



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

Processo n° 15922.000018/2010-67
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1402-003.280 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de julho de 2018
Matéria ARBITRAMENTO
Recorrentes OLIVEIRA & SILVA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS
INDUSTRIALIZADOS LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

ARBITRAMENTO. LIVROS E DOCUMENTOS DA ESCRITURAÇÃO COMERCIAL E FISCAL. FALTA DE APRESENTAÇÃO. CABIMENTO.

Uma vez que a empresa, regularmente intimada, não apresentou os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, cabível o arbitramento do lucro.

LANÇAMENTOS REFLEXOS (CSLL, PIS, COFINS)

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos, implicam na obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. A decisão quanto à ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC. Precedentes das três turmas da Câmara Superior Acórdãos 9101001.863, 9202003.150 e 9303002.400. Precedentes do STJ AgRg no REsp 1.335.688PR, REsp 1.492.246RS e REsp 1.510.603CE.

MULTA QUALIFICADA. EXISTÊNCIA DE DOLO.

Impõe-se a aplicação de multa qualificada, se as provas carreadas aos autos pelo Fisco evidenciam a intenção dolosa da pessoa jurídica de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência fato gerador.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE DEVEDOR SOLIDÁRIO ART.135, III, CTN

Constato que o responsável operou em violação a lei e ao contrato social é de impor-se a responsabilidade tributária passiva nos termos do art.135, III, do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em i) afastar as preliminares suscitadas; ii) negar provimento ao recurso de ofício; iii) negar provimento ao recurso voluntário em relação às infrações imputadas; iv) manter a responsabilização dos sujeitos passivos solidários por preclusão processual; v) por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário em relação à qualificação da multa, mantendo-a em 150%, vencidos o Relator e o Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves que davam provimento neste item para afastar a qualificação da multa, designado para redigir o voto vencedor deste tópico o Conselheiro Evandro Correa Dias.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(assinado digitalmente)

Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira- Relator

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias- Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogerio Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Paulo Mateus Ciccone (Presidente).

Relatório

Tratam-se de RV e RO decorrente de decisão da DRJ que exonerou parcialmente o crédito tributário decorrente da imposição de multa agravada mantendo o auto de infração que empreendeu arbitramento do lucro da recorrida em função da falta de escrituração fiscal, pagamentos indevidos a beneficiários não-identificados e omissão de receitas com lançamento de IRPJ/CSLL, IRRF e reflexos PIS/COFINS com imposição de multa qualificada e responsabilização dos sócios.

Em cumprimento à Resolução nº 1301-00.011 os débitos de PIS/ COFINS foram transferidos do processo nº 13839.001092/2007-19 para o presente processo, a fim de que fossem encaminhados à 3ª seção de julgamento que ao apreciar o feito entendeu que por serem decorrentes de autuação de IRPJ/CSLL a competência seria desta 1ª Seção.

Ante ao detalhado relatório empreendido pela autoridade julgadora *a quo* peço *venia* aos colegas para empreender sua transcrição complementando-o ao final no que necessário:

Trata-se dos Autos de Infração relativos ao Imposto sobre a Renda da Pessoa

Jurídica, ao Imposto de Renda Retido na Fonte, à Contribuição Social sobre o Lucro e às Contribuições Sociais para o Programa de Integração Social e para o Financiamento da Seguridade Social, lavrados em 23/03/2007, que formalizaram o crédito Tributário no valor total de R\$ 87.366.959,40, incluindo principal, multa de ofício agravada e qualificada e juros de mora.

Consoante o Termo de Verificação Fiscal e de Imputação de Responsabilidade Tributária, fl. 632/650, foram constatados, em síntese, os seguintes fatos:

*A FISCALIZADA, conforme se depreende de seu Contrato Social, tem por objeto o comércio atacadista e varejista, inclusive importação e exportação, de produtos industrializados em geral, transportes de cargas, representações de outras sociedades, e atuação como distribuidor logístico. No ano de 2002, seus sócios e administradores eram JOSE ELIVALDO DA SILVA (CPF 920.530.414-04), domiciliado na cidade de Camaragibe-PE, e VALMIR JOAO DE OLIVEIRA (CPF 457.038.094-87), domiciliado na cidade de Jundiai-SP. s Em novembro de 2003, ambos os sócios decidem transferir todas as suas quotas para **BERGOLD LLC**, sociedade constituída sob as leis do Estado de Delaware, nos **Estados Unidos da América**, e representada pela procuradora CARMEM LUCIA ALVES FIGUEIREDO DE SOUZA (CPF 572.457.382-20), e domiciliada na*

cidade de Jaboatão dos Guararapes-PE. Nesta ocasião, a sócia BERGOLD LLC cede uma quota no valor de R\$ 1,00 (um real) para a sócia N. D. COMÉRCIO L7DA (CNPJ 02.920.449/0001-01), domiciliada na cidade de Jaboatão dos Guararapes-PE, e representada por seu administrador, JOSÉ ELIVALDO DA SILVA. E por fim, nomeiam como administrador, a pessoa de VALMIR JAI DE OLIVEIRA. Em julho de 2006, portanto, já no curso da ação fiscal, as sócias BERGOLD LLC (representada por JOSÉ NILSON FERREIRA PINTO, CPF 198.457.904-53, domiciliado na cidade de Vinhedo-SP), e N. D. COMÉRCIO L7DA, representada por VALMIR JAI DE OLIVEIRA, promovem a oitava alteração contratual, pela qual a sócia N. D. COMÉRCIO LTDA cede e transfere sua quota no valor de R\$ 1,00 (um real) para DISTRIBUIDORA IMPORTADORA E EXPORTADORA OLIVEIRA LTDA (CNPJ 04.117.315/000174), estabelecida na cidade de Imperatriz-MA, e representada por seu administrador, VALMIR JOÃO DE OLIVEIRA. Dedidem as sócias transferir a administração da sociedade para JOSÉ NILSON FERREIRA PINTO. (fis.7/52).

Nos anos-calendário de 2002 e 2003, adotou como sistemática de tributação a do Lucro Real, com apuração anual, conforme declarações DIPJ (Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica) entregues espontaneamente, dentro do prazo estabelecido pela legislação fiscal. O faturamento anual nestes anos foi da ordem de R\$ 70 milhões. Entretanto, no que se concerne aos anos-calendário de 2004 e 2005, as respectivas DIPJs somente foram apresentadas após sucessivas intimações e reintimações fiscais, devendo-se salientar que, foram preenchidas sem qualquer informação sobre suas atividades operacionais, ou seja, todos os campos de faturamento, receitas, custos e despesas, bem como a apuração dos devidos tributos, foram preenchidos com zero. (fls. 53/151).

Através de sucessivos termos elaborados no curso da fiscalização (Termo de Início de Fiscalização, de 23/12/2005, Termo de Reintimação Fiscal nº 6, de 21/08/2006, Termo de Constatação e Reintimação Fiscal nº 8, de 18/12/2006, Termo de Intimação Fiscal nº 9, de 16/02/2007, e Termo de Reintimação Fiscal nº 10, de 02/03/2007), foram apresentados os livros abaixo relacionados, com as respectivas observações: (fls.152/153, 2071208, 2551257, 262, e 272).

Mediante Termo de Intimação Fiscal n.º 2, de 17/02/2006, a FISCALIZADA foi intimada a apresentar documentação hábil e idônea comprobatória de lançamentos extraídos de sua contabilidade. Foi ainda intimada a apresentar para o ano de 2002 o detalhamento dos valores informados na declaração DIPJ/2003 nos campos Outras Exclusões das fichas de Cálculo das Contribuições para o PIS e para a Cofins, e também as folhas dos livros contábeis onde se encontrava a apuração de tributos federais. E constou, por fim, neste termo, a intimação para apresentar as declarações DCTF referentes aos anos - calendário de 2004 e 2005, uma vez que já se encontrava na situação de omissa perante tais declarações. (fls. 1571163).

(...). Numa rápida apreciação das datas da intimação fiscal até a data de seu atendimento, nota-se que se passaram quatro meses, evidenciando que não houve por parte do contribuinte a presteza e a celeridade quanto ao atendimento das exigências fiscais. E mesmo assim, conforme se demonstrará, o atendimento mostrou-se ineficaz. As declarações DCTF não foram apresentadas, nem sequer foi apresentada resposta a respeito das Outras Exclusões das fichas de cálculo das Contribuições para o PIS e Cofins, bem como as folhas dos livros contábeis onde se encontrava a apuração de tributos federais. E ainda, quanto à documentação apresentada sobre os registros extraídos da contabilidade, restou comprovado que imensa parte dos documentos não guardavam relação alguma com o que foi pedido. Da análise desta documentação, foi lavrado Termo de Constatação e de Reintimação Fiscal n.º 5, em 19/06/2006, no qual foram relacionados para cada lançamento contábil integrante da intimação fiscal, os correspondentes documentos apresentados pela FISCALIZADA. O que se pode presumir é que foi feito um arranjo de documentos e respectivos valores, de modo a se aproximar do valor do lançamento contábil, sem ter a mínima preocupação de manter a coerência quanto as datas envolvidas. São inúmeros os casos listados neste Termo de Constatação que atestam esta impropriedade, mas apenas a título de exemplo, reproduzem-se abaixo três deles. (fls. 1641204)

(...)

Dada a dissonância dos documentos apresentados com os lançamentos contábeis, a FISCALIZADA foi intimada a apresentar o correspondente documento para cobrança (duplicata mercantil, nota promissória, ou outro) e o documento utilizado para sua quitação, coincidentes em data e valor. Assim, para exemplificar, deveria ser apresentado comprovante de que a Nota Fiscal ILº 86, emitida em 04/01/2001, no valor de R\$ 82.416,00, teria sido quitada um ano após através de um cheque no valor de R\$ 84.613,19, e que tal pagamento teria sido contabilizado com o pagamento de outra Nota Fiscal, de número 30, cujo valor, somado ao da primeira, não fecha com o valor do referido cheque. Tal procedimento seria então aplicado a todos os demais itens da intimação fiscal.

Esgotado o prazo estipulado no Termo de Constatação e Reintimação Fiscal n.º 5 sem que houvesse qualquer manifestação por parte da FISCALIZADA, foi lavrado Termo de Reintimação Fiscal n.º 6, de 21/08/2006, pelo qual era novamente intimada a apresentar os elementos já solicitados nas intimações anteriores. Neste mesmo termo, ficou intimada a apresentar declarações DIPJs relativas aos anos-calendário de 2004 e 2005, declarações DCTF mensais relativas ao ano-calendário de 2006, e livros contábeis e fiscais. (fls. 207/208).

Uma vez que os Termos de Intimação Fiscal lavrados eram sempre recepcionados por uma das funcionárias da empresa, na qualidade de preposta, tendo em vista que o administrador não se encontrava nas ocasiões em que se levavam os termos para ciência pessoal, foi encaminhado, dois dias após a emissão do Termo de Reintimação Fiscal nº 6, Termo de Solicitação de Comparecimento rt. 7, a fim de que o sócio-administrador comparecesse à repartição da

DRF/Jundiaí e tivesse conhecimento da dificuldade e dos obstáculos que vinha colocando para a conclusão da ação fiscal. Conforme constou do Termo de Reintimação Fiscal n 6, foi tornado claro que os procedimentos tomados até então se configurariam em embaraço à fiscalização, e que, para estes casos, previu o legislador a formalização de Representação Fiscal para Fins Penais a ser encaminhada ao Ministério Público Federal.

Compareceu na data estipulada o atual administrador, o Sr. José Nilson Ferreira Pinto, acompanhado do consultor Demétrio Carlos Cozen (fis. 209).

Em 29/11/2006, foram apresentados documentos relativos ao Termo de Constatação e Reintimação Fiscal n° 5, e por conseguinte, relativos ao Termo de Intimação Fiscal n.º 2. Da apreciação destes documentos, ficou constatado que grande parte dos lançamentos contábeis relacionados nos termos careceu de comprovação documental, conforme Demonstrativo da Comprovação de Lançamentos Contábeis. Por este motivo, e com base no art. 61 da Lei

no 8.981, de 1995, os recursos sacados das contas bancárias caracterizam-se como pagamento a beneficiário não identificado, não sendo possível também determinar a correspondente operação ou sua causa. Estes pagamentos, considerados líquidos, ficam sujeitos à incidência do Imposto de Renda na Fonte, à alíquota de 35%, cabendo o reajustamento de sua base de cálculo. Dos

lançamentos sobre os quais exigia-se a apresentação da documentação comprobatória, no total de R\$ 16.368.943,75, somente o correspondente a R\$ 4.743.211,32 dos lançamentos foi comprovado. Nota-se que, desde a lavratura da primeira intimação fiscal acerca destes lançamentos, ocorrida em 17/02/2006 até a conclusão da fiscalização, passado mais de um ano, teve a FISCALIZADA tempo mais do que suficiente para apresentar documentos que lastreiam sua contabilidade. São estes documentos que dão suporte aos registros das operações

desenvolvidas pela empresa. Uma vez ausentes, não é possível admitir de forma incontestável a ocorrência dos fatos a que se destinava transcrever. (fls. 558/561).

(.-.)

Considerando-se que parte considerável dos elementos solicitados desde o início da fiscalização ainda não havia sido apresentada, foi lavrado Termo de Constatação e de Reintimação

Fiscal n.º 8, de 18/12/2006, ou seja, passado praticamente um ano do início da ação fiscal. Neste termo, foram relacionados primeiramente todos os livros, declarações e esclarecimentos

solicitados. Em seguida, foram relacionados os livros e documentos apresentados, e por último, destacou-se o que havia ainda para ser apresentado, sendo concedido prazo para atendimento. (fls. 255/257).

Conforme já relatado no início deste termo, as declarações faltantes foram apresentadas, todas zeradas. Nota-se que esta empresa, com faturamento anual da ordem de R\$ 70 milhões,

simplesmente deixou de apurar, declarar e pagar os tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal, com exceção do

Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os valores pagos aos empregados em folha de pagamento, certamente com o intuito de não incorrer no crime de apropriação indébita. Portanto, ficou totalmente à margem dos cofres públicos, desde o ano-calendário de 2004, qualquer centavo que seria devido. Diante de tal quadro, a presente fiscalização teve seu período de abrangência ampliado, de maneira a abarcar os anos-calendário de 2003 a 2006, consoante Mandado de Procedimento Fiscal Complementar. Em 21/12/2006, a FISCALIZADA transmitiu e-mail através de seu consultor, Sr. Demétrio Carlos Coxer, informando o número dos recibos das declarações enviadas, e informou acerca das outras exclusões das bases de cálculo de PIS e Cofins tratarem-se de custo das mercadorias vendidas. A legislação vigente à época dos fatos geradores de PIS e de Cofins não amparam estas exclusões pretendidas pela FISCALIZADA. A permissão destas exclusões somente deu-se posteriormente, com a instituição da newcumulatividades destas duas contribuições. Portanto, sem qualquer amparo legal vigente no ano-calendário de 2002, cabe a esta fiscalização proceder à glosa de tais exclusões indevidas.

Ainda que venha a ser questionada a validade jurídica ou não de e-mail encaminhado pelo consultor, uma vez que em momento algum foi apresentada procuração outorgada pela FISCALIZADA dando ao consultor poderes para reapresentá-la perante esta fiscalização, o fato e que em momento algum foi apresentada a esta fiscalização qualquer justificativa a respeito das exclusões das bases de PIS e Cofins. (fls. 2581259).

Tendo em vista que esta fiscalização não teve acesso aos livros e documentos considerados essenciais para a devida conferência dos valores apurados pelo contribuinte no tocante aos tributos federais, prevê o art. 845 do Regulamento do Imposto de Renda 1999 (RIR/99) de que far-se-á o lançamento de ofício com os elementos de que se dispuser.

APURAÇÃO DOS TRIBUTOS DEVIDOS

Para o ano-calendário de 2002, não havendo permissão legal para as exclusões promovidas nas bases de cálculo mensais de PIS e Cofins, procede-se à glosa. E no tocante aos lançamentos contábeis de saídas de recursos de suas contas bancárias, cuja documentação comprobatória deixou de ser apresentada, exige-se o Imposto de Renda na Fonte.

Para os anos-calendário de 2003, 2004, 2005 e 2006, não dispôs esta fiscalização dos livros essenciais para a correta determinação dos tributos federais, ou seja, os livros Diário, Razão e Lalur (Livro de Apuração do Lucro Real). Deve-se registrar que a falta de apresentação de tais livros enseja a aplicação do arbitramento dos lucros, sistemática de tributação prevista no art. 47 da Lei n. 8.981, de 1995.

Para o ano-calendário de 2003, foram apresentadas as DCTFs espontaneamente, mas sem o valor devido do Imposto de Renda Pessoa

Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro (CSSL). Com o arbitramento dos lucros, apura-se de ofício o montante destes dois tributos, aplicando-se o coeficiente de 9,6% sobre o faturamento, e sendo o resultado desta operação, denominado lucro arbitrado, a base de cálculo para o IRPJ e a CSSL. O valor tomado como faturamento advém dos valores declarados nos campos DIPJ relativos a Receita da Revenda de Mercadorias (.has 21 e 26A). Para este ano-calendário de 2003, uma vez que foram declarados em DCTF valores relativos a PIS e Cofins, mas apenas de forma parcial, faz-se necessário repartir o faturamento apurado, de forma a evitar tributação em duplicidade de PIS e Cofins. Para isso, de acordo com os valores informados em DCTF, chegou-se a base de cálculo de PIS e Cofins. Nos Autos de Infração lavrados, não foram então exigidos os valores das colunas PIS e Cofins (valor declarado em DCTF), conforme quadro abaixo.*

(...)

Em relação aos anos-calendário de 2004 e 2005, as DCTFs e as DIPJs apresentadas sob intimação foram todas preenchidas com valor zero de tributos. Portanto, toda a receita apurada nesta fiscalização será considerada como receita omitida, pois nenhum valor foi submetido à tributação. Foi tomado como base o valor das receitas escrituradas no livro Razão sob a rubrica 03.01.01.001.00001 (30006) "VENDA DE MERCADORIAS", deduzido das vendas canceladas e das devoluções de vendas. O resultado servirá de base para a apuração de IRPJ, CSSL, PIS e Cofins.

Para o ano-calendário de 2006, apesar de terem sido apresentados os livros Diário, Razão e Registro de Apuração do ICMS, mas não o livro Diário e Lalur, aplica-se também o arbitramento dos lucros. Os livros apresentados não se encontram revestidos das formalidades legais. O livro Diário apresentado resume-se a um conjunto de folhas, não encadernado, sem termos de abertura e de encerramento, e sequer autenticado no órgão competente. Além do mais, muitos dos lançamentos nele escriturados referem-se a lançamentos globalizados, o que implicaria na apresentação de seu livro auxiliar, também obrigatoriamente submetido à autenticação, de maneira a individualizar todas as operações escrituradas de forma resumida. Não consta também do bloco de folhas apresentado o Balanço Patrimonial e o de resultado econômico. E ainda, não consta a assinatura do técnico em Ciências Contábeis legalmente habilitado. Por estas justificativas, constata-se que, para a elaboração de livro tido como indispensável, não foram atendidas as exigências legais previstas no Novo Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 2002, em seus artigos 1180 a 1184

Assim sendo, e com base no art. 47, incisos II, III e VII, da Lei nº 8.981, de 1995, torna-se a escrituração apresentada pela FISCALIZADA imprestável para a determinação do lucro real, dando ensejo ao arbitramento de lucros

Para apuração da base de cálculo, que é o lucro arbitrado, toma-se como base o valor das vendas registradas no Livro de Apuração do ICMS. Foram considerados os valores sob o Código Fiscal de Operação (CFOP) 5102, 5405, e 6102, que servirão de base para exigência de IRPJ, CSSL, PIS e Cofins. Há que se notar que, embora à disposição da fiscalização o Livro Razão, seu exame restou prejudicado devido a incorreções nele presentes. A título de exemplo, pega-se a conta Caixa (código 01.01.01.001.0001). Seu saldo inicial, em 1 de janeiro de 2006, registra o valor de R\$128.477.083,89, numerário demasiadamente fora de propósito para ser mantido nos cofres da empresa. Finaliza o ano, em 31 de dezembro com o saldo de R\$ 138.526.447,62. Pelos números envolvidos, é de se comprovar a inexatidão dos valores escriturados.

O saldo da conta Caixa elevou-se no ano de 2006 em mais de R\$ 10 milhões.

Deve-se mencionar também que para os tributos IRPJ, CSSL, PIS e Cofins, as DCTFs foram apresentadas com valor zerado.

ARROLAMENTO DE BENS E DE DIREITOS AGRAVAMENTO DA MULTA

Diante da conduta dos administradores, depara-se com a ocorrência de fatos que, em tese, caracterizam o intuito da sonegação e da fraude, definidas no art. 71 da Lei n.º 4.502, de 1964, ensejando a aplicação da multa de 150%, prevista no art. 44, inciso II, da Lei n.º 9.430, de 1996.

MAJORAÇÃO DA MULTA

Pelo não atendimento às intimações fiscais, a Lei n.º 9.430, de 1996, art. 44, § 2º, impõe a majoração da multa, aplicando-se o percentual de 225%.

(...)

IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Estabelece o Código Tributário Nacional em seus artigos 135 e 137 a imputação de responsabilidade tributária pessoal àqueles que tenham dado causa a infração tributária, na prática de atos com infração de lei, e decorrentes de dolo.

Acerca da solidariedade, dispõe o Código Tributário Nacional em seu artigo 124:

Assim, diante de todo o relato dos fatos caracterizadores das infrações à legislação tributária, e da constatação de que no período fiscalizado o Fisco foi deixado intencionalmente a margem das operações mercantis, quando a FISCALIZADA optou por deixar de apresentar as declarações a que se encontrava obrigada, bem como por deixar de recolher aos cofres públicos todos os tributos incidentes sobre o faturamento e o lucro, é de se imputar a responsabilidade tributária pelo crédito tributário ora constituído aos seus administradores, abaixo relacionados:

1. JOSÉ ELI VALDO DA SILVA, CPF 920.530.414-04, domiciliado

no município de Camaragibe-PE;

2. VALMIR JOÃO DE OLIVEIRA, CPF 457.038.094-87, domiciliado na cidade de Jundiá-SP;

3. JOSÉ NILSON FERREIRA PINTO, CPF 198.457.904-53, domiciliado na cidade de Vinhedo-SP.

CONCLUSÕES

Em face do acima exposto, procede-se ao presente lançamento de ofício, em relação à constatação de infrações a legislação tributário, descritas anteriormente, exigindo-se o Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Contribuição Social sobre o Lucro, Contribuições do PIS e da Cofins, e Imposto de Renda da Fonte, além dos acréscimos moratórios e das multas, demonstrados nos presentes

Autos de Infração com o pertinente embasamento legal.

Esclarece-se que as remissões constantes neste relatório referem-se a documentos integrantes do processo administrativo fiscal protocolizado sob o n 13839.001092/2007-19, do qual fazem parte os presentes Autos de Infração. Foram também formalizados os processos sob nº 13839.001093/2007-63 (Auto de Infração PIS), e 13839.001094/2007-16 (Auto de Infração Cofins).

E, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo em cinco vias de igual forma e teor, assinado por Auditor-Fiscal da Receita Federal, e pelo contribuinte/preposto da fiscalizada, que neste ato recebe uma das vias.

A cada uma das pessoas a quem foi imputada a responsabilidade tributária, será entregue Termo de Sujeição Passiva Solidária, acompanhado de uma cópia dos Autos de Infração e do presente Termo.

Inconformada com a autuação, cuja ciência foi dada em 28/03/2007, a contribuinte, protocolizou impugnação de fls. 654/731, em 27/04/2007. Aduz em sua defesa as seguintes razões de fato e de direito:

IRPJ e CSLL

1. O arbitramento aplica-se As empresas que estando obrigadas a apresentar a sua

escrituração, o deixem de fazer. Neste diapasão, cabe ressaltar que a empresa não descumpriu os requisitos determinados por lei para que estivesse sujeita A aplicação da penalidade do lucro arbitrado;

2. A autoridade fiscal se contradiz no momento em que informa que a empresa descumpriu obrigação acessória em relação a sua escrituração e, ao mesmo tempo, este auditor utilizou-se dessa mesma escrituração para determinar o lucro

a ser tributado. A empresa não impediu a fiscalização de apurar suas receitas e

suas despesas. Assim, verificada que não ocorreu omissão ou falha na escrituração dos livros da empresa que prejudicasse a apuração da base tributável na forma da opção da empresa, deve ser julgado improcedente o auto de infração;

3. De acordo com a Constituição Federal, descabe a hipótese do arbitramento do lucro quando esta ultrapassar a capacidade contributiva da empresa;

4. De outra parte, não houve a alegada omissão de receitas, vez que a impugnante tem registrado em seus livros todas as operações tributáveis. Para confirmar este fato, a empresa requer a realização de perícia com essa finalidade; Cofins e PIS
5. Além de negar a existência de omissão de receitas e pedir a realização de perícia, a empresa alega que o PIS e a Cofins foram equivocadamente calculados respectivamente nas alíquotas de 0,65% e de 3% sobre o faturamento. Isso porque, estando a contribuinte no Lucro Real, já seria aplicável a não-cumulatividade;
6. O auto também é improcedente porque incluiu na base de cálculo o ICMS. Mas o conceito de faturamento não abriga a inclusão de outra exação no cômputo da base de cálculo. De outra forma, a contribuinte estaria sendo compelida ao recolhimento da contribuição social sobre uma base para a qual não revelou capacidade contributiva;
7. O STF já decidiu pela inconstitucionalidade do novo conceito de faturamento dado pela Lei n.º 9.718/98. Sendo a base de cálculo das contribuições a receita bruta, evidente que o valor do ICMS não deverá compô-la, pois não possui origem em contrato mercantil e não constitui faturamento;
8. A inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições viola o princípio da capacidade contributiva, pois desnatura o verdadeiro faturamento advindo da venda de bens e serviços; IRRF
9. Em relação aos lançamentos cujos fatos geradores tenham ocorrido antes de 28/03/2002, já havia operado a decadência de a Fazenda Nacional constituir tais créditos, nos termos do art. 150 do CTN;
10. Os pagamentos a beneficiários não identificados não ocorreram, sendo necessária a realização de prova pericial. Como mera demonstração das falhas existentes no auto de infração, são identificados por esta defesa os pagamentos de n.º 2 e 4 a 8, referentes a contratos de mútuo, o pagamento de n.º 90, relativo a nota fiscal e o pagamento de n.º 122, realizado a favor de fornecedor (Bunge).

Multa Qualificada

11. Quanto à multa qualificada (150%), é de se destacar a inexistência dos requisitos estatuídos nos dispositivos legais que determinam sua aplicação. Ora, a

impugnante sempre procedeu de forma lícita, mantendo sua contabilidade atualizada, a qual foi apresentada ao fisco, quando solicitada. E, em segundo lugar, não restou caracterizada uma omissão dolosa por parte da empresa;

12. *"Se a impugnante cometeu falhas, estas ocorreram simplesmente por erro, porém jamais com intenção de fraudar o fisco. Ou seja, mesmo que não tenha cumprido todas as obrigações fiscais exigíveis pela legislação, este fato não poderia, em hipótese alguma, levar a aplicação de uma multa qualificada, pois a impugnante nunca deixou de atender as intimações fiscais e nem de entregar as declarações necessárias e nem omitiu dolosamente receitas";*

13. *A impugnante não praticou qualquer ato considerado doloso e, portanto, há de ser revista a aplicação da penalidade imposta, passando para o percentual de 75%;*

Multa Agravada

14. *Em relação ao agravamento da multa, também não se verifica a presença dos elementos que determinam sua aplicação. A empresa não deixou de atender em nenhuma ocasião ao chamado do órgão federal, apresentando toda a documentação de que dispunha;*

15. *"Vejam bem caros julgadores, se a empresa cometeu falhas, estas ocorreram simplesmente com a irregular escrituração de sua contabilidade que a impediu de realizar as demonstrações financeiras exigíveis e, conseqüentemente regularizar sua situação perante a apresentação de todas as declarações a Receita Federal";*

16. *Diante da jurisprudência citada, a empresa requer a revisdõ da multa aplicada de 225% para a forma simplificada, no percentual de 75%;*

17. *Além disso, a aplicação de multa no percentual de 225% é inconstitucional, pois entre outros afronta o principio do não-confisco;*

Taxa Selic

18. *A utilização da taxa Selic não tem previsão legal e também fere preceitos constitucionais;*

. Face ao termo de responsabilidade solidária, também apresentaram impugnação

José Nilson Ferreira Pinto, Valmir João de Oliveira e José Elivaldo da Silva, os quais tomaram ciência do lançamento em 30/03/2007. Os recursos referentes aos dois primeiros foram entregues em 27/04/2007. Já o último responsável citado postou sua defesa em 04/05/2007.

Todos alegaram as razões de fato e de direito, a seguir dispostas:

A responsabilidade solidária somente pode ser atribuída ao administrador ou sócio se este tiver agido com excesso de poderes ou contra a lei, o que efetivamente não ocorreu no presente caso;

b) Nesse sentido, o fiscal não provou que o administrador agiu com excesso de poderes ou com violação da lei ou do contrato social;

c) Não vigora em nosso ordenamento jurídico a responsabilidade objetiva dos sócios e diretores da empresa pelos débitos tributários. Cabe ao fisco provar a culpa dos sócios, a fim de que eles venham a responder pelos débitos.

d) E ainda que fossem superáveis os argumentos antes expedidos, cabe lembrar que o administrador somente responde pelo período em que exerceu a administração da empresa, lido podendo responder pela integralidade dos débitos.

Por fim, Valmir Joao de Oliveira e José Elivaldo da Silva, afirmam ainda que somente podem responder pelo valor de suas quotas no capital social, não podendo haver responsabilização por todo o débito fiscal apurado.

Em sede de julgamento da DRJ manteve o auto de infração praticamente em sua integralidade cancelando apenas a multa agravada restando o acórdão assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003,2004, 2005, 2006

ARBITRAMENTO DOS LUCROS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS.

Procede o arbitramento do lucro se a pessoa jurídica, durante a ação fiscal, deixar de exibir a escrituração que a ampararia na tributação com base no lucro real.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2002

PAGAMENTO SEM CAUSA OU PAGAMENTO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO.

A pessoa jurídica que efetuar pagamento a beneficiário não identificado ou não comprovar a operação ou a causa do pagamento efetuado, sujeitar-se-á à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, h alíquota de 35%.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE ICMS.

Por falta de previsão legal, não é permitida a exclusão base de cálculo do PIS do ICMS cobrado da empresa na condição de contribuinte.

REGIME DA NÃO-CUMULATIVIDADE. LUCRO ARBITRADO.

Não se incluem na sistemática da não-cumulatividade as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro arbitrado.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006

Ementa:

REGIME DA NÃO-CUMULATIVIDADE. LUCRO ARBITRADO.

Os contribuintes cujo lucro for arbitrado não poderão adotar o regime não cumulativo para a determinação do montante devido de contribuição para o PIS e a COFINS. Esta sempre incide sobre o faturamento e em nenhuma hipótese é admitida a dedução do custo incorrido na aquisição ou na produção dos produtos ou mercadorias vendidas.

ASSUNTO: NORMAS GEMAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002

DECADÊNCIA. IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE. PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO OU SEM CAUSA.

Nas hipóteses de incidência de IRRF sobre pagamentos a beneficiários não identificados ou de pagamentos sem causa não se sustenta a aplicação do

prazo decadencial do §4º do art. 150 do CTN, visto que a lei não atribuiu ao sujeito passivo o dever de apurar e pagar o IRRF devido, antes de qualquer procedimento de ofício, mas, pelo contrário, atribuiu ao Fisco o dever de efetuar o lançamento de ofício, quando apurada qualquer daquelas hipóteses de incidência descritas na norma jurídica.

MULTA QUALIFICADA. EXISTÊNCIA DE DOLO.

Impõe-se a aplicação de multa qualificada, se as provas carreadas aos autos pelo Fisco evidenciam a intenção dolosa da pessoa jurídica de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência fato gerador.

MULTA AGRAVADA. FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO.

ARBITRAMENTO DE LUCROS E TRIBUTAÇÃO DE PAGAMENTOS SEM CAUSA A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO.

Nos casos de arbitramento do lucro em razão do descumprimento à ordem para a apresentação de livros comerciais e fiscais e de tributação de pagamentos sem causa por falta de comprovação das operações, não procede o agravamento da multa, desde que a contribuinte não tenha embaraçado a fiscalização ao providenciar a entrega dos demais elementos solicitados.

APRECIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.

CONCEITO DE FATURAMENTO E PERCENTUAL DAS MULTAS APLICADAS.

Estando o julgamento administrativo estruturado como uma atividade de controle interno dos atos praticados pela administração tributária, sob o prisma da legalidade e da legitimidade, não poderia negar os efeitos de lei vigente, pelo que estaria o Tribunal

Administrativo indevidamente substituindo o legislador e usurpando a competência privativa atribuída ao Poder Judiciário.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002,2003, 2004, 2005, 2006

PEDIDOS DE PERÍCIA E DILIGÊNCIA.

A perícia se reserva a elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para o deslinde de questão controversa, não se justificando a

sua realização quando o processo contiver os elementos necessários para a formação da livre convicção do julgador.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Lavrado o auto principal (IRPJ), deve também ser lavrado o auto reflexo, nos termos do art. 142, parágrafo único do CTN, devendo este seguir a mesma orientação decisória daquele do qual decorre.

INTEMPESTIVIDADE. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO.

RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. JOSÉ ELIVALDO DA SILVA.

Sendo intempestiva a impugnação, ofertada após o decurso do prazo de trinta dias a contar da ciência do auto de infração, não se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo fiscal, restando impossibilitado qualquer pronunciamento do órgão julgador administrativo sobre as razões de defesa apresentadas pelo responsável solidário.

RESPONSABILIDADE PESSOAL DE ADMINISTRADORES E SÓCIOS-GERENTES.

Havendo nos autos conjunto probatório demonstrando a ocorrência de atos praticados pelos sócios-gerentes e administradores da pessoa jurídica contrários aos interesses da sociedade e com infração à lei e ao contrato social, cabe aplicar a estas pessoas a responsabilidade pessoal e patrimonial pelo crédito

Irresignada com a decisão proferida a contribuinte interpôs o presente Recurso Voluntário por meio do qual pretende em suma o seguinte:

- " a) Seja reconhecida a decadência dos lançamentos relativos aos fatos geradores do IRRF ocorridos antes do dia 28 de março de 2002;
- b) Seja julgado improcedente, e, conseqüentemente, cancelado o auto de infração do IRRF;
- c) Seja julgado improcedente, e, conseqüentemente, cancelado o auto de infração do IRPJ e CSLL ou determinado que o IRPJ e a CSLL sejam apurados com base no lucro real;
- d) Seja julgado improcedente, e, conseqüentemente, cancelado o auto de infração da COFINS e do PIS ou determinado que a COFINS e o PIS sejam calculados pelo sistema não-cumulativo, deduzido o valor do ICMS de sua base de calculo;
- e) Seja julgada improcedente, e, conseqüentemente, cancelada a imposição de multa qualificada de 150% ou seja reduzida a multa para um percentual condizente com a realidade;
- f) Seja determinada a exclusão da aplicação da taxa SELIC como fator de atualização de qualquer débito porventura remanescente ou reduzidos os juros em respeito aos limites legais."

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira- relator

1. DA ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi tempestivamente interposto e preenche os demais requisitos legais e regimentais para sua admissibilidade, portanto, merecer conhecimento.

2. PRELIMINARMENTE:

Suscita a recorrente eventual decadência no lançamento perpetrado de IRRF. Tem-se, no entanto, que a questão foi devidamente enfrentada em sede de julgamento pela DRJ de modo que não há reparos a realizar ao peço *vênia* aos colegas para adotá-la como razões de decidir:

" O disposto no art. 150, §4º, não configura regra de decadência, mas prazo para a ocorrência de homologação tácita, cujo objetivo é suprir a falta de concordância expressa da autoridade tributária. Desta forma, o lançamento é finalizado pelo lapso de tempo determinado pela legislação, 5 anos, sujeitando-se ainda a lançamento de ofício, quando constatada inexatidão nos valores previamente recolhidos, desde que essa revisão seja efetuada antes do termo final do prazo decadencial estabelecido pelo artigo 173 do Código Tributário Nacional.

E mesmo considerando que o art. 150 fosse relativo à decadência, a questão pende a favor da Fazenda, tendo em vista que se trata de receitas omitidas.

A fim de elucidar a contagem do prazo decadencial do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte — IRRF, incidente sobre a apuração de pagamentos sem causa ou a beneficiário não identificado, ocorridos no ano-calendário 2002, exigido com base no art. 61 da Lei nº 8.981 de 20 de janeiro de 1995, transcreve-se abaixo os dispositivos legais:

Lei nº 8.981

*Art. 61. Fica sujeito a incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte, a alíquota de 35%, todo **pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado**, ressalvado o disposto em normas especiais.*

*§1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos **pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o §2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.***

§2º Considera-se vencido o imposto de renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§3º O rendimento de que trará este artigo será considerado líquido, cabendo o reajuste do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto. [grifos acrescidos]

Nas hipóteses legalmente previstas de pagamentos a beneficiários não identificados ou de pagamentos sem causa não se sustenta a aplicação do prazo decadencial do §4º do art. 150 do CTN, visto que a lei tucou atribuiu ao sujeito passivo o dever de apurar e pagar o IRRF devido, antes de qualquer procedimento de ofício, mas, pelo contrário, atribuiu ao Fisco o dever de efetuar o lançamento de ofício, quando apurada qualquer daquelas hipóteses de incidência descritas na norma jurídica.

Na verdade, a apuração de pagamentos a beneficiários não identificados ou sem causa constitui-se em indicio de irregularidades, alçado ao status de presunção legal que permite concluir que, até prova em contrário, os pagamentos se encontram no campo de incidência do IRRF, configurando-se claramente como hipóteses de incidência de tributo, sujeitas a lançamento de ofício, e não a lançamento por homologação, sendo aplicável o prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, tendo por termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Decorre daí que, no caso em apreço, o lançamento já poderia ter sido efetuado no próprio ano-calendário 2002, devendo ser iniciada a contagem do prazo em 01/01/2003, tendo por termo final a data de 31/12/2007, estando regularmente constituído o crédito tributário formalizado no lançamento cientificado ao sujeito passivo em 28/03/2007.

No mérito, a empresa requer a realização de perícia para afastar a pretensão fiscal calcada no art. 61 da Lei n.º 8.981, de 1995, alegando a existência de falhas no auto de infração, o qual teria abrangido pagamentos já identificados.

Cumprе relembrar à autuada que, por se tratar de assunto que poderia ser resolvido com a simples apresentação de provas pela contribuinte, a questão não necessita de perícia.

Nesse sentido, a contribuinte deveria ter apresentado na sua impugnação os comprovantes que identificassem as causas e os beneficiários dos recursos que saíram de suas contas bancárias (fls. 558/561). Sem apresentar os documentos que embasariam sua defesa, incabível afastar a presunção legal de pagamento tributável a beneficiário não identificado. Velho brocardo já sentenciava "Alegar e não comprovar é o mesmo que não alegar", motivo pelo qual fica mantido também este item do auto de infração."

3. DO MÉRITO:

3.1 Da regularidade do arbitramento nos termos do art. 530 do RIR:

No caso, a Recorrente afirma que não teve oportunidade prática para reconstituir seus livros contábeis e financeiros em decorrência do curto prazo entre o sinistro ocorrido em sua sede que destruiu seus livros contábeis e a data de intimação para a reconstituição.

Ocorre, porém, que intimado a apresentar documentos, o contribuinte tão somente apresentou o Sintegra de 2009. Mesmo nos autos deste processo administrativo deixou de apresentar qualquer documento que possibilitasse ou ao menos demonstrasse a possibilidade de a escritura fiscal ser refeita. Nessa toada, entendo ter sido adequadamente aplicado o arbitramento do lucro em consonância com o que prevê o art. 530 do RIR.

Em que pese o inconformismo da Recorrente, da leitura dos autos depreende-se que a fiscalização adotou o procedimento correto para apuração dos tributos devidos. Não há que se falar em ofensa ao devido processo legal ou em cerceamento de defesa, quando oportunizada a defesa e mesmo durante a fiscalização, a própria Recorrente não apresentou qualquer documento ou indício que reforçassem suas afirmações.

Em resumo, baseado no fato da imprestabilidade da escrituração da recorrente (art.530, III, RIR) não refletir a vultosa movimentação financeira em suas atividades comerciais ao que procedeu a autoridade autuante corretamente.

Os lançamentos relativos aos anos-calendário de 2009/10 tiveram sustentáculo na movimentação da autuada a partir da GIA/ICMS e nos anos-calendários 2011-12 do SPED. o que apresentou substanciais valores em sua atividade empresarial para os quais, devidamente intimada omitiu-se em comprovar.

Durante o procedimento fiscalizatório a fiscalizada teve sucessivas oportunidades para que justificasse sua movimentação financeira, ou seja, as origens de tais recursos, não logrando êxito em sua comprovação.

Oportuna se faz a transcrição da doutrina de Maria Rita Ferragut (in Presunções no Direito Tributário, Dialética, São Paulo, 2001) a lecionar que uma prova indireta condutora da mesma ‘probabilidade fática’ da prova direta, *in verbis*:

“Assim, tem a Administração Pública o dever-poder de investigar livremente a verdade material diante do caso concreto, analisando todos os elementos necessários à formação de sua convicção acerca da existência e conteúdo do fato jurídico, já que é uma constatação a prática de atos simulatórios por parte do contribuinte, visando diminuir ou anular o encargo fiscal. E essa liberdade pressupõe o direito de considerar fatos conhecidos não expressamente previstos como indiciários de outros fatos, cujos eventos são desconhecidos de forma direta.”

A presunção homini de forma alguma significa que a tributação ocorrerá em mera verossimilhança, probabilidade ou verdade material aproximada. Pelo contrário, veiculará conclusão provável do ponto de vista fático, mas certa do jurídico. Por isso, resta uma vez mais observar que também a prova direta leva-nos à certeza jurídica e à probabilidade fática, já que não relata com certeza absoluta o evento, inatingível. Detém, apenas, maior probabilidade do fato corresponder à realidade sensível.”

A mesma autora no artigo ‘Evasão Fiscal: o parágrafo único do artigo 116 do CTN e os limites de sua aplicação’ (in Revista Dialética de Direito Tributário n.º 67, Dialética, São Paulo) assim esclarece:

“As presunções assumem vital importância quando se trata de produzir provas indiretas acerca de atos praticados mediante dolo, fraude, simulação, dissimulação e má-fé geral, tendo em vista que, nessas circunstâncias, o sujeito pratica o ilícito de forma a dificultar em demasia a produção de provas diretas. Os indícios, por essa razão, convertem-se em elementos fundamentais para a identificação de fatos propositadamente ocultados para se evitar a incidência normativa”.

A prova indiciária é pacificamente admitida como já decidido pelo CARF:

Primeira Turma/Quarta Câmara/Primeira Seção de Julgamento Data da Sessão 25/01/2011 Relator(a) ANTONIO BEZERRA NETO N.º Acórdão 1401-000.405

ASSUNTO: PROVA INDICIÁRIA

A prova indiciária é meio idôneo admitido em Direito, quando a sua formação está apoiada em uma concatenação lógica de fatos, que se constituem em indícios precisos, “econômicos” e convergentes

Nessas circunstâncias cumpre ao fisco tão somente provar o indício, como, de fato, foi feito. A relação de causalidade, entre ele e a infração imputada, é estabelecida pela própria lei, o que torna lícita a inversão do ônus da prova e a conseqüente exigência atribuída ao contribuinte de demonstrar que tais valores não são provenientes de receitas omitidas, mantidas à margem da escrituração regular ou em poder dos sócios.

No presente caso, o procedimento fiscal avançou por vários meses, tempo mais que suficiente para que a fiscalizada promovesse a entrega do que foi requisitado pelo Fisco; o que não ocorreu.

Nesta perspectiva, entendo assistir razão à Fiscalização. A decisão recorrida analisou a questão com maestria, devendo ser mantida, a teor do disposto no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999, pelos seus próprios fundamentos.

Diante dos mesmos fundamentos devem ser mantidos os lançamentos reflexos de CSL na medida em que, embora todas, as oportunidades conferidas a recorrente esta não atendeu a fiscalização que, corretamente, empreendeu a apuração dos tributos devidos.

3.2 Da omissão de receitas PIS/COFINS- exclusão ICMS da base de cálculo:

Recentemente o E. Supremo Tribunal Federal julgou o RE 574.706 na sistemática de Repercussão Geral entendendo pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS sujeitando-se a decisão ainda a recurso que poderá implicar a modulação de seus efeitos temporais.

Entretanto, nos termos da Solução de Consulta RFB 6.012, publicada em 04/04/2017, vinculada à Solução de Consulta Cosit 137 de 2017, o que se verifica é a ausência de solução definitiva do mérito, o que implica, para a Receita Federal do Brasil, ausência de previsão legal que possibilite a exclusão do imposto da base de cálculo das Contribuições para o PIS e COFINS devidas nas operações realizadas no mercado interno, posição à qual se acresce a inexistência, até o presente momento, de Ato Declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional sobre a matéria objeto de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal – Art. 19, II, da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002.

Ocorre que, à luz do caso concreto, não há sequer comprovação de pagamento de ICMS. A autuação fundamenta-se na omissão de receitas, e assim sendo, não há como se afirmar que tal receita é oriunda da venda de mercadorias ou que tenha pago o imposto estadual. Como afirmado pela própria recorrente *“configuraram tão somente lançamentos promovidos pela contabilidade da Empresa referentes a situações como, por exemplo, recebimento de títulos feito a posteriori ou que foram lançados em bloco na escrituração fiscal da Empresa, sendo que os efetivos pagamentos não teriam ocorrido no mesmo dia”*. Não há provas de quais títulos sejam esses, como então descontar valores de ICMS?, Diante da impossibilidade fática e probatória da pretensão verificadas no caso concreto, afasto a pretensão da Recorrente nesse ínterim.

Nesse cenário, não vislumbro como prosperar a pretensão do contribuinte.

3.3 Da Multa qualificada:

Entendo que a multa qualificada deve ser reduzida pois a mera omissão de receitas não é o suficiente para atrair a qualificação da multa, como sugerem a r. DRJ. Nesse sentido o que já decidido por esta Turma nos autos do PA n. 10825.723097/2014-96, Acórdão n. 1402-002.745, de relatoria do Conselheiro DEMETRIUS NICHELE MACEI, cuja ementa abaixo transcrevo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2009

NULIDADES. OMISSÃO DE RECEITAS. ERRO DE CAPITULAÇÃO. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. VÍCIO NA INTIMAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

Sendo lavrado auto de infração com correto enquadramento legal relacionado a omissão de receitas, atendendo a todos os requisitos exigidos pela legislação fiscal, não há que prosperar a alegação de erro de capitulação, recaindo, neste caso, ônus da

prova sobre o contribuinte. Menos cabível a alegação de erro na identificação do sujeito passivo quando suficientemente comprovado nos autos que a conta bancária fiscalizada pertence ao sujeito passivo autuado. Não há vício na intimação quando o Fisco formaliza tal ato respeitando todos os trâmites legais.

SIGILO BANCÁRIO. OMISSÕES DE RECEITAS. ACESSO LEGITIMADO.

As informações bancárias obtidas pela fiscalização por intermédio da requisição de movimentação financeira junto a instituição financeira são idôneas e protegidas pelo sigilo fiscal. A Lei Complementar nº 105/2001 legitima o fornecimento de informações relacionadas ao sujeito passivo sob fiscalização, quando a autoridade fiscal entender que o exame de tais informações é indispensável para o deslinde da controvérsia, afastando, portanto, a alegação de quebra de sigilo bancário.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA SOLIDÁRIA. SÓCIOS ADMINISTRADORES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO EVIDENTE.

Não basta para caracterizar a responsabilidade tributária solidária dos sócios, que estes meramente estejam exercendo função sócio-administrativa na pessoa jurídica autuada. O dolo evidente de infringir a lei ou estatuto empresarial deve restar robustamente comprovado nos autos para que tal responsabilização surta efeitos justos.

DECADÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. PAGAMENTO. NÃO IDENTIFICADO. NÃO INCIDÊNCIA.

Tratando-se justamente de lançamento de "Omissão de Receita", não podendo ser identificados nos autos prova de pagamento do tributo exigido, ainda que parcial, não é possível a aplicação do artigo 150, §4º, do CTN. Sendo cabível a contagem decadencial proporcionada pelo artigo 173, do mesmo diploma fiscal.

MULTA QUALIFICADA. MULTA AGRAVADA. NÃO CABIMENTO.

Não comprovado o dolo evidente capaz de ensejar a qualificação da multa por intermédio de fraude, sonegação ou conluio, tampouco havendo embarço a fiscalização, não devem prosperar a qualificação e agravamento da multa.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. CABIMENTO.

A incidência da taxa de juros SELIC sobre os juros moratórios que recaem sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal é legítima. Pautase o afirmado pela Súmula CARF nº 4. Ressalte-se que, quanto à alegação de que não haveria incidência de juros sobre a multa de ofício, tal fato não decorre da autuação, mas sim do vencimento da multa, por ocasião do não pagamento voluntário do valor resultante do auto de infração, no seu respectivo vencimento, momento em que se iniciará o computo de juros sobre a multa.

Nessa linha entendo que razoável redução da multa ao patamar de 75%.

Diante de todo o exposto voto pelo provimento parcial do Recurso Voluntário para exclusão da qualificadora imposta por entender que a fiscalização não se desincumbiu do ônus de comprovar o intuito de fraude da Recorrente, entendo que a multa deve ser reduzida ao patamar de 75%, pois não houve comprovação de evidente intuito de fraude.

Entendo que deve ser mantida a responsabilidade dos sócios administradores na medida em que preclusa matéria ante intempestividade recursos solidários.

4. Recurso de Ofício:

O julgamento proferido pela DRJ foi no sentido de afastar a multa agravada dado entenderem os julgadores que a falta de atendimentos das requisições da Administração Tributária decorrem da própria deficiência na escrituração; o que ante ao arbitramento restou superado de modo que não há razões para subsistir a imposição de multa agravada.

Muito embora, o embaraço à fiscalização empreendido tenho que a fiscalização teve acesso por outros meios aos documentos necessários para apuração do imposto devido ao que não subsistem razão para manutenção da multa por embaraço, nem mesmo para a qualificadora imposta ao contribuinte que embora negligente em sua escrituração fiscal e sucessivas intimações em sede do PAF não pode ser-lhe imputado dolo.

Afigura-se, portanto, correta a decisão empreendida pela DRJ ao afastar a multa agravada ao que entendo deva ser mantida nesse ponto.

5. CONCLUSÃO:

Diante de todo o exposto voto por dar provimento parcial ao RV para exclusivamente afastar a multa qualificada e negar provimento ao RO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira

Voto Vencedor

Conselheiro Evandro Correa Dias - Redator Designado

O i. relator, no seu voto, por entender que no presente caso haveria uma mera omissão de receitas e que esta não é o suficiente para atrair a qualificação da multa, conclui no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário para exclusivamente afastar a multa qualificada.

Contudo, no entender do colegiado discorda-se do i. relator, decidindo-se, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário em relação à qualificação da multa, mantendo-a em 150%.

As provas trazidas aos autos evidenciam a intenção dolosa da recorrente de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da Autoridade Fazendárias da ocorrência do fato gerador.

A Recorrente, de forma reiterada, deixou de escriturar livros contábeis e fiscais, e de apresentar declarações ao Fisco, realizando entrega posterior de declarações com valores em branco. A conduta da Recorrente encontra-se detalhada descrita na decisão a quo:

"a) não apresentou escrituração alguma relativa ao ano-calendário de 2003, apesar de ter apresentado a correspondente declaração preenchida, DIPJ/2004;

b) não apresentou declarações (DIPJ e DCTF) após o ano-calendário 2003;

c) intimada a apresentar as declarações exigidas pelas normas tributárias, as entregou em branco;

d) não manteve escrituração contábil e fiscal, conforme estabelecido na legislação em vigor;

e) em resposta ao pedido de comprovação das operações vinculadas aos créditos em suas contas bancárias, fez arranjo de documentos e valores, "de modo a se aproximar do valor contábil, sem ter a mínima preocupação de manter a coerência quanto às datas envolvidas".

Ressalta-se que, além não entregar as declarações nas datas fixadas pela legislação e posteriormente apresentá-las "zeradas", em dissonância com a realidade, tendo em conta o registro de receitas auferidas na contabilidade, a Recorrente ainda deixou de apresentar livros contábeis e fiscais e manipulou dados e documentos, tentando justificar a saída de recursos de suas contas bancárias.

Verifica-se que a conduta da recorrente caracteriza a fraude e sonegação, definida no art. 71 da Lei nº 4.502 de 1964.

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Portanto a caracterização da conduta da Recorrente como sonegação, enseja a aplicação da multa de 150%, prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430 de 1996.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Conclusão

Do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário em relação à qualificação da multa, mantendo-a em 150%, o que já foi acatado pelo colegiado, nos termos supracitados.

(assinado digitalmente)

Evandro Correa Dias