas de fls. 1673/1744, com dados das notas fiscais e motivos da glosa, totalizando R\$ 1.389.199,75.

80. As informações foram fornecidas pela Secretaria de Estado de Obras Públicas do Governo do Estado do Paraná, em resposta ao Ofício nº 22/2011 da EQMAC/DRF/FOZ, pela qual foram solicitados os boletins de medição do material aplicado na obra. O contribuinte foi intimado a comprovar todos os custos escriturados nas contas “711060001 – Serviços de Terceiros – Pessoa Jurídica”, “701070002 – Material de Acabamento” e “711070001 – Material Bruto” e “711070003 – Fretes e Carretos”.

81. Na impugnação, a litigante insiste na tese de que, quanto às despesas utilizadas em outras obras, elas representariam custo ou despesas operacionais, dedutíveis do resultado da pessoa jurídica como um todo. Tal argumento somente é aceitável se o contribuinte comprovar a tributação das respectivas receitas, conforme já explicado.

82. A impugnante anexou cópias de notas fiscais das despesas glosadas, que não teriam sido apresentadas à fiscalização, às fls. 4950 e seguintes. Dessa feita, a apresentação do documento torna viável a análise da dedutibilidade, nos casos em que a glosa deu-se somente pela falta de apresentação à fiscalização. Por outro lado, verifica-se que boa parte das notas fiscais apresentadas na impugnação foi glosada por falta de apresentação de documentação acrescida de outros motivos, todos considerados procedentes por esta instância julgadora, o que torna despicienda a apreciação do documento. Tem-se a seguir a relação das notas fiscais apresentadas, cuja glosa deu-se somente pela falta de apresentação, com o resultado da análise por esta instância julgadora.

83. Ressalto que, para analisar as notas fiscais juntadas, não senti necessidade de baixar o processo em diligência para pedir colaboração da fiscalização, como havia procedido no processo nº 10945.721263/2011-19. A fim de afastar eventual reclamo de mudança de critério, justifico que, analisando-se os resultados daquela diligência, percebe-se que as conclusões da autoridade fiscal foram extraídas de informações contidas nas próprias notas fiscais. Sendo assim, e levando em conta que as obras envolvidas nos dois processos são as mesmas, apenas diferindo nos anos calendários fiscalizados, o que fez com que houvesse repetição de fornecedores, considere-me apto a apreciar os documentos fiscais.

[...]

84. Algumas notas fiscais contêm informações que indicam terem sido destinadas às obras do Tribunal de Contas de Pernambuco e da Abyara, como as receitas dessas obras foram oferecidas à tributação, já que são objeto dos presentes lançamentos, entendo que os custos são dedutíveis. Nas demais provas aceitas, não foi observada nenhuma situação de indedutibilidade. Acato, portanto, quatorze notas fiscais, que totalizam R\$ 90.004,47, cujas glosas são afastadas, sendo R\$ 19.588,48 do primeiro trimestre de 2008, R\$ 68.687,99 do segundo trimestre de 2008 e R\$ 1.728,00 do terceiro trimestre de 2008. Ao final do presente acórdão demonstram-se os valores mantidos nesta decisão.

85. Rejeito também as alegações de falta de prova da não utilização dos materiais na obra, que resultaria em presunção de infração, ou que o fato de o fornecedor ter endereço incompatível com a localização da obra não poderia justificar a glosa. O mesmo critério foi utilizado pela fiscalização nas demais obras, de forma que a reiteração dessa conduta pelo contribuinte somente reforça a conclusão de que os custos glosados não foram aplicados na obra do Hospital de Campo Largo.

Hotel das Cataratas

[...]

87. Analisando-se as provas trazidas pela impugnante, conclui-se que as glosas merecem reparos.

88. Para essa obra, que teve por objeto a reforma do Hotel das Cataratas, houve glosas para os anos calendários de 2008 a 2010. As glosas são as relacionadas nas planilhas de fls. 2481/1496, com dados das notas fiscais e motivos da glosa, totalizando R\$ 2.175.652,41.

89. A fiscalização requisitou planilhas de medição, cópias das notas fiscais e demais documentos, junto à empresa contratante da obra de reforma do Hotel das Cataratas, Orient Express Hotels S.A. Foi apurado que os últimos pagamentos relativos à obra de reforma do Hotel das Cataratas ocorreram em outubro de 2010 (fl. 3190). No item 2 da Intimação nº 07/2012, a Jota Ele foi intimada a apresentar todas as notas fiscais de custos, escrituradas nas contas "811060001 Serviços de Terceiros Pessoa Jurídica", "811070001 Material Bruto", "811070002 Material de Acabamento" e "811070003 Fretes e Carretos", alocados na obra de empreitada do hotel das Cataratas, referentes aos anos-calendário de 2008 a 2010.

90. Na impugnação, a litigante insiste na tese de que, quanto às despesas utilizadas em outras obras, elas representariam custo ou despesas operacionais, dedutíveis do resultado da pessoa jurídica como um todo. Tal argumento somente é aceitável se o contribuinte comprovar a tributação das respectivas receitas, conforme já explicado.

91. A impugnante juntou as notas fiscais não apresentadas à fiscalização, às fls. 5093 e seguintes, e explica que, especificamente com relação às empresas Siderúrgica Norte Brasil S.A. (notas fiscais nos 15.698, 18.577 e 20.732, nos

valores de R\$ 83.095,43, de R\$ 84.032,83 e de R\$ 75.978,77, respectivamente) e Gerdau Aços Longos S.A. (nota fiscal nº 246.239, no valor de R\$ 75.150,28), muitas vezes as mercadorias foram adquiridas em determinadas épocas para aproveitar condições de negócio e assim elas eram entregues no estabelecimento da impugnante em Cascavel (PR), onde aguardavam determinado período até que fossem encaminhadas para as respectivas obras.

92. Com relação às três notas fiscais mencionadas, emitidas pela Siderúrgica Norte Brasil S.A. e Gerdau Aços Longos S.A, verifica-se que, em todas elas, a glosa foi motivada pelo fato de o material não constar na planilha de medição, de forma que a explicação dada não convence. Para os demais documentos, sua apresentação torna viável a análise da dedutibilidade, nos casos em que a glosa deu-se somente pela falta de apresentação à fiscalização. Por outro lado, verifica-se que boa parte das notas fiscais apresentadas na impugnação foi glosada por falta de apresentação de documentação acrescida de outros motivos, todos considerados procedentes por esta instância julgadora, o que torna despicienda a apreciação do documento. Tem-se a seguir a relação das notas fiscais apresentadas, cuja glosa deu-se somente pela falta de apresentação, com o resultado da análise por esta instância julgadora.

93. Uma nota fiscal contém informações que indicam ter sido destinada às obras do Tribunal de Contas de Pernambuco. Como as receitas dessas obras foram oferecidas à tributação, já que são objeto dos presentes lançamentos, entendo que o custo é dedutível. Nas demais provas aceitas, não foi observada nenhuma situação de indedutibilidade. Acato, portanto, treze notas fiscais, que totalizam R\$ 54.602,89, cujas glosas são afastadas, sendo R\$ 4.248,00 do quarto trimestre de 2008, R\$ 2.048,96 do primeiro trimestre de 2009, R\$ 31.866,69 do segundo trimestre de 2009, R\$ 6.781,77 do terceiro trimestre de 2009, R\$ 3.165,00 do segundo trimestre de 2010 e R\$ 6.492,47 do quarto trimestre de 2010. Ao final do presente acórdão demonstram-se os valores mantidos nesta decisão.

94. Rejeito também as alegações de falta de prova da não utilização dos materiais na obra, que resultaria em presunção de infração, ou que o fato de o fornecedor ter endereço incompatível com a localização da obra não poderia justificar a glosa. O mesmo critério foi utilizado pela fiscalização nas demais obras, de forma que a reiteração dessa conduta pelo contribuinte somente reforça a conclusão de que os custos glosados não foram aplicados na obra do Hotel das Cataratas.

Abyara

[...]

96. Analisando-se as provas trazidas pela impugnante, conclui-se que as glosas não merecem reparos.

97. Para essa obra, que teve por objeto construção de empreendimento imobiliário denominado Botânica, conforme contrato de fls. 4231/4261,



houve glosas para o ano calendário de 2010. As glosas são as relacionadas nas planilhas de fls. 4229/4230, com dados das notas fiscais e motivos da glosa, totalizando R\$ 166.578,29.

98. Pela Intimação nº 16/2002, item 3, a Jota Ele foi intimada a apresentar os documentos que embasaram os registros contábeis discriminados no anexo II daquela intimação (amostra), relacionados aos valores atribuídos à conta de custos "336010002 Custos Abyara". Da análise das notas fiscais apresentadas, a fiscalização apurou que os custos eram de materiais aplicados em outras obras da empresa ou na construção da residência do sócio.

99. Na impugnação, a litigante insiste na tese de que, quanto às despesas utilizadas em outras obras, elas representariam custo ou despesas operacionais, dedutíveis do resultado da pessoa jurídica como um todo. Tal argumento somente é aceitável se o contribuinte comprovar a tributação das respectivas receitas, conforme já explicado.

100. Rejeito também as alegações de falta de prova da não utilização dos materiais na obra, que resultaria em presunção de infração, ou que o fato de o fornecedor ter endereço incompatível com a localização da obra não poderia justificar a glosa. O mesmo critério foi utilizado pela fiscalização nas demais obras, de forma que a reiteração dessa conduta pelo contribuinte somente reforça a conclusão de que os custos glosados não foram aplicados na obra do Hotel das Cataratas.

[...]

O tópico seguinte enfrentado pela decisão recorrida relacionou-se à imputação de **"Redução indevida do lucro real. Contrato Unifesp. Item 7.1 do TVF. Ano-calendário 2010"**, e assim se manifestou o aresto impugnado:

[...]

103. No presente tópico, analiso a infração de redução indevida do lucro real, contida no item 7.1 do TVF. A irregularidade foi identificada a partir da análise da escrituração das receitas decorrentes de contrato de empreitada firmado entre a fiscalizada e a Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). A fiscalização apurou inexatidões quanto ao período de apuração de escrituração dessas receitas, situação esta que autoriza o lançamento, caso haja redução indevida do lucro real, nos termos do art. 273 do RIR/99:

[...]

104. O tratamento tributário dos contratos de empreitada, com duração superior a um ano, é disciplinado no art. 407 do RIR/99, que determina que, para efeito do cálculo dos resultados, em cada período de apuração, as receitas serão computadas mediante aplicação de percentual sobre o preço total. Essa percentagem pode ser fixada segundo dois critérios: i) relação entre os custos incorridos no período e o custo total; ii) pelo progresso físico, com base em laudo técnico especializado.

[...]

106. A fiscalização observou que a empresa Jota Ele, no que toca à emissão de notas fiscais, adota o critério da medição, que leva em conta o progresso físico da obra. Por outro lado, para o reconhecimento de receitas, o contribuinte adota o critério da proporção de custos, ou seja, a relação entre o custo incorrido e o custo orçado. Essa divergência foi acatada pela fiscalização, diante da inexistência de vedação legal. Contabilmente, a emissão de cada nota fiscal era registrada por lançamentos do seguinte tipo:

Débito – Clientes (conta do ativo)

Crédito – Receitas Diferidas de Obras por Empreitadas – REF Resultado de Exercícios Futuros (conta patrimonial)

107. E o reconhecimento das receitas era contabilizado mediante o seguinte tipo de lançamento:

Débito – Receitas Diferidas de Obras por Empreitadas – REF Resultado de Exercícios Futuros (conta patrimonial)

Crédito – Receitas de Obras por Empreitadas (conta de resultado)

108. A inexatidão detectada, que provocou redução indevida do lucro real no período 2010, consistiu no fato de que parte das receitas foram escrituradas em anos calendários posteriores ao encerramento das obras, o que caracteriza inobservância ao regime de competência no reconhecimento das receitas.

109. A irregularidade foi constatada no contrato de empreitada por preço global, às fls. 408/432, firmado em 27/08/2004, com a Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP, para construção do edifício acadêmico II, situado na Rua Pedro de Toledo, nº. 663/669/975, Vila Clementino, São Paulo. O valor global contratado foi de R\$ 18.950.503,14, com previsão de reajuste das parcelas de serviços contratadas e ainda não executadas após 12 meses da assinatura do contrato, com base no INCC – Índice Nacional da Construção Civil. Em 06/12/2004 foi acrescentado um aditivo com disposição do prazo de execução para o máximo de 18 meses a contar de 20 de janeiro de 2005.

110. Pelos termos de intimação EQMAC nº 11/2011 e 24/2011, às fls. 405/407, a auditora fiscal solicitou à Universidade Federal de São Paulo que apresentasse os boletins de medição que continham informações do material aplicado na obra, a partir do ano-calendário de 2006 até sua conclusão e informasse a data da conclusão da execução do Edifício Acadêmico II, apresentando cópia do Termo de Recebimento final.

111. A partir das informações prestadas pelo contratante, a fiscalização apurou que, em 16/11/2009, a empresa Jota Ele Construções Cíveis Ltda, mediante o Ofício Reitoria nº 583/09 (fls. 433/434), tomou ciência da notificação para o encerramento dos trabalhos no imóvel e retirada dos materiais, equipamentos e pessoal contratado pela construtora, tendo em vista a expiração do prazo final e a falta de conclusão do objeto contratado.

Analisando-se o documento mencionado, verifica-se que se tratou de comunicação de rescisão contratual, dada nos seguintes termos:

[...]

113. Diante dessas provas, a fiscalização concluiu que a obra foi dada por encerrada pela UNIFESP em janeiro de 2010, que o contrato foi rescindido, e que as notas fiscais emitidas pela empresa a partir desta data referiam-se a medições que ficaram pendentes. Corroborar essa constatação a empresa ter atribuído, no ano-calendário de 2009, um custo de R\$ 968.132,78 e não ter feito nenhuma medição, ou pelo menos, não ter emitido nenhuma nota fiscal no ano de 2009, conforme planilha de fls. 442/443.

114. Apesar de o encerramento ter ocorrido em janeiro de 2010, a fiscalizada manteve saldo de R\$ 2.280.206,89 na conta de Receitas Diferidas, pertencente ao grupo do passivo, conforme fl. 2480 e o razão correspondente às notas fiscais emitidas em 2010. Restou verificado que, do total de Receitas Diferidas desta obra encerrada em 2010, somente o valor de R\$ 665.077,54 foi reconhecido como receita no ano de 2011, conforme balancete de fl. 4266.

115. Em face dessas constatações, não havia outra alternativa à fiscalização, senão considerar como inexatidão o valor R\$ 665.077,54, a título de receitas reconhecidas indevidamente no ano calendário de 2011, e adicioná-lo ao resultado tributável do ano calendário de 2010, na forma de ajuste. Quanto ao saldo resultante da diferença das notas fiscais emitidas e a receita reconhecida ($R\$ 2.280.206,89 - 665.077,54 = R\$ 1.615.129,35$), a Jota Ele anulou-o mediante baixa de saldo por não recebimento das notas fiscais, conforme extrato do razão da conta receitas diferidas, à fl. 4264. Logo, como tais receitas não transitaram por conta de resultado, restou configurada a omissão de receitas.

116. Na impugnação, a litigante alega que: i) a obra teve diversos percalços, conforme manifestações do Departamento de Engenharia e Infra Estrutura da Universidade em 24/09/2009 e em 23/07/2009, da Advocacia Geral da União em 25/08/2009 e em 29/07/2009 e do Procurador-Chefe da UNIFESP em 24/08/2009, além de aditivos contratuais firmados em 28/07/2009 e em 27/07/2007 (fls. 5147/5163); ii) é incontroverso que o instrumento de rescisão contratual enviado pela UNIFESP para a impugnante data de 06/11/2009; iii) a obra não foi concluída e a UNIFESP, inclusive, deixou de pagar para a impugnante o valor de R\$ 1.615.129,35, valor este considerado como omissão de receita pela fiscalização; iv) se o encerramento da obra deu-se no ano-calendário 2009, a tributação deveria ocorrer naquele ano e não em 2010.

117. Os três primeiros argumentos levantados são impertinentes. De acordo com o art. 273 do RIR/99, acima transcrito, a infração resta caracterizada diante de inexatidão quanto ao período de apuração de escrituração de receita, sempre que se provoque redução indevida do lucro real em qualquer período de apuração. Ora, foi exatamente o que ocorreu no caso, já que a empresa reconheceu R\$ 665.077,54, a título de receitas, indevidamente em 2011, resultando em redução indevida do lucro real no período em que houve

o auferimento do rendimento, sendo totalmente irrelevantes os eventuais percalços contratuais sofridos pela fiscalizada na execução da obra.

118. Quanto ao quarto argumento, apesar de a comunicação da rescisão da obra ter ocorrido no final de 2009, a fiscalização considerou que o encerramento da obra ocorreu em janeiro de 2010, em função do mediante o Ofício n. 003/2010, pelo qual a empresa foi notificada providenciar a retirada dos restantes dos materiais e equipamentos, que data de 11/01/2010. Além disso, ainda que se entenda que o encerramento tivesse ocorrido em 2009, a circunstância de a fiscalização ter apurado a infração para o ano de 2010 foi favorável ao contribuinte, de sorte que, quanto a esta reclamação, falta o requisito do interesse processual no pedido, que, a rigor, sequer mereceria ser conhecido.

119. Por todo o exposto, julgo corretas as exigências de IRPJ decorrentes da redução indevida, cujos fundamentos se estendem às exigências da CSLL, já que são oriundas dos mesmos fatos.

[...]

O item seguinte enfrentado pela decisão recorrida referiu-se à imputação de **“Omissão de receitas de vendas e serviços. Contrato Unifesp. Item 7.1 do TVF. Ano calendário 2010”**, manifestando-se em termos que se reproduz dada a pertinência:

[...]

121. A análise do caso revela que os argumentos da impugnante são insubsistentes.

122. A omissão de receitas decorreu do contrato firmado entre a Jota Ele e a Unifesp, já explicado no item anterior. Foi apurado que o saldo da diferença das notas fiscais emitidas (R\$ 2.280.206,89) e a receita reconhecida (R\$ 2.280.206,89), que resultou em R\$ 1.615.129,35, foi anulado pela empresa mediante baixa de saldo por não recebimento das notas fiscais, conforme extrato do razão da conta receitas diferidas, à fl. 4264, em que constam os seguintes lançamentos contábeis datados de 31/01/2011:

• Débito – Receitas Diferidas (conta nº 241010014)

Crédito – Unifesp (conta nº 112040004)R\$ 140.032,13

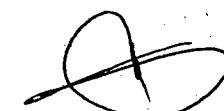
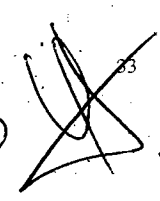
Histórico: Vlr Baixa p/Nao Recebimento da NF.1354 de 04/12/2008 – Que ora Regularizamos

• Débito – Receitas Diferidas (conta nº 241010014)

Crédito – Unifesp (conta nº 112040004)R\$ 1.475.097,22

Histórico: Vlr Baixa p/ Nao Pagto das NFs.
1656/1657/1659/1660/1661/1663/1664/1665/1666/1667

Ar.

  33

123. Assim procedendo, a empresa anulou o lançamento contábil anterior, quando da emissão da correspondente nota fiscal, conforme explicado no item anterior, em que havia: Débito de Clientes, contra Crédito de REF. Ocorre que essa não é a forma correta de contabilizar a suposta perda no recebimento do crédito.

124. Na impugnação, o contribuinte alega que, em caso de contratos de empreitada firmados com órgãos governamentais, pode-se diferir a tributação de receitas até o momento de seu efetivo recebimento, conforme artigo 409, incisos I e II, do RIR/99, e Instrução Normativa SRF nº 21/1979, item 10. Na realidade, não são as receitas que podem ser diferidas, mas o lucro dessas receitas não recebidas, conforme os dispositivos citados:

[...]

125. Além disso, as parcelas do lucro diferidas devem ser controladas no Lalur, tanto no momento da exclusão, quanto no período de realização deste lucro (recebimento da receita), de acordo com os sucessivos preceitos da IN SRF nº 21/1979:

[...]

126. No caso, não consta, nos autos, que a fiscalizada tenha efetuado tais controles. Na realidade, os lançamentos escriturados pela empresa não possuem respaldo nas regras contábeis. Uma vez emitida a nota fiscal, o contribuinte reconhece que auferiu receitas, de forma que, não sendo caso de nota fiscal cancelada, esses rendimentos devem ser tributados, sendo que, na situação concreta, o máximo que a legislação permite é o diferimento do lucro da parcela dessas receitas que ainda não tenham sido recebidas. Não há diferimento de receitas, mas sim de lucros. Ainda assim, os lançamentos contábeis feitos pelo contribuinte, na prática, não caracterizam diferimento de receitas, mas uma verdadeira anulação delas, já que somente desfizeram os lançamentos originais, quando da emissão das notas.

127. Oportuno registrar que o contribuinte é reincidente na prática de "cancelar" receitas, conforme relatou a auditor fiscal, à fl. 4330, que assim se pronunciou acerca de outra obra, que não foi objeto de lançamento, talvez pelo transcurso da decadência:

[...]

128. Quando o contribuinte sofre perdas no recebimento de créditos junto a seus clientes, a legislação autoriza a dedução, sob a forma de despesa, a qual, para ser dedutível, deve atender aos requisitos previstos no art. 340 do RIR/99, em função da natureza da dívida, da situação do devedor, do valor do crédito, da existência de garantias e do tempo de vencimento:

[...]

129. Ademais, o contribuinte, ao alegar que não recebeu os valores correspondentes às referidas notas fiscais por ele emitidas, sugere que estaria

em litígio com o Unifesp, o que demandaria processo judicial contra o contratante. No caso, eventual ação judicial de autoria da Jota Ele contra a Unifesp, levando em consideração a presença de autarquia federal, conforme contrato à fl. 408, deveria ser proposta na Justiça Federal do foro da sede do órgão público, nos termos do art. 100, IV, "a" e "b" do CPC; ou então, caso se entenda que o litígio fosse contra a União, o foro competente seria o do domicílio do autor, o do lugar do fato, ou no Distrito Federal, de acordo com a regra do art. 109, §2º da Constituição Federal. Entretanto, em pesquisa efetuada nos *sites* do TRF1, TRF3 e TRF4, não foi encontrada nenhuma ação judicial tendo como autor a Jota Ele, CNPJ 77.591.402/0001-32, e como réu a Unifesp. Tal constatação enfraquece a tese sustentada pela impugnante, de que teria sofrido perda no recebimento do crédito, sobretudo quando se verifica que ela sequer cogitou de explicar de que forma teria agido para recuperar o alegado prejuízo. Não se concebe que, diante de uma suposta inadimplência de R\$ 1.615.129,35, o credor não tenha, no mínimo, protestado pelo recebimento de seu crédito.

[...]

131. Por todo o exposto, julgo corretos os lançamentos de IRPJ decorrentes da omissão de receitas, cujos fundamentos se estendem às exigências do PIS, Cofins e CSLL, já que são oriundas dos mesmos fatos.

Redução indevida do lucro real. Obra de reforma do Hotel Cataratas. Item 7.2 do TVF. Anos calendários 2008 e 2009.

[...]

133. O exame da matéria indica que as exigências são procedentes.

134. No presente tópico, analisa-se a infração de redução indevida do lucro real contida no item 7.2 do TVF. A irregularidade foi constatada em auditoria do contrato de prestação de serviço firmado em 02/06/2008, às fls. 2847/2896, com a empresa Orient Express Hotels Brasil S/A (OEHB) para a reforma do Anexo 2 do Hotel das Cataratas, localizado no Parque Nacional do Iguaçu, em Foz do Iguaçu/PR. Foi estabelecido o valor de R\$ 8.650.000,00 para a reforma dos 77 apartamentos, sendo 70% referente a material e 30% a mão de obra, com preço fixo e não reajustável, e prazo para conclusão em 30/12/2008.

135. A autoridade fiscal constatou que, no período de 2008 a 2010, as notas fiscais emitidas pela fiscalizada para as obras de reforma no Hotel das Cataratas totalizam R\$ 34.600.785,54, e as receitas escrituradas para fins de tributação, no mesmo período, correspondiam a R\$ 27.943.446,99, resultando, portanto, ao final de 2010, um saldo de R\$ 6.657.338,67 de receitas diferidas escrituradas na conta "2.4.101.0060 – Hotel das Cataratas" do grupo de Resultado de Exercícios Futuros, conforme cópia do balancete à fl. 2833.

136. Diante da elevada discrepância entre o preço contratado (R\$ 8.650.000,00) e o valor total das notas fiscais emitidas (R\$ 34.600.785,66), e

35

da emissão de notas em períodos posteriores ao previsto inicialmente, a empresa foi intimada a prestar esclarecimentos, pelo Termo de Intimação Fiscal nº 14/2011, de 28/09/2011, às fls. 226/ 238. A auditora fiscal relata que o contribuinte apresentou documentos denominados Autorização de Fornecimento (AF), que discriminavam os serviços e os valores autorizados pela contratante OEHB, mas não informavam o prazo de execução e não tinha o efeito de aditivos contratuais. Também foram apresentados mapas de apropriação de receitas referentes aos serviços de reforma do hotel (fls. 2906/2907), em que se observa que o valor contratado, inicialmente em R\$ 8,5 milhões, em junho/2008, passou a R\$ 34 milhões em dezembro/2010.

137. A partir de dados obtidos de diligências na empresa contratante, Orient Express Hotel Brasil S/A, a fiscalização apurou que outras partes do hotel (Prédio Principal, Anexo 1, Churrascaria e Piscina, Ar Condicionado e Prédio Ala Norte) foram reformadas, por meio de aditivos ao contrato original, com ajustes no valor global, bem como no prazo de execução e que o referido contrato teria sido estendido para mais de doze meses, o que configuraria um contrato de longo prazo.

138. Foi verificado na contabilidade do contribuinte que o total de custos alocados nesta obra, desde o seu início até final de 2010, foi de R\$ 24.889.657,08 (fl. 2846), sendo que R\$ 2.175.652,41 foram glosados pela fiscalização, conforme já analisado no item anterior. Os custos comprovados para o total da obra, portanto, resultou em R\$ 22.714.004,67, valor este que contrasta com os custos orçados de R\$ 30.773.912,68, utilizados nos cálculos que determinaram as receitas tributáveis em cada período-base.

139. Diante dessas divergências, o contribuinte foi intimado, pela Intimação nº 18/2012, a comprovar o custo orçado, mediante a apresentação da relação detalhada das quantidades e dos valores unitários dos custos de cada material e mão de obra previstos em cada etapa e item do objeto do contrato dessa obra. A partir do orçamento apresentado, às fls. 3138/3181, a autuante constatou absoluta incoerência e incompatibilidade nos valores que o compõe, assim classificadas: a) discrepância dos custos unitários para os mesmos itens (mesmo produto, inclusive modelo) nas diferentes áreas do hotel; b) valor dos itens orçados substancialmente acima dos custos efetivos; c) valor do custo orçado acima do preço cobrado do contratante, conforme análise das planilhas de medição apresentadas pelo contratante em procedimento de circularização.

140. Para dar sustentação às discrepâncias dos custos unitários, a autoridade fiscal detectou grande variação nos valores que compõe o orçamento, tomados como exemplo: "bacia com caixa acoplada branca" (vaso sanitário); "ducha higiênica acabamento cromado" (modelo Belle Epoque tradicional); "cuba de embutir oval branco", "chuveiro cromado" e "misturador monocomando cromado" (misturador lavatório bica média Belle Epoque tradicional), com o seguinte detalhamento: • bacia com caixa acoplada branca: os itens variam de R\$ 173,60 a R\$ 1.172,43, sendo que esses materiais foram adquiridos no início da obra, em 21/07/2008, pelo valor de R\$ 302,27;

- cuba de embutir oval branco: itens variando entre R\$ 86,67 a R\$ 160,32, sendo que foram adquiridos por R\$ 18,65;
- ducha higiênica acabamento cromado: itens variando entre R\$ 55,04 a R\$ 325,88, sendo que foram adquiridos por R\$ 144,37;
- misturador monocomando cromado: itens variando entre R\$ 60,55 a R\$ 766,83, sendo que foram adquiridos por R\$ 375,45;
- chuveiro cromado: itens variando entre R\$ 20,18 a R\$ 571,53.

141. Para justificar que houve "Valor dos itens orçados substancialmente acima dos custos efetivos", a fiscalização observou que, em muitas situações, o valor orçado supera em até 900% o custo efetivo utilizado, mesmo em se tratando de valores unitários aplicados para um mesmo produto e modelo. No TVF, são descritas constatações dessa natureza na reforma do Anexo II e na área da piscina e churrasqueira. Quanto ao critério "Valor do custo orçado acima do preço cobrado para a contratante", a fiscalização elaborou planilhas demonstrando tal assertiva. O "custo orçado" foi apresentado pelo contribuinte e os "preços cobrados da contratante" foram extraídos das planilhas de medição, apresentadas pela empresa Orient Express Hotels S.A., as quais contém as informações do total previsto e aplicado em cada medição para a emissão das notas fiscais e os respectivos pagamentos.

142. Por reiteradas vezes, o contribuinte foi intimado a apresentar a comprovação dos custos que, segundo ele próprio, estariam pendentes, conforme item 2 da Intimação nº 18/2012 (fls. 292/304), item 03 da intimação nº 20/2012 (fls. 395/399) e item 1 da Intimação nº 22/2012 (fls. 401/402). Não houve resposta para as duas primeiras tentativas. Na terceira, a fiscalizada declarou que: *"Em relação ao Item 01 Conforme já informado anteriormente a Obra do Hotel das Cataratas foi concluída em Março/2011. No ano de 2011 ainda houve aplicação de R\$ 503.974,72 de custo com mão de Obra e materiais de acabamento, relacionados na Planilha de Orçamento Geral da Obra, já entregues a fiscalização"*.

143. Diante dessa resposta nada esclarecedora, e das constatações realizadas, a fiscalização concluiu que o orçamento apresentado foi elaborado com a finalidade de justificar a distorção existente entre as notas fiscais emitidas para a obra e a receita reconhecida para fins tributários, possibilitando a prática da postergação de receitas. Tanto assim que no ano em que a obra foi concluída, permaneceu um saldo de Receitas diferidas de R\$ 6.657.338,67, montante este que representa a diferença de notas fiscais já emitidas para a obra e o valor de receitas reconhecidas para fins tributários.

144. Com a rejeição do custo orçado, a fiscalização procedeu a um novo critério de reconhecimento de receitas. Convém repisar que, de acordo com o art. 407 do RIR/99 e Instrução Normativa SRF nº 21, de 13 de março de 1979, já comentados, as receitas poderão ser computadas mediante aplicação de percentual sobre o preço total. Essa percentagem pode ser fixada segundo dois critérios: i) relação entre os custos incorridos no período e o custo total estimado; ii) pelo progresso físico, com base em laudo técnico especializado.

37

145. A autuante abandonou o primeiro critério, que havia sido adotado pela fiscalizada, e utilizou o segundo, recalculando as receitas de cada período de apuração com base nas medições efetuadas pela própria Jota Ele, com os seguintes ajustes: a) a distribuição de 30% de mão de obra e 70% de material, descrita no corpo na nota fiscal, foi efetuada somente para fins de apuração do ISS e INSS que devem sofrer retenção sobre a parcela correspondente à mão de obra; b) as notas fiscais relativas a "adiantamentos" ou "entrada", emitidas no início de cada etapa, não foram consideradas na apuração, assim como as notas fiscais relativas à liberação contratual também não foram consideradas, pois estes valores estão inseridos nas planilhas de medição; c) para as notas fiscais emitidas correspondentes a serviços extras, para as quais não há planilha de medição, até porque como o próprio diz são "extras", foi considerado o valor total da nota, tendo em vista que também não sofreram retenção, pois estão fora do contrato. Estas notas foram computadas no período de apuração em que foram emitidas.

146. Foram elaborados demonstrativos de apuração das receitas com base na medição, relativos aos anos de 2008 a 2010, às fls. 2836/2841, conforme consolidação a seguir. A fiscalização ajustou o lucro líquido do período, mediante adições e exclusões aos resultados tributáveis dos períodos de apuração compreendidos de janeiro de 2008 a dezembro de 2010, de forma que as receitas diferidas, na nova apuração efetuada pela fiscalização, foram tratadas como redução indevida do lucro.

147. Na peça impugnatória, a reclamante defende que a adoção de um dos critérios estabelecidos no inciso I ou no inciso II do item 5 da Instrução Normativa SRF nº 21/79 seria opção da pessoa jurídica e não da fiscalização. Argumenta que a fiscalização declarou que estava de acordo com a sistemática adotada pelo contribuinte, mas acabou aceitando tal critério apenas para a obra da Unifesp. Alega que a agente autuante não teria o poder de alterar o critério escolhido pela pessoa jurídica, pois a legislação não lhe daria esta liberdade, conforme o artigo 851 do RIR/99.

148. São infundadas as reclamações. É certo que o art. 407 do RIR/99 e Instrução Normativa SRF nº 21/1979, oferecem duas opções ao contribuinte, conforme já comentado. No caso, no que se refere ao reconhecimento de receitas, a Jota Ele optou pelo critério da proporção de custos (relação entre o custo incorrido e o custo orçado). Entretanto, é razoável afirmar que o fisco não está obrigado a aceitar procedimento adotado pelo contribuinte que, comprovadamente, foi elaborado utilizando valores de custos inconsistentes e que resultou em reconhecimento de receitas nitidamente inferiores ao total de notas fiscais por ele emitidas. A possibilidade de escolha por um dos dois critérios não foi posta à disposição do contribuinte para eleger o método que redunde na menor receita auferida, considerando todos os períodos de duração da obra. A opção oferecida serve para a empresa distribuir o reconhecimento de receitas da forma que melhor lhe convenha, ao longo dos períodos, mas é evidente que, ao final da obra, o total de receitas reconhecidas deve ser o mesmo, qualquer que seja o critério.



149. Entendo também que não seria razoável exigir que a fiscalização insistisse no critério eleito pela empresa, baseado na relação entre custos incorridos e custo orçado, eis que este último era desconhecido da autoridade fiscal. Na auditoria foi possível constatar que o custo orçado era irreal, pela presença de uma série de inconsistências, já descritas anteriormente. Mas entendo que não seria possível obter qual seria o valor adequado da estimativa de custo da obra, pela complexidade de itens, pela falta de informações e pela ausência de colaboração por parte do contribuinte. Assim, entendo que agiu corretamente a autoridade fiscal, ao apurar o reconhecimento de receitas pelo método da medição, que, aliás, foi adotado pela empresa para emissão de notas fiscais.

150. Quanto à aceitação do critério para a obra da Unifesp, não há qualquer contradição, já que naquela obra não se verificou a mesma discrepância observada aqui. A propósito da alegada inobservância da regra estabelecida pelo art. 851 do RIR/99, tem-se que o dispositivo não incide no caso, já que cuida de matéria específica, relativa a tributação de juros dissimulados.

151. A litigante acrescenta que a obra só foi encerrada em março de 2011, conforme aditivos contratuais anexados, e que, em razão deste fato e seguindo os critérios permitidos pela Instrução Normativa SRF nº 21/1979, ofereceu à tributação, no ano-calendário 2011, o valor de R\$ 6.940.272.7411. Explica que teve despesas com esta obra no ano de 2011, e recebeu créditos em 2011. E que, em planilha anexada, estão expressos os custos incorridos, o custo orçado, a receita do período-base e o resultado computável na determinação do lucro líquido.

152. A justificativa não convence. A fiscalização descreve, no TFF, à fl. 4327, que as notas emitidas em 2011 referem-se à liberação de garantia contratual, ou seja, quando efetuadas as medições desde o início da obra, na emissão da nota fiscal era descontado dez por cento do valor da medição a título de garantia contratual, a qual somente era liberada na conclusão de cada etapa. E concluiu, com base nas informações obtidas da contratante, que as eventuais pendências referiam-se a “retrabalho” e ajustes necessários para melhorar o desempenho da instalação do ar condicionado.

153. Por todo o exposto, julgo corretas as exigências de IRPJ, assim como as de CSLL, já que decorrem dos mesmos fatos.

[...]

O próximo tópico enfrentado pela decisão recorrida foi relativo à glosa de **“Redução indevida do lucro real. Outros bens de terceiros. Item 7.3 do TFF. Anos calendários 2008 e 2009”**, manifestando-se em termos que merecem reprise:

155. A análise do caso revela que o lançamento não procede.

156. No presente tópico, analisa-se a infração de redução indevida do lucro real contida no item 7.3 do TFF. A irregularidade foi constatada em auditoria empreendida sobre receitas de venda de bens adquiridos de terceiros.

157. Foi constatado que a empresa contabiliza em dois grupos de contas de estoques: "Terrenos a Comercializar" e "Imóveis Usados Adquiridos de Terceiros". Imóveis recebidos em permuta na alienação de unidades de incorporação imobiliária ou em dação em pagamento. A fiscalização apurou que as receitas referentes às vendas desses imóveis eram reconhecidas pelo regime de caixa, e que seus custos eram atualizados no momento da venda. Assim, o contribuinte foi intimado, pela Intimação nº 09/2012, às fls. 273/274, a se pronunciar a respeito.

158. Na resposta, à fl. 275/276, a fiscalizada declarou que: "em relação aos imóveis de terceiros, são reconhecidas as receitas no momento do pagamento de cada parcela, seu custo foi atualizado na mesma proporção da correção de cada contrato, havendo um reflexo de variação monetária ativa na demonstração do resultado de cada período, ou seja, gerando uma receita financeira".

159. A autoridade fiscal entendeu que a prática adotada pelo contribuinte não tem respaldo legal, sob a justificativa de que os imóveis não eram objeto de obra de incorporação da empresa, mas imóveis adquiridos de terceiros, os quais devem ter suas receitas reconhecidas no momento da venda. Assim, a autuante procedeu ao recálculo do resultado tributável em cada período de apuração com base no regime de competência e elaborou a planilha intitulada "Apuração do resultado da revenda de imóveis adquiridos de terceiros pelo regime de competência e ajustes em cada período de apuração", às fls. 3820/3821. Os ajustes foram adicionados ou excluídos ao resultado tributável em cada período base correspondente, conforme a tabela a seguir:

[...]

160. Na peça de defesa, a impugnante questiona o fato de a fiscalização ter efetuado lançamentos em dois processos distintos para o mesmo ano calendário de 2007, o que configuraria alteração de critério jurídico, vedado pelo art. 146 do CTN. No entanto, entendo que a existência de um segundo processo administrativo exigindo-se tributos de período já lançado em processo anterior não significa que o fisco altera o critério jurídico, nos termos tratados pelo art. 146 do CTN, abaixo copiado:

[...]

161. Dado que os atos administrativos são pautados pelo princípio da legalidade, por critério jurídico há que se compreender como determinada posição assumida pela autoridade administrativa passível de ser alterada de forma razoável, e autorizada pelo próprio ordenamento jurídico. Nesse sentido, segundo a melhor doutrina, uma primeira possibilidade de mudança de critério jurídico ocorre no âmbito da interpretação de determinada norma jurídica, quando a autoridade administrativa decide abandonar um entendimento e passa a adotar outro. Ou ainda, quando a própria lei confere ao aplicador da norma a faculdade de escolha de um entre vários elementos de fato na apuração do tributo devido. São essas as ideias apresentadas por Hugo de Brito MACHADO, em sua obra *Comentários ao Código Tributário Nacional*, vol III. São Paulo: Atlas, 2005, p. 125: [...]

162. Assim entendido, não há que se cogitar que a autoridade fiscal tenha mudado qualquer critério jurídico ao encerrar o processo nº 10945.721263/2011-19 e iniciar o presente. O que sucedeu foi a identificação de novas infrações, praticadas no ano calendário 2007, que não haviam sido detectadas no desenrolar do primeiro processo. A fiscalização não alterou nenhum critério, seja de direito, seja de fato, até porque a matéria fática, apurada nesses novos lançamentos, bem como as normas jurídicas aplicáveis, sequer foram apreciadas no processo anterior. Além disso, ambos os autos de infração foram lavrados no mesmo procedimento fiscal, sob o mesmo MPF, o qual somente foi encerrado com a constituição do segundo lançamento. Sendo assim, nem seria o caso de eventual invocação ao art. 906 do RIR/99, que prescreve a autorização do Delegado, eis que não se trata de reexame de período já fiscalizado, mas de simples prosseguimento da ação fiscal que continuava pendente.

163. Prosseguindo em sua defesa, o contribuinte indica que, embora a autoridade lançadora afirme que o procedimento adotado pela impugnante (de tributar as receitas em apreço pelo regime de caixa) não tenha respaldo legal, deixou de indicar em qual norma está fundamentado o seu posicionamento. Sustenta que não há amparo legal para o lançamento, pois a empresa agiu de acordo com a regra prevista no artigo 413 do RIR/99, sendo que a lei não faz nenhuma distinção quanto a imóveis próprios ou adquiridos de terceiros e não cabe ao intérprete fazê-la.

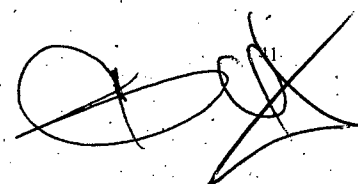
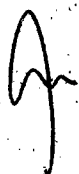
164. Nessa controvérsia, entendo que a razão está do lado do contribuinte. O dispositivo que rege a matéria é o art. 413, que, de fato, não estabelece nenhuma restrição ou condicionamento quanto ao tipo de imóvel. Esse artigo deve ser lido em conjunto com os demais que compõem a seção X do RIR/99, que regulamenta a tributação do IRPJ sobre as atividades imobiliárias. O próprio título já indica que a disciplina não é restrita a imóveis incorporados: "Compra e Venda, Loteamento, Incorporação e Construção de Imóveis Determinação do Custo". O art. 410 define regra de escrituração contábil, que alcança expressamente os imóveis adquiridos para venda. Assim, visto em seu conjunto, não se pode afirmar que os dispositivos legais incidam apenas para os casos de incorporação.

[...]

168. Por todo o exposto, entendo que deve ser cancelado o lançamento do presente item. No final do voto demonstram-se os valores mantidos neste acórdão.

Na sequência, a decisão recorrida manifestou-se acerca da "Glosa de custos. Apartamentos edifício Country Ville. Item 8 do TVF. Ano calendário 2010" e "Glosa de despesas financeiras não necessárias. Item 9 do TVF. Anos calendários 2007 a 2010", fazendo-o nos seguintes termos:

[...]



169. No presente tópico, analisa-se a infração de glosa de custos contida no item 8 do TVF. A irregularidade foi constatada em auditoria empreendida sobre receitas de venda de apartamentos do edifício Country Ville.

170. Apesar de não constar impugnação específica para este item, convém mencionar que a glosa é procedente.

171. Foi verificado que, em 2006 a fiscalizada adquiriu, pelo valor unitário de R\$ 85.998,00, os apartamentos nº 301, 702, 1001 e 1002 do edifício Country Ville, construído pela Jota Ele, de Mohamad Majeid Bachir Fawakhir, que era proprietário desses imóveis, em face da permuta efetuada com o terreno no qual foi construído o edifício. A fiscalização constatou que esses apartamentos, indevidamente, voltaram a compor os mapas de rateio da obra de incorporação do Edifício Country Ville, e receberam o tratamento tributário de reconhecimento de receitas e custos pelo regime de caixa como se fossem da obra de incorporação.

172. A autoridade fiscal relata que, em 04/04/2006, a empresa deu entrada no estoque, no grupo de "Imóveis usados adquiridos de Terceiros", pelo valor unitário de R\$ 85.998,00, conforme balancete do grupo de contas, à fl. 4269, e manteve o registro em estoque até o ano de 2010, quando deu baixa do estoque de 02 unidades, entre elas o apartamento nº 1002. Para a baixa do estoque dessa unidade, foi efetuado um lançamento, em 28/02/2010, a débito da conta de custos "331010013 – Outros Bens de Terceiros" e a crédito da conta de estoques "113010211 – Apto 1002 – Ed C.Villec198,22", no valor de R\$ 85.998,00, conforme cópia do diário, à fl. 4267.

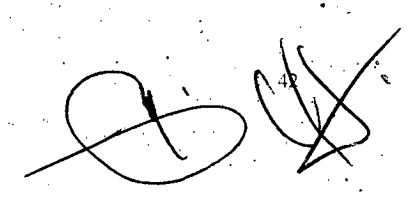
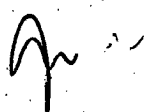
173. A autoridade detectou, no entanto, que a alienação do apto 1002 havia ocorrido em 10/10/2008, pelo valor de R\$ 200.000,00, sendo que o registro contábil da operação deu-se da mesma forma dos imóveis de incorporação, ou seja, a débito de conta do ativo de promitentes compradores de imóveis, e a crédito de conta de receitas diferidas para venda imóveis, no valor de 200.000,00. À medida que a empresa recebia as parcelas das vendas deste imóvel, apropriava, juntamente com os recebimentos de outras unidades do mesmo edifício, a receita e os custos proporcionalmente às parcelas recebidas. Assim procedendo, a empresa apropriou as receitas e os custos correspondentes pelo regime de caixa, no valor de R\$ 119.946,01 (custo corrigido), *pro rata*.

174. Assim se o custo do imóvel já havia sido apropriado ao resultado, a autoridade fiscal concluiu que foi indevida a nova atribuição do custo R\$ 85.998,00, ao resultado de 2010; o que motivou a glosa.

Glosa de despesas financeiras não necessárias. Item 9 do TVF. Anos calendários 2007 a 2010.

[...]

176. São insubsistentes as alegações do contribuinte.



177. No presente tópico, analisa-se a infração de glosa de despesas financeiras não necessárias, contida no item 9 do TVF. A irregularidade foi constatada em auditoria empreendida sobre despesas financeiras correspondentes a juros pagos sobre empréstimos e financiamentos tomados de diversas instituições financeiras por meio de contas garantidas e operações de vender e comprar, bem como despesas financeiras correspondentes aos valores de IOF incidentes sobre tais operações.

178. A fiscalização constatou que parte desses valores tomados das instituições financeiras foi repassada às pessoas físicas do quadro societário da empresa fiscalizada, sem a cobrança de quaisquer encargos financeiros (juros ativos). Desse modo, a autoridade fiscal concluiu que essa parte dos encargos financeiros (juros passivos + IOF) decorrentes dos empréstimos tomados e repassados aos sócios, pessoas físicas, não poderia ser deduzida da apuração do lucro real, uma vez que tais repasses configuraram-se mera liberalidade da pessoa jurídica.

179. Restou verificado que os repasses aos sócios eram contabilizados em contas do ativo, referentes a empréstimos, com movimentação nos anos calendários de 2007, 2008, 2009 e 2010, conforme razão de fls. 3838/3845.

180. Pelo Termo de Intimação nº 26/2011, às fls. 256/258, a fiscalizada foi intimada a esclarecer as operações e apresentar os contratos de empréstimos efetuados aos sócios. Na resposta, à fl. 259, o contribuinte declarou que não foram firmados contratos escritos e nem verbais em relação a tais lançamentos contábeis. A propósito, na mesma ação fiscal foi lavrado auto de infração contra a Jota Ele, no processo nº 10945.721.058/2011-45, com exigências de IOF incidente sobre esses empréstimos a sócios. Essa autuação não foi impugnada, tendo a fiscalizada solicitado o parcelamento do débito fiscal para pagamento.

181. Os valores das despesas com encargos financeiros decorrentes dos referidos empréstimos e financiamentos foram contabilizados nas contas "343010002 - Juros Passivos", "343010006 Despesas com Financiamento", e "343010007 Despesas c/ I.O.F.", às fls. 4038/4110. A fiscalização elaborou a planilha de fls 4111/4141, demonstrando a apuração dos valores das despesas financeiras não necessárias e, portanto, indedutíveis na determinação do lucro real. A tabela a seguir resume os valores, por período de apuração: [...]

182. Considero que a autoridade fiscal, ao glosar as referidas despesas, agiu de acordo com o que dispõe a legislação tributária, no que diz respeito às deduções de despesas. O ordenamento somente autoriza a dedutibilidade das despesas quando presentes os requisitos da usualidade, normalidade e necessidade, sendo esta entendida como aquelas que a empresa delas não pode dispensar, para fins de manutenção de suas atividades produtoras, consoante a dicção do art. 299 do RIR/99: [...]

183. No caso presente, concordo com a conclusão da autoridade fiscal, que entendeu que a empresa agiu sob mera liberalidade ao contratar os empréstimos e repassá-los aos sócios. Tanto assim que ela deixou de cobrar qualquer encargo, e sequer se preocupou em firmar contratos, o que mostra



que não havia qualquer interesse seu a ser resguardado. Ora, se o contribuinte portou-se de forma desinteressada, é porque os empréstimos em nada influenciavam na manutenção de suas atividades produtoras, o que descaracteriza a necessidade da despesa, tornando-a indedutível.

184. Na impugnação, o contribuinte repete a reclamação já feita a respeito da existência de duplo processo administrativo exigindo tributos de 2007, alegação esta já analisada e afastada em itens precedentes.

185. A litigante contesta a base de cálculo apurada pela fiscalização, alegando que foram inseridos empréstimos efetuados para a empresa API SPE 08 Planejamento e Desenvolvimento de Empreendimentos Imobiliários Ltda. Justifica que tal pessoa jurídica não é sua sócia, de forma que tal situação não se amoldaria ao suporte fático descrito para a infração. Conclui que as despesas relativas a estes mútuos não poderiam ser glosadas, pois não seriam mera liberalidade da pessoa jurídica para com seus sócios.

186. O pleito não merece acolhimento. A impugnante, ao argumentar que a autoridade fiscal efetuou a glosa por concluir que os dispêndios eram mera liberalidade da empresa para com seus sócios, enfatiza a última parte desse fundamento, ou seja, que os beneficiários eram os sócios. No entanto, a verdadeira *ratio* dessa motivação repousa na expressão “mera liberalidade”, justamente porque ela traduz a não observância do requisito da necessidade da despesa, estabelecido no art. 299 do RIR/99. Ou seja, a fiscalização glosou a despesa, não porque os empréstimos foram destinados aos sócios, mas sim porque a pessoa jurídica agiu com mera liberalidade. Dessa feita, caberia à interessada afastar tal assertiva, isto é, comprovar que não agiu daquela forma, o que equivaleria a provar a necessidade da despesa.

No entanto, nesse aspecto, o contribuinte não se pronunciou, preferindo apenas demonstrar que parte dos mútuos não se destinou a sócios.

[...]

188. Por todo o exposto, julgo corretas as exigências IRPJ, assim como as de CSLL, já que são oriundas dos mesmos fatos.

[...]

O próximo item enfrentado pela decisão recorrida versou as imputações relativas à **“Omissão de receitas por falta de escrituração de pagamentos efetuados. Item 10 do TVF. Anos calendários 2007 e 2008”** e **“Falta de adição de despesa indedutível ao lucro real. Item 11 do TVF. Ano calendário 2008”**, confira-se:

[...]

190. Novamente, não procedem os argumentos formulados na defesa.

191. No presente tópico, analisa-se a infração de omissão de receitas por falta de escrituração de pagamentos efetuados, contida no item 10 do TVF. A

irregularidade foi constatada em auditoria empreendida sobre contas do passivo, relativas a fornecedores.

192. A fiscalização constatou, para os anos calendários de 2007 e 2008, a ocorrência de ausência de escrituração de pagamentos efetuados e manutenção, no passivo, das respectivas obrigações já pagas. Foram analisados, por amostragem, os custos de algumas obras por empreitada executadas pela fiscalizada, com seleção de registros contábeis de aquisições de materiais e serviços. Inicialmente, a autoridade fiscal partiu de uma relação de aquisições de materiais da empresa LAG Materiais de Construção Ltda, cujos valores das notas fiscais, que totalizaram R\$ 76.062,10, foram contabilizadas como compras efetuadas a prazo, creditando-se na conta de passivo "211010001 – Fornecedores Diversos", mas que apresentavam recibos de pagamento como se tivessem sido pagos à vista, em dinheiro, conforme fls. 2113/2120. Como os registros desses pagamentos não foram localizados na contabilidade, a fiscalização intimou o contribuinte, pelo Termo de Intimação nº 012/2012, às fls. 277/278, para prestar esclarecimentos. Na resposta, à fl. 286, a empresa afirmou que "as notas fiscais foram devidamente pagas, no entanto, por motivo de inconsistência do sistema, não integrou na contabilidade".

193. A partir disso, a fiscalização buscou encontrar outras aquisições na mesma condição, e identificou outras 78 notas fiscais emitidas pela LAG Materiais de Construção Ltda, conforme relação de fls. 4167/4169, emitidas entre 2007 e 2008, totalizando R\$ 1.059.084,74. E mais 12 notas fiscais emitidas pela empresa Gerdau S/A, conforme relação de fls. 4150/4166, também emitidas nos mesmos períodos, perfazendo R\$ 521.753,01. Similarmente, as obrigações permaneceram sem liquidação no passivo, na conta "211010001 – Fornecedores Diversos", até pelo menos 31/12/2010, data final do período fiscalizado.

194. Intimada a esclarecer, pelos Termos de Intimação nº 18/2012 (fl. 292) e 20/2012 (fls. 395/399), o contribuinte respondeu, à fl. 400, que "conforme já relatado, no período ocorreu um erro em nosso sistema".

195. Conforme exposto, verifica-se que a situação encaixa-se perfeitamente ao disposto no art. 281, inciso II do RIR/99, que atribui, à falta de escrituração de pagamentos efetuados, a presunção de omissão de receitas: [...]

197. Na impugnação, o contribuinte repete a reclamação já feita a respeito da existência de duplo processo administrativo exigindo tributos de 2007, alegação esta já analisada e afastada em itens precedentes.

198. A seguir, ela explica que a omissão da escrituração dos pagamentos foi fruto de uma migração de sistema, conforme declaração anexada, prestada pela fornecedora do programa, e que, ao final deste trabalho, as obrigações estariam adequadamente baixadas. [...]

199. Conforme indica a própria decisão citada, o afastamento da exigência somente seria possível em caso de erro de escrituração. Ocorre que não há

prova suficiente a demonstrar que a omissão da escrituração dos pagamentos foi provocada por erro, já que o documento juntado à fl. 4636 é somente uma declaração prestada pelo fornecedor do serviço (NL Informativa), noticiando que “a empresa Jota Ele Construções Cíveis Ltda, nossa cliente, fez a atualização da versão de seu sistema nos anos de 2007 e 2008”. Tal documento somente tem aptidão para provar o que nele está escrito, ou seja, que houve a migração, fato este que não leva à conclusão de que houve erro contábil na escrituração.

200. Pelo exposto, julgo correta a apuração desta infração.

Falta de adição de despesa indedutível ao lucro real. Item 11 do TVF. Ano calendário 2008.

201. No presente tópico, analisa-se a infração de Falta de adição de despesa indedutível ao lucro real, contida no item 11 do TVF. A irregularidade foi constatada em auditoria empreendida sobre despesas operacionais relativos aos pagamentos de multas por infrações fiscais e administrativas.

202. Apesar de não constar impugnação específica para este item, convém mencionar que a exigência é procedente.

203. A fiscalização constatou que, na apuração do resultado do 4º trimestre de 2008, o contribuinte computou como despesas dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL os valores referentes ao recolhimento de juros e multas sobre o PIS e a COFINS lançados de ofício no auto de infração do processo administrativo nº 10945.002633/2008-10.

204. Os valores das referidas multas recolhidas foram contabilizados a débito na conta analítica “343010009 JUROS E MULTAS”, cujo extrato do Razão referente ao 4º trimestre de 2008 foi anexado às fls. 4172/4175. Verificou-se que a empresa contabilizou, na mesma data de 26/12/2008, uma série de lançamentos relativos a pagamentos de multa e juros, correspondentes a períodos autuados entre 2004 e 2007, totalizando R\$ 190.892,60.

205. A fim de separar os pagamentos de juros, que são dedutíveis, dos de multa (inedutíveis), a fiscalização elaborou a planilha de fl. 4176, na qual coteja os valores relacionados acima com os valores lançados de ofício no processo administrativo fiscal nº 10945.002.633/2008-10 e os valores constantes no sistema “Sief Processo”. Concluiu-se que R\$ 110.767,53 referem-se a multas e R\$ 80.135,08 são de juros. Assim, o valor de R\$ 110.757,52, contabilizadas no mês de dezembro de 2008, foi adicionado ao lucro líquido do 4º Trimestre de 2008 para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, por ser considerada despesa indedutível.

[...]

207. Vê-se, portanto, que, quanto à multa por infrações fiscais, a regra é a indedutibilidade, e, por exceção, admite-se a dedução das multas de natureza compensatórias e as impostas por infrações de que não resultem falta ou insuficiência de pagamento de tributo. Na doutrina de Celso Antônio

Bandeira de Mello, as multas ressarcitórias, reparatórias ou compensatórias são as que “visam a ressarcir a Administração de algum prejuízo que a ação ou inação do administrado lhe causou” (Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 811). É lícito, portanto, concluir que, no âmbito Tributário, são dedutíveis as multas de caráter compensatório, que incluem a multa de mora pelo recolhimento do tributo fora do prazo legal ou as decorrentes de entrega de declaração fora do prazo.

208. Hiromi Higuchi, em seu livro Imposto de Renda das Empresas. São Paulo: Atlas, 2002, p. 292/293, adota essa mesma exegese, citando exemplos de multas por infrações fiscais dedutíveis (juros de mora de 1% ao mês e a multa moratória de 10% ou 20% aplicável aos recolhimentos espontâneos de tributos fora do prazo e conforme o tempo de atraso) e indedutíveis (multa de 75% ou 150% lançada em decorrência de fiscalização), com base no Parecer Normativo PN nº 61/79: [...]

209. No que tange às multas impostas por infrações de que não resultem falta ou insuficiência de pagamento de tributo, resultam elas de obrigações acessórias tidas como não indispensáveis ao lançamento normal do tributo, nos termos da legislação aplicável. É esse o conceito dado pela própria RFB, na resposta às perguntas 36 e 38 do questionário Perguntas e Respostas – Pessoa Jurídica, Título IRPJ Lucro Operacional, disponível no *site* da RFB, que exemplifica com a multa aplicada à pessoa jurídica que deixa de fornecer, ou fornece com inexatidão, o comprovante de pagamentos com retenção na fonte, aos beneficiários, no prazo legal: [...]

210. Conclui-se, portanto, que as multas sobre o PIS e a COFINS são indedutíveis, já que decorreram de lançamento de ofício, em auto de infração discutido no processo administrativo nº 10945.002633/2008-10.

[...]

Quanto ao item relativo à imputação de **“Distribuição disfarçada de lucros. Negócios com sócio e com pessoa ligada. Itens 12.1, 12.2 e 12.3 do TVF. Anos calendários 2007, 2008 e 2010”**, assim se manifestou a decisão recorrida:

[...]

213. São corretos os lançamentos.

214. No presente tópico, analisa-se a infração de Distribuição disfarçada de lucros, contida nos itens 12.1, 12.2 e 12.3 do TVF. A irregularidade foi constatada em auditoria empreendida sobre três operações imobiliárias, sendo que, em duas delas, envolveu-se o sócio da empresa, e, na outra, ocorreu com pessoa ligada.

215. Na primeira operação analisada, a fiscalização apurou que a Jota Ele construiu para seu sócio-gerente, Sr. João Luiz Felix, uma residência de 1.150,56 m², na rua Estácio de Sá, 980, Condomínio Residencial Golden Garden, em Cascavel/PR, conforme Alvará de Construção, de 26/08/2009, e

47

Certificado de Conclusão de Obras, de 02/09/2010, emitidos pela Prefeitura Municipal de Cascavel/PR, às fls. 3787/3788.

216. O valor atribuído como receita para essa obra foi de R\$ 1.100.000,00, conforme lançamento a crédito na conta de Receita "316010002 - Serviços Prestados - Filial Cascavel/PR" e a débito da conta de ativo realizável a longo prazo - créditos com sócios "121020006 - João Luiz Félix". Entretanto, o custo atribuído para a obra foi de R\$ 1.265.703,07, conforme escriturado na conta "336010006 - Custo de Serviços Prestados - Filial Cascavel".

217. A autoridade fiscal levou em conta que nem todo custo dessa obra foi escriturado, pois, conforme já demonstrado nas infrações em que foram efetuadas glosas de custos, foram verificadas notas fiscais de materiais e serviços destinados à construção dessa residência e que foram indevidamente atribuídas a outras obras. A relação dessas notas fiscais foi anexada às fls. 4273/4274, e totalizam R\$ 154.900,83, valores estes que foram adicionados ao custo escriturado, de R\$ 1.265.703,07, resultando em R\$ 1.420.603,90 de custo ajustado.

218. Para fins de determinação do valor atribuído ao negócio efetuado com o sócio, a fiscalização avaliou-o pelo preço de custo, na falta de dados mais concretos, e considerando que tal valor representaria o mínimo que a empresa contrataria com terceiros. Assim, em razão do lucro considerado disfarçadamente distribuído, foi adicionado lucro líquido do período 2010 a diferença entre o valor do custo de construção da residência do sócio (R\$ 1.420.603,90) e a receita atribuída para esta mesma obra (R\$ 1.100.000,00), que resulta em R\$ 320.603,90.

219. A segunda operação analisada também teve a participação do sócio administrador da empresa, Sr. João Luiz Felix, que, em 30/10/2007, permutou o apto nº 1401 do Edifício Golden Park, de 382,64 m², situado em Cascavel, pelo apto nº 300 do Edifício Porto Genova, de 602,47 m², situado no bairro Batel, em Curitiba/PR. Foi apurado que o valor atribuído à transação no contrato particular de compromisso de permuta entre os apartamentos foi de R\$ 750.000,00; sem previsão de torna, conforme fls. 3789/3791. No entanto, o valor da transação registrado na contabilidade para essa operação foi de R\$ 690.278,72, conforme lançamentos extraídos do livro Diário. Em 01/11/2007, foi registrada na contabilidade a entrada em estoque do imóvel de Cascavel (apto 1401 do Edifício Golden Park) e atribuído para esse imóvel o valor do custo do imóvel dado em permuta (apto 300, do Edifício Porto Genova), que constava no estoque pelo valor de R\$ 690.278,71.

220. Em suma, a Jota Ele fez uma permuta sem torna de um apartamento usado, de 382 m², situado em Cascavel, por um apartamento novo e de área muito maior, de 602,47 m², situado no bairro Batel, sabidamente, um dos bairros mais nobres de Curitiba. A fim de comprovar que o valor pelo qual o apto nº 300 do Edifício Genova foi alienado ao sócio era incompatível com o mercado, a fiscalização levantou os seguintes preços praticados, a partir de

dados dos registros contábeis relacionados às alienações dos apartamentos da obra de incorporação daquele edifício: [...]

221. Diante disso, a fiscalização avaliou que o valor da transação correspondia ao menor preço apurado, ou seja, R\$ 930.000,00. Desse valor foi deduzido o valor do custo do imóvel dado em permuta, de R\$ 690.278,72, obtendo-se a diferença de R\$ 239.721,28, que foi adicionado ao lucro real de 2007, a título de distribuição disfarçada de lucro.

222. A terceira operação analisada envolveu Sra. Astrogilda Barreiros Felix, mãe do sócio/administrador da empresa, Sr. João Luiz Felix, conforme cadastro de fl. 3815, sendo, portanto, uma pessoa ligada à pessoa jurídica, conforme dispõe o inciso III do art. 456 do RIR/99. Foi verificado que o imóvel situado à rua Comendador Araújo, 430, apto. 50, em Curitiba/PR, foi adquirido pela Jota Ele em 01/12/2007, pelo valor de R\$ 60.000,00, por dação em pagamento da venda de um imóvel do empreendimento edifício Way Point. Esse apartamento foi vendido em 19/05/2008 para a Sra. Astrogilda Barreiros Felix, pelo valor de R\$ 30.000,00, conforme contrato de compra e venda às fls. 3817/3819 e lançamentos contábeis efetuados na mesma data, identificados pela fiscalização.

223. Restou comprovado, portanto, que a fiscalizada alienou o apartamento após menos de seis meses da sua aquisição pelo preço correspondente à metade do seu valor de custo, em condição que lhe é evidentemente desfavorável e em atitude atentatória à integridade de seu patrimônio. Assim, para determinação do valor do negócio entre a Jota Ele e a mãe do sócio, a fiscalização considerou o mesmo valor da aquisição do apartamento (R\$ 60.000,00), que corresponderia ao preço mínimo de venda caso a negociação se desse com terceiros. Logo, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL do período de apuração do 2º trimestre do ano de 2008, foi adicionado ao lucro líquido o valor de R\$ 30.000,00, correspondente à diferença entre o valor do custo de aquisição do apartamento e o valor da receita atribuída na sua alienação para a pessoa ligada (R\$ 30.000,00), em razão do lucro considerado disfarçadamente distribuído.

227. Na impugnação, o contribuinte repete a reclamação já feita a respeito da existência de duplo processo administrativo exigindo tributos de 2007, alegação esta já analisada e afastada em itens precedentes.

228. O contribuinte argumenta que a fiscalização equivocou-se ao comparar as dimensões dos apartamentos de Cascavel e de Curitiba, que teria confundido área útil com área total, de modo que as áreas dos imóveis seriam semelhantes a ponto de inexistir a disparidade de preços. No entanto, a explicação não convence, já que as divergências foram apuradas, não com base nas áreas dos imóveis, mas a partir de valores de apartamentos situados no mesmo edifício em Curitiba.

229. A seguir, a impugnante anexa tabela outros três valores de transação de apartamentos do Edifício Porto Gênova, que não foram considerados pela fiscalização e pede que seja atribuído o valor de R\$ 700.000,00, que é

inferior ao apurado pela autuante (R\$ 930.000,00). No entanto, há que se levar em conta que a permuta deu-se na data de 30/10/2007, e talvez por isso mesmo, a fiscalização tenha levantado valores de alienação ocorridos entre 2006 a 2008. A transação indicada pelo contribuinte data de 08/12/2005, de forma que não reflete, com precisão, o valor de mercado à época da operação em comento.

230. Pelo exposto, mantenho as exigências.

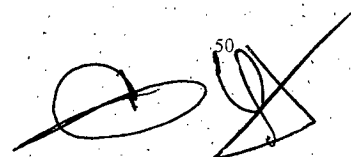
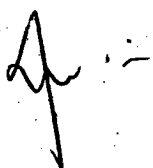
[...]

No mais, manteve-se a multa qualificada, de sorte que na parte dispositiva do acórdão constou-se que afastava-se a preliminar de suspeição, reconhecia-se a decadência do PIS e Cofins dos fatos geradores anteriores a 01/08/2007, e, no mérito, julgava-se procedentes em parte os lançamentos, para reduzir a exigência de IRPJ para R\$ 2.483.956,30, reduzir a exigência de CSLL para R\$ 908.519,02, reduzir a exigência de PIS para R\$ 19.292,18, e reduzir a exigência da Cofins para R\$ 89.040,84, todos com respectivas multas e juros de mora.

A contribuinte foi cientificada da decisão relatada acima e apresentou Recurso Voluntário, reiterando os argumentos quanto à suspeição da autoridade lançadora, insistindo ainda, que o lançamento aqui discutido violou a regra contida nos artigos 146 e 149 do CTN, eis que de um procedimento de fiscalização sobreveio a lavratura de dois autos de infração distintos, ou seja, além do processo ora apreciado foi lavrado o de nº 10945.721263/2011-19, no qual as infrações apuradas se relacionaram à glosa de custos nas obras por empreitada e à omissão de receitas, enquanto no presente processo a Fiscalização presumiu receitas omitidas, glosou despesas financeiras e considerou ter havido distribuição disfarçada de lucros.

Quanto ao mérito, passou a apresentar as justificativas, já relatadas, para cada item das imputações fiscais, para ao fim pugnar por provimento do seu recurso.

É o relatório.



50

Voto Vencido

Conselheiro Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior, Relator.

O Recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos genéricos de recorribilidade. Admito-o para julgamento.

Tal como descrito no relatório acima circunstanciado, cuida-se na espécie de autos de infração de IRPJ e reflexos, relativos aos anos-calendário 2007 a 2010. Por ocasião da mesma ação fiscal foram lavrados autos de infração dos mesmos tributos para os anos calendários 2006 e 2007 (processo administrativo nº 10945.721263/2011-19).

Resumidamente, as imputações e constatações fiscais levaram às seguintes infrações:

- i) Omissão de receitas de vendas de serviços – AC 2010;
- ii) Presunção de omissão de receitas pela falta de escrituração de pagamentos efetuados – AC 2007 e 2008;
- iii) Glosa de despesas financeiras não necessárias à atividade operacional – AC 2007 a 2010;
- iv) Dedução indevida de custos nas obras por empreitada – AC 2009 e 2010;
- v) Apropriação incorreta de custos na apuração da receita obtida na venda de imóveis – AC 2010;
- vi) Redução indevida do lucro real decorrente de inexatidão na apuração das receitas, relativamente a imóveis adquiridos de terceiros – AC 2007 a 2009;
- vii) Redução indevida do lucro real decorrente de inexatidão na apuração das receitas de obras por empreitadas – AC 2008 a 2010;
- viii) Distribuição disfarçada de lucros pela alienação de bem a pessoa ligada por valor notoriamente inferior ao de mercado – AC 2007;
- ix) Distribuição disfarçada de lucro – pagamento feito à pessoa ligada – AC 2008 e 2010;
- x) Falta de adição ao LALUR de despesas com multas por infrações fiscais – AC 2008.

A decisão recorrida, relatada minudentemente acima, cuidou de julgar as infrações parcialmente procedentes para os fins de atestar a decadência das contribuições relativas ao PIS e à COFINS, com fatos geradores ocorridos até 07/2007, reduzir o valor das despesas glosadas, para o Hospital Infantil de Campo Largo, ao Hotel das Cataratas e cancelar

os lançamentos relativos ao item 7.3 do TVF, que diziam respeito à inexatidão na apuração de receitas.

Considerando que, as preliminares suscitadas desde a Impugnação foram rejeitadas pela decisão recorrida e renovadas nas razões de Recurso Voluntário, de rigor o enfrentamento primeiro das questões a elas, preliminares, inerentes.

Registro nesse propósito que duas foram as questões levantadas pela contribuinte: i) a suspeição e consequente incompetência da Autoridade Administrativa autuante; ii) ausência de autorização legal para revisão ou complemento do lançamento contido no PA nº 10945.721263/2011-19.

Analisarei na sequência, por tópicos, as ditas preliminares.

I – PRELIMINARES

I.1 – Da Suspeição/Incompetência da Autoridade Administrativa.

Em relação a este item, convém lembrar que a contribuinte insurge-se contra a atuação da Sra. Lorete Berlanda na condução dos trabalhos de Fiscalização que redundaram nos autos de infração ora analisados, porquanto ela, Sra. Lorete, Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil, teria mantido relação comercial, inclusive de sociedade em determinado empreendimento, com a ora recorrente.

Sustenta a contribuinte que na data da lavratura dos autos de infração (20/07/2012), o MPF foi alterado, para que a responsabilidade pela sua execução passasse a ser do Auditor Fiscal Rafael Gardolinski Venson, reputando que essa situação seria inusitada, pois ocorreu exatamente no dia em que o MPF foi encerrado com os lançamentos de ofício, cuja formalização se deu 09h19, de sorte que tal modificação não teria o condão de retroagir, pois todo o trabalho de fiscalização foi conduzido pela Auditora Lorete Berlanda (não apertas neste caso, mas também nos processos nos 10945.721261/2011-11 e 10945.721263/2011-19 -que decorrem do mesmo MPF).

Ainda segundo a contribuinte, reforçaria a suspeição e incompetência da autoridade autuante, que figurou durante toda a fiscalização, o fato de que teve sua sede transferida de Foz do Iguaçu (PR) para Curitiba (PR) em 25/11/2010 (fls. 197-198), porém o MPF em questão, expedido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Curitiba (PR) em 01/03/2011 e onde já consta como domicílio da empresa o endereço de sua sede em Curitiba (PR), foram designados para realizar a ação fiscal Auditores Fiscais lotados na Delegacia da Receita Federal em Foz do Iguaçu/PR, situação que revelaria ainda mais a suspeição que permeia a condução dos trabalhos fiscalizatórios.

Porém, o cerne da alegação de suspeição/incompetência da Autoridade Fiscalizadora, dá-se ao revelar o fato de que a empresa Jota Ele Construções Cíveis Ltda. (recorrente) é sócia ostensiva da Sociedade em Conta de Participação SCP denominada CATARATAS JL SHOPPING, e que fez parte desta SCP, desde o ano de 2005, a empresa CATARATAS INCORPORADORA E ADMINISTRADORA DE SHOPPING CENTERS S.A., CNPJ nº 02.065.080/0001-99, que tinha como uma de suas sócias exatamente a Sra. Lorete Berlanda, sendo que os fatos ocorridos em tal SCP foram, inclusive, investigados na mesma ação fiscal.

Segundo o arrazoando da contribuinte, em razão da participação comum nesta sociedade, seu sócio João Luiz Felix e a Sra. Lorete Berlanda estabeleceram contato e participaram juntos de reuniões da empresa Cataratas Incorporadora e Administradora de Shopping Centers S.A., conforme ilustram as atas das assembleias ocorridas em 18/06/2002 e em 09/05/2008.

A questão da suspeição, aliás, é tema sobre o qual a contribuinte tem se debatido desde que iniciados os trabalhos de fiscalização, tanto que o tema foi levado à apreciação do Delegado da Receita Federal em Foz do Iguaçu (PR), durante a ação fiscal (fls. 1.070), sendo que tal Autoridade assentou que tendo ouvido a Auditora Fiscal Lorete Berlanda, esta respondeu que no período de 1993 a 2008, teve ações do Cataratas Cia Shopping, o qual, em 2005, passou a ser sócio oculto da SCP Cataratas JL Shopping, e que alienou as suas ações para o Sr. João Luiz Felix, sócio da Jota Ele Construções Civis Ltda., em operação normal, sem qualquer tipo de desentendimento no negócio, que, por óbvio, não teria sido realizado se houvesse algum desacordo entre as partes, tendo a Auditora Fiscal informado que era somente uma entre outras 131 (cento e trinta e um) acionistas do Cataratas Cia Shopping que alienaram suas ações na mesma época e que nunca teve contato direto com o Sr. João Luiz Felix, nem pessoalmente e nem por telefone ou outro meio, e que todas as tratativas da alienação de suas ações foram realizadas por intermédio do contador do Cataratas Cia Shopping.

Diante dos aventados fatos, defende a contribuinte ser evidente a suspeição da Sra. Lorete Berlanda para realizar ação fiscal contra a Jota Ele Construções Civis Ltda., inclusive, fora de seu domicílio tributário, reputando nulos os autos de infração em tela.

Rememorados os fatos articulados na preliminar de nulidade, assento que a questão merece detida reflexão. Reflexão, aliás, que me parece ter sido prescindida pela decisão recorrida ao diminuir os efeitos das sérias alegações trazidas pela contribuinte.

Digo isso não para desqualificar o enfrentamento originário, tampouco para refutar por completo suas conclusões, proclamo, antes disso, que a questão extrapola os limites da aplicação da Súmula CARF nº 27, de inegável efeito, o argumento do desrespeito ao domicílio fiscal da contribuinte não foi arguido isoladamente, ao contrário, serviu para sustentar a tese da suspeição da Autoridade Administrativa, que a despeito de lotada em domicílio fiscal diverso daquele da contribuinte, reconhecido no próprio MPF, ficou encarregada de presidir os trabalhos de auditoria levados a efeito em contribuinte com a qual manteve relações que no mínimo podem ser consideradas de proximidade incompatível com o ato de fiscalizar.

Diante disso, reconheço o teor da Súmula CARF nº 27, segundo a qual “é válido o lançamento formalizado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo”, entretanto, não me parece que o caso apresentado seja de mera incongruência de domicílio fiscal do autuado e do fiscal que conduziu os trabalhos, tampouco que parece que seja essa a alegação da recorrente, razão pela qual, a questão do domicílio tributário há de ser analisada juntamente com os demais argumentos, sem com isso, negar-se o conteúdo sumulado já referido, entendendo apenas, insuficiente para o deslinde da questão.

Como já referi acima, o ponto central da arguição da recorrente passa pelo fato de a empresa Jota Ele Construções Civis Ltda., ora recorrente, ser sócia ostensiva da Sociedade em Conta de Participação SCP denominada CATARATAS JL SHOPPING, que foi também fiscalizada pela mesma auditora, sendo que fez parte desta SCP, desde o ano de 2005,

a empresa CATARATAS INCORPORADORA E ADMINISTRADORA DE SHOPPING CENTERS S.A., CNPJ nº 02.065.080/0001-99, que tinha como uma de suas sócias a Sra. Lorete Berlanda.

Necessário depreender se desta relação, inegavelmente havida entre a contribuinte e a Autoridade lançadora, sobreveio mesmo a nulidade invocada pela recorrente.

Neste propósito de enfrentamento, antes mesmo de adiantar meu juízo sobre o tema, assinalo ser no mínimo estranhável o expediente adotado pela Autoridade lançadora, de sentir-se apta e desimpedida para comandar ação fiscal contra empresa com a qual manteve relação de proximidade, volto a dizer, no mínimo estranhável. Parece-me igualmente pouco acertada a decisão do Sr. Delgado da Receita Federal do Brasil em Foz do Iguaçu, ao ser levada ao seu conhecimento a questão (fl. 1.070), de considerar-se satisfeito com as justificativas da senhora Lorete, mantendo-a à frente da indigitada fiscalização.

Tais decisões pessoais, ao que me é dado observar, internalizaram no processo administrativo ora apreciado situações que seriam, a rigor, facilmente evitadas, bastando que os trabalhos fossem desempenhados por autoridade sobre a qual não pairasse qualquer controvérsia.

Digo isso não para lançar qualquer dúvida acerca da idoneidade da autoridade que conduziu os trabalhos, aliás, nem mesmo a contribuinte o fez. O que se deve ter em mente, contudo, é que o tumulto processual e prejuízos materiais advindos da permanência da Sra. Lorete prescindem de qualquer alegação de dolo ou má-fé de sua parte.

A questão que se coloca, diz com os requisitos de validade do ato administrativo, espécie do qual faz parte o ato de lançamento. Ou seja, não se está a perquirir nem mesmo eventual prejuízo à contribuinte, pois o que se ventila é uma situação de pessoalidade mantida entre o agente estatal, encarregado do poder fiscalizatório e sancionatório, e o contribuinte sujeitado ao juízo, motivado que seja, deste agente estatal.

Já adianto que não me parece congruente com o sistema jurídico vigente semelhante relação de pessoalidade. Não é aceitável que a fiscalização fique a cargo de quem manteve relações tão próximas, ainda que despidas de qualquer pecha, tendo a Sra. Lorete negociado ações, figurado no quadro acionário de terceira empresa, que foi sócia oculta em Sociedade em Conta de Participação, da qual foi sócia ostensiva a própria recorrente, me parece inegável sua suspeição para atuar neste feito.

A mera narrativa dos fatos já revela a relação aproximada, sendo despidendo até mesmo aventar-se o inegável privilégio advindo do conhecimento dos fatos e rotinas da contribuinte, dos quais seguramente dispunha a Autoridade, e que por si só maculam o procedimento fiscalizatório.

Não se coaduna à inarredável impessoalidade do ato administrativo, grafado no artigo 37 da Constituição da República, tampouco à necessária higidez e transparência no processo administrativo fiscal, a conduta da Autoridade autuante. Não sobram dúvidas; tendo ela, Autoridade, sido sócia da recorrente, ainda que por intermédio de terceira pessoa jurídica, em empreendimento auditado, inclusive, tinha ela inequívoco interesse na matéria, a revelar o impedimento grafado no artigo 18, inciso I, da Lei nº 9.784/99.

Assentado o impedimento da Autoridade autuante, oriundo de sua relação pessoal com a contribuinte, e tendo o resultado de sua atuação redundado em autos de infração que além de glosarem certos fatos impuseram multa qualificada, me parece que a decretação da nulidade do ato administrativo se impõe. E impõe-se justamente porque acoimado, como já adiantei acima, em um de seus atributos de validade.

Señdo assim, mesmo que vislumbre que a hipótese dos autos redunda na incompetência da autoridade administrativa para lavrar os autos de infração, verifico que a nulidade nem mesmo precisaria satisfazer uma das hipóteses do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, eis que o ato administrativo, desatendendo a regra maior do artigo 37 da CF, não reúne os atributos necessários ao plano eficaz, ou seja, dada a pessoalidade verificada, não pode o lançamento irradiar efeitos como ato administrativo que é.

A estes fundamentos, conquanto me parecem suficientes a indicar a decretação da nulidade, precisam ser acrescidos os fatos que a contribuinte articula em sede de Memoriais que me foram distribuídos, cuja análise faço, porquanto os documentos ali versados são posteriores ao protocolo do Recurso Voluntário e porque a despeito de serem graves, apenas reforçam a premente necessidade de decretar-se a nulidade.

Segundo evidencia a contribuinte, não bastasse toda a relação de pessoalidade da auditora "Lorete", também o seu colega, Sergio Massao Oshiro, é autor de ação indenizatória por danos morais, promovida exatamente contra a ora recorrente, ante um alegado atraso na entrega da obra.

Acato, em conclusão, a preliminar de nulidade formulada pela contribuinte, e o faço para os fins de reconhecer a nulidade advinda do caráter pessoal da atuação da Autoridade lançadora, declarando nulos os autos de infração.

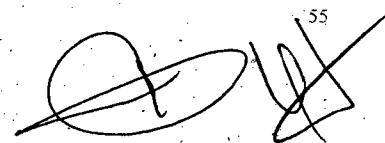
1.2 – Da impossibilidade de complementação do lançamento

Em atenção ao princípio da eventualidade, bem como para reforçar a atuação pouco ortodoxa da Fiscalização nos casos envolvendo a ora recorrente, passo ao enfrentamento da segunda preliminar formulada pela contribuinte, segundo a qual não haveria autorização legal para revisão ou complementação do lançamento consubstanciado no PA nº 10945.721263/2011-19, que primitivamente versou glosa aos mesmos tributos relativamente ao ano-calendário 2007.

O argumento da contribuinte é de que a Fiscalização contrariou o disposto no artigo 146 do CTN, porquanto as infrações 002, 003, 006 e 008, referem-se a fatos ocorridos em 2007, sendo que em 20 de dezembro de 2011, foi lavrado auto de infração, objeto do tantas vezes referido PA nº 10945.721263/2011-19, que tratou, justamente, de IRPJ e reflexos, referentes ao ano-calendário 2006, 2007 e 2008, sendo que a infração 006 do presente processo, foi idêntica à infração do lançamento anterior.

Ou seja, a arguição da contribuinte não é de mera duplicidade de lançamentos, até porque fora o item 006 as imputações são distintas, a alegação é de revisão de lançamento, ou pior, complemento de lançamento sem que se atendessem aos requisitos impostos pela legislação de regência.

Novamente não se pode negar razão à recorrente, digo isso com o desassombro de quem também foi relator do PA nº 10945.721263/2011-19, que versa mesmo



55

glosa relativa ao AC 2007, período também auditado no presente processo, mas em momento posterior se deu a constituição do auto de infração, ainda que decorrente do mesmo MPF.

A contribuinte tomou ciência dos autos de infração contidos no presente processo em 01 de agosto de 2012, consoante Aviso de Recebimento de folhas 4.485, sendo que o PA nº 10945.721263/2011-19, foi cientificado em 20 de dezembro de 2011, ou seja, nada há que justifique, dois autos de infração, oriundos do mesmo MPF, frutos da mesma investigação, conduzida pela Sra. Lorete, versando coincidentes períodos de apuração, *in casu* 2007.

Importante para evidenciar o desacerto da Fiscalização em comento, tendo em mente, repita-se, que o segundo auto de infração, aqui apreciado, foi lavrado em flagrante complemento ao lançamento anterior, revisão esta que não pode prosperar, eis que não se verificou qualquer das hipóteses versadas no artigo 149 do CTN, nem mesmo qualquer justificativa da glosa tardia.

O lançamento em nossa sistemática é imutável, em princípio, sendo exceção as hipóteses de revisão, modificação ou substituição por outro. Ou seja, em regra tem-se a imutabilidade do lançamento, fruto da dicção do artigo 145 do CTN, de sorte que a partir dele, artigo 145, desencadeia-se hipóteses de revisão ou alteração, nenhuma delas satisfeita na espécie.

Ademais, fez ver a recorrente que para nova fiscalização de período já fiscalizado, exige-se o formal cumprimento do artigo 906 do RIR/99, consubstanciado em autorização do Superintendente, Delegado ou Inspetor da Receita Federal, rito impossível de se verificar em autos que decorrem do mesmo MPF, tal como se deu na espécie.

Sendo assim, novamente referendando a preliminar de ausência de impessoalidade na condução dos trabalhos de Fiscalização, anotando, outra vez, as estranhezas contidas nestes autos, acato em fundamento alternativo, porquanto reputo nulos os autos de infração pelos motivos contidos no tópico I.1, a improcedência das exigências aqui contidas, relativas ao AC 2007, itens 002, 003, 006 e 008, do auto de infração, e o faço para reconhecer que de um procedimento de fiscalização sobreveio a lavratura de dois autos de infração distintos, em momentos igualmente distintos, ou seja, além do processo ora apreciado foi lavrado o de nº 10945.721263/2011-19, no qual as infrações apuradas se relacionaram à glosa se custos nas obras por empreitada e à omissão de receitas, enquanto no presente processo a Fiscalização presumiu receitas omitidas, glosou despesas financeiras e considerou ter havido distribuição disfarçada de lucros, referentes ao ano de 2007, em relação aos quais, assento a improcedência das exigências aqui versadas.

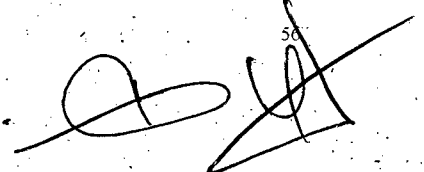
II – DO MÉRITO

Superadas as preliminares acima enfrentadas, faz necessário o enfrentamento material no entanto, apesar de vencido sem arredar do meu convencimento primeiro de serem os autos de infração rigorosamente nulos.

II.1 – Da omissão de receitas relacionada à obra da UNIFESP – infração

001

Início a abordagem por este item considerada a lógica adotada pela contribuinte em seu Recurso Voluntário, procurando assim, conferir certo rigor metodológico



para a espécie, dada a multiplicidade de imputações, lógica, aliás, que seguirei para os demais itens.

No item sob análise, tem-se verificada infração relativa à omissão de receitas de vendas e serviços, decorrente de auditoria da escrituração das receitas oriundas de contrato de empreitada firmado entre a recorrente e a Unifesp, chegando-se também às inexatidões quanto ao período de apuração de escrituração dessas receitas (item 7 do auto de infração).

Concluiu a Fiscalização e a decisão recorrida, que do contrato firmado entre a Jota Ele e a Unifesp, foi apurado que o saldo da diferença das notas fiscais emitidas (R\$ 2.280.206,89) e a receita reconhecida (R\$ 2.280.206,89), resultou em R\$ 1.615.129,35, e teria sido anulado pela recorrente mediante baixa de saldo por não recebimento das notas fiscais, conforme extrato do Razão da conta receitas diferidas, à folha 4.264.

Diante disso, segundo se apurou, a recorrente terminou por anular o lançamento contábil anterior, quando da emissão da correspondente nota fiscal, sendo certo que essa não seria a forma correta de contabilizar a suposta perda no recebimento do crédito.

A contribuinte tem sustentado que em caso de contratos de empreitada firmados com órgãos governamentais, pode-se diferir a tributação de receitas até o momento de seu efetivo recebimento, conforme artigo 409, incisos I e II, do RIR/99, e Instrução Normativa SRF nº 21/1979, item 10, concluindo a decisão recorrida, no entanto, que não são as receitas que podem ser diferidas, mas o lucro dessas receitas não recebidas.

No mérito as conclusões da decisão recorrida me parecem acertadas.

Veja-se que a decisão recorrida não olvidou as disposições do artigo 409 do RIR/99, contrário disso, verificou que dois fatos impediam sua aplicação da forma como pleiteado pela contribuinte, a primeira delas porque o que se permite é o diferimento do lucro decorrente das receitas escrituradas, não as receitas em si, e o segundo impeditivo diz com a exigência do inciso II, do precitado artigo 409, do RIR/99, que exige controle, no LALUR, dos ditos diferimentos.

Anote-se o citado artigo:

Art. 409. No caso de empreitada ou fornecimento contratado, nas condições dos arts. 407 ou 408, com pessoa jurídica de direito público, ou empresa sob seu controle, empresa pública, sociedade de economia mista ou sua subsidiária, o contribuinte poderá diferir a tributação do lucro até sua realização, observadas as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 10, § 3º, e Decreto-Lei nº 1.648, de 1978, art. 1º, inciso I):

I - poderá ser excluída do lucro líquido do período de apuração, para efeito de determinar o lucro real, parcela do lucro da empreitada ou fornecimento computado no resultado do período de apuração, proporcional à receita dessas operações consideradas nesse resultado e não recebida até a data do balanço de encerramento do mesmo período de apuração;

II - a parcela excluída nos termos do inciso I deverá ser computada na determinação do lucro real do período de apuração em que a receita for recebida.

[...]

Tem razão a decisão recorrida ao concluir que as parcelas do lucro diferidas, no caso das empreitadas de longo prazo contratadas com o Poder Público, devem ser controladas no LALUR, tanto no momento da exclusão, quanto no período de realização, se houver, deste lucro, assim compreendido o recebimento da receita, de acordo com os sucessivos preceitos da IN SRF nº 21/1979.

Também me parece rigorosamente acertada a conclusão ao assinalar-se que na espécie, não consta nos autos, que a recorrente tenha efetuado tais controles no LALUR, sendo que os lançamentos escriturados pela empresa não possuem respaldo nas regras contábeis, já que emitida a nota fiscal, inegavelmente, ela contribuinte, reconhece que auferiu receitas, de forma que, não sendo caso de nota fiscal cancelada, esses rendimentos deveriam ser tributados, permitido é claro o diferimento do lucro da parcela dessas receitas que ainda não tenham sido recebidas.

Não há censura a se fazer à decisão recorrida, de fato não há diferimento de receitas, mas sim de lucros e os lançamentos contábeis feitos pelo contribuinte, na prática, não caracterizaram nem mesmo diferimento de receitas, mas uma verdadeira anulação delas.

Em conclusão, portanto, reputo que o item I do auto de infração, relativo à omissão de receitas é procedente.

II.2 – Da omissão de receitas por falta de escrituração de pagamento – infração 002

Novamente seguindo a ordem das razões do Recurso Voluntário, passo à análise da imputação relacionada à omissão de receitas por falta de escrituração de pagamentos, tendo a Fiscalização verificado neste caso a hipótese do artigo 281, II, do RIR/99.

De início, imperioso registrar que os fatos geradores da comentada infração **deram-se em 30 de janeiro de 2007** e 26 de dezembro de 2008 (fls. 4.364/4.366), sendo assim, considerando o enfrentamento da preliminar contida no item I.2, e o não reconhecimento do “complemento” de lançamento realizado nesta sede, **para o AC 2007, consigno de pronto a procedência da autuação quanto aos fatos ocorridos no citado ano-calendário.**

Quanto aos fatos sucedidos em 2008, importa apreciar o argumento da contribuinte de que à época realizou uma migração de sistema, juntando declaração da empresa fornecedora do programa - NL Informática Ltda.; sendo que desde então algumas informações contábeis passaram a ter problema e que tais erros estariam sendo corrigidos a custo de muitos investimentos (materiais e humanos), sendo que os lançamentos não podem prosperar, pois inexistente passivo fictício, tendo a decisão recorrida rejeitado a única prova possível de se fazer, insistindo que a presunção de omissão de receita é inaplicável ao caso, conforme decisão do CARF.

Assim, no mérito a decisão recorrida não merece qualquer censura quanto a este tópico.

Fez ver a decisão recorrida que a Fiscalização constatou a ausência de escrituração de pagamentos efetuados e manutenção no passivo das respectivas obrigações já pagas, tendo a partir daí analisado os custos de algumas obras por empreitada executadas pela recorrente, mediante a seleção de registros contábeis de aquisições de materiais e serviços, partindo de uma relação de aquisições de materiais da empresa LAG Materiais de Construção Ltda, cujos valores das notas fiscais, que totalizaram R\$ 76.062,10, foram contabilizadas como compras efetuadas a prazo, creditando-se na conta de passivo "211010001 - Fornecedores Diversos", mas que apresentavam recibos de pagamento como se tivessem sido pagos à vista, em dinheiro, conforme fls. 2.113 - 2.120.

Ainda relembrando o expediente investigativo, assentou-se que os registros desses pagamentos não foram localizados na contabilidade, razão pela qual intimou-se a recorrente (fls. 277 - 278), para prestar esclarecimentos, de sorte que na resposta de folha 286, afirmou que "as notas fiscais foram devidamente pagas, no entanto, por motivo de inconsistência do sistema, não integrou na contabilidade".

Bem lembrou a decisão recorrida que foi a partir disso que a fiscalização buscou encontrar outras aquisições na mesma condição, e identificou 78 notas fiscais emitidas pela LAG Materiais de Construção Ltda, conforme relação de folhas 4.167 a 4.169, emitidas entre 2007 e 2008, totalizando R\$ 1.059.084,74 e mais 12 notas fiscais emitidas pela empresa Gerdau S/A, conforme relação de folhas 4150/4166, também emitidas nos mesmos períodos, perfazendo R\$ 521.753,01.

Atestou-se ainda, que as obrigações permaneceram sem liquidação no passivo, na conta "211010001 - Fornecedores Diversos", até pelo menos 31/12/2010, data final do período fiscalizado e única justificativa dada (fl. 292 e fls. 395/399 e fl. 400), foi de "ocorreu um erro em nosso sistema".

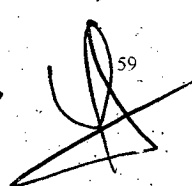
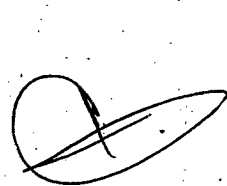
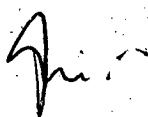
Desta forma, o lançamento é procedente, porquanto o fato que desencadeou a presunção contida no artigo 281, II, do RIR/99, não foi afastado pela contribuinte, não me parecendo legítimo, ainda que se afigure possível, afastar a dita presunção por mero erro de sistema, mormente ao se verificar o largo espaço de tempo em que verificada a manutenção no passivo das tais obrigações.

Diante disso, encaminho meu voto no sentido de manter a exigências fiscais relativas às notas fiscais dos anos-calendário 2007 e 2008.

II.3 - Da glosa de despesas financeiras - valores repassados aos sócios - infração 003

O presente tópico da autuação diz respeito à glosa de despesas financeiras promovida pela Fiscalização, no item 9 do TVF, oriunda, a glosa, de verificação de despesas financeiras correspondentes a juros pagos sobre empréstimos e financiamentos tomados de diversas instituições financeiras por meio de contas garantidas e operações diversas, bem como despesas financeiras correspondentes aos valores de IOF incidentes sobre tais operações.

Segundo ficou assentado na fiscalização, parte desses valores tomados das instituições financeiras foi repassada aos sócios, pessoas físicas, da recorrente, sem a cobrança de quaisquer encargos financeiros (juros ativos), de sorte que se verificou que essa parte dos encargos financeiros (juros passivos + IOF), decorrentes dos empréstimos tomados e



59

repassados aos sócios, não poderia ser deduzida da apuração do lucro real, uma vez que tais repasses implicaram mera liberalidade da pessoa jurídica.

Atestou-se que os repasses aos sócios eram contabilizados em contas do ativo, referentes a empréstimos, com movimentação nos anos calendários de 2007, 2008, 2009 e 2010, conforme razão de folhas 3.838 a 3.845, tendo a recorrente, à época da fiscalização (fl. 259), esclarecido que não foram firmados contratos escritos e nem verbais em relação a tais lançamentos contábeis, sendo destes fatos, resultou a lavratura do auto de infração contra a recorrente, no processo nº 10945.721.058/2011-45, relativo ao IOF incidente sobre estes empréstimos feitos aos sócios.

Sustenta a contribuinte que na planilha de folhas 4.111 a 4.141 a Fiscalização inseriu, equivocadamente, empréstimos efetuados por ela recorrente para a empresa API SPE 08 Planejamento e Desenvolvimento de Empreendimentos Imobiliários Ltda., que não é sua sócia e, portanto, tal situação não se amolda ao suporte fático descrito para a infração, nos seguintes valores e datas: R\$ 100.000,00, em 18/01/2010 (débito); R\$ 800.000,00, em 19/01/2010 (débito); R\$ 350.000,00, em 25/01/2010 (débito); R\$ 100.000,00, em 29/01/2010 (débito); R\$ 170.000,00, em 01/02/2010 (débito); R\$ 186.000,00, em 19/02/2010 (débito); R\$ 245.000,00, em 22/02/2010 (débito); R\$ 49.000,00, em 23/02/2010 (débito); R\$ 100.000,00, em 26/02/2010 (débito); R\$ 100.000,00, em 02/03/2010 (débito); R\$ 60.000,00, em 05/03/2010 (débito); R\$ 50.000,00, em 08/03/2010 (débito); R\$ 66.000,00, em 09/03/2010 (débito); R\$ 200.000,00, em 18/03/2010 (débito); R\$ 50.000,00, em 19/03/2010 (débito); R\$ 200.000,00, em 22/03/2010 (débito); R\$ 2.900.000,00, em 29/03/2010 (débito).

Justifica a contribuinte que a comprovação quanto ao beneficiário destes recursos está no Livro Razão, conta 1.2.1.02.0009 Abyara API SPE 08 Planej. Desenv. E Imob Ltda., juntado extrato e reputando que a liquidação destes empréstimos se deu em 31/03/2010 (fls. 4.135) e que as despesas relativas a estes mútuos, que estão identificadas às fls. 4.134 e 4.135, não podem ser glosadas, pois não se tratam de mera liberalidade da pessoa jurídica para com seus sócios, como equivocadamente descreveu e entendeu a autoridade fiscal. Reclama pelo cancelamento dos débitos relativos a esta infração.

A decisão recorrida, por seu turno, justificou que a imputação transcendia o critério alegado pela contribuinte de "repassa aos sócios", para situar-se, em verdade, na "liberalidade" dos dispêndios e a conseqüente falta do requisito "necessidade" da despesa que autorizasse sua dedutibilidade.

Sem reparos a fazer na conclusão da decisão recorrida. Bem lembrou o aresto impugnado que a glosa foi imposta, materialmente, em face de deduções de despesas consideradas como não amoldáveis aos requisitos autorizadores, da usualidade, normalidade e necessidade, ou seja, de fato deu-se como evento capaz de desencadear a glosa a verificada a liberalidade nos encargos assumidos ao contratar os empréstimos e repassá-los a terceiros, sejam eles sócios ou coisa que o valha, porquanto a recorrente, ao repassar tais valores – aí reside a comprovação da liberalidade – deixou de cobrar qualquer encargo, não firmou contratos ou qualquer expediente formal, a indicar, repito, o fundamento da glosa.

Sendo assim, entendo que subsiste a glosa imposta, sendo as despesas indicadas neste item indedutíveis, mantendo, assim, a autuação.

II.4 – Da glosa de custos de obras por empreitada – contratos de longo prazo - infração 004

Neste item específico, relativo ao tópico 4 do auto de infração, anoto que a Fiscalização implementou glosa aos custos de obras por empreitada, relativos aos anos-calendário 2008 a 2010 (*vide* planilha de folha 4.295).

Como bem registrado no relatório acima circunstanciado, a decisão ora recorrida realizou alguns ajustes reduzindo a glosa, insistindo a recorrente, no entanto, que a totalidade da exigência fiscal é improcedente.

Importante registrar que a Fiscalização glosou quase a totalidade dos custos e despesas das seguintes obras: i) Fórum de Novo Hamburgo; ii) UNIFESP; iii) Tribunal de Contas de Pernambuco; iv) Hospital Infantil Campo Largo; v) Hotel das Cataratas; vi) Abyara (SPE 8) e Digitada.

Este colegiado, visando igualar a instrução processual com o que fora determinado no processo administrativo nº **10945.721263/2011-19** e levando em conta que o contribuinte, por ocasião da impugnação, juntou cópias de várias notas fiscais para comprovar os custos glosados, baixou o processo em Diligência para que a fiscalização examinasse a documentação juntada, referente aos custos glosados por falta de apresentação de nota fiscal original ou considerado não comprovado, pronunciando-se acerca da procedência ou não do correspondente custo, bem como elaborando planilha explicativa.

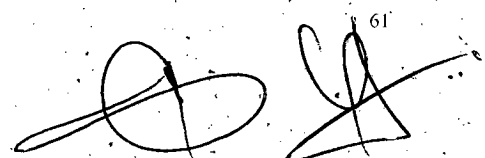
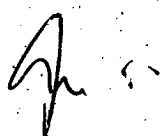
A Fiscalização apresentou o Relatório de Diligência, reconhecendo a comprovação de algumas despesas, conforme indicado em quadro demonstrativo nas páginas 6 e 7 do Relatório de Diligência referido, e a contribuinte se manifestou acerca do seu conteúdo.

Resumidamente, os fundamentos para glosar-se quase a totalidade das despesas foram os seguintes: i) natureza do material/serviço discriminado na nota fiscal não seria compatível com a obra à qual foi atrelada; ii) o local da entrega do material seria incompatível com a obra à qual o custo foi atrelado; iii) o endereço do fornecedor não seria compatível com a obra à qual o custo foi atrelado; iv) as notas fiscais foram emitidas posteriormente ao encerramento da obra à qual foi atrelada; v) ausência de registro de pagamento das notas fiscais.

Tem-se assim, como fundamento sintético, a falta de correlação documental e até mesmo lógica, entre as despesas e a obra a qual foi atrelada,

Sobrevindo a Diligência determinada, assentou a Fiscalização, que mediante a Intimação nº 09/2014, a contribuinte solicitou-se que a contribuinte foi intimada a apresentar as notas fiscais originais, separadas por obra e discriminadas individualmente, referentes aos custos glosados pelos motivos de falta de apresentação de nota fiscal original e custo não comprovado, cujas cópias foram juntadas à impugnação do contribuinte dos autos de infração constantes no Processo Administrativo Fiscal nº 10945.721137/2012-37.

Destacou a Fiscalização que as listas com a discriminação das notas apresentadas para execução da diligência encontram-se às folhas 5.531 a 5.538, elaborando planilhas segregadas por obra, resultantes da análise das notas relativas: i) Fórum de Novo Hamburgo/RS. (fls. 5.539 a 5.545); ii) UNIFESP (fls. 5.546 a 5.552); iii) Hospital Infantil de



Campo Largo (fls. 5.566 a 5.571); iv) Tribunal de Contas de Pernambuco (fls. 5.572 a 5.574); v) Hotel das Cataratas (fls. nº. 5.575 a 5.577).

Considerado o teor esclarecedor da Diligência, bem como o fato de a Recorrente, em sua manifestação, não ter infirmado as conclusões da Fiscalização, convém reproduzir a análise de cada item diligenciado:

[...]

2.1. FÓRUM DE NOVO HAMBURGO-RS

Para esta obra, embora as notas em questão tenham sido atribuídas como custo no ano de 2008, período que a obra já havia sido concluída há mais de um ano (o termo de recebimento definitivo desta obra foi atestado em Agosto de 2006), optamos por analisar cada nota individualmente para atender à solicitação do CARF. Este procedimento vem ratificar a prática da alocação dolosa de custos a obras já encerradas, mas que ainda possuíam receitas pendentes de reconhecimento (receitas diferidas). Tal prática, conforme descrita no termo de verificação fiscal tinha por objetivo anular os possíveis resultados positivos.

Assim, além da glosa de custos pela emissão da nota fiscal em data posterior ao encerramento da obra, consideraram-se outros motivos que justificam as glosas.

Verifica-se no campo “observações” da planilha de folhas nº. 5539 a 5545 que a grande maioria das notas fiscais apresentadas como comprovantes de custos desta obra, na fase de impugnação, refere-se a dispêndios efetuados na obra de incorporação da empresa denominada “Edifício Porto Genova” na cidade de Curitiba, além de notas relativas a dispêndios com pinturas aplicadas em outra obra de incorporação executada pela empresa. o Edifício Country Ville em Foz do Iguaçu – PR.

Conforme mencionado no item 3 (Apuração de resultados nas obras de incorporação), do Termo de Verificação Fiscal do presente processo, fls. nº. 4285, os dispêndios efetuados em obras de incorporação não podem ser considerados custos/despesas pois devem compor o valor das contas do Ativo: “obras em construção”, ou “imóveis concluídos”.

Identificaram-se, também, despesas pessoais do sócio, tais como, aquisição de motor de popa, despesas com manutenção de embarcação do sócio da empresa.

Assim, na análise dos documentos desta obra, nenhuma nota foi considerada como comprovação de custo.

[...]

Na sequência, cuidou a Fiscalização de realizar a análise relativamente aos custos glosados da obra “UNIFESP”, confira-se:

[...]

2.2. UNIFESP

As notas fiscais, relacionadas aos custos imputados à obra da UNIFESP, apresentadas somente na fase de impugnação, foram analisadas e todas tiveram a glôsa mantida, haja vista as notas fiscais terem sido emitidas em data posterior ao encerramento da obra. Além disto, constata-se que muitas das notas fiscais apresentadas referem-se a custos da construção da casa do sócio, Sr. José Luiz Félix, cuja receita atribuída a obra é inferior aos custos alocados (vide item 12.1 do Termo de Verificação Fiscal do processo, fls nº. 4253).

Identificamos, também, muitas notas fiscais atribuídas como custo desta obra que se referem à aquisição de eletrodomésticos, tais como: lava-roupa, mesas de aço (NF nº. 7 no valor de R\$ 12.695,00), tecidos para decoração e papel de parede (NF nº. 1067, no valor de R\$ 27.325,00), entre outras, com indícios de terem sido adquiridos para a residência do sócio (tais referências constam nas notas fiscais) em desrespeito ao Princípio da Entidade. Tais informações encontram-se no campo "observações" da planilha (fls. nº. 5546 a 5552).

[...]

Adiante, a Fiscalização debruçou-se sobre as despesas relativas à obra "Hospital Câmpo Largo", confira-se:

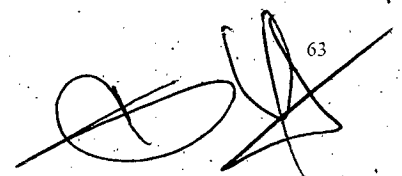
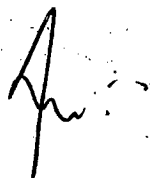
[...]

2.3. HOSPITAL CAMPO LARGO

Algumas notas apresentadas referem-se à aplicação de recursos em obras de incorporação, tais como: "maquete do Tuiuti", Edifício Premier, etc. Outras notas referem-se a custos aplicado nas casas do Sr. João e do Sr. Joacir, sócios da empresa.

Há notas apresentadas que se referem a custos aplicados na obra de contrato de SPE – Sociedade de Propósito Específico, cujas características e modalidade de contrato consta no item 6.6 do Termo de Verificação Fiscal. Outras notas referem-se a custos aplicados na obra do Tribunal de Contas do Estado/PE.

Também identificamos vários custos lançados em duplicidade, quando o material não foi aplicado em nenhuma das obras para as quais foram alocados. Nesta duplicidade de lançamentos relativos ao mesmo número de nota fiscal, num deles a comprovação dava-se pela "cópia da nota"; o segundo lançamento era efetuado, geralmente, num valor um pouco abaixo da nota, o que dificultou a identificação da duplicidade quando na realização dos exames e testes das notas fiscais aplicados à época da ação fiscal. Destacamos apenas alguns exemplos:



63

a) Lançamento de 09.10.2009, na conta “711070002 – Mat Acab Hospital Campo Largo”, Histórico: “Vlr NF N 729 - Renato Fernandes Com.de Mat.Eletricos Ltda” no valor de R\$ 6.102,58. O valor correto da nota é R\$ 6.227,12, também lançado na conta de material de acabamento da obra do Tribunal de Contas de Pernambuco. Sendo que o custo não pertence a nenhuma destas obras. A nota fiscal refere-se à retenção contratual da praça de pedágio de Garuva;

b) Nota fiscal nº 199 – Egrégora Construtora e Importadora Ltda. Nota fiscal lançada em duplicidade com custo atribuído a conta: “599070002 - Mat Acab do TCE/PE” e na conta: “71106001 - Serv Terc Hosp Campo Largo”. Entretanto, a nota refere-se a “pagamento de retenção contratual da obra Pedágio Araguari”;

c) Nota fiscal nº. 746 – Renato Fernandes Com. de Mat. Elétricos Ltda. Apresentou apenas cópia no valor de R\$ 3.000,10. A Nota fiscal nº. 746 foi utilizada para lançamentos duplicados de custos: conta: “811070002 Mat Acabam do Hotel das Cataratas” e “711070002 Material Acabamento do Hospital Campo Largo”. Descrição da nota: “Ref retenção contratual da praça de pedágio de Araguari –SC”;

d) Nota fiscal nº. 13 – Iranil Lacerda Leite – A NF nº. 13, no valor de R\$ 4.932,41, foi lançada em duplicidade em dois centros de custos: na conta “811070002 - Mat de Acab do Hotel das Cataratas”, no valor de R\$ 4.932,41 e na conta “711070002 – Material de Acabamento Hospital Campo Largo” no valor de R\$ 4.833,77. No entanto, a descrição da nota refere-se a “Pagamento de retenção contratual Pedágio P.z. (Mandirituba)”.

Temos outros exemplos, os quais constam no campo “observações” da planilha de folhas nº. 5566 a 5571.

Verifica-se, desta forma, que muitas vezes a alocação de custos da empresa, dava-se conforme a conveniência.

Para a obra do Hospital Infantil Campo Largo também elaboramos a planilha intitulada “Análise das notas fiscais apresentadas na impugnação”, fls. nº 5566 a 5571, a fim de computar os custos que estão sendo comprovados em fase de diligência.

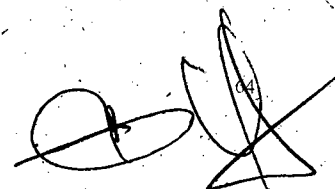
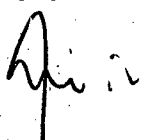
[...]

No item seguinte, o Relatório da Diligência esclarece as verificações realizadas nos custos glosados relativos à obra “Tribunal de Contas de Pernambuco, confira-se:

[...]

2.4. TRIBUNAL DE CONTAS DE PERNAMBUCO

Várias notas apresentadas referem-se a obras de incorporação, as quais, conforme já mencionado, não constituem custos no momento do dispêndio/pagamento.



Algumas das notas apresentadas referem-se à montagem e instalação da loja Hering de Toledo, incluindo aquisição de cabideiros, prateleiras, etc. (titularidade do sócio da empresa).

Para esta obra, também elaboramos a planilha “Análise das notas fiscais apresentadas em fase de impugnação” a fim de demonstrar os custos que foram considerados comprovados pela fiscalização na fase de diligência, bem como as glosas mantidas e as respectivas justificativas (fl.nº 5572 a 5574).

[...]

Por fim, auditou-se os documentos relativos à obra “Hotel das Cataratas, chegando-se as seguintes conclusões:

[...]

2.5. HOTEL DAS CATARATAS

Neste caso também identificamos notas fiscais relativas à aplicação de custos em obras de incorporação, tais como: Edifício Porto Gênova, Edifício Maison Royale, Way Point. Nestes casos a classificação contábil adequada seria nas contas do Ativo, imóveis em construção ou imóveis concluídos para venda (estoques).

Dentre as notas fiscais apresentadas nesta diligência, também identificamos gastos na aquisição de champanhe e vinhos (R\$ 7.031,00), material gráfico, esteiras para academia (R\$ 19.250,00) e material aplicado na obra da residência do sócio da empresa, cujo custo atribuído à obra foi superior a receita contabilizada para esta obra.

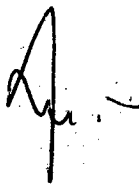
Outras constatações em relação às demais notas relacionadas a esta obra que foram juntadas na fase de impugnação constam na coluna “observações” na planilha às folhas nº. 5575 a 5577.

Os custos considerados comprovados em fase de diligência, para esta obra estão resumidos na tabela adiante.

[...]

Diante das justificativas reproduzidas acima, a Fiscalização elaborou, tal como determinado por ocasião da conversão do julgamento em diligência, planilhas demonstrativas, nas quais foram consolidados os valores reconhecidos como dedutíveis após os documentos apresentados com a Impugnação.

Sendo assim, a partir das planilhas intituladas “Análise das notas fiscais apresentadas na fase de impugnação” os custos comprovados na fase de impugnação foram totalizados por período de apuração, de sorte que a Fiscalização reconhece que estes valores deverão ser excluídos da base de cálculo dos tributos, com efeito, estão consolidados no demonstrativo abaixo:



	Hospital Campo Largo	Tribunal de Contas de Pernambuco	Hotel das Cataratas	Total custos comprovados
1º Trimestre 2008				
2º Trimestre 2008	13.972,81			13.972,81
3º Trimestre 2008	17,48			17,48
4º Trimestre 2008	430,88	33,52		464,40

1º Trimestre 2009			40.022,25	40.022,25
2º Trimestre 2009	5.861,44		45.521,47	51.382,91
3º Trimestre 2009	1.123,00		9.781,47	10.904,47
4º Trimestre 2009	2.882,40			2.882,40
AC 2010			16.606,04	16.606,04

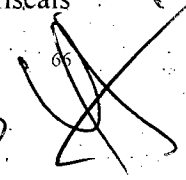
Após a realização Diligência, portanto, verifica-se que todos os elementos trazidos pela contribuinte foram analisados, restando comprovadas as despesas listadas acima, e devidamente glosadas as demais, de sorte que encaminho meu voto no sentido de afastar da base de cálculo dos tributos, exigidos neste tópico, os valores reconhecidos em Diligência como comprovados, mantendo os demais pelos elementos de prova e convicção apresentados pela Fiscalização e reproduzidos acima.

II.6 – Da inexatidão quanto ao reconhecimento das receitas de obras por empreitadas – infração 007

Neste tópico sob análise, tem-se verificada infração relativa à redução indevida do lucro real, contidas nos itens 7.1 e 7.2 do TVF, sendo a glosa imposta com relação à suposta inexatidão no reconhecimento das receitas de obras por empreitadas, no caso, UNIFESP (R\$ 665.077,54, ano-calendário 2010) e Hotel das Cataratas (R\$ 2.117.224,52 30/09/2008, R\$ 3.532.589,60 31/12/2008, R\$ 2.153.277,68 30/09/2009 e R\$ 801.959,09 31/12/2009):

Quanto à suposta inexatidão no reconhecimento das receitas de obras por empreitadas, no caso, UNIFESP (R\$ 665.077,54, ano-calendário 2010), a decisão recorrida, no mister de fundamentar suas conclusões, a decisão recorrida assentou que a inexatidão detectada, que provocou redução indevida do lucro real no período 2010, consistiu no fato de que parte das receitas foram escrituradas em anos-calendários posteriores ao encerramento das obras, o que caracteriza inobservância ao regime de competência no reconhecimento das receitas.

É fato que o contrato de empreitada por preço global, firmando entre a recorrente e Unifesp (fls. 408/432), teve o valor global contratado de R\$ 18.950.503,14 e em 06/12/2004 foi acrescentado um aditivo com disposição do prazo de execução para o máximo de 18 meses a contar de 20 de janeiro de 2005, sendo que a partir das informações prestadas pela Unifesp a fiscalização apurou que em 16/11/2009, a recorrente foi cientificada do encerramento da obra (fls. 433/434), tendo em vista a expiração do prazo final e a falta de conclusão do objeto contratado, de onde concluiu a decisão recorrida que a obra fora dada por encerrada pela Unifesp em janeiro de 2010 e que o contrato foi rescindido e as notas fiscais



emitidas pela empresa a partir desta data referiam-se a medições que ficaram pendentes, pois a recorrente teria atribuído, no ano-calendário de 2009, um custo de R\$ 968.132,78 sem ter feito qualquer medição, ou pelo menos, não ter emitido nenhuma nota fiscal no ano de 2009, conforme planilha de fls. 442/443.

Foi a partir daí, que construiu-se o raciocínio de que apesar de o encerramento da obra ter se dado em janeiro de 2010, a recorrente manteve saldo de R\$ 2.280.206,89 na conta de Receitas Diferidas, pertencente ao grupo do passivo, conforme fl. 2.480 e o razão correspondente às notas fiscais emitidas em 2010, verificando, a partir daí, que do total de Receitas Diferidas desta obra encerrada em 2010, o valor de R\$ 665.077,54 foi reconhecido como receita no ano de 2011, conforme balancete de fl. 4.266, a revelar que não haveria outra alternativa à fiscalização senão considerar como inexatidão o valor R\$ 665.077,54, a título de receitas reconhecidas indevidamente no ano calendário de 2011, e adicioná-lo ao resultado tributável do ano calendário de 2010, na forma de ajuste.

Quanto ao saldo resultante da diferença das notas fiscais emitidas e a receita reconhecida ($R\$ 2.280.206,89 - 665.077,54 = R\$ 1.615.129,35$), concluiu a decisão recorrida que a recorrente anulou o referido saldo mediante baixa por não recebimento das notas fiscais, conforme extrato do razão da conta receitas diferidas, à fl. 4.264. Logo, como tais receitas não transitaram por conta de resultado, restou configurada a omissão de receitas, analisadas no item II.1 deste voto.

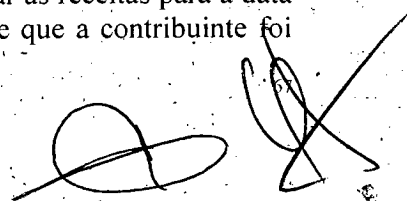
Verificando os fundamentos e razões de decidir expostos acima, bem como cotejando os argumentos da contribuinte, de se anotar que este item merece reforma e autuação deve ser julgada improcedente.

Conquanto tenha reconhecido que anulação do saldo resultante da diferença das notas fiscais emitidas e a receita reconhecida ($R\$ 2.280.206,89 - 665.077,54 = R\$ 1.615.129,35$), tenha mesmo se constituído em omissão de receitas, porquanto a recorrente apenas anulou o referido saldo mediante baixa por não recebimento das notas fiscais, sem diferir, propriamente, o lucro resultante das receitas eventualmente não recebidas, entendo que a autuação de inexatidão quanto ao reconhecimento de receitas, tal como efetivada nos autos, não procede.

Digo isso porque a Fiscalização e a decisão recorrida terminaram, pura e simplesmente, por antecipar para 2010 uma receita reconhecida em 2011, valendo-se para tanto de equivocada fixação do termo final da obra, considerado pela Fiscalização como sendo janeiro de 2010.

Relembre-se que em virtude dos fatos sucedidos na execução da indigitada obra, relatados à exaustão neste feito, a recorrente não concluiu a obra em questão. Parecendo-me incontroverso, no entanto, que o instrumento de rescisão contratual enviado pela UNIFESP para a recorrente data de 06/11/2009 (fls. 433 e 434), tendo a recorrente demonstrado, inclusive nas alegações do item 001 do auto de infração, que a obra não foi por ela concluída e a UNIFESP, ainda não lhe teria pago o valor de R\$ 1.615.129,35, já considerado por mim como receita omitida, já que emitida a nota fiscal e anulado seu resultado, sendo fato a merecer destaque, outra vez, que a notificação para encerramento da obra data de novembro de 2009.

Tal fato para mim é preponderante, pois mesmo que se admita correto o critério utilizado pela autoridade lançadora de que se deveriam antecipar as receitas para a data de encerramento da obra (por força da rescisão contratual), me parece que a contribuinte foi



constituída em mora em 2009, de sorte que inexatidão por inexatidão, já que as coincidentes receitas foram consideradas em 2011, caberia à Fiscalização ajustá-las para 2009, em nada justificando a imprecisão do lançamento o dado de o ajuste promovido ser alegadamente "mais benéfico" ao contribuinte, ora, se esta justificativa fosse razoável, mais benéfico ainda seria não fazer qualquer ajuste e aceitar o reconhecimento em 2011.

Diante disso, me parece sobremodo contraditórias as conclusões da decisão recorrida e da Fiscalização, porquanto o instrumento de rescisão contratual manejado pela UNIFESP estabelecia o encerramento da obra no ano-calendário 2009 (o Ofício Reitoria nº 583/2009, fls. 433 e 434, datado de 06/11/2009), as receitas foram reconhecidas em 2011, de sorte que não me parece legítimo o ajuste promovido em 2010.

Sendo assim, encaminho meu voto no sentido de prover o Recurso Voluntário neste item.

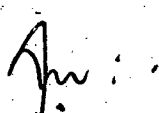
Quanto aos ajustes relativos à obra do "Hotel das Cataratas" (R\$ 2.117.224,52 30/09/2008, R\$ 3.532.589,60 31/12/2008, R\$ 2.153.277,68 30/09/2009 e R\$ 801.959,09 31/12/2009), registre-se que neste tópico também apurou-se infração por alegada e redução indevida do lucro real, estando as imputações contidas no item 7.2 do TVF:

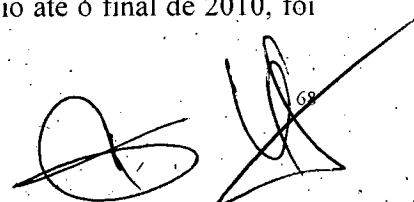
Extrai-se dos autos, que a imputação se deu mediante análise do contrato de prestação de serviço firmado em 02/06/2008 (fls. 2.847 a 2.896), para a reforma do Anexo 2 do Hotel das Cataratas, no valor primitivo de R\$ 8.650.000,00 para a reforma dos 77 apartamentos, sendo 70% referente a material e 30% a mão-de-obra, com preço fixo e não reajustável, e prazo para conclusão em 30/12/2008.

Segundo reputou a Fiscalização, no período de 2008 a 2010, as notas fiscais emitidas pela recorrente para a obra em questão totalizam R\$ 34.600.785,54, e as receitas escrituradas para fins de tributação, no mesmo período, correspondiam a R\$ 27.943.446,99, resultando, portanto, ao final de 2010, um saldo de R\$ 6.657.338,67 de receitas diferidas escrituradas na conta "2.4.101.0060 - Hotel das Cataratas" do grupo de Resultado de Exercícios Futuros, conforme cópia do balancete à folha 2.833.

Foi diante desta verificada diferença entre o preço contratado (R\$ 8.650.000,00) e o valor total das notas fiscais emitidas (R\$ 34.600.785,66), e da emissão de notas em períodos posteriores ao previsto inicialmente, que a Fiscalização intimou a recorrente a prestar esclarecimentos (fls. 226/238), relatando a Fiscalização que a contribuinte apresentou documentos denominados Autorização de Fornecimento (AF), que discriminavam os serviços e os valores autorizados pela contratante OEHB, mas não informavam o prazo de execução e não tinha o efeito de aditivos contratuais, e que também foram apresentados mapas de apropriação de receitas referentes aos serviços de reforma do hotel (fls. 2.906 - 2.907), em que se observa que o valor contratado, inicialmente em R\$ 8,5 milhões, em junho/2008, passou a R\$ 34 milhões em dezembro/2010.

Ainda segundo a Fiscalização, apurou-se que outras partes do hotel (Prédio Principal, Anexo 1, Churrascaria e Piscina, Ar Condicionado e Prédio Ala Norte) foram reformadas, por meio de aditivos ao contrato original, com ajustes no valor global, bem como no prazo de execução e que o referido contrato teria sido estendido para mais de doze meses, o que configuraria um contrato de longo prazo, sendo que foi verificado na contabilidade da recorrente que o total de custos alocados nesta obra, desde o seu início até o final de 2010, foi





de R\$ 24.889.657,08 (fl. 2.846), sendo que R\$ 2.175.652,41 foram glosados pela fiscalização, conforme já analisado no item anterior, glosa, aliás, que ao meu sentir não prospera.

Mas ainda relembrando o que a Fiscalização reputou, tem-se que os custos considerados comprovados para o total da obra, portanto, resultaram em R\$ 22.714.004,67, valor este que contrastaria com os custos orçados de R\$ 30.773.912,68, utilizados nos cálculos que determinaram as receitas tributáveis em cada período-base.

A partir dessas divergências, intimou-se a recorrente a comprovar o custo orçado, mediante a apresentação da relação detalhada das quantidades e dos valores unitários dos custos de cada material e mão-de-obra previstos em cada etapa e item do objeto do contrato dessa obra e diante do orçamento apresentado (fls. 3138 – 3181), foi que a autuante constatou absoluta incoerência e incompatibilidade nos valores que o compõe, atestando-se que por reiteradas vezes, o contribuinte fora intimado a apresentar a comprovação dos custos e que somente na terceira intimação foi que a recorrente declarou que: *"Em relação ao item 01 Conforme já informado anteriormente a Obra do Hotel das Cataratas foi concluída em Março/2011. No ano de 2011 ainda houve aplicação de R\$ 503.974,72 de custo com mão de Obra e materiais de acabamento, relacionados na Planilha de Orçamento Geral da Obra, já entregues a fiscalização"*.

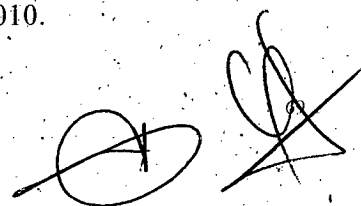
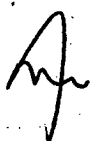
Segundo a Fiscalização, em vista desta resposta e das constatações realizadas, concluiu que o orçamento apresentado foi elaborado com a finalidade de justificar a distorção existente entre as notas fiscais emitidas para a obra e a receita reconhecida para fins tributários, possibilitando a prática da postergação de receitas, ainda mais revelado que no ano em que a obra foi concluída, permaneceu um saldo de Receitas diferidas de R\$ 6.657.338,67, montante este que representaria a diferença de notas fiscais já emitidas para a obra e o valor de receitas reconhecidas para fins tributários.

Com a rejeição do custo orçado, a fiscalização procedeu a um novo critério de reconhecimento de receitas, pois de acordo com seu entendimento o art. 407 do RIR/99 e a Instrução Normativa SRF nº 21/79, dão conta de que as receitas poderão ser computadas mediante aplicação de percentual sobre o preço total e essa percentagem pode ser fixada segundo dois critérios: i) relação entre os custos incorridos no período e o custo total estimado; ii) pelo progresso físico, com base em laudo técnico especializado.

Segundo assentou-se, a Fiscalização abandonou o primeiro critério, que havia sido adotado pela recorrente, e utilizou o segundo, recalculando as receitas de cada período de apuração com base nas medições efetuadas.

A recorrente tem argumentado, no entanto, que a adoção de um dos critérios estabelecidos no inciso I ou no inciso II do item 5 da Instrução Normativa SRF nº 21/79 seria opção da pessoa jurídica e não da Fiscalização e que ela, fiscalização, declarou que estava de acordo com a sistemática adotada pela contribuinte, mas acabou aceitando tal critério apenas para a obra da Unifesp., não sendo dado à Fiscalização alterar o critério escolhido pela pessoa jurídica, pois a legislação não lhe daria esta liberdade, conforme o artigo 851 do RIR/99.

Observe-se, portanto, que em relação ao comentado tópico a Fiscalização, com validação da decisão recorrida, realocou as receitas apropriadas pela recorrente com base no critério de medição, eleito por ela contribuinte, e adotou como termo final das receitas a entrega formal da obra, considerada como ocorrida em dezembro de 2010.



Mesmo que se concorde com o método adotado pela Fiscalização para apuração das receitas diferidas como entrega final da obra, a autuação deve ser julgada improcedente, pois o Segundo Aditivo Contratual (fl. 5.830), firmado para a obra em questão prorrogou o prazo para execução dos serviços até 31 de março de 2011 e recorrente ofereceu à tributação, no ano-calendário 2011, o exato valor de R\$ 6.940.272.74.

Ora, sendo assim, não me parece que tenha havido, pelo critério da própria glosa, termo final da obra, qualquer inexatidão, sendo que ao cabo da obra, todas as receitas diferidas foram reconhecidas.

Torno a dizer, portanto, que este item da autuação é rigorosamente improcedente.

II.7 – Da distribuição disfarçada de lucros – infração 008

Neste item da autuação foi apurada distribuição disfarça de lucros oriunda de alienação de bem à pessoa ligada à recorrente, por valor notoriamente inferior ao de mercado.

Ocorre que sobre os fatos versados neste item da autuação que se deram no ano-calendário 2007, considerando o afastamento da preliminar contida no item I.2, e o não reconhecido de “complemento” de lançamento realizado nesta sede, não traz a recorrente qualquer outra prova desabone a imputação, devendo ser mantida a autuação proferida neste item.

II.8 – Da distribuição disfarçada de lucros – infração 009

O tópico 009 do auto de infração versou imputações de distribuição disfarça de lucros, contidas nos itens 12.1 e 12.2 do TVF, infrações que teriam ocorrido em 2008 e 2010, e para as quais, desde a Impugnação, a contribuinte não apresentou qualquer defesa ou insurgência.

Sendo assim, à mingua de refutação e de evidências que infirmem as conclusões da decisão recorrida, subiste seu conteúdo ao reconhecer a distribuição disfarçada de lucros.

II.9 – Da falta de adição de despesa indedutível ao lucro real – multas – infração 010

Para o presente tópico igualmente a contribuinte nada trouxe aos autos, nem mesmo manifestou seu inconformismo com as exigências fiscais, de sorte que subiste o entendimento da decisão recorrida.

Registre-se apenas, que a infração foi verificada pela de Falta de adição de despesa indedutível ao lucro real, contida no item 11 do TVF, em procedimento de verificação das despesas operacionais relativas aos pagamentos de multas por infrações fiscais e administrativas, tendo a fiscalização constatado que, na apuração do resultado do 4º trimestre de 2008, o contribuinte computou como despesas dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL os valores referentes ao recolhimento de juros e multas sobre o PIS e a COFINS lançados de ofício no auto de infração do processo administrativo nº 10945.002633/2008-10 e que os valores das referidas multas recolhidas foram contabilizados a débito na conta analítica

“343010009 JUROS E MULTAS”, cujo extrato do Razão referente ao 4º trimestre de 2008 foi anexado às fls. 4172/4175.

Verificou-se assim, que a recorrente contabilizou, na mesma data de 26/12/2008, uma série de lançamentos relativos a pagamentos de multa e juros, correspondentes a períodos autuados entre 2004 e 2007, totalizando R\$ 190.892,60 e a fim de separar os pagamentos de juros, que são dedutíveis, dos de multa (inedutíveis), a fiscalização elaborou a planilha de fl. 4.176, na qual coteja os valores relacionados acima com os valores lançados de ofício no processo administrativo fiscal nº 10945.002.633/2008-10 e os valores constantes no sistema “Sief Processo”. Concluiu-se que R\$ 110.767,53 referem-se a multas e R\$ 80.135,08 são de juros. Assim, o valor de R\$ 110.757,52, contabilizadas no mês de dezembro de 2008, foi adicionado ao lucro líquido do 4º Trimestre de 2008 para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, por ser considerada despesa ineditível.

Tem razão a decisão recorrida ao reputar que quanto à multa por infrações fiscais, a regra é a ineditibilidade; e, por exceção, admite-se a dedução das multas de natureza compensatórias e as impostas por infrações de que não resultem falta ou insuficiência de pagamento de tributo. Quanto às multas impostas por infrações de que não resultem falta ou insuficiência de pagamento de tributo, resultam elas de obrigações acessórias tidas como não indispensáveis ao lançamento normal do tributo, nos termos da legislação aplicável. É esse o conceito dado pela própria RFB, na resposta às perguntas 36 e 38 do questionário Perguntas e Respostas – Pessoa Jurídica, Título IRPJ Lucro Operacional, disponível no *site* da RFB, que exemplifica com a multa aplicada à pessoa jurídica que deixa de fornecer, ou fornece com inexatidão, o comprovante de pagamentos com retenção na fonte, aos beneficiários, no prazo legal.

Acertada a decisão ao concluir que as multas sobre o PIS e a COFINS são ineditíveis, já que decorreram de lançamento de ofício, em auto de infração discutido no processo administrativo nº 10945.002633/2008-10.

Multa qualificada

Tendo em conta todos os fatos apurados nos autos é à mingua de uma refutação com evidências que infirmem as imputações do auto de infração ou as conclusões da decisão recorrida, deve subsistir a qualificação.

III – Conclusões

Em vista de todo o exposto, considerando o não acatamento das preliminares, principalmente o não reconhecimento da suspeição da autoridade lançadora, dou parcial provimento para unicamente afastar a imputação de inexatidão quanto ao reconhecimento das receitas de obras por empreitadas, infração relativa à redução indevida do lucro real, contidas nos itens 7.1 e 7.2 do TVF.

Sala das Sessões, em 04 de fevereiro de 2015.

Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior

Voto Vencedor

Wilson Fernandes Guimarães, redator designado.

Em que pese os densos argumentos trazidos pelo Ilustre Conselheiro Relator, o Colegiado decidiu de forma diversa.

Cuida o presente processo de exigências de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e reflexos (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS), relativas aos anos-calendário de 2007, 2008, 2009 e 2010.

Cumprе registrar que o presente pronunciamento alcança tão somente as matérias em relação as quais o Conselheiro relator ficou vencido, quais sejam: a) nulidade dos lançamentos em razão de suspeição dos Auditores Fiscais da Receita Federal Lorete Berlanda e Sérgio Massao Oshiro; e b) nulidade em virtude impossibilidade de complementação do lançamento.

Tomando por base a mesma ordem utilizada pelo Relator em seu pronunciamento, discorro, a seguir, sobre as razões que levaram o Colegiado a divergir do entendimento ali esposado.

Suspeição/Incompetência da Autoridade Administrativa

Assinala o Ilustre Conselheiro Relator:

I – PRELIMINARES

I.1 – Da Suspeição/Incompetência da Autoridade Administrativa.

Em relação a este item, convém relembrar que a contribuinte insurge-se contra a atuação da Sra. Lorete Berlanda na condução dos trabalhos de Fiscalização que redundaram nos autos de infração ora analisados, porquanto ela, Sra. Lorete, Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil, teria mantido relação comercial, inclusive de sociedade em determinado empreendimento, com a ora recorrente.

Sustenta a contribuinte que na data da lavratura dos autos de infração (20/07/2012), o MPF foi alterado, para que a responsabilidade pela sua execução passasse a ser do Auditor Fiscal Rafael Gardolinski Venson, reputando que essa situação seria inusitada, pois ocorreu exatamente no dia em que o MPF foi encerrado com os lançamentos de ofício, cuja formalização se deu 09h19, de sorte que tal modificação não teria o condão de retroagir, pois todo o trabalho de fiscalização foi conduzido pela Auditora Lorete Berlanda (não apenas neste caso, mas também nos processos nos 10945.721261/2011-11 e 10945.721263/2011-19 -que decorrem do mesmo MPF).

Ainda segundo a contribuinte, reforçaria a suspeição e incompetência da autoridade autuante, que figurou durante toda a fiscalização, o fato de que teve sua sede transferida de Foz do Iguaçu (PR) para Curitiba (PR) em 25/11/2010 (fls. 197-198), porém o MPF em questão, expedido pela Delegacia da Receita Federal do

Brasil em Curitiba (PR) em 01/03/2011 e onde já consta como domicílio da empresa o endereço de sua sede em Curitiba (PR), foram designados para realizar a ação fiscal Auditores Fiscais lotados na Delegacia da Receita Federal em Foz do Iguaçu/PR, situação que revelaria ainda mais a suspeição que permeia a condução dos trabalhos fiscalizatórios.

Porém, o cerne da alegação de suspeição/incompetência da Autoridade Fiscalizadora, dá-se ao revelar o fato de que a empresa Jota Ele Construções Cíveis Ltda. (recorrente) é sócia ostensiva da Sociedade em Conta de Participação SCP denominada CATARATAS JL SHOPPING, e que fez parte desta SCP, desde o ano de 2005, a empresa CATARATAS INCORPORADORA E ADMINISTRADORA DE SHOPPING CENTERS S.A., CNPJ nº 02.065.080/0001-99, que tinha como uma de suas sócias exatamente a Sra. Lorete Berlanda, sendo que os fatos ocorridos em tal SCP foram, inclusive, investigados na mesma ação fiscal.

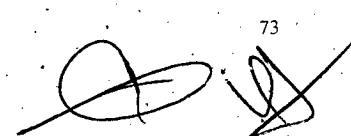
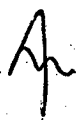
Segundo o arrazoando da contribuinte, em razão da participação comum nesta sociedade, seu sócio João Luiz Felix e a Sra. Lorete Berlanda estabeleceram contato e participaram juntos de reuniões da empresa Cataratas Incorporadora e Administradora de Shopping Centers S.A., conforme ilustram as atas das assembleias ocorridas em 18/06/2002 e em 09/05/2008.

A questão da suspeição, aliás, é tema sobre o qual a contribuinte tem se debatido desde que iniciados os trabalhos de fiscalização, tanto que o tema foi levado à apreciação do Delegado da Receita Federal em Foz do Iguaçu (PR), durante a ação fiscal (fls. 1.070), sendo que tal Autoridade assentou que tendo ouvido a Auditora Fiscal Lorete Berlanda, esta respondeu que no período de 1993 a 2008, teve ações do Cataratas Cia Shopping, o qual, em 2005, passou a ser sócio oculto da SCP Cataratas JL Shopping, e que alienou as suas ações para o Sr. João Luiz Felix, sócio da Jota Ele Construções Cíveis Ltda., em operação normal, sem qualquer tipo de desentendimento no negócio, que, por óbvio, não teria sido realizado se houvesse algum desacordo entre as partes, tendo a Auditora Fiscal informado que era somente uma entre outras 131 (cento e trinta e um) acionistas do Cataratas Cia Shopping que alienaram suas ações na mesma época e que nunca teve contato direto com o Sr. João Luiz Felix, nem pessoalmente e nem por telefone ou outro meio, e que todas as tratativas da alienação de suas ações foram realizadas por intermédio do contador do Cataratas Cia Shopping.

Diante dos aventados fatos, defende a contribuinte ser evidente a suspeição da Sra. Lorete Berlanda para realizar ação fiscal contra a Jota Ele Construções Cíveis Ltda., inclusive, fora de seu domicílio tributário, reputando nulos os autos de infração em tela.

Rememorados os fatos articulados na preliminar de nulidade, assento que a questão merece detida reflexão. Reflexão, aliás, que me parece ter sido prescindida pela decisão recorrida ao diminuir os efeitos das sérias alegações trazidas pela contribuinte.

Digo isso não para desqualificar o enfretamento originário, tampouco para refutar por completo suas conclusões, proclamo, antes disso, que a questão extrapola os limites da aplicação da Súmula CARF nº 27, de inegável efeito, o argumento do desrespeito ao domicílio fiscal da contribuinte não foi arguido isoladamente, ao contrário, serviu para sustentar a tese da suspeição da Autoridade Administrativa, que a despeito de lotada em domicílio fiscal diverso daquele da contribuinte, reconhecido no próprio MPF, ficou encarregada de presidir os trabalhos de auditoria levados a efeito em contribuinte com a qual manteve relações que no mínimo podem ser consideradas de proximidade incompatível com o ato de fiscalizar.



Diante disso, reconheço o teor da Súmula CARF nº 27, segundo a qual "é válido o lançamento formalizado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil de jurisdição diversa da do domicílio tributário do stjeito passivo", entretanto, não me parece que o caso apresentado seja de mera incongruência de domicílio fiscal do atuado e do fiscal que conduziu os trabalhos, tampouco que parece que seja essa a alegação da recorrente, razão pela qual, a questão do domicílio tributário há de ser analisada juntamente com os demais argumentos, sem com isso, negar-se o conteúdo sumulado já referido, entendendo apenas, insuficiente para o deslinde da questão.

Como já referi acima, o ponto central da arguição da recorrente passa pelo fato de a empresa Jota Ele Construções Civas Ltda., ora recorrente, ser sócia ostensiva da Sociedade em Conta de Participação SCP denominada CATARATAS JL SHOPPING, que foi também fiscalizada pela mesma auditora, sendo que fez parte desta SCP, desde o ano de 2005, a empresa CATARATAS INCORPORADORA E ADMINISTRADORA DE SHOPPING CENTERS S.A., CNPJ nº 02.065.080/0001-99, que tinha como uma de suas sócias a Sra. Lorete Berlanda.

Necessário depreender-se desta relação, inegavelmente havida entre a contribuinte e a Autoridade lançadora, sobreveio mesmo a nulidade invocada pela recorrente.

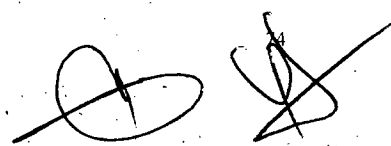
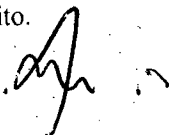
Neste propósito de enfretamento, antes mesmo de adiantar meu juízo sobre o tema, assinalo ser no mínimo estranhável o expediente adotado pela Autoridade lançadora, de sentir-se apta e desimpedida para comandar ação fiscal contra empresa com a qual manteve relação de proximidade, volto a dizer, no mínimo estranhável. Parece-me igualmente pouco acertada a decisão do Sr. Delgado da Receita Federal do Brasil em Foz do Iguaçu, ao ser levada ao seu conhecimento a questão (fl. 1.070), de considerar-se satisfeito com as justificativas da senhora Lorete, mantendo-a à frente da indigitada fiscalização.

Tais decisões pessoais, ao que me é dado observar, internalizaram no processo administrativo ora apreciado situações que seriam, a rigor, facilmente evitadas, bastando que os trabalhos fossem desempenhados por autoridade sobre a qual não pairasse qualquer controvérsia.

Digo isso não para lançar qualquer dúvida acerca da idoneidade da autoridade que conduziu os trabalhos, aliás, nem mesmo a contribuinte o fez. O que se deve ter em mente, contudo, é que o tumulto processual e prejuízos materiais advindos da permanência da Sra. Lorete prescindem de qualquer alegação de dolo ou má-fé de sua parte.

A questão que se coloca, diz com os requisitos de validade do ato administrativo, espécie do qual faz parte o ato de lançamento. Ou seja, não se está a perquirir nem mesmo eventual prejuízo à contribuinte, pois o que se ventila é uma situação de pessoalidade mantida entre o agente estatal, encarregado do poder fiscalizatório e sancionatório, e o contribuinte sujeitado ao juízo, motivado que seja, deste agente estatal.

Já adianto que não me parece congruente com o sistema jurídico vigente semelhante relação de pessoalidade. Não é aceitável que a fiscalização fique a cargo de quem manteve relações tão próximas, ainda que despidas de qualquer pecha, tendo a Sra. Lorete negociado ações, figurado no quadro acionário de terceira empresa, que foi sócia oculta em Sociedade em Conta de Participação, da qual foi sócia ostensiva a própria recorrente, me parece inegável sua suspeição para atuar neste feito.



A mera narrativa dos fatos já revela a relação aproximada, sendo despiciendo até mesmo aventar-se o inegável privilégio advindo do conhecimento dos fatos e rotinas da contribuinte, dos quais seguramente dispunha a Autoridade, e que por si só maculam o procedimento fiscalizatório.

Não se coaduna à inarredável impessoalidade do ato administrativo, grafado no artigo 37 da Constituição da República, tampouco à necessária higidez e transparência no processo administrativo fiscal, a conduta da Autoridade autuante. Não sobram dúvidas, tendo ela, Autoridade, sido sócia da recorrente, ainda que por intermédio de terceira pessoa jurídica, em empreendimento auditado, inclusive, tinha ela inequívoco interesse na matéria, a revelar o impedimento grafado no artigo 18, inciso I, da Lei nº 9.784/99.

Assentado o impedimento da Autoridade autuante, oriundo de sua relação pessoal com a contribuinte, e tendo o resultado de sua atuação redundado em autos de infração que além de glosarem certos fatos impuseram multa qualificada, me parece que a decretação da nulidade do ato administrativo se impõe. E impõe-se justamente porque acoimado, como já adiantei acima, em um de seus atributos de validade.

Sendo assim, mesmo que vislumbre que a hipótese dos autos redunda na incompetência da autoridade administrativa para lavrar os autos de infração, verifico que a nulidade nem mesmo precisaria satisfazer uma das hipóteses do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, eis que o ato administrativo, desatendendo a regra maior do artigo 37 da CF, não reúne os atributos necessários ao plano eficaz, ou seja, dada a pessoalidade verificada, não pode o lançamento irradiar efeitos como ato administrativo que é.

A estes fundamentos, conquanto me parecem suficientes a indicar a decretação da nulidade, precisam ser acrescidos os fatos que a contribuinte articula em sede de Memoriais que me foram distribuídos, cuja análise faço, porquanto os documentos ali versados são posteriores ao protocolo do Recurso Voluntário e porque a despeito de serem graves, apenas reforçam a premente necessidade de decretar-se a nulidade.

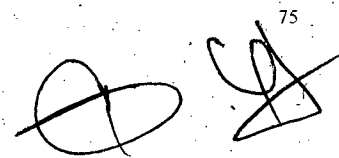
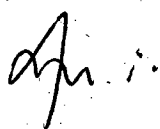
Segundo evidencia a contribuinte, não bastasse toda a relação de pessoalidade da auditora "Lorete", também o seu colega, Sergio Massao Oshiro, é autor de ação indenizatória por danos morais, promovida exatamente contra a ora recorrente, ante um alegado atraso na entrega da obra.

Acato, em conclusão, a preliminar de nulidade formulada pela contribuinte, e o faço para os fins de reconhecer a nulidade advinda do caráter pessoal da atuação da Autoridade lançadora, declarando nulos os autos de infração.

Com o devido respeito, as peças reunidas ao processo não conduzem à conclusão estampada no referido pronunciamento, senão vejamos:

a) a Auditora Fiscal da Receita Federal Lorete Berlanda, contra a qual insurge-se a Recorrente alegando ser ela suspeita para "comandar" a ação fiscal, não era, nos termos da informação consignada no documento de fls. 1.069/1.072, a única responsável pela citada ação fiscal e não exerceu cargo de comando no procedimento;

b) a ação fiscal em referência, diferentemente do sustentado na peça recursal, foi lastreada em Mandado de Procedimento Fiscal emitido pelo Superintendente Regional da



75

Receita Federal (MPF REGIONAL¹), revelando-se assim absolutamente regular do ponto de vista dos controles administrativos da Receita Federal;

c) a referida auditora deteve, no período de 1993 a 2008, juntamente com outras cento e trinta pessoas, ações da pessoa jurídica CATARATA CIA SHOPPING que, a partir de 2005, passou a ser SÓCIA OCULTA da Sociedade em Conta Participação CATARATAS JL SHOPPING, da qual a fiscalizada era SÓCIA OSTENSIVA;

d) a Auditora Fiscal deixou o empreendimento em 06 de novembro de 2008, recebendo pelas ações vendidas o montante de R\$ 27.862,80, em 13 de novembro do mesmo ano;

e) a alienação das ações por parte da Auditora Fiscal para o Sr. JOÃO LUIZ FÉLIX foi efetuada em operação normal, sendo certo que, se algum desentendimento tivesse ocorrido, o negócio não teria sido realizado;

f) a Auditora Fiscal Lorete Berlanda afirmou que nunca teve contato com o Sr. JOÃO LUIZ FÉLIX, seja pessoalmente, seja por meio de telefone, e que todas as tratativas relacionadas à alienação das suas ações foram conduzidas pelo contador da CATARATA CIA SHOPPING.

É esse, portanto, o contexto em que a ação fiscal empreendida contra a contribuinte foi instaurada.

Embora a Recorrente faça menção à “UMA DIFÍCIL NEGOCIAÇÃO ENTRE AS PARTES”, não colaciona aos autos um único elemento capaz de confirmar o que alega, e mais, não traz qualquer tipo de esclarecimento acerca dos fatos que permitiriam caracterizar a negociação como difícil.

Inexiste, pois, no processo, elementos que permitam concluir pela ocorrência de desavença ou pelo surgimento de inimizade notória entre a agente fiscal e o sócio da fiscalizada, assim como também não consta dos autos qualquer indicativo de conduta abusiva, improbidade ou cometimento de irregularidade por parte dela na execução do procedimento fiscalizatório, procedimento este que não foi efetivado sob o comando da Sra. Lorete Berlanda, mas, sim, sob a supervisão do Auditor Fiscal RAFAEL GARDOLINSK VENSON.

Não existe nos autos, também, um único elemento capaz de indicar que a autuante tenha agido com arbitrariedade ou que tenha feito uso de qualquer informação que só poderia ter sido obtida em razão dos relacionamentos citados pela Recorrente.

Com a devida vênia, arguir suspeição pelo fato de a agente fiscal, cumprindo com o seu dever legal, promover o lançamento, ato que é bom destacar, absolutamente vinculado, com certeza é argumento que não merece ser acolhido.

Peço licença ao Ilustre Relator para, em sentido diverso ao por ele esposado, registrar que qualificações do tipo “estranhável”, “relação de proximidade”, “tumulto processual”, “prejuízos materiais”, “situação de personalidade”, na circunstância em que não

¹ Tratando-se de procedimento em relação à empresa domiciliada em jurisdição distinta da dos Agentes Fiscais mas dentro da mesma Região Fiscal, foi necessária a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal Regional, cuja autoridade outorgante é o Superintendente da Receita Federal.

restam devidamente comprovadas por meio de atos ou fatos que as justifiquem, revelam-se absolutamente inócuas.

No que tange às alegações associadas ao agente fiscal Sérgio Massao Oshiro, inicialmente, merece destaque o fato de que a argumentação não constou da peça recursal apresentada, sendo, entretanto, tangenciada pelo Ilustre Conselheiro Relator em seu pronunciamento.

Não obstante, ressalto que o referido agente fiscal não participou da fase conclusiva da ação fiscal espelhada no presente processo, eis que não assinou o Termo de Verificação Fiscal, os autos de infração lavrados e o Termo de Encerramento da Ação Fiscal.

Adite-se que, considerada a ausência de sua assinatura nas planilhas de fls. 442/443; 444/519; 1080/1101; 1395/1416; 1673/1744; 2481/2496; 2828/2832; 2834/2846; 3125; 3137; 3816; 3820/4141; 4150/4176; 4188/4202; 4299/4230; 4262/4274; 4280/4281, que, conjunta ou isoladamente, foram autenticadas e/ou assinadas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal Rafael Gardolinski Venson e Lorete Berlanada, e, em boa parte, resumem as conclusões extraídas a partir das informações colhidas no curso da ação fiscal, pode-se até mesmo afirmar que participação do agente fiscal Sérgio Massao Oshiro no procedimento em questão limitou-se à fase de coleta de dados.

É merecedor de nota, ainda, o fato de ação indenizatória proposta por Sérgio Massao Oshiro não ter sido originariamente direcionada para a Recorrente, mas, sim, para a empresa API (primeira reclamada) e Grupo AGRE – PDG. A referência feita a Recorrente é a seguinte: *“Além da tamanha insegurança quanto ao futuro do empreendimento, em novembro de 2009, um novo grupo denominado “JL”, comunicou ser o responsável pela incorporação e construção do empreendimento”*.

Com lastro em tais argumentos, o Colegiado, pelo voto de qualidade, rejeitou a preliminar de nulidade sustentada na alegada suspeição dos agentes fiscais.

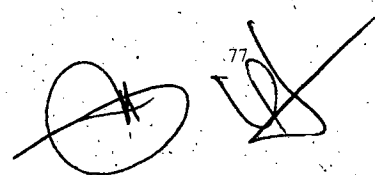
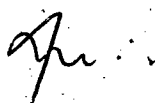
Complementação do Lançamento

Registra o pronunciamento do Ilustre Conselheiro Relator:

1.2 – Da impossibilidade de complementação do lançamento

Em atenção ao princípio da eventualidade, bem como para reforçar a atuação pouco ortodoxa da Fiscalização nos casos envolvendo a ora recorrente, passo ao enfrentamento da segunda preliminar formulada pela contribuinte, segundo a qual não haveria autorização legal para revisão ou complementação do lançamento consubstanciado no PA nº 10945.721263/2011-19, que primitivamente versou glosa aos mesmos tributos relativamente ao ano-calendário 2007.

O argumento da contribuinte é de que a Fiscalização contrariou o disposto no artigo 146 do CTN, porquanto as infrações 002, 003, 006 e 008, referem-se a fatos ocorridos em 2007, sendo que em 20 de dezembro de 2011, foi lavrado auto de infração, objeto do tantas vezes referido PA nº 10945.721263/2011-19, que tratou, justamente, de IRPJ e reflexos, referentes ao ano-calendário 2006, 2007 e 2008, sendo que a infração 006 do presente processo, foi idêntica à infração do lançamento anterior.



77

Ou seja, a arguição da contribuinte não é de mera duplicidade de lançamentos, até porque fora o item 006 as imputações são distintas, a alegação é de revisão de lançamento, ou pior, complemento de lançamento sem que se atendesse aos requisitos impostos pela legislação de regência.

Novamente não se pode negar razão à recorrente, digo isso com o desassombro de quem também foi relator do PÁ nº 10945.721263/2011-19, que versa mesmo glosa relativa ao AC 2007, período também auditado no presente processo, mas em momento posterior se deu a constituição do auto de infração, ainda que decorrente do mesmo MPF.

A contribuinte tomou ciência dos autos de infração contidos no presente processo em 01 de agosto de 2012, consoante Aviso de Recebimento de folhas 4.485, sendo que o PA nº 10945.721263/2011-19, foi cientificado em 20 de dezembro de 2011, ou seja, nada há que justifique, dois autos de infração, oriundos do mesmo MPF, frutos da mesma investigação, conduzida pela Sra. Lorete, versando coincidentes períodos de apuração, *in casu* 2007.

Importante para evidenciar o desacerto da Fiscalização em comento, tendo em mente, repita-se, que o segundo auto de infração, aqui apreciado, foi lavrado em flagrante complemento ao lançamento anterior, revisão esta que não pode prosperar, eis que não se verificou qualquer das hipóteses versadas no artigo 149 do CTN, nem mesmo qualquer justificativa da glosa tardia.

O lançamento em nossa sistemática é imutável, em princípio, sendo exceção as hipóteses de revisão, modificação ou substituição por outro. Ou seja, em regra tem-se a imutabilidade do lançamento, fruto da dicção do artigo 145 do CTN, de sorte que a partir dele, artigo 145, desencadeia-se hipóteses de revisão ou alteração, nenhuma delas satisfeita na espécie.

Ademais, fez ver a recorrente que para nova fiscalização de período já fiscalizado, exige-se o formal cumprimento do artigo 906 do RIR/99, consubstanciado em autorização do Superintendente, Delegado ou Inspetor da Receita Federal, rito impossível de se verificar em autos que decorrem do mesmo MPF, tal como se deu na espécie.

Sendo assim, novamente referendando a preliminar de ausência de impessoalidade na condução dos trabalhos de Fiscalização, anotando, outra vez, as estranhezas contidas nestes autos, acato em fundamento alternativo, porquanto reputo nulos os autos de infração pelos motivos contidos no tópico I.1, a improcedência das exigências aqui contidas, relativas ao AC 2007, itens 002, 003, 006 e 008, do auto de infração, e o faço para reconhecer que de um procedimento de fiscalização sobreveio a lavratura de dois autos de infração distintos, em momentos igualmente distintos, ou seja, além do processo ora apreciado foi lavrado o de nº 10945.721263/2011-19, no qual as infrações apuradas se relacionaram à glosa se custos nas obras por empreitada e à omissão de receitas, enquanto no presente processo a Fiscalização presumiu receitas omitidas, glosou despesas financeiras e considerou ter havido distribuição disfarçada de lucros, referentes ao ano de 2007, em relação aos quais, assento a improcedência das exigências aqui versadas,

Primeiramente, deve ser assinalado que a alegação em referência já havia sido trazida por ocasião do julgamento do processo nº 10945.721263/2011-19, tendo sido rejeitada, acertadamente.

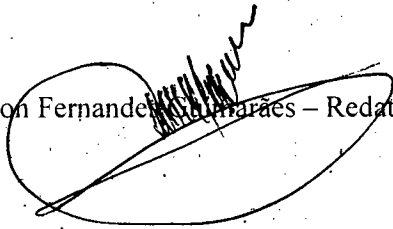
A argumentação da Recorrente, acolhida pelo Ilustre Relator, com o devido respeito, revela certo desconhecimento dos procedimentos fiscais levados a efeito pela Receita Federal, motivo pelo qual penso que alguns esclarecimentos devem ser apresentados.

Diferentemente do que parece ter entendido a Recorrente, no presente caso, não estamos diante de reabertura de procedimento fiscal (reexame), circunstância que atrairia a aplicação do disposto no art. 906 do RIR/99. Como resta exhaustivamente demonstrado, a ação fiscal autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal MPF Nº 0910100.2011.00189-9 foi objeto de encerramento parcial no processo administrativo nº 10945.721263/2011-19, conforme atesta o Termo de Encerramento constante daqueles autos (fls. 1.064), devidamente cientificado à contribuinte em 22 de dezembro de 2011 (aviso de recebimento às fls. 1.067 do referido processo).

Absolutamente equivocada, portanto, a alegação da Recorrente, eis que tanto as infrações objeto do processo nº 10945.721263/2011-19, como as retratadas no presente, decorrem de uma única ação fiscal, prática comumente adotada pela Fiscalização da Receita Federal.

Com a devida vênia, impedir que a Receita Federal possa, por conveniência ou oportunidade, promover encerramentos parciais de um procedimento fiscal, representa interferência deste Colegiado no exercício do poder discricionário da Administração Tributária, além de não encontrar qualquer respaldo na lei.

Rejeitada, de igual forma, a nulidade argüida.

Wilson Fernandes  – Redator Designado