



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

Processo nº 11080.725307/2010-71
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-001.812 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de março de 2017
Matéria LUCRO PRESUMIDO
Recorrente SABEMI SEGURADORA S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRECLUSÃO.

O contribuinte delimita os termos do contraditório ao formular a sua impugnação ou manifestação de inconformidade. As questões não postas para discussão por ocasião da impugnação precluem, a menos que (i) estejam previstas nas hipóteses de exceção constantes dos incisos I a III do § 4º do artigo 16 do Decreto 70.235/1972; ou (ii) o argumento possa ser conhecido de ofício pelo julgador, seja por tratar de matéria de ordem pública, seja por ser necessário à formação do seu livre convencimento, neste último caso em vista da vedação ao *non liquet*.

CONFUSÃO PATRIMONIAL. SIMULAÇÃO. ATIVIDADE ÚNICA. TRIBUTAÇÃO CONJUNTA.

Empresas pertencentes a um mesmo grupo podem compartilhar infraestrutura física e de pessoal desde que se mantenham, formal e materialmente, como entidades autônomas. Verificado que uma delas não existe efetivamente e que toda a atividade supostamente por ela desempenhada é, na prática, realizada pela outra, correta a imputação da totalidade das receitas a esta última.

MULTA QUALIFICADA.

O emprego de pessoas jurídicas, constituídas apenas formalmente, ou seja, as "empresas de papel", para subtrair, reduzir ou postergar a tributação é conduta capaz de identificar o critério intencional do ilícito tributário e, desse modo, apto a qualificar a multa de ofício.

MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO. ABSORÇÃO OU CONSUNÇÃO.

A multa isolada pelo descumprimento do dever de recolhimentos antecipados deve ser aplicada sobre o total que deixou de ser recolhido, ainda que a apuração definitiva após o encerramento do exercício redunde em montante

menor. Pelo princípio da absorção ou consunção, contudo, não deve ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar, na mesma medida em que houver aplicação de sanção sobre o dever de recolher em definitivo. Tratando-se de mesmo tributo, esta penalidade absorve aquela até o montante em que suas bases se identificarem.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer de matéria relativa ao regime de tributação adotado, por preclusão e, na parte conhecida, dar provimento parcial ao recurso, nos seguintes termos: I) Por unanimidade de votos, manter o principal; II) Por maioria de votos, dar provimento parcial para cancelar as multas isoladas, nas exatas medidas das bases de cálculos das multas de ofício aplicadas para o IRPJ e a CSLL. Em primeira rodada contra a tese que mantinha integralmente as multas isoladas, ficaram vencidos os Conselheiros Lívia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin e José Roberto Adelino da Silva, que cancelavam-nas integralmente. Em segunda rodada, onde todos participaram, a tese ganhadora na primeira rodada foi superada pela tese em que as multas isoladas eram absorvidas apenas na exata medida das bases de cálculo das multas de ofício, ficando vencidos os Conselheiros Antonio Bezerra Neto e Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa que votaram pela tese de negar provimento para manter todas as multas isoladas; e III) Por maioria de votos, negar provimento em relação à qualificação multa. Vencidos a Conselheira Lívia De Carli Germano (Relatora) e Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin que a desqualificavam. Designado o Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Presidente

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto (Presidente), Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Jose Roberto Adelino da Silva, Livia De Carli Germano, Abel Nunes de Oliveira Neto, Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa.

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado para a cobrança de IRPJ, CSLL e Cofins referentes ao ano-calendário de 2007, acrescidos de multa qualificada de 150% e, no caso do IRPJ e CSLL, de multa isolada por falta de recolhimento de estimativas (cobrada com base no artigo 44, II, b da Lei 9.430/1997, com redação dada pela Lei 11.488/2007).

No entender da fiscalização, a autuada, obrigada à apuração dos tributos pelo regime de lucro real (por ser sociedade seguradora), teria constituído de forma simulada a sociedade *Tecnocom Tecnologia em Operações Comerciais e no Desenvolvimento de Softwares e Sistemas Gerenciais Ltda.**, tributada pelo lucro presumido, repassando a esta receitas que, em realidade, seriam fruto do trabalho prestado pela autuada à instituição financeira Banco Matone S/A.

**denominação alterada em 10 de setembro de 2007 para SabemiTec - Tecnologia em Operações Comerciais e no Desenvolvimento de Softwares e Sistemas Gerenciais Ltda.*

Por descrever os fatos com a riqueza de detalhes necessária para a compreensão da controvérsia, adoto e transcrevo trecho inicial do relatório elaborado pela DRJ:

O presente processo trata de questão litigiosa equivalente a outra já julgada por esta 1ª Turma em 26 de março de 2010, momento no qual apreciamos o processo nº 11080.014467/200795 e adotamos o acórdão nº 1024.427. Aquele que figura como interessado nos dois processos é a mesma pessoa. Os fatos são, essencialmente, os mesmos. A diferença mais relevante diz respeito ao tempo no qual os fatos tributáveis ocorreram. O processo já apreciado tratou de fatos ocorridos em 2005 e 2006, enquanto o presente processo trata de fatos ocorridos em 2007.

Iniciarei reprisando parte do relatório apresentado quando do julgamento realizado em 2010. Após, indicarei as nuances do presente caso.

O relatório adotado no julgamento do processo 11080.014467/2007-95 contém o seguinte resumo:

“Em julho de 2007, a Administração Tributária deu início aos trabalhos tendentes a verificar o adequado recolhimento, por parte do interessado, dos tributos administrados pela Receita Federal do Brasil.

No curso desses trabalhos, que se estenderam por cinco meses, foram efetuadas duas intimações ao fiscalizado e outras oito intimações a pessoas a ele ligadas por laços societários ou comerciais. Foi lavrado, também, um Termo de Verificação Fiscal. A conclusão fiscal, diante do vasto acervo probatório coligido aos autos ao longo dos trabalhos, foi no sentido de que o interessado, juntamente com outros partícipes, havia levado a efeito negócio jurídico simulado com a finalidade de reduzir o recolhimento de tributos federais. Dessa forma, houve a lavratura, em dezembro de 2007, de dois autos de infração, colimando a cobrança do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro – CSLL que, segundo o entendimento fiscal,

deixaram de ser recolhidos relativamente aos anos-calendário de 2005 e 2006. O valor da dívida objeto de lançamento é de R\$ 39.161.683,53.

O caso sob análise versa, consoante antes referido, sobre a prática da simulação. A experiência adquirida no julgamento de casos análogos aponta seja fundamental o exame da prova. Diante da farta prova constante dos autos, bem como do minudente relatório preparado pelo fiscal que lavrou os autos de infração, opto por efetuar resumo da ação fiscal seguido da transcrição do núcleo do relatório antes citado.

Resumo da ação fiscal

A sociedade fiscalizada exerce a atividade de seguradora, estando obrigada à tributação da renda com base no lucro real (art. 14 da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998). Dentre as atividades desenvolvidas pela fiscalizada encontra-se, também, a de intermediação de operações de crédito a servidores públicos". A instituição financeira que concede o crédito nas operações em foco na fiscalização é o Banco Matone S/A.

A sociedade controladora da Sabemi Seguradora S/A chama-se Mark Service Participações Ltda., que detém 71,91% do capital votante da controlada.

A Mark Service Participações Ltda. e a Sabemi Seguradora S/A providenciaram a constituição formal da sociedade Tecnom Tecnologia em Operações Comerciais e no Desenvolvimento de Softwares e Sistemas Gerenciais Ltda., repassando à primeira receitas que, em realidade, seriam fruto do trabalho prestado pela Sabemi Seguradora S/A à instituição financeira Banco Matone S/A.

A Mark Service Participações Ltda. é a controladora da sociedade Tecnom Ltda., da qual detém 90% do capital votante. A Tecnom Ltda. não está obrigada à tributação da renda com base no lucro real, tendo optado pela tributação com base no lucro presumido.

A atividade desenvolvida pela Tecnom Ltda. é o "processamento de dados para o desconto em folha dos servidores públicos das parcelas de pagamento de empréstimos intermediados pela Sabemi Seguradora S/A e por outras duas pessoas jurídicas".

A Tecnom Ltda., que jamais teria tido existência material, registrou receita bruta nos montantes de R\$ 22.053.908,85, no ano-calendário 2005, e R\$ 31.048.074,91, no ano-calendário 2006.

Para que se possa aquilatar os elementos levantados pela fiscalização para sustentar a inexistência material da Tecnom Ltda. e, por via de consequência, da prestação de serviços por obra dela ao Banco Matone S/A, cito, a título de exemplo, alguns deles:

a) jamais houve a integralização do capital social da Tecnom Ltda.[a primeira integralização de capital somente ocorreu em setembro de 2008];

b) empregada da Sabemi Seguradora S/A efetua a escrituração contábil e prepara as declarações fiscais da Tecnom Ltda.;

c) essa mesma pessoa prestou esclarecimentos fiscais e apresentou documentos após intimação fiscal direcionada à Tecnom Ltda.;

d) despesas com pessoal somente são registradas pela Tecnom Ltda. a partir de junho de 2006, quando ocorre a contratação dos dois primeiros empregados;

e) o rol de móveis e utensílios da Tecnocom Ltda. contempla um único bem, que é um computador de pequeno porte comprado em 31 de dezembro de 2006 ao preço de R\$ 3.548,20;

f) a Tecnocom Ltda. firmou contrato de comodato, não registrado e sem reconhecimento de firmas, com a Sabemi Seguradora S/A em 25 de outubro de 2005, através do qual a comodatária Tecnocom Ltda. recebeu o empréstimo, por prazo indeterminado, de bens móveis e imóveis. Esse contrato é vago quanto à especificação dos objetos emprestados, que contempla, por exemplo, parte do conjunto nº 1002 do edifício localizado na Rua dos Andradas nº 1001 em Porto Alegre, parte da rede de computadores, parte do serviço de acesso à internet;

g) descompasso absoluto entre as receitas auferidas e os custos de funcionamento da Tecnocom Ltda.. No anocalendário

2005, os custos importaram em ínfimos 0,32% das receitas, enquanto no ano-calendário 2006 subiram para irrisórios 0,70%; h) os contratos firmados pela Tecnocom Ltda. com seus clientes, em que pese ensejarem vultosas receitas, não foram objeto de registro ou tiveram reconhecidas as firmas;

i) o programa de computador, que consistiria no principal elemento para a consecução do objeto social da Tecnocom Ltda., teria sido por ela desenvolvido, entretanto os registros perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI atestam que seu autor foi Marcelo Schuch Pereira, empregado da Seguradora Sabemi S/A. O pedido de registro do programa foi encaminhado ao INPI em fevereiro de 2006, oportunidade na qual a Tecnocom Ltda. não contava com nenhum empregado. A contabilidade da Tecnocom Ltda. não contém qualquer custo alocado à produção do antes citado programa de computador;

j) os agentes do Fisco ainda compareceram ao local das instalações da Tecnocom Ltda., onde verificaram a inexistência de qualquer indicação relativa à sociedade, bem como o desconhecimento por parte das pessoas que lá se encontravam a respeito da empresa. Os fiscais constataram a “existência de dezenas de outros empregados da Sabemi Seguradora S/A. Ao fundo da sala, a Sra. Eliana [sócia da Tecnocom Ltda.] apontou a existência de um único empregado, o qual pertenceria aos quadros da Tecnocom Ltda., mas não fez qualquer comprovação documental da relação de emprego e nem permitiu o contato direto com aquela pessoa”.

Quanto ao flagrante intuito de desviar receitas da Sabemi Seguradora S/A para a Tecnocom Ltda., impende salientar que a primeira, responsável pela intermediação das operações de crédito, percebia remuneração equivalente a 0,5% sobre a taxa de financiamento, como reposição dos custos administrativos, enquanto a segunda, responsável pelo processamento de dados das referidas operações, percebia remuneração equivalente a 8,4% sobre o montante emprestado em cada mês. Nos meses de abril e maio de 2005, a seguradora exerceu as atividades de intermediação das operações de crédito e de processamento de dados, tendo percebido o valor de R\$ 1.547.913,40.

Após a constituição formal da Tecnocom Ltda., houve drástica redução de receitas da Seguradora Sabemi S/A para, por exemplo, R\$ 24.753,19 em agosto de 2005 e R\$ 37.337,18 em setembro de 2005. Como fechamento da abóbada da construção simulatória, houve a massiva distribuição de lucros pela Tecnocom Ltda. aos seus sócios, em especial à Mark Service Participações Ltda., que, em seguida, repassava as verbas à Sabemi Seguradora S/A sob a forma de adiantamentos para futuro aumento de capital. Assim, as verbas retornavam àquele que, em realidade, havia realizado os serviços.

A consequência fiscal do repasse das receitas foi a tributação a menor das referidas verbas, tendo em vista a distinção de critérios entre a tributação da renda com base no lucro real e aquela com base no lucro presumido. A atuação da fiscalização foi no sentido de tomar por ineficaz, diante do Fisco, os negócios simulados perpetrados. Dessa forma, as receitas formalmente colhidas pela Tecnom Ltda. com a prestação de serviços para o Banco Matone S/A foram atribuídas à Sabemi Seguradora S/A e assim tributadas com base no lucro real.

Esse, em síntese, o resumo da ação fiscal.”

Relativamente aos fatos ocorridos no ano de 2007, observei as seguintes alterações que contrastam com os fatos ocorridos nos anos de 2005 e 2006 acima narrados:

- a) a sociedade Mark Service Participações Ltda. teve sua denominação social e tipo societário alterados para Sabemi Participações S/A. em 22 de maio de 2007 (documento das folhas 1.004 a 1.043, 15 a 26/40 do documento eletrônico);*
- b) não houve alterações quanto às participações societárias detidas pelos sócios da Mark Service Participações Ltda. renomeada para Sabemi Participações S/A (documento da folha 3.928);*
- c) a sociedade Tecnom Ltda. teve sua denominação social modificada para SabemiTec – Tecnologia em Operações Comerciais e no Desenvolvimento de Softwares e Sistemas Gerenciais Ltda. em 10 de setembro de 2007 (documento das folhas 416 a 468, 20 a 28/53 do documento eletrônico);*
- d) não houve alterações quanto às participações societárias detidas pelos sócios da Tecnom Ltda. renomeada para SabemiTec Ltda. (documento da folha 3.930 em cotejo com o documento das folhas 416 a 468, 22/53 do documento eletrônico);*
- e) a Seguradora Sabemi S/A celebrou convênio com o HSBC Bank Brasil S/A “para Desenvolvimento das Funções de Correspondente Bancário” em 9 de abril de 2007 (documento das folhas 96 a 129, 9 a 18/34 do documento eletrônico);*
- f) a sociedade Tecnom Ltda. foi contratada pelo HSBC Bank Brasil S/A para prestar serviços de processamento de dados relativos aos desconto em folha de pagamento de operações de empréstimo intermediadas pela Seguradora Sabemi S/A também em 9 de abril de 2007, percebendo por tal serviço remuneração equivalente a, no mínimo, 11,5% calculado sobre a soma dos empréstimos novos mais os valores dos saldos devedores quitados nas operações de refinanciamento (documento das folhas 826 a 877, 1 a 12/52 do documento eletrônico);*
- g) a sociedade Tecnom Ltda. passou a perceber receitas oriundas dos serviços prestados ao HSBC Bank Brasil S/A a partir de 31 de agosto de 2007 (documento das folhas 734 a 785, 2/52 do documento eletrônico);*

- h) a SabemiTec Ltda. apresentou recibo de compra de bens do imobilizado da Seguradora Sabemi S/A pelo valor global de R\$ 40.587,77 datado de 1º de dezembro de 2007 (documento das folhas 826 a 877, 45 e 46/52 do documento eletrônico).

Adicionalmente, cabível comparar receitas e despesas da SabemiTec Ltda. observadas em 2007 com aquelas contabilizadas em 2005 e 2006. Dos autos colhe-se a seguinte tabela (fl. 3.932):

Sabemi Tec Ltda. (antiga Tecnom Ltda)	Ano-Calendário 2005	Ano-Calendário 2006	Ano-Calendário 2007
Receita Bruta Venda Serviços (A)	22.053.908,85	31.048.074,91	36.289.789,64
Desp. Localização Funcionamento	155,61	3.381,88	1.439,78
Despesas Administrativas Diversas	35.513,96	49.336,22	666,14
Despesas com Pessoal	0,00	55.301,02	165.272,47
Despesas com Serviços	0,00	2.419,97	876.471,87
Despesas Financeiras	35.104,22	107.339,45	114.412,56
Totalização de Custos/Despesas (B)	70.773,79	217.778,54	1.158.262,82
Relação Percentual B/A	0,32%	0,70%	3,19%

Oportuno reprimir, também, a destinação dos recursos financeiros formalmente gerados pela antiga Tecnom Ltda. atual SabemiTec Ltda. de acordo com o trabalho fiscal (fl. 3.934):

Resultados Apurados na Sabemi Tec Ltda.	Ano-Calendário 2005	Ano-Calendário 2006	Ano-Calendário 2007
Receita Bruta de Vendas	22.053.908,85	31.048.074,91	34.349.067,43
Lucro Distribuído	19.884.035,12	24.293.099,83	28.035.837,62
Relação Lucro Distrib./Rec. Bruta	90,16%	78,24%	81,62%

Lucros Distribuídos pela Sabemi Tec Ltda.	Ano-Calendário 2005	Ano-Calendário 2006	Ano-Calendário 2007
Sabemi Participações S/A	19.856.682,35	24.108.000,00	27.697.000,00
Eliana Schwingel Diederichsen	27.352,77	185.099,83	338.837,62
Lucro Distribuído no Ano	19.884.035,12	24.293.099,83	28.035.837,62

Quanto à destinação dada aos recursos formalmente auferidos pela Mark Service Participações Ltda./Sabemi Participações S/A, cabível a parcial reprise do minucioso “Termo de Verificação Fiscal” (fls. 3.934 e 3.935):

“A Sabemi Participações S/A, que é acionista controladora da Sabemi Seguradora S/A, nos anos-calendário de 2005 e 2006, efetuou diversos repasses para integralização de capital na seguradora. Esses recursos tiveram origem na distribuição de lucros efetuada pela SabemiTec Ltda. (fls. 1883/1902). Os montantes anuais que foram transferidos da Sabemi Participações S/A para a Sabemi Seguradora S/A estão discriminados no quadro que segue:

<i>Integralização de Capital na Sabemi Seguradora S/A (Nome do Acionista)</i>	<i>Ano- Calendário 2005</i>	<i>Ano- Calendário 2006</i>
<i>Sabemi Participações S/A</i>	<i>16.148.000,00</i>	<i>22.091.000,00</i>
<i>Relação entre o repasse para aumento de capital na Sabemi Seguradora S/A e o lucro recebido da Sabemi Tec Ltda.</i>	<i>81,32%</i>	<i>91,63%</i>

Observação: O demonstrativo com as transferências para aumento de capital elaborado pela Sabemi Participações S/A, bem como os respectivos recibos constam às fls. 2288/2373.

No ano-calendário de 2007, que constitui o período abrangido pelo procedimento fiscal ora em execução, a Sabemi Participações S/A utilizou grande parte dos lucros distribuídos pela SabemiTec Ltda. para investimentos no mercado financeiro. Além disso, promoveu novos aumentos de capital na Sabemi Seguradora S/A, pagou dividendos aos seus próprios acionistas e adquiriu bens imóveis que, posteriormente, seriam colocados à disposição da seguradora. Os valores consolidados são discriminados no quadro abaixo:

<i>Sabemi Participações S/A Aplicação dos Lucros Distribuídos pela Sabemi Tec Ltda.</i>	<i>Ano- Calendário 2007</i>
<i>Aumento de capital na Sabemi Seguradora S/A</i>	<i>3.810.000,00</i>
<i>Distribuição de lucros</i>	<i>4.923.704,88</i>
<i>Aquisição de imóveis</i>	<i>3.900.000,00</i>
<i>Variação positiva no saldo de aplicações financeiras (de 01/01 para 31/12/2007)</i>	<i>13.013.376,18</i>
<i>Variação positiva no saldo de contas bancárias (de 01/01 para 31/12/2007)</i>	<i>1.289.484,46</i>
<i>Totalização (A)</i>	<i>26.936.565,52</i>
<i>Lucros Recebidos da Sabemi Tec Ltda. (B)</i>	<i>27.697.000,00</i>
<i>Relação Percentual entre (A) e (B)</i>	<i>97,25%</i>

Observação: Os registros contábeis relativos às transferências de recursos para aumento de capital e distribuição de lucros, juntamente com os respectivos recibos, constam às fls. 1077/1137. Os registros relativos à aquisição de bens imóveis constam às fls. 1138/1308. A variação positiva nos saldos em conta-corrente bancária e em investimentos foi apurada nas demonstrações financeiras de fls. 1138/1308.

De modo que, ante os elementos apurados pela fiscalização de tributos federais, resultou inafastável o fato de que as receitas desviadas para a SabemiTec Ltda., e lá tributadas pelas regras do lucro presumido, posteriormente, eram repassadas à Sabemi Participações S/A sob a forma de distribuição de lucros. Esta última, após receber vultosos recursos, operava para atender os seguintes interesses:

- Efetuava expressivos repasses para integralização ou futuro aumento de capital na Sabemi Seguradora S/A, fazendo com que os recursos chegassem à pessoa jurídica que efetivamente os produziu na intermediação de operações de crédito para o Banco Matone S/A e para o HSBC Bank Brasil S/A;

- Distribuída lucros em valores expressivos aos seus acionistas (da Sabemi Participações S/A), que são as mesmas pessoas físicas que detinham 71,99% do capital social da Sabemi Seguradora S/A, conforme quadro de participantes do capital social discriminado no item "c" deste tópico;

- *Adquiriu o prédio existente na Rua Sete de Setembro, 515 – Centro – Porto Alegre – RS, onde, posteriormente, foi instalada a sede da Sabemi Seguradora S/A (fls. 1138/1308);*

- *Efetuiu aplicações financeiras de valores expressivos, aguardando o momento oportuno para a utilização dos recursos em benefício da Sabemi Seguradora S/A.”*

Importante referir, também, as alterações observadas no quadro de empregados da interessada entre os dois períodos fiscalizados. Confira-se (fl. 3.939):

Nome	CPF	Função	Admissão	Demissão
Johnnyson Juarez de Souza	954.930.180-04	Desenvolvimento de Sistemas	06/06/2006	01/11/2007
Paulo César de Souza Dias	941.358.940-20	Desenvolvimento de Sistemas	29/06/2006	-
Samuel Barreto da Rocha	939.488.080-15	Desenvolvimento de Sistemas	18/12/2007	-
Edson Roberto Sanhudo Trajano	700.972.670-15	Analista de Negócios	18/12/2007	-
Marcelo Schuch Pereira	884.281.760-00	Gerente de Tecnologia da Informação	18/12/2007	-
Gustavo Rafael Del Frari Machado	987.694.720-68	Analista de Negócios	18/12/2007	-

Esse o resumo dos elementos fáticos que deram ensejo à ação fiscal. Importante salientar que o trabalho fiscal (“Termo de Verificação Fiscal” das folhas 3.912 a 3.962) contempla acervo de elementos probatórios bem mais profundo e detalhado, os quais deixo de relatar em nome da objetividade.

Diante desse cenário factual, antes resumido, o auditor fiscal responsável pelo trabalho entendeu ter restado caracterizada a prática da simulação. Repriso as razões daquela autoridade (fls. 3.955 e 3.956):

“3.1 Caracterização Inequivoca da Simulação:

A simulação se caracteriza, fundamentalmente, pela discrepância entre a realidade e a subjetividade dos agentes interessados em simular. Conforme Francisco Ferrara {A Simulação nos Negócios Jurídicos, Campinas: Red Livros, 1999}, a comprovação da simulação nos negócios jurídicos, no mais das vezes, decorre da observação dos seguintes elementos: a existência de motivo sério, a falta de execução material da vontade exteriorizada, a discrepância entre esses atos e a conduta das partes, e a divergência entre a natureza e a quantidade dos bens e direitos e o preço pelo qual são negociados.

Quanto à existência de motivo sério, não há dúvida de que o fundamento para as simulações praticadas foi a expressiva redução no recolhimento dos tributos federais pela SABEMI SEGURADORA S/A.

Com o deslocamento das receitas da seguradora para o empreendimento simulado na SABEMI TEC LTDA, no período de maio de 2005 a dezembro de 2006, a SABEMI SEGURADORA S/A deixou de recolher R\$ 12.830.641.35 relativos ao imposto de renda, contribuição social sobre o lucro e contribuição para o financiamento da seguridade social (valor original, não computados

multa de ofício e juros de mora). No período de janeiro a dezembro/2007, a redução no recolhimento desses mesmos tributos pela seguradora, também considerando apenas o valor original, chegou a R\$ 5.013.869,93 (fls. 02).

Além disso, desde muito tempo, o principal objeto e fonte de resultados da SABEMI SEGURADORA S/A não está mais relacionado ao ramo de seguros. É de se notar que, com a simulação, a SABEMI SEGURADORA transferiu para a SABEMI TEC LTDA resultados muito superiores aos que registrou em sua própria escrituração contábil. Isso pode ser facilmente observado nos quadros demonstrativos de fls. 3068/3072 e 3883/3887), de onde foram extraídos os dados que seguem:

<i>Período de Apuração</i>	<i>Base de Cálculo do IRPJ na Sabemi Seguradora S/A (Lucro Líquido Ajustado)</i>	<i>Resultados Desviados para A Sabemi Tec Ltda. (Receitas menos Despesas)</i>
AC 2005	9.933.189,81	21.983.650,00
AC 2006	6.929.203,13	30.830.296,37
AC 2007	16.020.090,08	31.263.846,41
Totalização	32.882.483,02	84.077.792,78

No que diz respeito à falta de execução material do objeto dos contratos, que constitui elemento decisivo para caracterizar um negócio simulado, ficou absolutamente comprovada, tanto a inexistência material da SABEMI TEC LTDA, como também o fato de que todas as atividades e negócios atribuídos àquela pessoa jurídica foram, na verdade, exercidos pela SABEMI SEGURADORA S/A.

A discrepância entre os atos praticados e a conduta das partes, no caso em apreço, é evidente e irrefutável. Para o público externo, os agentes da simulação constituíram a SABEMI TEC LTDA, celebraram contratos de prestação de serviços, apresentaram declarações à Secretaria da Receita Federal do Brasil e, até mesmo, pagaram tributos em nome do empreendimento simulado. Internamente, contudo, todas as atividades atribuídas à SABEMI TEC LTDA eram efetivadas pela própria SABEMI SEGURADORA S/A, o que demonstra um brutal descompasso entre a vontade real e a vontade manifestada externamente.

Finalmente, no que tange à divergência entre a natureza e a quantidade dos bens e direitos e o respectivo preço, ficou demonstrada a desproporção entre as remunerações atribuídas à SABEMI SEGURADORA S/A e a SABEMI TEC LTDA na prestação de serviços às instituições financeiras. Como seria possível explicar o fato de que a seguradora, que utilizava sua estrutura para intermediar operações de crédito junto a servidores públicos de todo o país pudesse perceber, como contrapartida, somente a reposição dos custos. E a SABEMI TEC LTDA, que simplesmente efetuava cálculos e gerava relatórios relacionados às operações de crédito, ser remunerada na medida de um percentual expressivo calculado sobre o capital emprestado em cada mês.”

Assim lastreado, a autoridade fiscal responsável pelo trabalho lavrou auto de infração através do qual constituiu o seguinte crédito tributário que deixou de ser pago em decorrência da simulação perpetrada:

- 1) R\$ 3.425.819,26 a título de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, que, acrescido de juros e multa de ofício qualificada (150%) atingiu o montante de R\$ 9.524.462,70 (documento das folhas 3.888 a 3.911, 4/24 do documento eletrônico);
- 2) R\$ 2.233.363,87 a título de multa isolada em decorrência do não recolhimento das estimativas do IRPJ (50% incidente sobre o recolhimento faltante documento das folhas 3.888 a 3.911, 5/24 do documento eletrônico);

- 3) R\$ 1.244.560,00 a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, que, acrescida de juros e multa de ofício qualificada (150%) atingiu o montante de R\$ 3.460.125,71 (documento das folhas 3.888 a 3.911, 11/24 do documento eletrônico);
- 4) R\$ 796.460,74 a título de multa isolada em decorrência do não recolhimento dos pagamentos estimados da CSLL (50% incidente sobre o recolhimento faltante documento das folhas 3.888 a 3.911, 5/24 do documento eletrônico);
- 5) R\$ 343.490,67 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, que, acrescida de juros e multa de ofício qualificada (150%) atingiu o montante de R\$ 969.189,73 (documento das folhas 3.888 a 3.911, 19/24 do documento eletrônico).

Em sua **impugnação**, a ora Recorrente faz um relato da evolução histórica das sociedades integrantes do “Grupo Sabemi” e dos contratos então firmados. Então, **defende: (i) a ausência de simulação em detrimento do fisco e a equivocada imputação de todas as receitas da SabemiTec à Impugnante; (ii) não cabimento da multa isolada por ausência de recolhimento das estimativas; (iii) não cabimento da multa de 150%**. Requer, ainda, prova pericial para “*demonstrar que (a) grande parte das receitas indevidamente imputadas à Sabemi Seguradora pela desconsideração da personalidade da SabemiTec deve ser alocada a entidades de previdência privada Sabemi Previdência Privada e Pecúlio União Previdência Provada; (b) os ‘negócios jurídicos simulados’ referidos no auto de infração não importaram em prejuízos ao Fisco.*”

Em 2 de junho de 2011, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre/RS julgou a impugnação apresentada pela empresa improcedente e o acórdão recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2007

SIMULAÇÃO. PROVA ROBUSTA. Comprovada a simulação através de vasto acervo indiciário convergente, cabível a identificação da verdade dos fatos e a exigência dos tributos devidos.

A autoridade administrativa não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

MULTA ISOLADA. A norma do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, contempla duas regras distintas e autônomas, que punem, em diferentes graus, ilicitudes diversas. Essas penalidades são inconfundíveis e podem ser cobradas de forma conjunta.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Intimada em 6 de julho de 2011, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 4 de agosto de 2011, alegando, em síntese:

(i) que a imputação de todas as receitas da SabemiTec/Tecnocom para a Recorrente constitui equívoco, pois:

(i.a) cerca de 40% das receitas são relativas a contratos intermediados pelas entidades de previdência Sabemi Previdência Privada e Pecúlio União Previdência Privada;

(i.b) tais entidades, por serem sem fins lucrativos, são isentas de tributos sobre o lucro e a renda, de maneira que se as autoridades fiscais tivessem carreado as receitas da

SabemiTec/Tecnocom para as 3 entidades intermediadoras das operações, em consonância com as atividades empreendidas por cada uma delas, perceberia que o ônus tributário total seria inferior ao valor recolhido durante o período autuado;

(i.c) a conclusão de que a Recorrente é a única entidade que efetivou as receitas percebidas pela SabemiTec/Tecnocom destoa dos argumentos e dados constantes do Termo de Verificação Fiscal, pois, se o papel de correspondente bancário é de suma importância, devendo receber remuneração proporcionalmente maior, como alega a fiscalização, por que não foram imputadas as receitas às outras duas entidades Sabemi Previdência Privada e Peculio União Previdência Privada?

(i.d) a sistemática para a concessão de empréstimos apresenta impossibilidades materiais e jurídicas à responsabilização da Recorrente sobre os canais de desconto de titularidade das duas entidades de previdência privada e, consequentemente, impede que à Recorrente seja imputada a integralidade das receitas da SabemiTec/Tecnocom -- tanto é que a SUSEP determinou a anulação dos aumentos de capital aprovados nas AGEs de 31/01/2006 e 23.07.2008 exatamente por reconhecer que os valores que ingressaram na SabemiTec/Tecnocom deveriam ser distribuídos a esses correspondentes bancários.

(ii) é inconteste a existência fática da SabemiTec/Tecnocom eis que, no seu entendimento, ***"insita é à estrutura do grupo econômico certa confusão patrimonial, sendo tal característica essencial para a atuação coordenada das empresas integrantes. De modo contrário, impossível seria a formação de um grupo societário, porquanto as empresas atuariam sempre de maneira isolada, isto é, sem o necessário compartilhamento de recursos que viabiliza o direcionamento econômico do conjunto de sociedades."*** (grifamos).

Nesse ponto, alega que o STJ já atestou que o compartilhamento de equipamentos, instalações e empregados entre empresas é característica primordial a configuração do grupo econômico, citando julgados em que restou decidido que, pela configuração do grupo econômico, foi reconhecida a solidariedade entre as empresas pelas obrigações previdenciárias da atividade.

Afirma, mais adiante, que *"Tendo a SabemiTec Ltda. nascido da estrutura da Recorrente, natural que se utilizasse de seu quadro de funcionários. Ademais, leviano seria considerar que, durante o período autuado, a SabemiTec Ltda. atuava quase que exclusivamente por meio do software patenteado, o qual realizava parcela esmagadora dos trabalhos sem necessitar de expressiva interferência humana."*

Sobre o lapso de 3 anos após o início das atividades para que o capital social da SabemiTec fosse integralizado, sustenta que a legislação societária não impõe prazo para a integralização do capital, e que *"Como já referido, a SabemiTec Ltda. contava com os expressivos recursos pertencentes às demais sociedades do Grupo Sabemi, tornando despidiendo expressivos aportes de reservas em sua conta capital social."*

Colaciona julgados em que o antigo Conselho de Contribuintes reconhece que o compartilhamento de bens entre empresas do mesmo grupo não pode ser utilizado como indício de simulação (ac. 103-23.537, sessão de 23.01.2008).

(iii) segundo a fiscalização, a atividade de correspondente bancária mereceria remuneração mais expressiva do que a efetivamente cobrada -- um percentual da receita

que a prática era suficiente apenas para cobrir os custos da atividade; sobre essa desproporção entre os pagamentos recebidos pela Recorrente e pela SabemiTec/Tecnocom, indica que o programa de computador cedido pela SabemiTec/Tecnocom é essencial à sistemática dos empréstimos em folha de pagamento, já que sem ele seria impossível o processamento de dados junto às instituições bancárias nas operações de créditos pessoais com desconto em folha.

(iv) contesta a cumulação das multas de ofício e isolada, por bis in idem.

(v) contesta a aplicação da multa de 150%, dado seu caráter confiscatório. Ademais, mesmo que fosse o caso de simulação e/ou "planejamento tributário" a multa aplicável seria de 75%, pela inexistência de sonegação.

(vi) reitera o pedido de prova pericial formulado na impugnação, indicando quesitos e assistente técnica.

Em 7 de maio de 2013, esta Turma decidiu converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do então relator Alexandre Antonio Alkmim Teixeira:

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal a Recorrente através de sua estrutura operacional executa e viabiliza todo o processo de captação de clientes, análise e colocação do crédito em todo o território nacional, administração das operações junto aos órgãos públicos para desconto em folha das prestações, execução dos serviços de cobrança dos inadimplentes e, posteriormente, repasse dos valores às instituições financeiras, trabalha, basicamente, pela minguada reposição dos custos administrativos (fls. 3927 e 3928).

Conclui, em função do exposto acima, que o método de remuneração estabelecido para a SABEMI TEC LTDA. é absolutamente irrazoável, pois conduz a um montante de remuneração incompatível com as características dos serviços prestados. Ora, a atividade a ser realizada pela empresa consiste no mero processamento de dados relativos às operações de crédito intermediadas pela SABEMI SEGURADORA S/A em benefício das instituições financeiras. Ou seja, ao fim e ao cabo, o serviço a ser produzido é o mero controle e determinação das parcelas passíveis de desconto na folha de pagamento dos servidores públicos tomadores do empréstimo (fl. 3931).

Entretanto, como exposto no relatório, alega a Recorrente a impossibilidade de a ela ser imputada a totalidade das receitas da SabemiTec Ltda. e que isso conduziria a afirmação da inexistência fática e formal de duas entidades de previdência complementar que atuam no mercado há vários anos, quais sejam, a Sabemi Previdência Privada e o Pecúlio União Previdência Privada, já que as três pessoas jurídicas trabalhavam como correspondentes bancários. Ainda, apresenta, a Recorrente, laudo de auditoria produzido por empresa independente que promove a segregação dos valores atribuíveis a cada uma das empresas em referência.

Para o deslinde da presente controvérsia é necessário esclarecer se a Recorrente era quem efetivamente prestava os serviços de correspondente bancário para todas as empresas do grupo (Sabemi Previdência Privada e o Pecúlio União Previdência Privada) ou se estas realizavam os serviços discriminados nos contratos com as instituições financeiras em relação aos clientes por elas indicados.

Deste modo, baixo o feito em diligência para que seja verificado se a Sabemi Previdência Privada e o Pecúlio União Previdência Privada realizavam efetivamente os serviços previstos nos contratos de correspondente bancário. Para tanto, será necessária a comprovação de que tais empresas efetuavam, em relação aos seus clientes, i) a captação dos clientes; ii) o encaminhamento e/ou a disponibilização da proposta de concessão de empréstimo; iii) o desconto em folha de pagamento das prestações; iv) o repasse dos valores às instituições financeiras; v) o serviço de cobrança dos inadimplentes.

Em seqüência, deverão ser elaboradas planilhas indicando especificamente quais receitas equivalem a qual contrato, por banco e por entidade contratante e executora do contrato.

No cumprimento desta diligência, será necessária a intimação das referidas empresas, das instituições financeiras com as quais mantinham contrato (Banco Matone S.A. e HSBC Bank Brasil S.A. ou seus eventuais sucessores), bem como de alguns clientes (por amostragem).

Os intimados devem apresentar documentação hábil e idônea que permitam comprovar a pessoa jurídica que executava os serviços discriminados acima.

Aproveitando-se a diligência ora solicitada, intime-se a Recorrente para informar se a SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) se pronunciou sobre aumentos de capital realizados por Sabemi Participações S.A., com recursos oriundos da distribuição de lucros da SabemiTec Ltda. relativos aos anos de 2007. Caso positivo, solicitar a juntada do referido pronunciamento da SUSEP e se os aumentos de capital foram efetivamente anulados.

Por fim, necessário esclarecer, da verificação da escrituração contábil, se a SabemiTec apurava os tributos pelo regime de caixa ou de competência, e se o regime adotado foi respeitado quando da lavratura do auto de infração, ou adaptado pro rata tempore, nos termos do parecer COSIT.

A diligência foi concluída em 9 de dezembro de 2013, com a emissão do Termo de Verificação Fiscal de fls. 12.613-12.661. O documento apresentou as seguintes conclusões:

3.2.1 Juntar documentação comprobatória e informar se a SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) se pronunciou sobre os aumentos de capital na SABEMI SEGURADORA S/A, realizados pela SABEMI PARTICIPAÇÕES S/A, com recursos oriundos da distribuição de lucros da SABEMI TEC LTDA, relativos ao ano-calendário de 2007:

- A Sabemi Seguradora S/A apresentou cópias dos processos administrativos que tramitaram na SUSEP versando sobre os aumentos de capital realizados por Sabemi Participações S/A, com recursos oriundos da distribuição de lucros efetuada por Sabemi Tec Ltda. (fls. 4509/5417). Apresentou, ainda, documentos comprobatórios da devolução, para a Sabemi Participações S/A, dos valores recebidos a título de aumento de capital (fls. 5418/5449). Tais fatos, entretanto, em nada modificam o quadro de prejuízo causado à Fazenda Pública decorrente da simulação constatada no curso do procedimento de fiscalização;
- A SABEMI SEGURADORA S/A e a SABEMI PARTICIPAÇÕES S/A, por meio de negócio jurídico simulado, providenciaram, apenas formalmente, a constituição da TECNOCOM LTDA, que posteriormente teve sua denominação alterada para SABEMI TEC LTDA;
- A SABEMI TEC LTDA tributou seus resultados pelo regime do lucro presumido, mas não teve efetiva existência material no período abrangido pela ação fiscal. A simulação de sua constituição teve por finalidade fazê-la assumir e contabilizar vultosas receitas que decorriam de atividades econômicas efetivamente executadas pela SABEMI SEGURADORA S/A;
- Como resultado da simulação, a seguradora, que era obrigada à tributação pelo lucro real, incorria e registrava os custos da prestação de serviços às instituições financeiras, enquanto as receitas eram desviadas e registradas na SABEMI TEC LTDA, onde eram tributadas pelo regime do lucro presumido, além de se sujeitarem a uma alíquota menos grave na apuração da Cofins;
- Na seqüência, a SABEMI TEC LTDA distribuía lucros expressivos ao seu principal sócio, a SABEMI PARTICIPAÇÕES S/A, que então redirecionava os recursos para a SABEMI SEGURADORA S/A sob várias formas: a) como integralização ou adiantamento para futura integralização de capital; b) distribuindo lucros aos seus acionistas (que também eram acionistas da SABEMI SEGURADORA S/A); c) adquirindo bens imóveis que, posteriormente, eram utilizados nas atividades da seguradora;
- É de se notar que a eventual devolução de valores entregues à seguradora à título de aumento de capital efetuado por SABEMI PARTICIPAÇÕES S/A, em nada alterou a ocorrência de fatos geradores praticados pela seguradora e que, em razão da simulação de constituição da SABEMI TEC LTDA, foram tributados de modo significativamente reduzido.

3.2.2 Apurar se a SABEMI SEGURADORA S/A era quem, efetivamente, prestava os serviços de correspondente bancário relativos a outras pessoas jurídicas integrantes do denominado GRUPO SABEMI, especificamente a SABEMI PREVIDÊNCIA PRIVADA e PECÚLIO UNIÃO PREVIDÊNCIA PRIVADA:

- Sim, a Sabemi Seguradora S/A, além de ter providenciado e atuado materialmente na simulação da constituição e existência da Tecnocon Ltda, posteriormente denominada Sabemi Tec Ltda, também realizou as atividades de correspondente bancário formalmente atribuídas a Sabemi Previdência Privada (SPP) e a Pecúlio União Previdência Privada (PUPP). Tal afirmativa, que é feita de forma categórica e veemente, está fundada nos seguintes fatos:
- Conforme demonstram os atos constitutivos, estatutos e suas alterações posteriores, e também as atas de reuniões de administradores da Sabemi Previdência Privada (fls. 8733/8910) e da Pecúlio União Previdência Privada (fls. 11368/11581), a administração de ambas as entidades abertas de previdência privada complementar foi exercida e/ou diretamente influenciada pelos acionistas controladores da Sabemi Seguradora S/A, pessoas de suas relações familiares ou mesmo empregados desta última;
- Apenas como forma de exemplificar a enorme e decisiva influência da Sabemi Seguradora S/A nas deliberações de ambas as entidades abertas de previdência privada complementar, podem ser referidas as atuações dos diretores e/ou acionistas daquela empresa tanto no conselho deliberativo como na diretoria executiva da Sabemi Previdência Privada e da Pecúlio União Previdência Privada. Neste aspecto, cabe especial atenção às atividades desempenhadas por Antônio Lima Severo Junior, Cláudia Vilaça Severo, Maria Marta Scheneider Severo, Maria Isabel Schneider Severo e Eliana Schwingel Diederichsen;
- A Sabemi Previdência Privada e a Pecúlio União Previdência Privada, formalmente, auferiram receitas em face da prestação de serviços de correspondente para o Banco Matone S/A e para o HSBC Bank Brasil S/A. Em ambos os casos, contudo, foi observada a mesma situação já verificada em relação à Sabemi Tec Ltda. Trata-se de atividades e operações materialmente desempenhadas pela própria Sabemi Seguradora S/A;
- Nenhuma das duas entidades de previdência privada complementar aberta possuía a estrutura física ou quadro de empregados necessários à execução das atividades de correspondente bancário para atuar na colocação de empréstimos a serem pagos por meio de consignação em folha de pagamento. Tal situação aflora extremamente nítida ao serem observadas as informações constantes no quadro que segue:

Ano-Calendário 2007	Sabemi Seguradora S/A	Sabemi Previdência Privada	Pecúlio União Previdência Privada	Sabemi Tec Ltda
(A) Venda Empréstimos Consignados	244.068.349,88	151.140.184,71	1.122.689,93	0,00
(B) Receita da Atividade de Corresp. Bancário do Banco Matone	970.640,26	880.337,99	135.644,91	0,00
(C) Receita da Atividade de Correspondente Bancário do HSBC	202.996,66	72.283,69	0,00	0,00
(D) Rec. da Ativ. de Proc. Dados dos Emprést. Consig.	0,00	0,00	0,00	34.349.067,48

(E=B+C+D) Rec. Total Ativ. Relacionada aos Consignados	1.173.636,92	952.621,68	135.644,91	34.349.067,48
(F) Recursos	394 empregados	02 empregados	07 empregados	02 empregados

Processo nº 11080.725307/2010-71
Acórdão n.º 1401-001.812

S1-C4T1
Fl. 12.842

Observações Importantes:

(1) O valor das vendas de empréstimos consignados consta na documentação apresentada pela Sabemi Tec Ltda (fls. 6078);

(2) As informações sobre receitas auferidas com a atividade de correspondente bancário foram extraídas da documentação apresentada pelas instituições financeiras (fls. 12353/12358 e 12591);

(3) A informação quanto ao número de empregados consta na documentação apresentada por cada uma das pessoas jurídicas, conforme referência contida no item 3.1.

- Assim como a parte mais significativa das receitas decorrentes da atividade de correspondente bancário da Sabemi Seguradora S/A foi, por meio da simulação de constituição e existência da Sabemi Tec Ltda, redirecionada para esta última a fim de obter redução na incidência dos impostos e contribuições federais, o mesmo ocorreu no caso das duas entidades isentas, Sabemi Previdência Privada e Pecúlio União Previdência Privada;
- De modo que, todos os valores de receitas registrados na Sabemi Tec Ltda, em verdade, não constituem receitas geradas por ela própria, mas sim receitas decorrentes das atividades de correspondente bancário materialmente desempenhadas pela Sabemi Seguradora S/A, e também por aquelas, ao menos formalmente, atribuídas à Sabemi Previdência Privada e a Pecúlio União Previdência Privada;
- Em seu recurso voluntário ao CARF, a Sabemi Seguradora S/A chegou a afirmar que a Sabemi Previdência Privada e a Pecúlio União Previdência Privada são entidades isentas, e que o fato de ter ocorrido o direcionamento das receitas para a Sabemi Tec Ltda teria ocasionado, inclusive, o pagamento de impostos e contribuições em valor superior ao efetivamente devido. Tal afirmativa não se coaduna com a realidade e, certamente, foi lançada como forma de desviar a atenção dos fatos que realmente importam ao deslinde da matéria sob julgamento;
- Antes de qualquer outro ponto, devemos ter claro que a Sabemi Previdência Privada e a Pecúlio União Previdência Privada não possuíam estrutura física e nem recursos

humanos para executar as atividades de correspondente bancário. Tal situação fica absolutamente evidente quando, tendo por parâmetro o quadro operacional da Sabemi Seguradora S/A, observamos a expressiva desproporção entre o volume de crédito que teria sido comercializado pelas entidades de previdência privada complementar e o número de empregados registrados em cada uma delas;

- Em ambos os casos, não restaram dúvidas de que as atividades a elas atribuídas eram executadas na estrutura física e por empregados da Sabemi Seguradora S/A. E tanto foi assim que, como forma de justificar a utilização da Sabemi Seguradora S/A para operacionalizar atividades que, formalmente, eram atribuídas às entidades de previdência privada complementar, foram celebrados contratos por meio dos quais a seguradora cedia sua estrutura física, recursos humanos e expertise graciosamente (fls. 10610/10614 e 12294/12296);
- No contrato por meio do qual a Sabemi Seguradora S/A, de forma graciosa, cede sua estrutura operacional, recursos humanos e expertise à Sabemi Previdência Privada (fls. 10610/10614), verifica-se que a seguradora, essencialmente, assume todas as atividades de correspondente bancário para colocação de empréstimos a servidores públicos a serem quitados por meio de consignação em folha de pagamento. A seguradora compromete-se a atender os clientes, implantar, controlar e registrar os valores a serem descontados em folha de pagamento, efetuar os contatos com os órgãos públicos, analisar os benefícios e autorizações de pagamento, disponibilizar recursos humanos, administrar a folha de pagamento da entidade previdenciária, promover treinamentos de colaboradores, providenciar os recursos de informática, tanto humanos como tecnológicos, compartilhar página de internet, acompanhar e controlar processos judiciais, atuar junto ao PROCON e a SUSEP em processos administrativos e, por fim, gerar os relatórios e demonstrativos necessários ao acompanhamento das atividades da entidade previdenciária. Em contrapartida, a única obrigação da Sabemi Previdência Privada é ceder sua “estrutura operacional de análise de cadastro e atendimento a clientes”, a qual, conforme apurado, estava composta por dois empregados, um assistente de contas a pagar e um assistente de crédito;
- O contrato entre a Sabemi Seguradora S/A e a Pecúlio União Previdência Privada é mais simples (fls. 12294/12296), mas de modo algum discrepa do que já havia sido observado no instrumento celebrado com a Sabemi Previdência Privada. Cabe a Sabemi Seguradora S/A, também de forma graciosa, disponibilizar todos os recursos de informática, humanos e tecnológicos, inclusive compartilhamento de página de internet, controle de processos judiciais e administrativos junto ao PROCON e SUSEP, e ainda a geração de relatórios e demonstrativos das atividades executadas. Também aqui, a única contrapartida a ser feita pela Pecúlio União Previdência Privada é a, disponibilização de sua estrutura operacional de atendimento a clientes e suporte administrativo, a qual estava composta por sete empregados;
- Assim, ao final das análises, não restou dúvida de que a Sabemi Seguradora S/A era quem, materialmente, coordenava e operacionalizava todas as atividades que, somente sob o aspecto formal, estavam sendo atribuídas à Sabemi Tec Ltda, a Sabemi Previdência Privada e a Pecúlio União Previdência Privada;
- Outro aspecto a ser considerado é que, de modo algum poderia interessar a autuada alocar receitas expressivas da atividade de correspondente bancário nas entidades de previdência complementar aberta. É que, por constituírem entidades sem fins lucrativos, portanto isentas do imposto de renda, os eventuais ganhos não poderiam ser distribuídos aos agentes da simulação. E a solução, neste caso, foi aquela já descrita ao longo do Termo de Verificação Fiscal. A seguradora e a Sabemi Participações S/A simularam a constituição e existência da Tecnocom LTDA, posteriormente renomeada como Sabemi Tec LTDA, que apurava o IRPJ e a CSLL pelo regime do lucro presumido, e para onde foram direcionadas vultosas receitas da atividade de correspondente bancário da própria Sabemi Seguradora S/A, da Sabemi Previdência Privada, e também da Pecúlio União Previdência Privada.

Processo nº 11080.725307/2010-71
Acórdão nº 1401-001.812

S1-C4T1
Fl. 12.843

3.2.3 Comprovar, por meio de documentos hábeis e idôneos, se a SABEMI PREVIDÊNCIA PRIVADA e a PECÚLIO UNIÃO PREVIDÊNCIA PRIVADA realizavam as seguintes atividades: captação de clientes, encaminhamento e/ou disponibilização de propostas de concessão de empréstimo pessoal, desconto em folha de pagamento do valor das prestações, repasse dos valores às instituições financeiras, serviço de cobrança de inadimplentes:

- A Sabemi Previdência Privada e a Pecúlio União Previdência Privada, como forma de comprovar as atividades de captação de clientes, encaminhamento e/ou disponibilização de propostas de concessão de empréstimo pessoal, desconto em folha de pagamento do valor das prestações, repasse dos valores às instituições financeiras e serviço de cobrança de inadimplentes apresentaram os documentos de fls. 10263/10609 e 12047/12293;
- É oportuno observar que a Sabemi Previdência Privada e a Pecúlio União Previdência Privada jamais ostentaram recursos humanos ou materiais compatíveis com a execução das atividades acima relacionadas. Além disso, ambas celebraram contrato com a Sabemi Seguradora S/A para que esta última, de forma graciosa, cedesse sua estrutura operacional, recursos humanos e expertise a fim de executar as operações e atividades que, formalmente, a elas eram atribuídas (fls. 10610/10614 e 12294/12296).

3.2.4 Elaborar planilha vinculando as receitas da SABEMITEC LTDA com as instituições financeiras concessoras do crédito e com os respectivos correspondentes bancários:

- Intimada a disponibilizar estas informações, a Sabemi Tec Ltda apresentou os demonstrativos de fls. 6075/6078.

3.2.5 Esclarecer se a SABEMI TEC LTDA apurava os tributos pelo regime de caixa ou de competência, e se o regime adotado foi respeitado quando da lavratura do auto de infração:

- A apuração da matéria tributável para o lançamento de ofício obedeceu o regime de competência, mesma sistemática observada na DIPJ apresentada pela Sabemi Tec Ltda (fls. 6979/7015);
- Todos os cálculos necessários à apuração dos impostos e contribuições objeto do lançamento de ofício encontram-se discriminados nos demonstrativos de fls. 3883/3887 e no corpo dos autos de infração (fls. 3888/3911).

Cientificada em 9 de dezembro de 2013, a contribuinte apresentou manifestação em 8 de janeiro de 2014, observando que o TVF *"não cumpriu a diligência requerida - que qualifica como fruto da incompreensão por V.SAs. dos fatos do processo. Trata-se, em verdade, é de uma tentativa de reforçar as equivocadas alegações do Auto de Infração, inclusive através da repetição de diversos excertos daquele, como se não constassem deste processo ou não tivessem sido analisados por esta C. Câmara Julgadora"*. Sobre a conclusão acerca do regime de contabilização adotado pela Sabemi Tec., a Recorrente junta versão preliminar de parecer técnico elaborado pela EY.

Em setembro de 2014 a contribuinte apresentou em sede de memoriais (fls. 12.761-12.806) a versão final do parecer técnico elaborado pela EY *"a fim de afastar qualquer dúvida de que Sabemi Tec. era tributada pelo lucro presumido segundo o regime de caixa e, conseqüentemente, de que o lançamento deveria ter atribuído os resultados reconhecidos pela empresa à Recorrente pelo regime de competência"*, ou seja, visando a demonstrar que *"na alocação das receitas da Sabemi Tec. à Recorrente o regime de competência não foi observado, padecendo os lançamentos de vício insanável"*.

Recebi o processo em distribuição realizada em 15 de fevereiro de 2017.

Em 14 de março de 2017 a Recorrente apresentou petição destacando que, conforme consta do "Quem é Quem" disponibilizado no sítio eletrônico oficial do CARF, a composição desta 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção encontra-se incompleta, contando com apenas 6 conselheiros titulares, sendo 4 representantes da Fazenda Nacional e apenas 2 dos contribuintes. Diante disso, requer (i) o restabelecimento da paridade mediante a convocação de conselheiros suplentes representantes dos contribuintes nos termos do art. 18, VIII, do Anexo I, da Portaria MF 343/2015 (RICARF) ou, (ii) na hipótese de se mostrar impossível a designação de conselheiros suplentes para a sessão de julgamento, requer, sucessivamente, o adiamento do julgamento até que a paridade seja restabelecida, nos termos do art. 56, S 1º, I e 11, do RICARF.

Tal solicitação foi indeferida pelo Presidente desta Turma em vista da ausência de previsão regimental para acatar tais pedidos, observando este, ainda, que houve a convocação de suplente representante dos contribuintes para compor a turma nas sessões de março de 2017.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Relatora Livia De Carli Germano

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Primeiramente é importante demarcar as matérias que estão em discussão no presente processo.

Delimitação da lide

Conforme relatado, o contraditório quanto ao auto de infração em discussão foi instalado na impugnação, com relação às seguintes matérias:

- (i) a ausência de simulação em detrimento do fisco e a equivocada imputação de todas as receitas da SabemiTec à Impugnante;
- (ii) não cabimento da multa isolada por ausência de recolhimento das estimativas;
- (iii) não cabimento da multa de 150%.

Em sede de impugnação, a Recorrente requereu, ainda, a produção de prova pericial visando a *"demonstrar que (a) grande parte das receitas indevidamente imputadas à Sabemi Seguradora pela desconsideração da personalidade da SabemiTec deve ser alocada a entidades de previdência privada Sabemi Previdência Privada e Pecúlio União Previdência Provada; (b) os 'negócios jurídicos simulados' referidos no auto de infração não importaram em prejuízos ao Fisco."*

O Recurso Voluntário também contesta basicamente esses três pontos, indicando argumentos específicos para contrapor as razões invocadas na decisão recorrida.

Dessa forma, entendo que não pode ser conhecida a discussão quanto ao regime adotado pela SabemiTec/Tecnocom (se caixa ou competência) e o eventual impacto disso no auto de infração. Isso porque tal matéria não foi apreciada pela DRJ -- porque não foi instaurado o contraditório quanto a ela em sede de impugnação --, nem mesmo foi objeto do recurso voluntário apresentado.

De fato, nos termos da legislação que regula o processo administrativo fiscal (em especial o Decreto 70.235/1972), tanto o pedido de diligência quanto as provas documentais devem ser apresentados por ocasião da impugnação, precluindo o direito de o contribuinte fazê-lo em outro momento processual, em regra. Isso é assim exatamente porque é neste momento que se instaura o contraditório em um procedimento que, até então, era inquisitório.

Assim, é o contribuinte quem delimita os termos do contraditório ao formular a sua impugnação/manifestação de inconformidade, de modo que, em regra, as questões não postas para discussão nesta ocasião precluem.

E digo em regra porque existem as hipóteses de exceção.

Algumas exceções estão expressamente previstas nos incisos do § 4º do artigo 16 do Decreto 70.235/1972, quais sejam: (i) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (ii) refira-se a fato ou a direito superveniente; e/ou (iii) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Outra exceção ocorre quando o argumento possa ser conhecido de ofício pelo julgador, seja por tratar de matéria de ordem pública¹, seja por ser necessário à formação do seu livre convencimento, neste último caso em vista da vedação ao *non liquet*. De fato, se for para formar seu livre convencimento, o julgador pode conhecer de argumentos de fato ou de direito *ex-officio*, desde que indique os motivos que levaram a tal decisão. Isso porque, em virtude do dever de decidir (proibição do *non liquet*), há o poder-dever de aplicar ao caso a norma jurídica que o julgador entender mais pertinente, mesmo que não tenha sido suscitada pelas partes.

No caso, a discussão surgiu apenas por ocasião da conversão do julgamento em diligência determinada por esta Turma em 2013. Provavelmente, o Relator, à época, entendeu que tal investigação poderia ser importante para formar seu livre convencimento sobre o auto de infração em debate. Assim, estávamos no terreno em que a matéria talvez fosse conhecida de ofício pelos julgadores em virtude do dever de decidir.

¹ Costuma-se dizer que as matérias que o julgador deve conhecer de ofício são aquelas de ordem pública. É importante ressaltar, porém, que nem todas as matérias apreciáveis *ex officio* são necessariamente matérias de ordem pública, já que a lei processual, excepcionalmente, pode estabelecer que determinadas matérias de ordem privada sejam apreciadas de ofício. Neste sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier explica: “Numa imagem matemática, dir-se-ia que o conjunto de matérias examináveis de ofício é maior do que o das matérias de ordem pública. Portanto toda matéria de ordem pública é examinável de ofício, mas nem tudo o que pode ser examinado de ofício consiste em matéria de ordem pública” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 4ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 137)

Todavia, esta Relatora não entende que tal argumento seja imprescindível para a formação de seu livre convencimento a ponto de permitir o seu conhecimento de ofício. Sem adentrar no resultado da diligência, entendo que não se trata de matéria que o julgador deva conhecer de ofício, portanto, operou-se quanto a ela a preclusão. Desse modo, deixo de apreciá-la.

Ressalte-se que não foram indicados os motivos que levaram a Turma julgadora a solicitar tal verificação. Embora se possa presumir que a intenção seria confrontar com o regime aplicado para fins de apuração dos tributos no auto de infração, não se sabe se a Turma já tinha analisado os contratos firmados pela SabemiTec e já tinha uma conclusão sobre o regime aplicável a tais avenças, ou se tal análise dos contratos seria feita posteriormente.

É dizer, a conclusão de que o regime adotado pela SabemiTec foi o de caixa (conforme defende a Recorrente) ou o de competência (conforme a Recorrente indicou em sua DIPJ e foi seguido pela autoridade autuante na lavratura do auto de infração) não necessariamente leva a uma conclusão sobre a correção ou não da autuação ora combatida, eis que deve ser acompanhada da análise dos contratos firmados e da conclusão sobre a forma de reconhecimento de receitas então aplicável. Por não conhecer da matéria, tal análise resta prejudicada.

Mérito

Passo a analisar, portanto, as 3 matérias submetidas a contraditório.

Quanto ao argumento de que parte das receitas deveria ser imputadas às correspondentes bancárias Sabemi Previdência Privada e Peculio União Previdência Privada, este parte de uma equivocada compreensão da autuação fiscal em questão.

A autuação fiscal teve por base a constatação de que a sociedade SabemiTec/Tecnocom era uma simulação absoluta, ou seja, não existia em termos práticos/materiais, e que a Recorrente era quem efetivamente realizava toda a atividade por ela reportada em suas declarações fiscais.

A Recorrente, em lugar de trazer aos autos provas de que a SabemiTec/Tecnocom existia em termos materiais, confirma a existência de "certa confusão patrimonial", afirma que a SabemiTec/Tecnocom não possuía infraestrutura própria e sequer necessitava que seu capital social fosse integralizado. Em suas palavras:

"(...), insita é à estrutura do grupo econômico certa confusão patrimonial, sendo tal característica essencial para a atuação coordenada das empresas integrantes. De modo contrário, impossível seria a formação de um grupo societário, porquanto as empresas atuariam sempre de maneira isolada, isto é, sem o necessário compartilhamento de recursos que viabiliza o direcionamento econômico do conjunto de sociedades."

"Tendo a SabemiTec Ltda. nascido da estrutura da Recorrente, natural que se utilizasse de seu quadro de funcionários. Ademais, leviano seria considerar que, durante o período autuado, a SabemiTec Ltda. atuava quase que exclusivamente por meio do software patenteado, o qual realizava parcela esmagadora dos trabalhos sem necessitar de expressiva interferência humana."

"Como já referido, a SabemiTec Ltda. contava com os expressivos recursos pertencentes às demais sociedades do Grupo Sabemi, tornando despendendo expressivos aportes de reservas em sua conta capital social."

É verdade que empresas, principalmente quando pertencentes a um mesmo grupo, podem compartilhar de infraestrutura física e de pessoal, mas isso não significa admitir que haja confusão patrimonial entre elas. Mesmo se utilizando de infraestrutura compartilhada, as empresas devem zelar pelo princípio contábil da entidade, ou seja, cada uma deve se comportar como autônoma e registrar proporcionalmente os respectivos custos, despesas e receitas, celebrando os devidos contratos de compartilhamento quando for o caso. De fato, se uma mesma pessoa trabalha para várias empresas do grupo, não podem os custos com seu salário e encargos ficarem todos, coincidentemente, na empresa optante pelo regime de lucro real.

No caso, não restou comprovada a existência efetiva da SabemiTec/Tecnocom, sendo que toda a atividade supostamente desempenhada por tal sociedade o seria, na verdade, pela Recorrente. Por essa razão as receitas foram todas -- corretamente, no entender desta Relatora -- imputadas a esta última.

Note que, quando aludimos à "efetiva existência da pessoa jurídica" estamos nos referindo à existência da pessoa jurídica como "sociedade" ou "empresa", e não como um mero registro formal – um CNPJ.

O contrato de sociedade é assim conceituado pelo artigo 981 do Código Civil (Lei 10.406/2002):

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Como se sabe, o Direito Brasileiro atual simpatiza com a teoria dos perfis da empresa de Asquini, a qual trata a empresa como *"fenômeno poliédrico que assume, sob o aspecto jurídico, em relação ao diferentes elementos nele concorrentes, não um mas diversos perfis: subjetivo, como empresário; funcional, como atividade; objetivo, como patrimônio; corporativo, como instituição"* (Exposição de Motivos Complementar apresentada pelo Prof. Sylvio Marcondes - responsável pela elaboração do Livro II — "Direito da Empresa" no anteprojeto do Código Civil/2002).

Assim, só há que se falar em "sociedade" ou "empresa" na presença de *"atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens"* (BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1995, p.100).

No caso, constata-se efetivamente a presença de apenas uma "empresa", eis que a confusão patrimonial revela a presença de uma única "atividade", que portanto deve ter tributação única.

De se notar que, quando a fiscalização chama atenção para a desproporção entre a remuneração recebida pela Recorrente e aquela recebida pela SabemiTec/Tecnocom (a primeira recebia 0,5% sobre a taxa de financiamento enquanto a segunda ficava com 8,4%

sobre o montante emprestado em cada mês), ela não quer dizer com isso que a atividade desempenhada por uma ou outra empresa é "mais importante". Trata-se apenas de uma informação que corrobora os indícios de que a estrutura não passou de uma simulação.

Com efeito, não cabe à fiscalização afirmar qual atividade é mais importante nem dizer a proporção de receitas que deve ser adotada pelas empresas em um contrato. Acontece que é no mínimo suspeita a coincidência de ter, em um contrato, um percentual expressivo das receitas alocado para o CNPJ optante pelo regime de lucro presumido e cuja tarefa se resumia a ceder o uso de um programa de computador (atividade-meio), enquanto que o CNPJ optante pelo regime de lucro real e que realiza a intermediação entre cliente e produto (atividade-fim) fica com um percentual de receitas suficiente apenas para cobrir seus custos.

Não se nega que o programa de computador supostamente operado pela SabemiTec/Tecnocom seja essencial à sistemática dos empréstimos em folha de pagamento e que sem ele seria impossível o processamento de dados junto às instituições bancárias nas operações de créditos pessoais com desconto em folha, mas tal essencialidade não torna crível que este CNPJ deva, apenas por este motivo, receber quase que a totalidade da receita do contrato. Seria o mesmo que pretender que as empresas que hospedam sites de lojas online fiquem com quase 100% da receita de tais lojas afinal sem elas não haveria vendas, ou o mesmo que pretender que as empresas que operem os programas de computador utilizados por empresas de cartão de crédito fiquem com quase que a totalidade das receitas destas, afinal sem tais programas o pagamento não é processado.

Enfim, o exposto acima busca demonstrar que a Recorrente não se defende de forma contundente da principal acusação da autuação fiscal, buscando, ao contrário, encaminhar o debate para a discussão de questões laterais e formalidades.

Inclusive, a Recorrente parece tentar se beneficiar da própria torpeza quando argumenta que as autoridades fiscais deveriam ter carreado as receitas da SabemiTec/Tecnocom para as 3 entidades intermediadoras das operações (Recorrente, Sabemi Previdência Privada e Pecúlio União Previdência Privada).

Primeiramente porque, quando sustenta que assim o ônus tributário total seria inferior ao valor recolhido durante o período autuado, propositalmente se esquece do fato de que tais entidades de previdência privada, até mesmo por não terem finalidade lucrativa, não poderiam distribuir os superávits apurados, de maneira que os recursos não poderiam -- como de fato ocorreu -- retornar à entidade que deles precisava, por ser quem realmente praticava as atividades, que era a Recorrente. Ademais, a Recorrente tenta se beneficiar do fato de que ela teria desviado para si receitas dessas duas entidades, como restou bem colocado no voto do Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, redator designado para o acórdão 1101-000.662, de 1º de fevereiro de 2012, que abordou os mesmos fatos aqui discutidos mas em autuação relativa aos anos-calendário de 2005 e 2006 – e cujas razões adoto e transcrevo abaixo:

"Os fatos apontados pela fiscalização e transcritos pelo I. Relator não deixam dúvidas de que a Tecnocom Ltda. não possuía qualquer recursos para prestar qualquer serviço, sendo que nem seu capital foi integralizado. De outra banda, também consta do relatório que a fiscalização demonstrou que todos recursos necessários para a prestação dos serviços atribuídos à Tecnocom na verdade eram da Sabemi Seguradora SA, a autuada. Inclusive, as receitas registradas pela Tecnocom, em razão da suposta prestação de serviços, foram repassadas para a sua controladora, Mark Serviços, como lucros distribuídos e esta,

em seguida, repassou esses valores para a Sabemi Seguradora, como adiantamento para futuro aumento de capital.

Estes fatos mostram que a existência da Tecnocom era meramente formal, que a Sabemi Seguradora SA era a verdadeira prestadora dos serviços (e, por isso, a titular das receitas correspondentes), e que a Sabemi Seguradora SA acaba se apropriando dessas receitas. Ademais, fica evidente que tudo foi arquitetado pela Sabemi Seguradora SA para ocultar do Fisco fatos tributáveis a ela atribuíveis. Ou seja, a Tecnocom era uma farsa e a autora desta farsa foi a Sabemi Seguradora SA, que por meio deste ardil pretendeu sonegar tributos referente as receitas que embolsou.

Essa foi a conclusão da fiscalização, da Turma julgadora de 1ª instância, e também do I. Relator, que expressa essa percepção com as seguintes palavras: "Não tenho dúvidas, em tal cenário, de que o labor impositivo se fez sólido. O ardil descrito resta sobejamente demonstrado pelos documentos exaustivamente entranhados aos autos."

Porém, apesar do I. Relator concordar que a Tecnocom foi uma farsa montada pela Sabemi Seguradora SA, ele acatou argumento levantado pela defesa. Assim, ele propõe que se considere nula a autuação porque dentro das receitas apuradas haveria uma parcela não identificável que não seria atribuível a Sabemi Seguradora SA, mas sim a outras duas pessoas jurídicas (Sabemi Previdência Privada e Pecúlio Unido Previdência Privada, ambas entidades abertas de previdência complementar).

Argumenta o I. Relator que os serviços "prestados pela Tecnocom" para o Banco Matone tinham por base 3 origens distintas, pois estavam vinculados a empréstimos concedidos aos clientes de três correspondentes específicos (Sabemi Seguradora SA, Sabemi Previdência Privada, e Pecúlio União Previdência Privada). A partir disto, conclui que as receitas "auferidas pela Tecnocom", pagas pelo Banco Matone, na verdade seriam em parte da Sabemi Seguradora SA, e em parte das outras duas intermediadoras (Sabemi Previdência Privada e Pecúlio União Previdência Privada).

Neste raciocínio, não é expresso, mas está implícito, que se pressupõe ter havido desvio de receitas das entidades de previdência para a Sabemi Seguros SA. Ou seja, resta evidente que subjaz ao raciocínio apresentado pelo I. relator que os recursos entregues pelo Banco Matone para a Tecnocom, como contrapartida pela prestação de serviços de processamento de dados dos empréstimos, seriam desproporcionais aos serviços prestados pela Tecnocom. Desta forma, teriam sido carreados para a Tecnocom valores que na verdade seriam dos correspondentes (Sabemi Seguradora SA, Sabemi Previdência Privada, e Pecúlio União Previdência Privada).

Por isso o Relator sustenta que parte das receitas recebidas pela Tecnocom (que no auto de infração são totalmente imputadas para a Sabemi Seguradora SA) seriam na verdade das duas entidades de previdência complementar e deveriam ser excluídas da apuração.

Muito possivelmente, a convicção do I. Relator decorre dos argumentos de defesa, pelos quais o contribuinte sustenta que parte das receitas contabilizadas pela Tecnocom (e atribuídas à Saberni Seguradora SA na autuação) seriam em verdade referentes à remuneração da Sabemi Previdência Privada e Pecúlio Unido Previdência Privada. Conforme o contribuinte, tal remuneração decorre dos empréstimos concedidos pelo banco para os clientes destas entidades. O contribuinte ainda sustenta que estes valores teriam sido repassados indevidamente para a Tecnocom, por meio de uma desproporção na remuneração dos serviços prestados, ao banco, pela Tecnocom e pelas entidades.

No que tange a este aspecto da questão, para demonstrar seu ponto de vista o contribuinte alegou decisão da Susep, que anulou aumento de capital feito pela Mark Participações na Sabemi Seguradora. Conforme transcrição do relator, tal aumento de capital foi cancelado porque a Susep entendeu que ele foi feito com recursos que deveriam ser das duas entidades de previdência privada, mas que teriam sido desviados para a Tecnocom (por meio de uma desproporção na remuneração do serviço prestado). Conforme a Susep, na seqüência, a Tecnocom repassou estes valores como lucro distribuído para a Mark, que por sua vez aportou esses recursos na Capemi Seguradora. Assim, em razão da ilicitude e dos danos aos acionistas minoritários, a Susep cancelou o aumento de capital.

Salta aos olhos que o argumento de defesa consiste em sustentar que não cabe atribuir o total de receitas registrados na Tecnocom à Sabemi Seguradora, pois parte de tais recursos seriam na verdade valores das duas entidades de previdência privada. Conforme a defesa, essa entidades teriam sido lesadas na sua remuneração e os valores teriam sido desviados para a Tecnocom. Ainda conforme o contribuinte, a lesão se deu por meio de uma subvalorização dos serviços prestados pelas entidades de previdência ao Banco Matone e de uma supervalorização dos serviços prestados pela Tecnocom ao mesmo banco.

Em resumo, o contribuinte sustenta que não pode responder pela tributação de toda a receita porque parte desta não seria sua, já que teria sido desviada de duas entidades de previdência privada. Desse modo, percebe-se que o argumento da defesa, acatado pelo I. Relator, consiste em alegar a torpeza da autuada em seu favor.

Também não passa despercebido que a argumentação apresentada pelo contribuinte confirma a tese da fiscalização, de que tudo foi forjado pela Sabemi Seguradora, para sonegar tributos. De fato, considerando-se verdadeira a tese da defesa, seria obrigatório admitir que, por meio de uma remuneração desproporcional, receitas da Sabemi Seguradora teriam sido atribuídas para a Tecnocom.

De outra banda, vale lembrar que a fiscalização (e também a Susep) demonstrou que a Sabemi Seguradora SA acabou se apropriando

da totalidade dos recursos carreados para a Tecnocom, pois a Tecnocom os repassou como lucro distribuído para a Mark, que os repassou como aumento de capital na Sabemi Seguradora SA.

Portanto, a alegação da defesa de que os recursos na verdade seriam de terceiros é totalmente infundada. Na verdade, a Sabemi Seguradora SA, por meio da Tecnocom e da Mark, se apropriou totalmente dos recursos e sonegou os tributos correspondentes a tributação dos valores.

Só caberia admitir o argumento do contribuinte (de que parte dessas receitas são das duas entidades), se os envolvidos houvessem devolvidos (sic) os valores para as entidades de previdência privada. Mas, isso não ocorreu. Ao contrário, a Sabemi se apropriou integralmente dos recursos e deles dispôs.

Outra hipótese em que se admitiria a imputação de apenas parte das receitas à Sabemi Seguradora seria no caso de transitar em julgado (e ser executada) sentença determinando a devolução dos valores aos legítimos donos, que certamente deveria ser acompanhada de decisões vinculadas no campo administrativo e penal, relativamente ao desvio de valores de entidades de previdência privada. Mas esta hipótese também não ocorreu.

Fora estas hipóteses, a alegação de que os recursos são em parte das duas entidades de previdência privada são meras alegações, sem qualquer suporte fático.

Por isso a autuação é procedente e não se trata aqui de aplicação do princípio do non olet, aventada pelo I. relator. Trata-se da aplicação da regra básica de tributação de que se tributa a disponibilidade da renda. Assim, enquanto a autuada puder dispor, tal como o fez e continua fazendo, da renda em questão, ela responde pelos tributos devidos.

Ainda, admitindo-se apenas hipótese de que tivesse havido a devolução (espontânea ou forçada) dos valores que o contribuinte alega ser de terceiros, resta evidente que houve sonegação da parcela correspondente aos valores que foram desproporcionalmente pagos à Tecnocom, mas que deveriam ter sido pagos para a Sabemi Seguradora. Por tal razão, mesmo admitida tal hipótese, não seria o caso de anular a autuação nips sim de quantificá-la de modo correto. No entanto, como ficou sobejamente demonstrado, tal hipótese não ocorreu, e a Sabemi Seguradora, se apropriou e dispôs da totalidade dos recursos, devendo responder pelo lançamento como contribuinte.

Por tais razões, entendo ser totalmente improcedente a alegação do contribuinte de que parte das receitas deveriam ser estornadas. Pelas mesmas razões, entendo não ser o caso de nulidade, cabendo a tributação da totalidade dos rendimentos registrados na Tecnocom como receitas da Sabemi Seguradora.

Por fim, observo que entendo como prejudicado o pedido de prova pericial solicitado, na medida em que irrelevante para o julgamento considerando as razões de decidir acima expostas.

Cumulação de multa isolada e de ofício

A Recorrente sustenta, ainda, a impossibilidade de aplicação de multa isolada de 50% por falta de antecipação das estimativas mensais de IRPJ e CSLL.

Ressalto que, sendo o caso de lançamento relativo ao ano-calendário de 2007, entendo não aplicável a Súmula CARF n. 105, uma vez que esta trata da redação da Lei 9.430/1996 na redação anterior à Lei 11.488/2007 e a multa isolada foi lançada com base no artigo 44, II, b da Lei 9.430/1997, com redação dada pela Lei 11.488/2007.

Súmula CARF nº 105: A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício.

Sobre a matéria, tenho me filiado ao posicionamento de longa data adotado pelo Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, desta Turma.

Segundo este entendimento, a multa isolada pelo descumprimento do dever de recolhimentos antecipados deve ser aplicada sobre o total que deixou de ser recolhido, ainda que a apuração definitiva após o encerramento do exercício redunde em montante menor; não obstante, pelo princípio da absorção ou consunção, não deve ser aplicada penalidade pela violação do dever de antecipar, na exata medida em que houver aplicação de sanção sobre o dever de recolher em definitivo, já que esta penalidade absorve aquela até o montante em que suas bases se identificarem.

É a máxima do direito punitivo que, para uma mesma conduta deve-se aplicar uma só punição.

A título ilustrativo reproduzo trecho do acórdão 1201-00.235, de 7 de abril de 2010, da lavra do ilustre Conselheiro:

As regras sancionatórias são em múltiplos aspectos totalmente diferentes das normas de imposição tributária, a começar pela circunstância essencial de que o antecedente das primeiras é composto por uma conduta antijurídica, ao passo que das segundas se trata de conduta lícita.

Dessarte, em múltiplas facetas o regime das sanções pelo descumprimento de obrigações tributárias mais se aproxima do penal que do tributário.

Pois bem, a Doutrina do Direito Penal afirma que, dentre as funções da pena, há a PREVENÇÃO GERAL e a PREVENÇÃO ESPECIAL.

A primeira é dirigida à sociedade como um todo. Diante da prescrição da norma punitiva, inibe-se o comportamento da coletividade

de cometer o ato infracional. Já a segunda é dirigida especificamente ao infrator para que ele não mais cometa o delito.

É, por isso, que a revogação de penas implica a sua retroatividade, ao contrário do que ocorre com tributos. Uma vez que uma conduta não mais é tipificada como delitiva, não faz mais sentido aplicar pena se ela deixa de cumprir as funções preventivas.

Essa discussão se torna mais complexa no caso de descumprimento de deveres provisórios ou excepcionais.

Hector Villegas, (em Direito Penal Tributário. São Paulo, Resenha Tributária, EDUC, 1994), por exemplo, nos noticia o intenso debate da Doutrina Argentina acerca da aplicação da retroatividade benigna às leis temporárias e excepcionais.

No direito brasileiro, porém, essa discussão passa ao largo há muitas décadas, em razão de expressa disposição em nosso Código Penal, no caso, o art. 3º:

Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

O legislador penal impediu expressamente a retroatividade benigna nesses casos, pois, do contrário, estariam comprometidas as funções de prevenção. Explico e exemplifico.

Como é previsível a cessação da vigência de leis extraordinárias e certo, em relação às temporárias, a exclusão da punição implicaria a perda de eficácia de suas determinações, uma vez que todos teriam a garantia prévia de, em breve, deixarem de ser punidos. É o caso de uma lei que impõe a punição pelo descumprimento de tabelamento temporário de preços. Se após o período de tabelamento, aqueles que o descumpriram não fossem punidos e eles tivessem a garantia prévia disso, por que então cumprir a lei no período em que estava vigente?

Ora, essa situação já regrada pela nossa codificação penal é absolutamente análoga à questão ora sob exame, pois, apesar de a regra que estabelece o dever de antecipar não ser temporária, cada dever individualmente considerado é provisório e diverso do dever de recolhimento definitivo que se caracterizará no ano seguinte.

Nada obstante, também entendo que as duas sanções (a decorrente do descumprimento do dever de antecipar e a do dever de pagar em definitivo) não devam ser aplicadas conjuntamente pelas mesmas razões de me valer, por terem a mesma função, dos institutos do Direito Penal.

Nesta seara mais desenvolvida da Dogmática Jurídica, aplica-se o Princípio da Consunção. Na lição de Oscar Stevenson, "pelo princípio da consunção ou absorção, a norma definidora de um crime, cuja execução

atravessa fases em si representativas desta, bem como de outras que incriminem fatos anteriores e posteriores do agente, efetuados pelo mesmo fim prático". Para Delmanto, "a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste". Como exemplo, os crimes de dano, absorvem os de perigo. De igual sorte, o crime de estelionato absorve o de falso. Nada obstante, se o crime de estelionato não chega a ser executado, pune-se o falso.

É o que ocorre em relação às sanções decorrentes do descumprimento de antecipação e de pagamento definitivo. Uma omissão de receita, que enseja o descumprimento de pagar definitivamente, também acarreta a violação do dever de antecipar. Assim, pune-se com multa proporcional. Todavia, se há uma mera omissão do dever de antecipar, mas não do de pagar, pune-se a não antecipação com multa isolada.

Assim, consideramos imperioso verificar se houve, em relação aos fatos que ensejaram a autuação de multas isoladas, também a imposição de multa proporcional e em que medida.

O valor tributável é o mesmo (R\$ 15.470.000,00). Isso, contudo, não implica necessariamente numa perfeita coincidência delitiva, pois pode ocorrer também que uma omissão de receita resulte num delito quantitativamente mais intenso.

Foi o que ocorreu. Em razão de prejuízos posteriores ao mês do fato gerador, o impacto da omissão sobre a tributação anual foi menor que o sofrido na antecipação mensal. Desse modo, a absorção deve é apenas parcial.

Conforme o demonstrativo de fls. 21, a omissão resultou numa base tributável anual do IR no valor de R\$ 5.076.300,39, mas numa base estimada de R\$ 8.902.754,18. Assim, deve ser mantida a multa isolada relativa à estimativa de imposto de renda que deixou de ser recolhida sobre R\$ 3.826.453,79 (R\$ 8.902.754,18 - R\$ 5.076.300,39), parcela essa que não foi absorvida pelo delito de não recolhimento definitivo, sobre o qual foi aplicada a multa proporcional.

Assim, as multas isoladas devem ser canceladas na exata medida em que as suas bases sejam menores que as bases tributáveis anuais utilizadas para fins de aplicação das multas de ofício de IRPJ e CSLL.

Multa qualificada

A Recorrente contesta a aplicação da multa de 150%, dado seu caráter confiscatório. Ocorre que para analisar o caráter de confisco da multa seria necessário abordar temas relacionados à constitucionalidade da exação, o que pela Súmula CARF n. 2 é vedado a esta Relatora.

A Recorrente também sustenta que, mesmo que fosse o caso de simulação e/ou "planejamento tributário", a multa aplicável seria de 75%, pela inexistência de sonegação. Nesse ponto entendo que lhe assiste razão.

O caso em questão não envolve a prática de conduta expressamente vedada pelo ordenamento (i.e., de um ilícito), mas conflito entre interpretações conferidas a um mesmo fato -- isto é: para a Recorrente, a constituição de uma pessoa jurídica no âmbito meramente formal é suficiente para permitir a produção dos respectivos efeitos tributários e, para a autoridade autuante, tal negócio é artificial.

Conforme já expus em voto no acórdão CSRF 9101-002.189, sessão de 21.01.2016, a simulação autoriza, tão somente, a revisão de ofício do lançamento, nos termos do artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

Por sua vez, para que se possa cogitar a qualificação da multa, nos termos do artigo 44 da Lei 9.430/1996, é necessário identificar qual das ações ou omissões dolosas previstas nos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64 foram praticadas, sendo assim indispensável, ainda, a comprovação do dolo.

Esse, inclusive, é o sentido que se extrai do teor da Súmula CARF nº 14: "*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*", assim como da Súmula Vinculante CARF nº 25: "*A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64*".

Como ensina BRANDÃO MACHADO, na noção de dolo se insere a idéia de contrariedade ao direito, ou seja, da prática de um ilícito ("Um caso de elusão de imposto de renda". In: *Direito Tributário Atual*, vol. 9, São Paulo: Resenha Tributária, 1989, p. 2209). Da mesma forma, MARCO AURÉLIO GRECO observa:

"Outra observação a ser feita é a de que a incidência do inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que leva à multa mais onerosa, supõe a ocorrência inequívoca de intuito fraudulento. (...)

Se não houve intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido — que levava ao enquadramento em regime ou previsão legal tributariamente mais favorável — não se trata de caso regulado pelo inciso II do artigo 44, mas sim de divergência de qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude a que se refere o dispositivo.

A multa agravada só tem cabimento se o elemento subjetivo do tipo for a fraude no sentido de enganar, esconder, iludir, etc."

(Planejamento Tributário, São Paulo: Dialética, 2004, grifos nossos)

É que, para que se possa falar em dolo, para além da intenção (elemento subjetivo), é necessário que o que se pretende seja ilícito (elemento objetivo), ou seja, é preciso que tal intenção seja direcionada à prática de ato ou omissão **contrários ao direito** (dolo normativo).

Nesse passo, não basta a intenção de reduzir a tributação. É necessário, sim, que o contribuinte, ao buscar tal resultado, adote conduta que afronte norma que proíba ou obrigue, ou seja, que contrarie uma norma imperativa, praticando assim um ato típico.

É neste sentido que os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 trazem as condutas típicas da sonegação, fraude e conluio, todas elas supondo a inequívoca constatação de dolo, elemento essencial do tipo.

No caso em questão, entretanto, não se verifica norma imperativa que tenha sido contrariada. Na verdade, o que vemos é a prática de uma conduta expressamente permitida (qual seja, a criação de uma sociedade no Grupo), no entanto tal criação se deu de forma artificial, porque simulada.

Simular é diferente de sonegar. Repita-se: a acusação aqui é de simular a existência da SabemiTec/Tecnocom e, por consequência, adotar todas as condutas como se essa sociedade efetivamente existisse, assinando contratos, enviando declarações fiscais e preenchendo livros contábeis. Todas essas atitudes são ínsitas à simulação -- de fato não se espera que alguém simule a existência de uma sociedade e entregue declarações fiscais como se ela não existisse, pois isso não seria simular.

Quem simula acredita na "situação simulada" e adota condutas condizentes com tal circunstância, mas isso não significa dizer que quem simula tem "dolo" -- no sentido de intenção de praticar um ilícito (dolo normativo). A intenção de quem simula é criar uma situação que na prática não existe e isso não é, no ordenamento jurídico brasileiro, um ilícito. De fato, não há norma que proíba simular uma situação nem norma que obrigue não simular, o que há são apenas consequências para o ato simulado: no âmbito civil, a nulidade do ato simulado nos termos do art. 167 do Código Civil, no âmbito tributário, a possibilidade de o fisco rever o lançamento nos termos do artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional.

Dizer que um ato será nulo ou que ele autorizará a revisão do lançamento de tributos é algo muito menor do que dizer que esse ato é ilícito.

No caso, não há a imputação da prática de qualquer ilícito, é dizer, não se verifica qualquer conduta contrária ao direito que possa levar ao agravamento da penalidade. De fato, a depender da linha que se adote -- e não cabe aqui discorrer sobre todas possíveis acepções -- a simulação é, no máximo, um ilícito atípico, o qual, por tal natureza, não pode ensejar o agravamento da multa (GERMANO, Livia De Carli. Planejamento tributário e limites para a desconsideração dos negócios jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2013, pgs. 83 e 127).

Em vista disso, entendo como não aplicável ao caso a hipótese de qualificação da multa de ofício para 150%, devendo a multa de ofício ser reduzida ao percentual de 75%.

Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer o recurso voluntário e dar parcial provimento, especificamente para reduzir a multa ao percentual de 75% e para excluir as multas isoladas na exata medida em que estas forem absorvidas pelas multas de ofício aplicadas para IRPJ e CSLL.

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

Voto Vencedor

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Redator designado

Estou de pleno acordo com os marcos teóricos estampados pela Ilustre Conselheira Relatora Livia De Carli Germano, cujos votos são sempre muito bem fundamentados.

De fato, é necessária a comprovação do ato volitivo dirigido a violar a ordem jurídica para fins de qualificação da multa de ofício.

Discordo apenas em relação à subsunção da situação fática a tais considerações de ordem teórico-normativa.

Destaco a seguinte passagem do voto da Conselheira Relatora:

O caso em questão não envolve a prática de conduta expressamente vedada pelo ordenamento (i.e., de um ilícito), mas conflito entre interpretações conferidas a um mesmo fato -- isto é: para a Recorrente, a constituição de uma pessoa jurídica no âmbito meramente formal é suficiente para permitir a produção dos respectivos efeitos tributários e, para a autoridade autuante, tal negócio é artificial.

Ora, é algo bem consolidado em nosso ordenamento que os atos possuem forma e conteúdo e o descasamento entre os dois se revela um ato ilícito sim e dos mais evidentes. Não se podem formalizar, por exemplo, duas "doações" reversas para realizar uma "compra e venda", porque o conteúdo é falso. Não faz sentido que as leis, ao se referirem a institutos jurídicos, como "doação", "compra e venda", "pessoas jurídicas", etc, estejam a se referir a formas destituídas de conteúdo, exceto, claro, se lei for dirigida expressamente ao modo de formalizar tais institutos, como ao estabelecer o agente competente para registrar o ato, por exemplo.

Poderia citar um sem número de dispositivos legais que determinam uma substância para a constituição de pessoas jurídicas. Vou citar, a título ilustrativo, apenas um: o art. 981 do Código Civil:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Ora, houve uma contribuição em bens e serviços ou, ao menos, uma intenção nesse sentido? A resposta é negativa.

Pois bem, não estou a tratar de conhecimento especializado de tributação federal, nem sequer de direito tributário. Estou me referindo ao direito privado mesmo. Formalizar uma pessoa jurídica sem conteúdo é uma conduta juridicamente reprovada e de domínio público, ao menos, para empresários.

O simples ato de deliberadamente constituir uma pessoa jurídica apenas no papel, sobretudo por meio de ações não singelas, revela claramente a capacidade cognitiva do agente para compreender o rumo anti-jurídico que estava a tomar.

Em suma, não estamos a tratar de dúvidas de interpretação. Estamos diante de uma conduta que o agente adotou para se evadir ilicitamente da tributação e o fez com a plena consciência dessa ilicitude.

Por essas razões, voto para manter a qualificadora da multa. No mais, sigo o elogiável voto da Conselheira Livia Germano.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes