



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

Processo n° 16095.720060/2016-46
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-003.290 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de março de 2019
Matéria LUCRO ARBITRADO. BASE DE CÁLCULO.
Recorrente NEWPOWER SISTEMAS DE ENERGIA S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Período de apuração: 01/10/2011 a 31/12/2011

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. LIQUIDEZ. CERTEZA. ART.142. CTN.

O lançamento de ofício que carece dos atributos essenciais e previstos no art.142 do CTN, deve ser cancelado.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/10/2011 a 31/12/2011

LANÇAMENTOS DECORRENTES. CSLL. PIS. COFINS.

No mérito, tratando-se da mesma matéria fática, aplica-se aos lançamentos decorrentes a decisão proferida no lançamento principal (IRPJ).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Abel Nunes de Oliveira Neto, Cláudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Leticia Domingues Costa Braga e Eduardo Morgado Rodrigues.

Relatório

Trata o presente processo de Recurso Voluntário dirigido ao Acórdão de nº 11.55.344, proferido pela Quarta Turma da DRJ/REC, em sessão de 16/03/2017, que julgou improcedente a impugnação apresentada pela Contribuinte.

Por bem descrever a situação verificada nos autos, transcrevo os termos do relatório da decisão recorrida:

Relatório

Contra a contribuinte acima qualificada foram lavrados os Autos de Infração, às fls. 156 a 183, para exigência de créditos tributários, referentes ao ano calendário de 2011, adiante especificados:

[...]

Os referidos autos de infração são decorrentes do procedimento de fiscalização efetuada junto à contribuinte, na qual a fiscalização constatou infração à legislação do IRPJ, resultando nas infrações OMISSÃO DE RECEITA DA ATIVIDADE – OUTRAS RECEITAS DA ATIVIDADE. Na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal dos respectivos autos de infração e no Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades (fls.55/67), a autoridade autuante descreve detalhadamente todas as informações concernentes ao procedimento fiscal e relata as apurações efetuadas nesta auditoria que passamos a resumir abaixo:

A contribuinte tomou ciência do Termo de Início de Fiscalização em 11/12/2013, intimando-a a apresentar contrato social e notas fiscais de entrada. A empresa apresentou os documentos.

O Termo de Intimação nº 2 intimou-a a apresentar o Livro de Registro de Inventário. A empresa o apresentou.

Os Termos de Intimação nº 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, intimaram a contribuinte a apresentar a Escrituração Contábil Digital - ECD através da transmissão do arquivo digital para o SPED - Sistema Público de Escrituração Digital. A empresa não atendeu às intimações.

O Termo de Intimação nº 14 intimou a contribuinte, em 29/01/2016, a prestar esclarecimentos, por escrito, em relação às diferenças de valores entre o Relatório de Diretoria com as Demonstrações Financeiras do exercício encerrado em 31/12/2011 e 2010, publicados no Diário Oficial e os valores declarados à Receita Federal do Brasil quanto às receitas de vendas e demais valores da Demonstração de Resultados.

Em 07/03/2016, a empresa apresentou a publicação no Diário Oficial de 05/03/2016 do Relatório de Diretoria com as Demonstrações Financeiras do exercício encerrado em 31/12/2011 e 2010, que substituiu a publicação anterior de 23/05/2012.

O Termo de Intimação nº 15 intimou a contribuinte, em 13/04/2016, a apresentar a Escrituração Contábil Digital - ECD através da transmissão do arquivo digital para o SPED - Sistema Público de Escrituração Digital. A empresa não atendeu à intimação.

A contribuinte não apresentou sua contabilidade como também outros documentos solicitados durante esta fiscalização, através dos Termos de Intimações Fiscais.

DAS DECLARAÇÕES DA EMPRESA

Foi entregue a DIPJ, referente ao ano calendário de 2011, com a opção pela tributação com base no lucro real.

DAS VENDAS DA EMPRESA

A contribuinte emitiu Notas Fiscais eletrônicas (anexos Notas Fiscais Eletrônicas e Resumo das Notas Fiscais Eletrônicas) durante o ano calendário de 2011, conforme sistema SPED, que totalizam a Receita de Vendas de R\$ 144.014.099,08. Esses valores foram objeto de lançamento de ofício através dos autos de infração constantes do processo nº 16095.720022/2016-93.

Entretanto, na publicação do Relatório da Diretoria no Diário Oficial em 23/05/2012, a empresa informa que a sua Receita de Vendas no ano calendário de 2011 é de R\$ 248.047.000,00.

Intimada a empresa a prestar esclarecimentos em relação à diferença no valor de R\$ 104.032.900,92 entre o Relatório da Diretoria com as Demonstrações Financeiras do exercício encerrado em 31/12/2011 e os valores declarados à RFB das Receitas de Vendas e demais valores da Demonstração de Resultados, a mesma se limitou a apresentar uma nova publicação no Diário oficial de 05/03/2016 do Relatório da Diretoria, mas não esclareceu a referida diferença de valores.

DA CONTABILIDADE DA EMPRESA

A contribuinte, apesar de regularmente intimada, não apresentou sua contabilidade relativa ao ano calendário 2011, como também não entregou a sua ECD no SPED, apesar de obrigada.

DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

Diante da situação descrita, o arbitramento do lucro se faz necessário tendo em vista que a contribuinte, regularmente intimada, deixou de apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme preceitua o art. 530, do Decreto 3.000/1999 (RIR/99).

Conforme CNPJ, a empresa tem como atividade econômica a fabricação de pilhas, baterias e acumuladores elétricos, exceto para veículos automotores, código de atividade 27.21-0-00, sujeita a alíquota de 8% para a apuração da base de cálculo, na forma prevista no artigo 528, 5 1 8 e 5 19 do Decreto Nº

3.000/99, com o acréscimo de 20% previsto no artigo 532 do mesmo decreto.

DA INFRAÇÃO APURADA

A empresa publicou o Relatório de Diretoria no Diário Oficial informando que sua Receita de Vendas no ano-calendário de 2011 foi de R\$ 248.047.000,00, entretanto a empresa não emitiu documentos fiscais relativos a totalidade da Receita de Vendas acima descrita, como também não apresentou sua contabilidade relativa ao ano-calendário de 2011, impossibilitando a fiscalização de verificar e quantificar o Imposto de Renda devido com base no lucro real, obrigando o lançamento do mesmo com base no lucro arbitrado.

OMISSÃO DE RECEITAS

A Matéria Tributável é composta dos valores da Receita Bruta Conhecida obtida através do Relatório de Diretoria publicado no Diário Oficial em 23/05/2012.

DA BASE DE CÁLCULO

Com base nos valores do Relatório de Diretoria publicado no Diário Oficial em 23/05/2012, a Receita de Vendas informada para o período foi de R\$ 248.047.000,00, que passa a ser considerada como receita bruta conhecida.

A fiscalização excluiu desta receita, os valores das Notas Fiscais Eletrônicas emitidas pela empresa, durante o ano-calendário de 2011, que totalizam R\$ 144.014.099,08, que foram objeto de Lançamento de Ofício em separado, no processo n.16095.720.022/2016-93, com ciência pela empresa em 23/01/2016.

A diferença entre esses valores totalizou a quantia de R\$ 104.032.900,92, utilizada para efeito de tributação. Diante da impossibilidade de alocar o referido valor durante o ano-calendário em questão, a fiscalização efetuou o lançamento na última competência do referido ano, dezembro de 2011.

DA TRIBUTAÇÃO REFLEXA

O Arbitramento do Lucro dessas receitas da atividade, com relação ao IRPJ, traz como reflexos a insuficiência de recolhimento/declaração de CSLL, cuja base de cálculo é a mesma do IRPJ e a insuficiência de recolhimento/declaração do PIS e da COFINS, cujas bases de cálculo são os valores mensais informados na tabela do item 3, cujas bases legais encontram-se nos respectivos Autos de Infração.

DA QUALIFICAÇÃO E DO AGRAVAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO

Conforme visto, ficou evidenciado, de forma inequívoca, que o contribuinte não emitiu Notas Fiscais Eletrônicas ou qualquer outro documento fiscal, referentes ao montante utilizado como base de cálculo, neste Auto de Infração, caracterizando o crime de sonegação conforme preceitua o artigo 71 da Lei nº 4.502/1964, como também não apresentou sua contabilidade

nem entregou a ECD referente ao ano calendário de 2011, via SPED, tudo visando encobrir os aspectos materiais necessários para o dimensionamento das obrigações tributárias.

Esses fatos, portanto, impõem a exigência de multa qualificada no lançamento ora efetuado, nos termos da legislação de regência, Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I, parágrafo 1º, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15.06.2007.

Também, considerando que a Newpower Sistemas de Energia S.A. não atendeu às intimações que lhe foram regularmente expedidas, foi aplicado o disposto no § 2º do mesmo artigo, elevando a multa total aplicada para 225 %.

DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

Em consonância com o disposto na Portaria RFB nº 2439 de 21 de dezembro de 2010, a fiscalização elaborou a Representação Fiscal para Fins Penais.

DA SUJEIÇÃO PASSIVA

Responde solidariamente aos débitos tributários da empresa, o Sr. MARCO ANTONIO VAC JÚNIOR - CPF 073.801.018-97, que é administrador da empresa Newpower, conforme preceitua os artigos 134 e 135 do CTN.

Em consonância com o disposto na Portaria RFB nº 2284, de 29 de novembro de 2010, a fiscalização elaborou os Termos de Sujeição Passiva correspondentes.

DA IMPUGNAÇÃO

Devidamente notificados, NEWPOWER SISTEMAS DE ENERGIA S.A. e Marco Antonio Vac Júnior apresentaram impugnação nos mesmos termos (fls. 202/2018 e 227/243):

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Preliminarmente, como é sabido, o auto de infração é um ato jurídico que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos para tanto, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável, e que obedeça à forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 do Código Civil).

Na modalidade de ato vinculado o auto de infração deve conter os exatos e precisos ditames determinados na lei específica, o que, como veremos, não ocorre, já que vícios existem (Formais e Materiais). Dentre eles a não comprovação da matéria de fato, acarretando, por certo, a nulidade do ato.

Nesse cenário, o motivo representa o sinônimo de fundamento do ato. E pode ser dividido em motivo fático e motivo de direito (motivação). Assim, o motivo de fato é a verificação das circunstâncias reais que ensejam a edição do ato.

No caso concreto o ato administrativo não deve prosperar pelos defeitos do Motivo de fato, ou seja, o fundamento do ato não se completou.

Os motivos elencados são, portanto, incompletos na forma e no conteúdo, no momento em que se apresentam como exatos por uma simples leitura de um balanço publicado em veículo de divulgação pública, sem a preocupação com a análise da efetiva da realização das operações que gerariam as receitas pretendidas como dolosamente omitidas, conforme detalharemos no próximo item.

Desta forma, não podemos aceitar esta simples comparação entre os dados das receitas publicadas, e ressalte-se retificadas, com os dados oficiais declarados em documento próprio, a DIPJ.

*Desta forma, quaisquer elementos externos que ensejassem desconfiar dos dados declarados deveriam ser minimamente investigados ou apurados, o que definitivamente não ocorreu, ao contrário, afirma a autoridade fiscal que a empresa emitiu as NFe – Notas Fiscais Eletrônicas decorrente de suas vendas e que intimada a explicar as diferenças entre a somatória da NFe emitidas e o valor publicado no “Relatório da Diretoria no Diário Oficial”, em 23/05/2012, **não esclareceu as referidas diferenças**. Este, **pasmem, foi o único argumento** apresentado para a lavratura de Auto de Infração.*

Assim, concluímos que o ato é nulo porque não foi instruído com as provas indispensáveis à comprovação do ilícito, conforme preceitua o artigo 9, caput do PAF – Decreto 70.235/72.

DAS PROVAS, INDÍCIOS (FATOS INDICIÁRIOS)

Não há a faculdade de se apresentar ou não o Auto de Infração com mínimos elementos que o ilícito apontado.

O que apresentou a autoridade como fundamento basilar da infração: A simples não explicação das diferenças inferidas pela fiscalização.

Ignorou que:

- O Relatório da Diretoria mencionado não é obrigação fiscal imposta pela Secretaria da Receita Federal, mas obrigação imposta pela lei 6404/76 (lei das S/A) visando dar transparência aos acionistas das operações realizadas pelos gestores;*
- A empresa comunicou à fiscalização que, de fato, havia incorreções no Relatório publicado;*
- A RFB, por seu Auditor, orientou a empresa a retificar o Relatório incorreto, com nova publicação oficial;*
- A empresa assim procedeu e, **em 05/03/2016**, publicou a **retificação** no Diário Oficial do estado de São Paulo. Nessa edição ressalta o caráter substitutivo da publicação, conforme transcrevemos “in verbis”: “... Cabe ressaltar que esta publicação **cancela e substitui** a publicação realizada no dia 23/05/2012, no caderno empresarial página 14 ...”;*

- Em 07/03/2016, a Newpower deu ciência à fiscalização da retificação solicitada.

Fica evidente, portanto, que se tratava de erro material, corrigido nos termos da orientação da Receita Federal.

Caberia ao servidor, em atividade vinculada, repito, identificar os elementos de prova se não estivesse satisfeito com as explicações.

Caberia à fiscalização informar da insuficiência das explicações. Ao contrário, a fiscalização calou-se e no Termo subsequente (Termo de Intimação 15) apenas reintimou o contribuinte a apresentar a ECD, como se a retificação do Relatório fosse a explicação válida e aceita, vez que foi provocada pela própria autoridade fiscal.

Ressaltamos que o principal e único argumento apresentado pela fiscalização para a lavratura do Auto, qual seja o Relatório da Diretoria publicado em 23/05/2012, não foi sequer juntado ao Processo 16095.720.060/2016-46, o que formalmente caracteriza um “cerceamento de defesa”.

Assim, o que resta evidenciado nos autos é a falta de provas das receitas omitidas e o seu “quantum”, uma vez que se o Relatório foi retificado, quem poderia determinar o valor correto, se as NFe são compatíveis com o documento retificado?

- Haveria vendas ou mercadorias entregues sem o acompanhamento dos documentos fiscais ?

- Haveria receitas outras que comporiam a Receita Bruta informada anteriormente, quais seriam ?

- Haveria fraude na informação publicada em 23/05/2012, com que propósito?

- Qual o montante exato do omitido? Qual o critério utilizado para a certeza e liquidez dos valores devidos? ou se trata de uma presunção?

As perguntas acima não foram respondidas no TVF e nos outros termos que compõem o Auto de Infração.

Ora, se a DIPJ, instituída pela própria Receita Federal com o objetivo principal de se apurar as Receitas da empresa, não é instrumento hábil e suficiente para se constituir o crédito tributário, segundo Súmula CARF nº 92, por que o Relatório de Administração da Diretoria, que é um elemento estranho as normas tributárias, teria tal poder?

DA PRESUNÇÃO, AFERIÇÃO E ARBITRAMENTO

O Auto de Infração foi lavrado com fundamento nos arts. 532 e 537 do RIR/99. Todavia, os artigos não se aplicam, pois não se verificou omissão de receita e nem a receita bruta era conhecida. Além disso, no item 6.1 do TVF, o auditor nos

informa que houve “Omissões de Receitas da atividade”. Como poderia concluir que se tratava de receitas da atividade, se não conseguiu sequer quantificá-las ou identificar a sua origem?

Mesmo que a autoridade desejasse aferir o valor devido, uma vez que não possui elementos de certeza do fato gerador, deveria utilizar fundamentação legal e métodos diversos de apuração do Auto, o que tornaria o vício insanável.

DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

A Autoridade Fiscal utilizou os agravantes que não estavam a sua disposição para constranger o contribuinte com multas de 225%, com responsabilização solidária ao sócio principal e arrolamento indevido dos seus bens pessoais.

Em que pese a empresa não tenha apresentado todos os documentos solicitados, a auditoria jamais poderia concluir pela omissão de receitas por apuração, pois não há Notas não contabilizadas, boletos, ou outros comprovantes. A fiscalização sequer analisou a movimentação financeira da empresa para comprovar ou pelo menos obter outros indícios da sonegação apontada.

A mera incredulidade do Auditor Fiscal não tem amparo na legislação e se tivesse, deveria ser uma apuração por presunção, ou seja, por ficção jurídica. Nesses casos, a multa de ofício prevista na Lei 9.430/96 deveria ser de 75% e não de 225%, como aplicada.

A leitura dos argumentos adotados pelo agente fiscal no auto de infração impugnado, revela que a aplicação da multa de ofício de 150% está fundamentada na omissão de receitas que foi presumida pela autoridade tributária, desta forma deveria ser de 75%, e mesmo que aplicasse o agravamento pela falta da entrega de documentos (ECD), a multa de ofício total seria de 112,5% e nunca 225%.

No caso concreto, o Auditor teria se baseado no artigo 71, da Lei 4.502/64, conforme informa no item 9 do Termo de Verificação Fiscal - TVF, pois alega que o contribuinte não teria emitido as Notas Fiscais Eletrônicas ou qualquer outro documento fiscal, caracterizando crime de sonegação. Todavia, não há, na hipótese dos autos, nenhuma evidência de que o mesmo tenha agido com dolo.

Sendo assim, além de restar evidente que não foi observada a redação contida nos dispositivos acima invocados, a conduta praticada se revela indevida quando analisamos a redação contida nos enunciados sumulares n.ºs 14 e 25 do CARF.

Logo, levando em conta que o fiscal não atribuiu nenhuma conduta dolosa ao Impugnante, resta evidente que a multa de ofício qualificada carece de justa causa que possibilite sua aplicação, razão pela qual há que ser reconhecida sua improcedência manifesta.

DO AGRAVAMENTO DA MULTA

A multa de ofício de 150% foi agravada pelo agente fiscal para 225% ao fundamento de que a Impugnante não teria prestado os esclarecimentos solicitados pela autoridade tributária. Ocorre que não seria possível, com base neste fato, agravar a multa de ofício aplicada em 150%.

*Com efeito, a mesma conduta atribuída ao Impugnante está sendo utilizada como fundamento para aplicação de **duas penalidades**. A primeira consistente no arbitramento dos lucros e, a segunda, no agravamento da multa de ofício pelo mesmo motivo.*

Esta prática ilegal é reprimida pelo próprio CARF consoante se infere da leitura da Súmula nº 96.

A Impugnante insurgiu-se, também, contra o efeito confiscatório da multa de ofício aplicada em valor superior ao valor do tributo principal. Em consideração ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a multa de ofício e respectivo agravamento, caso não seja anulada, deve ser reduzida ao limite máximo de 100% em homenagem ao princípio constitucional que veda a cobrança de tributos com efeito de confisco.

DA RESPONSABILIZAÇÃO DO SÓCIO GERENTE (SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA)

De todo o exposto fica evidente o descabimento da responsabilização do sócio gerente Sr. Marco Antonio Vac Júnior. Alega que a responsabilização decorre dos artigos 134 e 135 do CTN, mas nem se indigna a detalhar em qual ou quais hipóteses desses artigos o injustiçado sócio se enquadra.

Presumimos que foi infração a lei, porém qual lei teria infringido, pois não há sequer conduta tipificada, quanto menos o dolo foi comprovado.

TERMO DE ARROLAMENTO DE BENS - IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO

Em virtude da comprovação de que todos os créditos lançados são indevidos, não resta nenhuma possibilidade de manutenção dos termos de arrolamentos formalizados em nome da Impugnante e em nome do seu responsável legal, Sr. Marco Antonio Vac Júnior.

DO PEDIDO

*Diante de todo o exposto, requer seja a presente impugnação julgada **TOTALMENTE PROCEDENTE** em seu mérito para que seja cancelado o lançamento ora impugnado.*

Requer também que, mesmo que a douta autoridade entenda procedente o Auto de Infração lavrado, determine a exclusão da Sujeição Passiva Solidária em relação ao impugnante, uma vez que não foram comprovados nos autos quaisquer condutas omissivas ou comissivas ilícitas do mesmo, durante a sua gestão, no período em análise.

A **DRJ** manteve integralmente o crédito tributário:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2011

NULIDADE.

Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais e não se tratando das situações previstas no art. 59 do Decreto nº70.235/1972, incabível falar em nulidade do lançamento fiscal.

DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO

Como resultado dos procedimentos de verificações obrigatórias, é legítimo o lançamento do IRPJ que apontou divergências tributáveis no confronto entre os valores declarados em DIPJ e os valores escriturados, representados pelo balanço patrimonial devidamente transcrito no livro Diário.

MULTA QUALIFICADA DE 150%

Falta de escrituração, de emissão de notas fiscais e de pagamento dos tributos devidos caracterizam a conduta dolosa da contribuinte ensejadora da qualificação da multa.

MULTA AGRAVADA. FALTA DE ESCLARECIMENTOS E DE

APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS.

A falta de esclarecimentos à intimação fiscal viola o dever de colaboração do sujeito passivo, aliada a falta de apresentação de documentos contábeis sabidamente em poder do mesmo autoriza o agravamento, mediante majoração em 50% da multa de ofício.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Comprovado que o sócio administrador teve participação direta e incisiva na conduta considerada fraudulenta que resultou em falta de pagamento do tributo, é cabível a imputação de responsabilidade tributária solidária, nos termos do art. 135, III, do CTN.

ARROLAMENTO DE BENS. INVIABILIDADE DE DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA.

O contencioso administrativo, por sua segunda instância, tem asseverado que as controvérsias sobre o arrolamento de bens

escapam aos limites do Decreto nº 70.235/72, o que impede sua discussão nessa via administrativa.

VOTO

Constam deste processo os Autos de Infração do IRPJ, CSLL, PIS, COFINS, referente aos fatos geradores do ano calendário de 2011, decorrentes da apuração de OMISSÃO DE RECEITA DA ATIVIDADE.

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

De início, a Impugnante alegou a nulidade do Auto de Infração por não conter os exatos e precisos ditames determinados em lei específica, já que vícios existem. Dentre eles, a não comprovação da matéria de fato. Assim, a Impugnante concluiu que o ato é nulo porque não foi instruído com as provas indispensáveis à comprovação do ilícito, conforme preceitua o artigo 9, caput do PAF – Decreto 70.235/72.

A preliminar de nulidade do auto de infração, levantada pela interessada em sua impugnação, não merece ser acolhida.

Não há que se falar em nulidade, porquanto todos os requisitos previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235/1972 foram observados quando da lavratura do auto de infração.

"Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no

prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula."

Quanto à alegação de que o ato é nulo porque não foi instruído com as provas indispensáveis à comprovação do ilícito, conforme preceitua o artigo 9º, caput do Decreto 70.235/72, também não pode prosperar.

A Autoridade Fiscal instruiu o Auto de Infração com as provas que fundamentaram o lançamento de ofício, especificamente, o Relatório da Diretoria publicado no Diário Oficial - São Paulo - em 23/05/2012, que se encontra anexado aos autos às fls. 43.

Todavia, a apreciação das provas e a conseqüente pertinência dos lançamentos são matéria de mérito a ser apreciada após a análise das preliminares.

Há que se verificar, também, que o art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal, enumera os casos que acarretam a nulidade do lançamento:

"Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."

Pelo acima transcrito, verifica-se que somente os despachos e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa ensejam declaração de nulidade. Já a lavratura de ato ou termo - categoria à qual pertence o auto de infração —, não pode configurar "cerceamento do direito de defesa". A apresentação de defesa, no caso, é posterior - e não anterior - ao ato impugnado. É oferecida contra esse ato.

Por isso o PAF não arrolou o cerceamento do direito de defesa dentre os vícios que ensejam a declaração de nulidade de ato ou termo. Só os despachos e as decisões - repita-se - podem estar eivados desse vício processual.

Por outro lado, quaisquer outras irregularidades, incorreções, e omissões cometidas no auto de infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio (art. 60 do PAF).

Dessa forma, verifica-se que o Auto de Infração preenche todos os requisitos dispostos nos artigos 9º e 10 do Decreto 70.235/72, não sendo caso de nulidade.

Preliminar rejeitada.

DAS PROVAS

A Autoridade Fiscal considerou omissão de receita a diferença entre os valores de receitas de vendas informado do Relatório de Diretoria publicado no Diário Oficial em 23/05/2012, e os valores das Notas Fiscais Eletrônicas emitidas pela empresa, durante o ano-calendário de 2011. A diferença entre esses valores totalizou a quantia de R\$ 104.032.900,92, utilizada para efeito de tributação.

A Impugnante alegou que o Relatório da Diretoria foi publicado, em 23/05/2012, com erro material, o qual foi corrigido com nova publicação no Diário Oficial do estado de São Paulo, em 05/03/2016.

Não assiste razão à Impugnante. Vejamos.

A Autoridade Fiscal intimou a contribuinte quinze vezes, sendo doze delas solicitando a apresentação da Escrituração Contábil

Digital - ECD. A contribuinte não respondeu a essas doze intimações.

Diante da negativa da contribuinte em apresentar a sua contabilidade, a Autoridade Fiscal foi obrigada a utilizar outras informações disponíveis, emitidas ou declaradas pela pessoa jurídica fiscalizada.

Diante da negativa da contribuinte em apresentar a sua contabilidade, a Autoridade Fiscal foi obrigada a utilizar outras informações disponíveis, emitidas ou declaradas pela pessoa jurídica fiscalizada.

Eram esses os dados acerca das receitas de vendas do ano calendário de 2011 disponíveis, conforme documentações de autoria da própria contribuinte:

- DIPJ/2012 - receitas de vendas R\$ 115.255.045,97;

- Notas Fiscais Eletrônicas - receitas de vendas R\$ 144.014.099,08;

- Relatório da Diretoria publicado em 23/05/2012 - receitas de vendas R\$ 248.047.000,00.

Verifica-se que a informação mais confiável do valor total das receitas de vendas no ano calendário de 2011 encontra-se no Relatório da Diretoria publicado em 23/05/2012 no Diário Oficial do estado de São Paulo. O valor total das receitas de vendas no montante de R\$ 248.047.000,00 compreende o valor das receitas de vendas identificado nas Notas Fiscais Eletrônicas (R\$ 144.014.099,08), que, por sua vez, abarca o valor das receitas de vendas informado na DIPJ/2012 (R\$ 115.255.045,97).

A Impugnante tentou desqualificar o Relatório da Diretoria publicado ao afirmar que não seria uma obrigação fiscal imposta pela Receita Federal do Brasil. Todavia, ela própria afirmou ser uma obrigação imposta pela Lei nº 6.404/76, visando dar transparência aos acionistas das operações realizadas pelos gestores.

Cópia do Relatório da Diretoria publicado em 23/05/2012 no Diário Oficial do estado de São Paulo foi anexado aos autos pela Autoridade Fiscal (fls. 43):

NEWPOWER SISTEMAS DE ENERGIA S.A. CNPJ nº 03.171.752-00/01-03

Relatório da Diretoria

Srs. Acionistas: Em cumprimento das disposições estatutárias, submetemos à apreciação de V.Sas. as Demonstrações Financeiras do exercício encerrado em 31/12/2011 e 2010, acompanhadas das Notas Explicativas. Guarulhos, 30 de abril de 2012

Balancos Patrimoniais (MRS)				Balancos Patrimoniais (MRS)				Demonstração do Resultado (MRS)			
	31/12/11	31/12/10		31/12/11	31/12/10		31/12/11	31/12/10		31/12/11	31/12/10
Ativo/Circulante	130.475	106.387	Passivo/Circulante	47.874	52.868	RECEITAS DE VENDAS	248.047	223.929			
Disponível	(77)	(103)	Fornecedores	16.150	15.334	(+) Deduções da Venda	58.043	53.743			
Clientes	56.214	50.459	Salários e Onerados	811	464	RECEITA LÍQUIDA	190.004	170.186			
Conta Garantida	19.271	17.969	Encargos Sociais	697	398	(-) Custo das Vendas	119.807	104.937			
Estoques	55.067	58.019	Empréstimo Bancário	910	1.130	LUCRO BRUTO	70.197	65.199			
Não Circulante	27.111	21.160	Leasing	1.948	456	(-) Despesas Geras	52.228	27.635			
Imobilizado	27.111	21.160	Impostos e Contribuições	5.868	5.930	(-) Despesas Financeiras	7.441	6.148			
Total do Ativo	157.586	127.547	Provisão para IRPJ	2.368	2.817	LUCRO OPERACIONAL	30.510	31.418			
			Provisão para CSLL	955	1.016	(+) Provisão para CSLL	2.746	2.827			
			Conta Garantida Bancária	18.366	25.323	(-) Provisão para IRPJ	4.577	4.713			
			Emprestimo a Longo Prazo	18.265	6.528	LUCRO LÍQUIDO EXERCÍCIO	23.187	23.878			
			Empréstimo Bancário	16.177	2.025	Demonstração do Fluxo de Caixa (MRS)	31/12/11	31/12/10			
			Inoostos (Parcelamento)	2.198	4.455	Lucro Líquido do Exercício	23.187	23.878			
			Patrimônio Líquido	91.347	68.159	Depreciações	1.290	720			
			Capital Social	4.156	4.156	Provisões de Longo Prazo	(1.180)	(1.078)			
			Reserva do Capital	1.243	1.243	Clientes	(5.715)	(14.581)			
			Reserva de Lucros	65.948	62.760	Estoques	(17.048)	(12.621)			
			Total do Passivo	157.586	127.547	Outros Ativos	(1.302)	4.101			
						Proventos Salariais e Encargos	646	275			
						Obrigações Fiscais	(672)	5.315			
						Fornecedores	816	3.571			
						Outros Passivos	6.061	(7.742)			
						Total Auferido (Usado) Atividades Operacionais	(6.013)	1.840			
						Aquisição de Imobilizado	(6.090)	(1.940)			
						Recursos Líquidos Usados em Investimentos	(6.090)	(1.940)			
						Redução/Aum. das Disponibilidades no Exercício	(77)	(100)			
						Disponibilidades no Início do Exercício	(100)	(519)			
						Disponibilidades no Final Exercício	(77)	(109)			

Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras em 31/12/2011 (MRS)

1) A empresa tem como atividade principal a produção e o comércio de Acumuladores Elétricos e seus Aíres. 2) A elaboração da demonstração financeira está baseada nas disposições da Lei 6.404/76 e alterações posteriores (Lei 11.838/07 e MP 449/08). 3) As demonstrações contábeis foram elaboradas de acordo com os princípios da contabilidade emanados da Legislação Societária e a partir de 1995, não se cumprem o reconhecimento dos efeitos inflacionários sobre o Ativo Permanente, Patrimônio Líquido e outros itens não monetários do Ativo e Passivo (Correção Monetária do Balanço), tendo em vista a extinção desta sistemática para fins societários, conforme Lei 9.249/95. 4) A apuração do resultado é apurada por regime de competência. 5) O estoque é avaliado ao custo médio de aquisição, inferior aos custos de reposição ou valor de realização. 6) O imobilizado está demonstrado pelo custo de aquisição. 7) Os direitos e obrigações sujeitos as variações monetárias, estão demonstrados pelos valores atualizados até a data do Balanço.

A DIRETORIA PAULO CESAR DUTKA - Contador - CRC 1SP17127140-0

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Imprensa Oficial do Estado S.A. CERR, O-CP-Estado (RJ)-Autentado por AR, Imprensa Oficial - OJ-Assessoria Tipo A1 - OJ-tierr-branco, OJ-Internacao, OJ-User-branco, OJ-Imprensa Oficial do Estado S.A., E-mail:oficial@imprensaoficial.com.br

Sendo uma sociedade anônima, a pessoa jurídica atuada encontra-se obrigada sim a publicar suas demonstrações financeiras, de acordo com vários dispositivos da legislação de regência.

A Lei nº 6.404, de 15/12/1976, dispõe:

SEÇÃO II

Demonstrações Financeiras

Disposições Gerais

Art. 176. Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício:

- I - balanço patrimonial;
- II - demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados;
- III - demonstração do resultado do exercício; e

IV – demonstração dos fluxos de caixa; e (Redação dada pela Lei nº 11.638, de 2007)

V – se companhia aberta, demonstração do valor adicionado. § 1º As demonstrações de cada exercício serão publicadas com a indicação dos valores correspondentes das demonstrações do exercício anterior. (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007)

A Instrução CVM nº 480, de 7/12/2009, dispõe:

Subseção III – Demonstrações Financeiras

Art. 25. O emissor deve entregar as demonstrações financeiras à CVM na data em que forem colocadas à disposição do público.

(...)

§ 2º A data a que se refere o caput não deve ultrapassar, no caso de emissores nacionais, 3 (três) meses, ou, no caso de emissores estrangeiros, 4 (quatro) meses do encerramento do exercício social.

Art. 26. As demonstrações financeiras de emissores nacionais devem ser:

I – elaboradas de acordo com a Lei nº 6.404, de 1976 e as normas da CVM; e

II – auditadas por auditor independente registrado na CVM.

Waldirio Bulgarelli, em seu Manual das Sociedades Anônimas, faz as seguintes considerações:

"A Lei nº 6.404 referiu-se, ao tratar do balanço e demonstrações várias, a demonstrações financeiras, as quais deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício. (...)

Essas demonstrações, que estão disciplinadas especificamente nos artigos 178 a 188, devem ser publicadas com a indicação dos valores correspondentes das demonstrações dos exercícios anteriores, o que comprova que o legislador não as entendeu, aliás como é correto, como peças isoladas, mas integradas na marcha da empresa. (...)

Essas demonstrações deverão ser postas à disposição dos acionistas, até um mês antes da data marcada para a realização da assembleia geral ordinária (art. 133) e ainda publicadas até cinco dias antes, pelo menos, da data marcada para a realização da assembleia geral. (...)

Procurou resolver a lei o problema das retificações dos balanços, estipulando que, se a assembleia aprovar as demonstrações financeiras com modificação do montante do lucro do exercício ou no valor das obrigações da companhia, os administradores promoverão, dentro de trinta dias, a republicação das demonstrações, com as retificações deliberadas pela assembleia."

Não há dúvidas, portanto, quanto à obrigação da publicação das demonstrações financeiras, encerrado o exercício, tal como efetuou a sociedade anônima autuada.

A Impugnante tenta descaracterizar o Relatório da Diretoria publicado em 23/05/2012 no Diário Oficial do estado de São Paulo, ao publicar uma retificação do dito relatório no Diário

Oficial do estado de São Paulo, em 5/03/2016, anexado aos autos (fls. 51/52):

NEWPOWER SISTEMAS DE ENERGIA S.A.															
CNPJ nº 03.171.752/0001-03															
Relatório da Diretoria															
Senhores Acionistas: Cumprindo os preceitos legais e as disposições estatutárias, submetemos à V.Sas. as Demonstrações Financeiras, referentes aos exercícios encerrados em 31/12/2010 e 31/12/2011. Todos os documentos relativos a essas demonstrativos encontram-se à disposição dos Srs. Acionistas na sede da Sociedade, onde poderão ter todos os esclarecimentos necessários. Cabe ressaltar que esta publicação, cancela e substitui a publicação realizada no dia 23 de maio de 2012, no caderno empresarial, página 14															
Balancos Patrimoniais (MRS)		31/12/11		31/12/10		Balancos Patrimoniais (MRS)		31/12/11		31/12/10		Demonstração do Resultado (MRS)		A DIRETORIA	
		31/12/11		31/12/10				31/12/11		31/12/10				31/12/2011	
ATIVO/Circulante	110.521	104.327	PASSIVO/Circulante	90.134	84.461	RECEITAS DE VENDAS	149.396								
Disponível	3.848	5.402	Fornecedores	59.314	54.710	(-) Deduções de Vendas	49.695								
Clientes	14.505	16.313	Salários e Ordenados	375	297	RECEITA LÍQUIDA	99.701								
Conta Garantida	19.597	11	Encargos Sociais	344	312	(-) Custo das Vendas	71.121								
Estoque	72.571	82.601	Emprestimo Bancário	24.314	21.972	LUCRO BRUTO	28.580								
Não Circulante	9.302	9.121	Leasing	55	242	(-) Despesas Administrativas	15.262								
Imobilizado	9.302	9.121	Impostos e Contribuições	5.086	7.966	(-) Despesas com Vendas	317								
Total do Ativo	119.823	113.448	Provisão para IRPJ	277	44	(-) Despesas Financeiras	3.424								
Demonstração do Fluxo de Caixa (MRS)		31/12/2011		31/12/2011		Provisão para CSLL		110	18	(-) Despesas Gerais	7.765				
Lucro Líquido do Exercício	702	702	Outras Obrigações	259	202	(-) Despesas Tributárias	785								
Depreciações	1.067	1.067	Exigível a Longo Prazo	22.794	22.794	(+) Recalcul. Financeiras	1								
Clientes	(17.242)	(17.242)	Emprestimo Bancário	22.794	22.794	LUCRO OPERACIONAL	1.028								
Estoque	10.030	10.030	Patrimônio Líquido	6.898	6.193	(-) Provisão para CSLL	93								
Obrigações Fiscais	328	328	Capital Social	4.156	4.156	(-) Provisão para IRPJ	233								
Fornecedores	4.605	4.605	Reserva de Lucros Reserva de Reavaliação	1.243	1.243	LUCRO LÍQUIDO EXERCÍCIO	702								
Outros Passivos	162	162	Lucros Acumulados	1.575	1.575	Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido em 31 de Dezembro de 2011 e 2010 (MRS)									
Total auferido (usado) nas Atividades Operacionais	(350)	(350)	Prejuízos Acumulados	(781)	(781)	Capital Social Reserva Legal Lucro/Reserva Acumulados Total									
Emprestimos tomados	3.242	3.242	Resultado do Exercício. Lucro do Exercício	702	702	Saldo em 31/12/2010									
Juros pagos por Empréstimos	(1.284)	(1.284)	Total do Passivo	119.823	113.448	4.156 1.243 794 6.193									
Total das Disponibilidades Líquidas	1.958	1.958	Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras em 31/12/2011												
Redução/Aumento das Disponibilidades no Exercício	1.608	1.608	1) A empresa tem como atividade principal a produção e o comércio de acumuladores elétricos e seus anéis; 2) A elaboração da Demonstração Financeira está baseada nas disposições da Lei 6.404/76 e alterações posteriores (Lei 11.638/07 e MP 449/04); 3) As demonstrações contábeis foram elaboradas de acordo com os princípios da contabilidade emanados da "Legislação Societária" e a partir de 1996, não contemplam o reconhecimento dos efeitos inflacionários sobre o Ativo Permanente, Patrimônio Líquido e outros itens não monetários do Ativo e Passivo (Correção Monetária do Balanço), tendo em vista a extinção desta sistemática para fins societários, conforme Lei 9.249/95; 4) A apuração do resultado é apurada por regime de competência; 5) O estoque é avaliado ao custo médio de aquisição, inferiores aos custos de reposição ou valor de realização; 6) O imobilizado está demonstrado pelo custo de aquisição; 7) Os direitos e obrigações sujeitos à variações monetárias, estão demonstrados pelos valores atualizados até a data do Balanço. Guarulhos, 31 de dezembro de 2011.												
Disponibilidades no Início do Exercício	5.402	5.402	Saldo em 31/12/2011												
Disponibilidades no Final do Exercício	3.848	3.848	4.156 1.243 1.497 6.896												
A DIRETORIA															
PAULO CESAR DUTKA - Contador - CRC 1SP17121/O-0															

De acordo com o Relatório da Diretoria retificado, observa-se que o valor das receitas de vendas foi drasticamente reduzido para o montante de R\$ 149.396.000,00, além de ter sido suprimida a indicação dos valores correspondentes da demonstração do exercício anterior, violando o disposto na legislação.

Ora, como a Impugnante quer que seja aceito como verdadeiro um novo Relatório da Diretoria publicado em 5/03/2016, quando já havia sido iniciado o procedimento fiscal em 11/12/2013? Merece ser destacado que a publicação da retificação do relatório somente ocorreu após a contribuinte ser intimada, em 29/01/2016, a justificar as diferenças de valores entre o Relatório de Diretoria com as Demonstrações Financeiras do exercício encerrado em 31/12/2011 e 2010, publicados no Diário Oficial, e os valores declarados à Receita Federal do Brasil, quanto às receitas de vendas e demais valores da Demonstração de Resultados.

Ao contrário do alegado na impugnação, a contribuinte é que não apresentou as provas necessárias que atestassem a veracidade do Relatório da Diretoria retificado.

A Lei nº 6.404/76 exige que, para a realização de retificação das demonstrações financeiras, haja aprovação por parte da Assembleia Geral dos acionistas. Todavia, a Impugnante publicou um Relatório da Diretoria retificado quase quatro anos após a publicação do relatório original e não apresentou a ata da Assembleia Geral que autorizou a suposta retificação, nem a transcrição do balanço no Livro Diário, conforme determina a legislação de regência.

No Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/1999), a exigência do balanço patrimonial consta expressa no art. 274, in verbis:

*Art. 274. Ao fim de cada período de incidência do imposto, o contribuinte deverá apurar o lucro líquido mediante a elaboração, **com observância das disposições da lei comercial**, do balanço patrimonial, da demonstração do resultado do período de apuração e da demonstração de lucro ou prejuízos acumulados (Decreto-Lei nº 1.598m de 1977, art. 7º, § 4º, e Lei nº 7.450, de 1985, art. 18).*

§ 1º O lucro líquido do período deverá ser apurado com observância das disposições da Lei nº 6.404, de 1976 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 67, inciso XI, Lei nº 7.450, de 1985, art. 18, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 5º).

§ 2º O balanço ou balancete deverá ser transcrito no Diário ou no LALUR (Lei nº 8.383, de 1991, art. 51, e Lei nº 9.430, de 1996, arts. 1º e 2º, § 3º).

(grifos acrescentados)

*Observe-se que o disposto no artigo supra determina que a "contribuinte deverá apurar o lucro líquido mediante a elaboração, **com observância das disposições da lei comercial**, do balanço patrimonial, da demonstração do resultado do período de apuração e da demonstração de lucro ou prejuízos acumulados". Constata-se, portanto que o próprio Regulamento do Imposto de Renda determina a observância das leis comerciais, que no presente caso é a Lei nº 6.404/76.*

Por isso, também não há sentido na alegação de que o Relatório da Diretoria não seria obrigação fiscal imposta pela RFB. A publicação das demonstrações financeiras é uma obrigação imposta pelas leis comerciais, que são de observância obrigatória conforme determina o RIR/99.

Nestas circunstâncias, é legítimo o procedimento fiscal, que tomou por base as informações disponíveis no Relatório da Diretoria devidamente publicado no Diário oficial do estado de São Paulo em 23/05/2012 (fls. 43), que representam um "retrato" da contabilidade em data específica, no caso em 31/12/2011, para apurar diferenças tributáveis relativamente à DIPJ/2012 e notas fiscais eletrônicas.

DO ARBITRAMENTO

Como já foi apreciado supra, foram adotadas no levantamento fiscal as demonstrações financeiras apresentadas pela própria contribuinte, no caso o Relatório da Diretoria publicado em 23/05/2012, que devem refletir a contabilidade expressa nos livros Razão e Diário, não apresentados pela defendente, apesar de ter informado que possuía a contabilidade digital ao responder o Termo de Intimação Fiscal nº 14.

Foi identificada a omissão de receita, sendo apurada a base de cálculo dos tributos a partir da receita de vendas conhecida a partir de documento de autoria da própria contribuinte.

Como está bem explicado no Relatório Fiscal, foi considerada como receita bruta conhecida a Receita de Vendas informada para o período de R\$ 248.047.000,00. Desta receita, foram excluídos os valores das Notas Fiscais Eletrônicas emitidas pela empresa, durante o ano-calendário de 2011, que totalizaram R\$ 144.014.099,08. A diferença entre esses valores totalizou a quantia de R\$ 104.032.900,92, que foi utilizada para efeito de tributação.

Conclui-se, então, ter sido correta a apuração das bases de cálculo com base no lucro arbitrado, em conformidade com o fundamento legal indicado no auto de infração.

DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA

A Impugnante alegou que o Auditor teria se baseado no artigo 71, da Lei 4.502/64, conforme informa no Termo de Verificação Fiscal - TVF, pois alega que o contribuinte não teria emitido as Notas Fiscais Eletrônicas ou qualquer outro documento fiscal,

caracterizando crime de sonegação. Todavia, não há, na hipótese dos autos, nenhuma evidência de que o mesmo tenha agido com dolo. Sendo assim, a conduta praticada se revela indevida quando analisamos a redação contida nos enunciados sumulares n.ºs 14 e 25 do CARF. Logo, levando em conta que o fiscal não atribuiu nenhuma conduta dolosa ao Impugnante, resta evidente que a multa de ofício qualificada carece de justa causa que possibilite sua aplicação, razão pela qual há que ser reconhecida sua improcedência manifesta.

Passamos a apreciar.

A multa aplicada teve como fundamento o art. 44, I, e § 1º, da Lei nº9.430, de 1996, com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 1997, verbis:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:(Vide Lei nº 10.892, de 2004)(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;(Vide Lei nº 10.892, de 2004)(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos 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.(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos;(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991;(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Os artigos 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, tem a seguinte redação:

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 do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72 - Fraude é toda ação ou omissão, dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou deferir o seu pagamento.

Art. 73 – Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos no art. 71 e 72. (grifou-se)

As súmulas do CARF citadas pela Impugnante são as seguintes:

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.

Súmula 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.

Pelo entendimento sumulado pelo CARF, é necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

A Autoridade Fiscal, no presente caso, fundamentou a qualificação da multa de ofício nos seguintes fatos:

- ficou evidenciado, de forma inequívoca, que a contribuinte não emitiu Notas Fiscais Eletrônicas ou qualquer outro documento fiscal, referentes ao montante utilizado como base de cálculo,

neste Auto de Infração, caracterizando sonegação conforme preceitua o artigo 71 da Lei nº 4.502/1964,

- não apresentou sua contabilidade nem entregou a ECD referente ao ano calendário de 2011, via SPED, tudo visando encobrir os aspectos materiais necessários para o dimensionamento das obrigações tributárias.

Como já dito acima, entendo que se encontram demonstradas e comprovadas uma série de irregularidades caracterizando o intuito de sonegação ao impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. São elas:

- a apresentação da DIPJ/2012 com valor das receitas de vendas no montante de R\$ 115.255.045,97, valor menor que a metade do faturamento real no montante de R\$ 248.047.000,00.;

- somente foram identificadas Notas Fiscais Eletrônicas com receitas de vendas no total de R\$ 144.014.099,08, valor também bem menor que o faturamento real no montante de R\$ 248.047.000,00.

Todavia, entendo que merece destaque o fato de a contribuinte ter tentado descaracterizar o Relatório da Diretoria com as demonstrações financeiras, devidamente publicado para conhecimento dos acionistas, conforme determina a legislação. Ao publicar um Relatório da Diretoria retificador quase quatro anos depois, justamente após intimação da fiscalização para esclarecimento dos dados iniciais publicados, corrobora a intenção de reduzir a base de cálculo e evitar a constituição do crédito tributário sem amparo em documentação. Tal afirmativa torna-se plausível, considerando-se que a Impugnante não apresentou cópia da ata da Assembleia Geral necessária para autorizar a alteração das demonstrações financeiras, nem apresentou o balanço transcrito no Livro Diário, conforme determina a legislação.

Como considero que essas ações aqui relatadas foram praticadas intencionalmente, a infração já vem, desde o início, marcada pelo dolo.

Assim sendo, voto pela manutenção da multa qualificada no presente caso.

DO AGRAVAMENTO DA MULTA

Em relação à multa agravada, a Impugnante alegou que a multa de ofício foi agravada ao fundamento de que a contribuinte não teria prestado os esclarecimentos solicitados pela autoridade tributária. Ocorre que não seria possível, com base neste fato, agravar a multa de ofício, pois a mesma conduta atribuída ao Impugnante está sendo utilizada como fundamento para aplicação de duas penalidades. A primeira consistente no arbitramento dos lucros e, a segunda, no agravamento da multa de ofício pelo mesmo motivo. Esta prática ilegal é reprimida pelo próprio CARF consoante se infere da leitura da Súmula nº 96.

O art. 44, §2º da Lei nº 9.430, de 1996, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, dispõe assim sobre o agravamento da multa de ofício:

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

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

Por sua vez, o art. 11 da Lei nº 8.218/91 dispõe o seguinte:

Art. 11. As pessoas jurídicas que utilizarem sistemas de processamento eletrônico de dados para registrar negócios e atividades econômicas ou financeiras, escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal, ficam obrigadas a manter, à disposição da Secretaria da Receita Federal, os respectivos arquivos digitais e sistemas, pelo prazo decadencial previsto na legislação tributária. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001) (vide Mpv nº 303, de 2006)

*§ 1º A Secretaria da Receita Federal poderá estabelecer prazo inferior ao previsto no **caput** deste artigo, que poderá ser diferenciado segundo o porte da pessoa jurídica. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)*

§ 2º Ficam dispensadas do cumprimento da obrigação de que trata este artigo as empresas optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 3º A Secretaria da Receita Federal expedirá os atos necessários para estabelecer a forma e o prazo em que os arquivos digitais e sistemas deverão ser apresentados. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 4º Os atos a que se refere o § 3º poderão ser expedidos por autoridade designada pelo Secretário da Receita Federal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

No caso, a Autoridade Fiscal enviou os Termos de Intimação Fiscal nº 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 e 13, intimando a contribuinte a apresentar a Escrituração Contábil Digital - ECD, através da transmissão do arquivo digital para o SPED, mas a empresa não atendeu às intimações.

A resposta da contribuinte ao Termo de Intimação Fiscal nº 0014, apresentada em 17/02/2016, quando foi concedido pela Autoridade Fiscal o prazo adicional solicitado até 08/03/2016, atestou possuir a Impugnante a escrituração contábil digital, conforme trecho do documento copiado abaixo:

A empresa teve que reconstituir toda sua Contabilidade a partir do ano de 2011 e no curso da reconstituição deparou com diversas inconsistências, como por exemplo problemas no software utilizado e perda de informações. Agora, já reconstituídos, estamos providenciando o envio dos arquivos eletrônicos (Sped Contábil) e procedendo com a nova publicação.

A empresa estará publicando nos próximos dias as Demonstrações Financeiras corretas referente ao período acima informado. Assim que forem publicadas encaminharemos à Receita Federal os demonstrativos corretos. Diante do exposto, pedimos à V.Sª., o prazo de 20 dias a partir desta data, para providenciarmos as devidas correções.

Da análise da referida resposta, constata-se que a própria contribuinte afirmou já ter reconstituído a sua contabilidade a partir do ano de 2011 e que estaria providenciando o envio dos arquivos eletrônicos (Sped Contábil). Todavia, até o momento de sua defesa, a Impugnante não apresentou a sua escrituração contábil digital, apesar de reconhecer que a possuía, em condições de ser encaminhada.

A toda evidência, a contribuinte possuía a documentação e deixou de apresentar ao fisco exatamente para dificultar o trabalho fiscal.

A jurisprudência do CARF quanto ao agravamento da multa por falta de atendimento às intimações fiscais é extremamente restritiva. Há que se provar nos autos que:

- i) o Fiscalizado, sabidamente, possuía os documentos solicitados pela Fiscalização;*
- ii) tais documentos ou esclarecimentos eram absolutamente necessários à apuração de irregularidades e/ou dos tributos devidos, importando em prejuízo para o lançamento;*
- iii) a Fiscalizada foi regularmente intimada a apresentar tais documentos, com prazos adequados.*

A meu ver, todas essas premissas foram atendidas e a Impugnante deixou de fornecer os documentos à Fiscalização exatamente por estar ciente do que acarretaria.

Cite-se nesse sentido o acórdão 102-46.374 de 16/06/2004, cuja ementa elucida:

[...]

Assim, ficou evidenciado que, com a negativa da contribuinte em apresentar a sua escrituração contábil digital, após vários termos de intimação fiscal, deve incidir a norma disposta no § 2º, do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Mantém-se o agravamento da multa.

Alegações que dizem respeito à inaplicabilidade de norma legal em razão de vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade não são analisadas na esfera administrativa, em razão da vinculação atribuída pelo art. 116, III, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 142 do Código Tributário Nacional, e da competência atribuída ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, arts. 97 e 102.

O assunto foi objeto da Súmula CARF nº 2, abaixo:

Súmula CARF nº 2 - O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

DA RESPONSABILIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA

O sócio gerente Sr. Marco Antonio Vac Júnior insurgiu-se contra a sua responsabilização passiva solidária, alegando que a Autoridade Fiscal nem se indignou a detalhar em qual ou quais hipóteses dos artigos 134 e 135 do CTN o injustiçado sócio se enquadra. Afirmou presumir que foi infração a lei, porém qual lei teria infringido, pois não há sequer conduta tipificada, quanto menos o dolo foi comprovado.

Não assiste razão ao Impugnante.

A Autoridade Fiscal, ao contrário do alegado pelo Impugnante, relatou no Auto de Infração o seguinte (fls. 158):

[...]

Cumprе ressaltar que o Sr. Marco Antonio Vac Júnior, além de sócio majoritário da empresa, era também administrador da sociedade, requisito necessário para a responsabilidade tributária definida no art. 135, III, do CTN.

Há que se observar, ainda, que não se trata de considerar o mero inadimplemento como infração de lei. A situação definida como “infração de lei” se verifica, no presente caso, pela conduta fraudulenta do contribuinte com o fim de evitar o pagamento do tributo operacionalizada pela não emissão de notas fiscais e por corroborar com a intenção de reduzir a base de cálculo e evitar a constituição do crédito tributário sem amparo em documentação, como exposto supra.

E, conforme corretamente pondera a fiscalização, a participação do Sr. Marco Antonio Vac Júnior foi direta e incisiva na prática de todas as operações que compõem a atuação societária como todo, uma vez que ele é o principal administrador da empresa, sem o qual nenhuma das infrações seria possível.

Cabível, portanto, a imputação de responsabilidade passiva solidária.

[...]

CONCLUSÃO.

Tendo em vista a análise procedida anteriormente, voto no sentido de considerar IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO para MANTER INTEGRALMENTE os Autos de Infração do presente processo.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificada da decisão do acórdão da DRJ, a Contribuinte e o responsável solidária interpõem um único recurso voluntário, no qual repetem a argumentação apresentada nas Impugnações, ora transcritas na decisão recorrida, então apreciadas por aquela instância.

As alegações trazidas no recurso voluntário são, praticamente, as mesmas apresentadas na Impugnação.

Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano

Preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário apresentado, dele conheço.

Passa-se à sua apreciação.

No que tange às preliminares suscitadas, aliás, já adequadamente repelidas pela decisão recorrida, me declino de comentá-las em função do voto a ser ora proferido, nas questões de mérito.

Conforme relatoriado, já houve um lançamento de ofício (processo administrativo fiscal nº 16095.720022/2016-93, com o mesmo MPF, mesmo **Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades**, mesmas intimações, com apenas uma exceção que será comentada adiante), contra esta empresa e relativo ao mesmo ano calendário (**2011**), sendo, inclusive, já objeto de julgamento por esta 1ª Turma, por meio do Acórdão nº 1401-003.018, em sessão de 22/11/2018, voto do Conselheiro Relator Daniel Ribeiro Silva, onde, por unanimidade de votos, se deu provimento parcial ao recurso voluntário tão somente para afastar o agravamento da multa de ofício.

Oportuno reproduzir alguns excertos daquele voto:

Em sede de impugnação a contribuinte basicamente alegou a não dedução dos tributos pagos ou retidos na fonte (parte provida pela DRJ e objeto de Recurso de Ofício), e contestou a multa agravada por entender que já haveria multa específica aplicada.

Por sua vez, em sede Recursal, com exceção do argumento contestatório ao agravamento da multa, a Recorrente alega incorreções na base de cálculo do arbitramento, bem como a inadequação da sua adoção, o que se constitui em inovação do mérito de defesa.

Neste contexto, o recurso não atende a todos os pressupostos de admissibilidade intrínsecos.

Pois, não obstante, o recurso ser cabível, haver interesse recursal, o recorrente deter legitimidade, inexistir fato impeditivo ou modificativo do poder de recorrer, em contra fluxo, nota-se existir fato extintivo do poder de recorrer relativo a preclusão consumativa que se operou quanto a todas as matérias nele aduzidas, haja vista que não apresentadas em impugnação.

Naquele processo, consta que a Interessada tomou ciência do resultado do julgamento, não tendo havido recurso especial da PGFN.

Quer se dizer com isto, que já houve uma decisão administrativa **definitiva** acerca de regime de apuração dos tributos desta empresa e relativo ao calendário de **2011**, qual seja o **lucro arbitrado**.

O presente processo utiliza-se dos mesmo argumentos daquele processo, tendo a autoridade autuante (a mesma) possibilitado, neste processo, uma rediscussão da matéria -, as mesmas razões de arbitramento - daquele processo, o que me parece irrazoável.

Entendo que não se pode ficar aqui rediscutindo se o lucro de 2011 deve ou não ser arbitrado, uma vez que já decidimos tal questão.

Entretanto, caso assim não entendam e, até porque os membros da presente Turma não são os mesmos daquela ocasião, de se tornar a enfrentar a questão.

O arbitramento de lucro do ano de 2011 deu-se com base no art.530, inciso III do RIR/99: falta de apresentação de livros e documentos de escrituração comercial ou fiscal.

A Interessada foi intimada em **19/05/2014**, por meio do Termo de Intimação Fiscal - **TIF 03**, a apresentar a **ECD** de 2011, sendo posteriormente reintimada por meio dos **TIF 04 a 013**, e **TIF 015**, sendo este último lavrado em **11/04/2016**, procedimento que, para não dizer exagerado, no mínimo é inusitado, pois bastavam duas intimações (afinal todas não tiveram resposta) para que se pudesse proceder ao arbitramento do lucro.

Enfim, são as mesmas intimações daquele processo, evidentemente que foi perfeitamente adequado e legítimo o arbitramento do lucro do ano de 2011.

Da Base de Cálculo do Arbitramento

De se reproduzir excertos do Termo de Verificação e Constatação de Irregularidades:

Em 25/01/2016 foi lavrado o Termo de Intimação Fiscal nº 14 intimando o contribuinte a prestar esclarecimentos, por escrito, em relação as diferenças de valores entre o Relatório de Diretoria com as Demonstrações Financeiras do exercício encerrado em 31/12/2011 e 2010, publicados no Diário Oficial, conforme cópia da publicação em anexo, e os valores declarados a Receita Federal do Brasil quanto as Receitas de Vendas e demais valores da Demonstração de Resultados, enviado via correios com aviso de recebimento AR e o contribuinte tomou ciência do referido Termo em 29/01/2016.

Em 17/02/2016 a empresa protocolou pedido de prorrogação de prazo para atendimento ao Termo de Intimação Fiscal nº 14. Concedemos prazo adicional até 08/03/2016.

Em 07/03/2016 a empresa apresentou a publicação no Diário Oficial de 05/03/2016 do Relatório de Diretoria com as Demonstrações Financeiras do exercício encerrado em 31/12/2011 e 2010, que substitui a publicação anterior de 23/05/2012.

3. DAS VENDAS DA EMPRESA

A Newpower Sistemas de Energia S.A. emitiu Notas Fiscais eletrônicas, cujos valores constam detalhadamente nos anexos “*Notas Fiscais Eletrônicas*” e resumidas no anexo “*Resumo das Notas Fiscais Eletrônicas*”, durante o ano-calendário de 2011, conforme informações obtidas junto ao sistema SPED, que totalizam no referido ano-calendário, a Receita de Vendas de R\$ 144.014.099,08 (Cento e quarenta e quatro milhões, quatorze mil, noventa e nove reais e oito centavos).

Estes valores forem objeto de Lançamento de Ofício através dos Autos de Infrações constantes do processo nº 16095-720.022/2016-93, com ciência do contribuinte em 23/01/2016.

Entretanto na publicação do Relatório da Diretoria no Diário Oficial em 23/05/2012 a empresa informa que a sua Receita de Vendas no ano-calendário de 2011 é de R\$ 248.047.000,00 (Duzentos e quarenta e oito milhões e quarenta e sete mil reais).

Tendo em vista que a Interessada apenas retificou o referido Relatório de Diretoria, a autoridade autuante tributou a diferença entre o valor que ali constava originariamente, informado como receitas de vendas, e o valor que já havia sido lançado de ofício naquele processo que comentei no início do presente Voto. Foi assim:

Receitas de Vendas	R\$ 248.047.000,00	conforme Relatório de Diretoria
Receita lançada e tributada	(144.014.099,08)	Processo nº 16095.720022/2016-93
Valor ora tributado	R\$ 104.032.900,92	presente processo

Se não tem ECD e o lucro foi arbitrado por esta razão, este Relatório de Auditoria que consta em Demonstração Financeira publicada em Diário Oficial do Estado de São Paulo não merece credibilidade para fins fiscais, quando muito os valores ali informados poderiam servir de elementos subsidiários para uma investigação mais aprofundada, por exemplo, averiguar a existência de contas bancárias, há informação de mais de R\$ 40 milhões em empréstimos bancários, intimar o contador da empresa que detinha poderes (procuração nos autos) para receber e atender as demandas da fiscalização, etc, enfim, tal tributação não atendeos requisitos do art.142 do CTN.

O lucro arbitrado com base na receita bruta conhecida encontra-se disciplinado no art.532 do RIR/99, mencionado no Termo Fiscal:

Art. 532. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, § 11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento (Lei nº 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I)."

Art. 537. Verificada omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 532 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24).

Parágrafo único. No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela que corresponder o percentual mais elevado (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24, § 1º).

Que receita bruta conhecida é esta?

Uma pista vamos encontrar em dispositivos do RIR/99:

Arbitramento pelo contribuinte

Art.531. Quando conhecida a receita bruta (art.279 e parágrafo único) e desde que ocorridas as hipóteses do artigo anterior, o contribuinte poderá efetuar o pagamento do imposto correspondente com base no lucro arbitrado, observadas as seguintes regras (Lei nº 8.981, de 1995, art.47, parágrafos 1º e 2º, e Lei nº 9.430, de 1996, art.1º):

[...]

SUBSEÇÃO I

DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE RECEITAS

Receita Bruta

Art.279. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia (Lei nº 4.506, de 1964, art.44, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1997, art.12).

[...]

Com exceção das **presunções legais** de omissão de receitas (como, por exemplo, saldo credor de caixa, passivo fictício, art.42 da Lei 9.430/96, etc), onde não se precisa apurar **materialmente** a omissão de receita - receita bruta conhecida - não vejo o devido respaldo legal que amparasse o procedimento da autoridade autuante na tributação que empreendeu e por esta razão devo acatar as alegações da Recorrente, a saber:

*O Auto de Infração foi lavrado com fundamento nos arts. 532 e 537 do RIR/99. Todavia, os artigos não se aplicam, pois não se verificou omissão de receita e nem a receita bruta era conhecida. Além disso, no item 6.1 do TVF, o auditor nos informa que houve “Omissões de Receitas da **atividade**”. Como poderia concluir que se tratava de receitas da atividade, se não conseguiu sequer quantificá-las ou identificar a sua origem?*

Mesmo que a autoridade desejasse aferir o valor devido, uma vez que não possui elementos de certeza do fato gerador, deveria

utilizar fundamentação legal e métodos diversos de apuração do Auto, o que tornaria o vício insanável.

Entendo, portanto, que o lançamento carece de certeza e liquidez, atributos essenciais e previstos no art.142 do CTN, de forma que o mesmo deve ser cancelado pelas razões ora expostas e, por assim ser, deixo de comentar as demais questões alegadas em preliminar e/ou de mérito.

Lançamentos Decorrentes

A solução dada ao litígio principal, referente ao IRPJ, aplica-se ao lançamento dele decorrentes (CSLL, PIS e COFINS), por resultarem dos mesmos elementos de prova e se referirem à mesma matéria tributável.

Conclusão

É como voto, em dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano