



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

Processo nº 19515.004334/2010-61
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.189 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de setembro de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO IRPJ E REFLEXOS
Recorrente COGEB SUPERMERCADOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

LANÇAMENTO. NULIDADE. REQUISITOS LEGAIS PRESENTES. Não é nulo o auto de infração lavrado por autoridade competente e quando se verificam presentes no lançamento os requisitos exigidos pela legislação tributária.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Não ocorre cerceamento de defesa quando o contribuinte, no curso do procedimento fiscal, é intimado de todos os atos e elementos solicitados, e quando constam do termo de verificação, do auto de infração (cuja via lhe foram entregues) e dos autos do respectivo processo administrativo fiscal todos os elementos necessários ao exercício de sua ampla defesa.

LUCRO ARBITRADO. CABIMENTO. O contribuinte que deixar de apresentar, regularmente intimado, à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal fica sujeito ao arbitramento de seu lucro, conforme prescrito na legislação.

GUIAS DE INFORMAÇÃO E APURAÇÃO DO ICMS (GIA). RECEITAS INFORMADAS. As receitas contabilizadas nas Guias de Informação e Apuração do ICMS - GIA são prestadas ao Fisco Estadual pelos próprios contribuintes e constituem meio legítimo para se apurar receitas omitidas. O ônus da prova cabe a quem ela aproveita.

OMISSÃO DE RECEITAS. DIVERGÊNCIA DE INFORMAÇÕES PRESTADAS AOS FISCOS FEDERAL E ESTADUAL. MULTA QUALIFICADA. FRAUDE. A divergência, não justificada, nas informações acerca das receitas auferidas pela pessoa jurídica, nas declarações apresentadas aos Fiscos Federal e Estadual, configura omissão de receitas, e revela a conduta dolosa da empresa de omitir ao Fisco Federal as receitas efetivamente auferidas.

Configurado está o evidente intuito de fraude (*latu sensu*), na medida em que a falta de tal informação, visava justamente a impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador (sonegação) e a excluir as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal (fraude *strictu sensu*), de modo a evitar o pagamento do imposto devido.

MULTA DE OFÍCIO. EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO. A multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, será aplicada quando ficar evidenciado que o contribuinte adotou práticas que, segundo a autoridade fiscal, se enquadraram nas situações previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, sujeitando-se ainda o autuado ao agravamento da exigência para 225%, em decorrência de embaraço à fiscalização, caracterizado pela falta de atendimento reiterado a intimações fiscais para prestar esclarecimentos e mudanças de endereços.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. INCIDÊNCIA. Sobre o crédito tributário não recolhido no vencimento incidem juros cobrados de acordo com a variação da taxa Selic, na forma do disposto no artigo 953, do RIR/1999. No mês em que o débito for pago, os juros de mora serão de um por cento.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA Constatada a omissão de receita, o valor correspondente deverá ser considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição Social, do PIS e da Cofins.

Recurso Voluntário Negado Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passa a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinado digitalmente)

Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moises Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

COGEB SUPERMERCADOS LTDA recorre a este Conselho contra a decisão proferida pela DRJ em primeira instância, que julgou procedente a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Adoto o relatório da decisão recorrida *(verbis)*:

Em ação fiscal levada a efeito sobre o contribuinte COGEB SUPERMERCADOS LTDA., CNPJ 01.676.583/0001-84, foram lavrados Autos de Infração referentes ao IRPJ, PIS, COFINS e CSLL, relativos ao ano calendário de 2006, em razão de omissão de receita. O crédito tributário constituído totaliza R\$ 2.778.969,76, aí incluídos juros de mora e multa de 225% por entender a fiscalização ter havido embaraço à fiscalização e indícios de crime de sonegação fiscal.

Por bem descrever os fatos, excerto do Termo de Constatação de Irregularidades de fls. 277/285 (fls. 77, v2) é abaixo reproduzido:

17. ... em 26/05/2010 procedeu-se a intimação à COGEB (fls. 109), no seu domicílio tributário à Rua Cavalheiro Torquato Rizzi, 1093, sala 02, Jardim São Luiz, Ribeirão Preto/SP, onde solicitou-se o comparecimento do Sr. Eros José Fernandes, CPF nº 715.220.858-15, sócio administrador, responsável perante a RFB, a comparecer a esta DEFIS/SP em 14/06/2010, para prestar esclarecimentos sobre a ação fiscal em andamento;

18. O AR retornou em 02/06/2010 “ausente”, após três tentativas de entrega (fls. 110 a 112);

19. Em 14/06/2010, encaminhamos novamente intimação à COGEB, na pessoa do sócio administrador EROS JOSÉ FERNANDES (fls. 113), no seu domicílio tributário à Rua Dr. Paulo Pinheiro Werneck, 860, Parque Santa Mônica, São Carlos/SP, para comparecimento do mesmo à esta DEFIS em 28/06/2010, para prestar esclarecimentos sobre a ação fiscal em andamento;

20. A intimação foi recebida em 21/06/2010, conforme AR (fls. 114) ;

21. Concomitantemente, na mesma data, procedemos a mesma intimação ao Sr. Eros (fls. 115), no domicílio tributário de uma das suas filiais, em São Carlos, para comparecimento do mesmo à esta DEFIS em 28/06/2010, para prestar esclarecimentos sobre a ação fiscal em andamento;

22. A intimação foi recebida em 23/06/2010, conforme AR (fls. 116);

23. Apesar das duas intimações terem sido recebidas, o sócio EROS não compareceu no local e data mencionados na intimação;

24. Considerando-se que o contribuinte não atendia as nossas intimações, e antes de darmos início ao processo de inaptdão do mesmo, achamos por bem proceder a diligência junto ao Sr. Julio de Amadeu Correia Abrantes, contador do contribuinte e proprietário do imóvel onde constava o domicílio tributário da COGEB no início da fiscalização;

25. A Diligência foi executada conforme MPF Vinculado nº 0819000-2010-02085-2 (fls. 117), onde solicitou-se esclarecimentos conforme Termo de Intimação e Início de Diligência (fls. 118 a 120) e Termo de Intimação às fls. 124;

26. O Sr. Júlio apresentou esclarecimentos em 26/07/2010 através do seu procurador (fls. 123 e 127), onde informou que sua relação com a empresa é de prestação de serviços contábeis, que seu imóvel foi cedido sem ônus para a empresa onde funcionaria um escritório de compras, e que os domicílios tributários da COGEB e do seu sócio é o constante do cadastro da RFB, apresentando, ainda, procuração da COGEB para representá-la na presente fiscalização, com data de 21/06/2010 (fls. 90);

27. Em 26/07/2010, a fiscalizada foi mais uma vez intimada através do seu procurador a apresentar os livros Diário e Razão (fls. 128);

28. Em 16/09/2010, foi intimado a proceder a retificação na sua DIPJ e apresentar a DACTON (fls. 129);

29. Em 19/10/2010, foi intimado no seu domicílio tributário, através da via postal, a esclarecer as diferenças apuradas por esta fiscalização entre a receita declarada na GIA e registrada no Livro de Apuração de ICMS e a declaradas na DIPJ (fls. 130 a 132);

30. Apresentou DIPJ retificadora em 04/11/10 (fls. 37 a 81), onde constam valores de receita divergentes do Livro de Apuração de ICMS/GIAS;

31. Em resposta ao Termo de Intimação de 19/10/2010, apresentou as alegações abaixo transcritas (fls. 133 a 134), juntando a DIPJ Retificadora (fls. 135 a 170) e as DCTFs apresentadas (fls. 171 a 213);

‘.....

As eventuais diferenças apontadas da intimação não correspondem a realidade, eis que foram apresentadas a Receita Federal DIPJ e DCTF's, conforme cópias anexas.

Para comprovação das receitas foram entregues a fiscalização os livros fiscais do exercício de 2006 que atesta os valores apurados nas GIAS do ICMS, bem como entregues a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo que são os mesmos valores que constam da DIPJ do período de 2006';

32. Em 22/11/2010 procedemos ao Termo de Constatação e Intimação, recebido em 29/11/2010 (fls. 214 a 217), onde o contribuinte foi intimado a apresentar novos elementos que complementassem ou retificassem as informações contidas naquele termo, sob pena de procedermos ao lançamento de ofício, tomando-se por base de cálculo os valores registrados no Livro de Apuração de ICMS/GIA.

33. Em 06/01/2010, o Sr. Eros Jose Fernandes compareceu a esta DEFIS, onde foram-lhe devolvidos os livros fiscais apresentados, conforme Termo de Devolução de Livros e documentos (fls. 224).

DO EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO

Ante o exposto, e considerando-se que restou caracterizado o EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO referido no art. 919 e parágrafo único do RIR/99, na forma de o contribuinte não ser encontrado nos endereços declarados à RFB, deixar de atender

às intimações, deixar de apresentar os livros a que está obrigado de acordo com os arts. 251, 258 e 259 do RIR/1999, procedemos ao Auto de Embaraço à fiscalização, recepcionado por AR em 03/12/2010 (fls. 218 a 223), nos termos do art. 919 do RIR/99, aprovado pelo Decreto 3.000/1999, e art. 330 do Código Penal (Decreto Lei 2.848/1940, com redação dada pela Lei 7.209/84)

DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO

Face ao acima exposto e considerando-se:

1. Que até a presente data o contribuinte deixou de atender as intimações com datas de 06/01/2010 (fls. 86) e 26/07/2010 (fls. 128), onde solicitou-se a apresentação dos livros Diário e Razão a que está obrigado em consonância com os arts. 251, 258 e 259 do RIR/99;
2. Que em resposta a nossa Intimação de 19/10/10, onde solicitou-se esclarecimentos sobre as diferenças apuradas entre a receita registrada no Livro Registro de Apuração de ICMS/GIAs e a DIPJ entregue sem valores, o contribuinte limitou-se a apresentar a DIPJ Retificadora (fls. 37 a 81), que mesmo assim, continuou a apresentar diferenças com o Livro de Apuração de ICMS 1º, 2º e 3º trimestre de 2006;
3. Que o fato do contribuinte ter apresentado DIPJ sem valores e ter deixado de apresentar os livros contábeis obrigatórios caracteriza omissão de receita;
4. Que o sujeito passivo não apresentou resposta ao nosso Termo de Constatação e Intimação de 22/11/10 (fls. 214 a 216), onde foi lhe dado ciência dos fatos acima narrados, sendo o mesmo intimado a apresentar novos elementos que complementassem ou retificassem as informações contidas naquele Termo;
5. Que a falta de escrituração contábil por parte da pessoa jurídica tributada com base no lucro real constitui hipótese de arbitramento de lucros, quando a Fiscalização tomará por base a receita bruta conhecida. Não logrando o contribuinte justificar as diferenças a menor entre os valores da receita bruta declarada e a informada ao Fisco Estadual, é legítimo o arrolamento, para fins de arbitramento do lucro, dos valores constantes das Guias de Informação e Apuração do ICMS (GIAs) entregues à Administração Fazendária Estadual.

Assim, proceder-se-á ao lançamento de ofício relativo ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, com o fim precípuo de promover a sua constituição, que será objeto do Processo Administrativo Fiscal nº 19515.004334/2001-61, através do arbitramento do lucro, conforme inciso I do art. 530 do RIR/99, tomando-se por base de cálculo os valores registrados no Livro Registro de Apuração de ICMS (fls. 247 a 272) e declarados nas GIAs (235 a 246), conforme abaixo demonstrado, aplicando-se o coeficiente de arbitramento de 9,6% para o IRPJ e 12% para a CSLL, de acordo com o art. 532 do RIR/99, conforme planilhas anexas ao presente Termo (fls. 286 a 290), reconhecendo-se os valores declarados em DCTFs de PIS e COFINS:

Os valores apurados pela fiscalização de receitas mensais de vendas declaradas nas GIAs de acordo com o Livro de Apuração de estão apresentados nos quadros de fls. 282/283;

Juntamos às fls. 273 a 275, as páginas de nº. 01 a 136 do Livro Registro de Saídas nº 024, relativas a abertura e encerramento, cujos registros correspondem aos registrados no Livro de Registro de Apuração de ICMS.

DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

.... com base no art. 1º da Portaria RFB nº 665/08, que ficará vinculada ao processo administrativo do auto de infração de nº 19515.004334/2010-61, por ter ficado demonstrada a ocorrência de fatos que, EM TESE, configuram crime de sonegação fiscal, definido pelo inciso I do art. 71 da Lei 4.502/64, e crime contra a ordem tributária definido pelo art. 1º, inciso I e II e art. 2º, inciso I da Lei 8.137/90, que transcrevemos abaixo:

...

DO AGRAMENTO E QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

Procedemos à qualificação da multa de lançamento de ofício, conforme §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 (abaixo aprovado pelo Dec. 3.000/99, tendo em vista que o contribuinte foi enquadrado no crime de sonegação fiscal, e, conseqüentemente, ao seu agravamento, com alíquota de 225%, de acordo com o inciso I do §2º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 (abaixo transcrito), combinado com o art. 959 do RIR/99, por ter deixado de atender a intimação, no prazo marcado, para prestar esclarecimentos.

Cientificado, em 13/12/2010, nos próprios autos de infração, o contribuinte apresentou em 27/12/2010, a impugnação de fls. 322/345, com as alegações abaixo sintetizadas.

A fiscalização teria adotado *parca fundamentação* que justificasse o lançamento cuja base de cálculo foi arbitrada sobre as Guias de Informação e Apuração do ICMS.

Não teria havido qualquer omissão ou imprestabilidade das declarações prestadas ou dos documentos disponibilizados que caracterizasse qualquer das hipóteses que levaram ao arbitramento dos lucros.

Seria necessário o conhecimento pelo contribuinte dos fundamentos da imposição tributária para que pudesse ser exercido o contraditório e a ampla defesa. Como teria ficado prejudicada a defesa do contribuinte resultaria nulo todo o procedimento.

O procedimento estaria baseado em mera presunção simples, não podendo prosperar, *mesmo porque a base de cálculo para a apuração do valor aqui devido, valeu-se das GIAs de apuração do ICMS, sem qualquer desconto de valores pagos ou de produtos devolvidos, vendas canceladas, descontos incondicionais concedidos ou impostos não cumulativos.*

Existiriam erros na base de cálculo, *por exemplo, como pode ser observado nas cópias do Registro de Apuração do ICMS, o código (CFOP) 5929, lançado pela Sra. Auditora Fiscal como venda, não é venda, estando os valores registrados por este código, inclusos parte no código 5405 e parte no código 5102.*

Pelo fato de que estaria majorada e por englobar a totalidade do imposto devido, *sem abatimento dos tributos já pagos, a base de cálculo errônea do*

Imposto de Renda irá refletir de forma equivocada nos demais tributos aqui cobrados.

Como haveria divergência entre a base de cálculo utilizada pela empresa e a apurada pela fiscalização, caso ainda houvesse tributo devido, a tributação deveria recair sobre a diferença resultante entre essas bases de cálculo e não sobre a totalidade apurada pela fiscalização.

A Fiscalização não teria levado em conta que *se considera receita bruta, na determinação do lucro, o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e os resultados auferidos nas operações de conta alheia, excluídas as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante, dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário, além das devoluções de vendas.*

Em consequência, como a auditoria não desconsiderasse as exclusões procedidas pelo contribuinte, *obviamente que jamais chegará à mesma base de cálculo, não sendo isso motivo para a fiscalização autuar a empresa.*

O lançamento de ofício do IRPJ e seus reflexos deveria ter considerado a diferença resultante entre as apurações do fisco e da empresa e não o total apurado pela fiscalização.

O Termo de Constatação de Irregularidades conteria várias contradições, não poderia ser considerado que houve embargo à fiscalização em razão de a fiscalização no início do procedimento ter ser dirigido a pessoas não seriam habilitadas a responder pelo contribuinte.

Não seria coerente, *salvo melhor juízo*, acusar o contribuinte de ter se negado a fornecer livros fiscais obrigatórios, tendo consignado sua devolução no item 14 do termo de constatação de irregularidades.

A taxa SELIC não se prestaria a apuração dos juros de mora, seria ilegal a capitalização de juros e as multas aplicadas seriam flagrantemente confiscatórias.

A decisão recorrida está assim ementada:

LANÇAMENTO. NULIDADE. REQUISITOS LEGAIS PRESENTES. Não é nulo o auto de infração lavrado por autoridade competente e quando se verificam presentes no lançamento os requisitos exigidos pela legislação tributária.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Não ocorre cerceamento de defesa quando o contribuinte, no curso do procedimento fiscal, é intimado de todos os atos e elementos solicitados, e quando constam do termo de verificação, do auto de infração (cuja via lhe foram entregues) e dos autos

do respectivo processo administrativo fiscal todos os elementos necessários ao exercício de sua ampla defesa.

LUCRO ARBITRADO. CABIMENTO. O contribuinte que deixar de apresentar, regularmente intimado, à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal fica sujeito ao arbitramento de seu lucro, conforme prescrito na legislação.

GUIAS DE INFORMAÇÃO E APURAÇÃO DO ICMS (GIA). RECEITAS INFORMADAS. As receitas contabilizadas nas Guias de Informação e Apuração do ICMS - GIA são prestadas ao Fisco Estadual pelos próprios contribuintes e constituem meio legítimo para se apurar receitas omitidas. O ônus da prova cabe a quem ela aproveita.

OMISSÃO DE RECEITAS. DIVERGÊNCIA DE INFORMAÇÕES PRESTADAS AOS FISCOS FEDERAL E ESTADUAL. MULTA QUALIFICADA. FRAUDE. A divergência, não justificada, nas informações acerca das receitas auferidas pela pessoa jurídica, nas declarações apresentadas aos Fiscos Federal e Estadual, configura omissão de receitas, e revela a conduta dolosa da empresa de omitir ao Fisco Federal as receitas efetivamente auferidas.

Configurado está o evidente intuito de fraude (latu sensu), na medida em que a falta de tal informação, visava justamente a impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador (sonegação) e a excluir as características essenciais do fato gerador da obrigação tributária principal (fraude strictu sensu), de modo a evitar o pagamento do imposto devido.

MULTA DE OFÍCIO. EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO. A multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, será aplicada quando ficar evidenciado que o contribuinte adotou práticas que, segundo a autoridade fiscal, se enquadraram nas situações previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, sujeitando-se ainda o autuado ao agravamento da exigência para 225%, em decorrência de embaraço à fiscalização, caracterizado pela falta de atendimento reiterado a intimações fiscais para prestar esclarecimentos.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. INCIDÊNCIA. Sobre o crédito tributário não recolhido no vencimento incidem juros cobrados de acordo com a variação da taxa Selic, na forma do disposto no artigo 953, do RIR/1999. No mês em que o débito for pago, os juros de mora serão de um por cento.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA Constatada a omissão de receita, o valor correspondente deverá ser considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição Social, do PIS e da Cofins.

Impugnação Improcedente

Cientificada da aludida decisão em 14/11/2011 (fl. 624), a contribuinte apresentou recurso voluntário em 8/12/2011 (fls. 625 e seguintes), no qual reforça as alegações da peça impugnatória e, ao final, requer o provimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade.

Conforme relatado, trata-se de apuração de omissão de receitas em face da diferença entre o valor do faturamento declarado à Receita Federal e as informações prestadas à Fazenda Estadual (ICMS), sendo que a exigência de IRPJ e CSLL se deu pelo Lucro Arbitrado, além de PIS e Cofins.

A Fiscalização Aplicou multa qualificada de 150%, agravada para 225% em face de não atendimento às intimações fiscais.

Passo a apreciar as alegações recursais.

Preliminares. Nulidade do Auto de Infração e Cerceamento do direito de defesa.

De início, o recorrente repisou a alegação de nulidade do auto de infração.

Por certo, não lhe cabe razão. Isso porque o auto de infração lavrado não possui qualquer vício que o torne nulo. O art. 10 do mesmo diploma legal, determina:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá 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.

Conforme se verifica dos autos, o lançamento foi lavrado por servidor competente e com observância dos requisitos exigidos pela legislação tributária, não podendo ser acolhida, por conseguinte, a arguição de nulidade levantada pela Impugnante.

No que tange à alegação de cerceamento do direito de defesa, a decisão de 1ª Instância foi precisa ao registrar que:

“A base tributável encontra-se, ao contrário do que alega a Impugnante, plenamente descrita nos autos, na documentação anexada, nas intimações e mormente no Termo de Constatação de Irregularidades, bem assim a fundamentação legal. A fonte da qual se originou os valores que serviram à

autuação foram as GLAs – Guia de Informação e Apuração do ICMS, entregues pelo próprio contribuinte à Administração Fazendária Estadual.

Todos os elementos essenciais de validade do lançamento tributário encontram-se presentes, conforme prescreve o art. 142 do CTN. Assim, por constar dos autos todos os elementos que deram ensejo ao lançamento, os quais, ademais, possibilitam o seu perfeito entendimento pelo Contribuinte, não procede a alegação de cerceamento do seu direito de defesa.”

Pelo exposto, rejeito as preliminares.

Mérito. Omissão de Receitas e Arbitramento.

O contribuinte repisa também as alegações contra o arbitramento do lucro. Afirma que o Agente Fiscal não teria esgotado todas as medidas para apurar o lucro real supostamente devido, devendo ser decretada, por mais este motivo, a nulidade do auto de infração.

O recorrente contesta também a acusação de que teria se negado a fornecer livros fiscais obrigatórios, e que não procederia o termo de embargo a fiscalização, visto que o próprio autuante teria consignado no item 14 do termo de constatação de irregularidades a devolução dos referidos livros.

Tais alegações já foram suficientemente enfrentadas em 1ª. instância pelos seguintes fundamentos:

“(…) Ora, primeiro que da leitura do Termo de Devolução de Documentos e do indigitado item 14 do Termo de Constatação de Irregularidades se verifica que os livros fiscais obrigatórios a que se refere o impugnante se resumem tão somente ao livro de Registro de Apuração do ICMS.

Observe-se, também, que o Contribuinte apresentou inicialmente a DIPJ, do ano calendário de 2006, com os valores zerados e não apresentou a DACON. A isto se acrescente que, a despeito das alterações em seu domicílio tributário durante o procedimento fiscal, foi o contribuinte devidamente intimado a apresentar os Livros Diário e Razão reiteradamente e não o fez, os quais deveriam, a bem da verdade, terem sido apresentados de pronto à Fiscalização, já que são obrigatórios (por lei) e comuns na vida da empresa.

Assim, teve o Contribuinte o tempo adequado e suficiente para apresentar os elementos solicitados, mas assim não procedeu. Por esse motivo, não restou à Fiscalização outra saída a não ser lavrar o termo de embargo à fiscalização e arbitrar o lucro do Contribuinte, conforme determina a lei para esses casos. (...)”

Frise-se que o lucro arbitrado é forma prevista na lei para o cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica. O art. 530 do RIR/99 assim trata da questão:

“Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

b) determinar o lucro real;

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);

VI - o contribuinte não manter, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.”

Conforme se verifica, o texto do dispositivo legal acima citado dá total respaldo à autuação pelo lucro arbitrado praticada pela Autoridade Fiscal.

No que tange a utilização das Guias de Informação e Apuração do ICMS – GIA para apurar o valor real das receitas, aduz a recorrente que a fiscalização teria se valido das GIAs, sem qualquer desconto de valores pagos ou de produtos devolvidos, vendas canceladas, descontos incondicionais concedidos ou impostos não cumulativos, ora que o código (CFOP) 5929, lançado pela Sra. Auditora Fiscal como venda, não seria venda, e que os valores registrados por este código estariam inclusos parte no código 5405 e parte no código 5102; e, ainda de que a base de cálculo do IRPJ estaria majorada e que englobaria a totalidade do imposto devido, sem abatimento dos tributos já pagos, o que refletiria de forma equivocada nos demais tributos lançados.

Reitera também que caso houvesse tributo devido a tributação deveria recair sobre a diferença resultante entre a base de cálculo da retificadora do IRPJ apresentada pelo contribuinte e a apurada pela fiscalização, e, não sobre a totalidade apurada pela fiscalização, pois a divergência entre a base de cálculo utilizada pela empresa e a apurada pela fiscalização, decorreria do que esta teria levado em conta para considerar receita bruta, na determinação do lucro, pois o contribuinte teria considerado também o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e os resultados auferidos nas operações de conta alheia, excluídas as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante, além das devoluções de vendas.

Pois bem. No que tange a utilização dos valor das receitas informadas nas GIA, verifica-se que foi a única saída que restou ao Fisco, pois reiteradamente intimado o contribuinte não logrou apresentar seus registros contábeis e fiscais que permitissem considerar eventuais descontos sobre as receitas de vendas. Ademais por serem as GIAs documentos

apresentados ao Fisco Estadual pelos próprios contribuintes, constituem meio legítimo para se apurar receitas omitidas.

Conforme salientado na decisão recorrida, os elementos de prova colacionados pelo contribuinte, nos quais sustenta sua argumentação são exatamente os mesmos documentos juntados pela fiscalização e em que se fundou a autuação.

Aqui vale novamente transcrever os fundamentos da decisão de 1ª. instância que foi precisa neste ponto.

‘(...) Verifica-se das cópias dessas GIAs que a fiscalização tomou como valores de vendas os valores registrados nos códigos (CFOP) 5405, 5102 e 5929, sobre os quais insurge-se o impugnante apenas contra o de código 5929, alegando a respeito desse último que os valores ali registrados estariam inclusos parte no código 5405 e parte no código 5102.

Ora, o ônus da prova cabe a quem ela aproveita, e no caso não trouxe o impugnante elementos para sustentar o alegado. É consabido que se classificam neste código (5929) os registros relativos aos documentos fiscais emitidos em operações ou prestações que também tenham sido registradas em equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, como é o caso de caixas registradoras de supermercados, não havendo, como frisado, qualquer elemento nos autos que permitam fazer prevalecer a pretensão do requerente. (...)”

Em síntese: formei pleno convencimento de que arbitrar o lucro era mesmo o único procedimento cabível ao caso, sendo que está provado nos autos a omissão de receitas com base nas GIA apresentadas pelo próprio contribuinte.

Confirmo, pois, a tributação do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

Dos Recolhimentos Espontâneos do Contribuinte

No que tange aos recolhimentos espontâneos efetuados pelo contribuinte, verifica-se que se tratam de diversos tributos federais mas não incluem tributos sobre o lucro; e, os sobre faturamento foram considerados na apuração do PIS e da COFINS conforme demonstram os quadros anexos ao termo fiscal.

Portanto, nada cabe ser aproveitado.

Da multa de ofício e juros de mora

Quanto a exigência da multa de ofício e juros de mora a taxa Selic, esclareço que estão de acordo com a legislação.

A apuração de infrações em auditoria fiscal é condição suficiente para ensejar a exigência dos tributos mediante lavratura do auto de infração e, por conseguinte, aplicar a multa de ofício de 75% ou 150% nos termos do artigo 44, inciso I ou II, da Lei nº 9.430/1996. Essa multa é devida quando houver lançamento de ofício, como é o caso.

De qualquer forma, convém esclarecer, que o princípio do não confisco insculpido na Constituição, em seu art. 150, IV, dirige-se ao legislador infraconstitucional e não à Administração Tributária, que não pode furtar-se à aplicação da norma, baseada em juízo subjetivo sobre a natureza confiscatória da exigência prevista em lei.

Ademais, tal princípio não se aplica às multas, conforme entendimento já consagrado na jurisprudência administrativa, como exemplificam as ementas transcritas na decisão recorrida e que ora reproduzo:

"CONFISCO – A multa constitui penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal (Ac. 102-42741, sessão de 20/02/1998).

MULTA DE OFÍCIO – A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, restringe-se ao valor do tributo, não extravasando para o percentual aplicável às multas por infrações à legislação tributária. A multa deve, no entanto, ser reduzida aos limites impostos pela Lei nº 9.430/96, conforme preconiza o art. 112 do CTN (Ac. 201-71102, sessão de 15/10/1997)."

Frise-se que não há nenhum reparo a se fazer nos lançamentos no tocante à exigência da multa de ofício no percentual aplicado (225%).

Isso porque a reiterada divergência, não justificada, nas informações acerca das receitas auferidas pela pessoa jurídica, nas declarações apresentadas aos Fiscos Federal e Estadual, configura omissão de receitas, e revela a conduta dolosa da empresa de omitir ao Fisco Federal as receitas efetivamente auferidas, tudo destacado no relatório de auditoria fiscal, conforme adiante transcrito:

- 1. Inicialmente verificamos que o contribuinte além de ter apresentado a DIPJ do ano calendário de 2006 com valores zerados (fls. 03 a 37), o mesmo não apresentou DACON do período;**
- 2. O sujeito passivo não foi localizado no endereço que constava do cadastro da RFB no início da Fiscalização à Av.Lins de Vasconcelos, 1571, São Paulo/SP (fls. 225);**
- 3. Após o início da ação fiscal em 06/01/2010, procedeu a alteração do seu domicílio tributário, em 12/01/2010, para Rua Cavalheiro Torquato Rizzi, 1093, Ribeirão Preto/SP (fls. 225), onde também não foi localizado;**
- 4. Em 03/08/2010, procedeu a nova alteração do seu domicílio tributário para Rua Antonio Rodrigues Cajado, 1720, São Carlos/SP (fls. 225);**
- 5. Os trabalhos de auditoria iniciaram-se com a lavratura do Termo de Intimação e Início de Fiscalização de 19/11/2009 (fls. 82 e 83) que foi encaminhado ao contribuinte pela via postal em 25/11/2009 para o seu domicílio tributário à Av. Lins de Vasconcelos, 1571, São Paulo/SP, que retornou com a informação "ausente 3 vezes", em 01/12/2009 (fls. 84);**
- 6. Em 06/01/2010, comparecemos pessoalmente ao domicílio do sujeito passivo, onde constatamos que no local funciona a Academia de lutas marciais "Wadô-Kai" (fls. 230), sendo-nos informa o que referida Academia funciona no local há aproximadamente 20 anos, e que o proprietário do imóvel seria o Sr. ^Txlio Amadeu**

Correia Abrantes, sócio do escritório de contabilidade Globo Contábil, com escritório à Rua Inglês de Luz -no. 67, há duas quadras daquele local;

7. Dirigimo-nos então, ao escritório do Sr. Júlio, onde fui recebido pelo Sr. Rogério Senefonte, CPF no. 08 6.833.898-20, que apresentou procuração para representar o contribuinte junto à FRB, com data de 30/04/2008 (fls. 87);

8. Considerando-se que a procuração apresentada, apesar de antiga, não tinha prazo de validade, e estava com a assinatura do sócio da fiscalizada com firma reconhecida, resolvemos aceitá-la, declarando-se, o Sr. Rogério, ciente do Termo de Intimação e Início de Fiscalização em 06/01/2010 (fls. 85 e 86), cientificando-o ainda, verbalmente, da necessidade de apresentação de procuração recente;

9. O Sr. Rogério apresentou então, as procurações com datas de 03/01/2010 e 10/01/2010 (fls. 88 e 89), a primeira, com data de reconhecimento da assinatura do sócio ilegível, e a segunda com firma reconhecida em 11/02/2010, ambas com o número do CNPJ da fiscalizada errado, sendo novamente cientificado verbalmente a apresentar nova procuração com os dados corretos;

10. Apresentou ainda, alterações dos contratos sociais (fls. 92 a 105), o livro de Registro de Entradas e Saídas e Registro de Apuração do ICMS do ano calendário de 2006 (fls. 247 a 272), deixando de apresentar os Livros Diário e Razão solicitados.

11. Verificamos que o Sr. Eros José Fernandes, CPF 715.220.85815, sócio responsável perante a RFB da pessoa jurídica sob fiscalização, declarou endereços diferentes para a Junta Comercial, fls. 226 a 229, (Rodovia Washington Luiz, 235, KM, São Carlos/SP) e para a RFB, 276, (Av. Lins de Vasconcelos, 1571, São Paulo/SP), sendo o endereço declarado para a RFB, o mesmo da pessoa jurídica, endereço este em que nem o sócio, nem a pessoa jurídica foram encontrados;

12. Na alteração de endereço efetuada pela pessoa jurídica junto à Junta Comercial em 12/01/2010, foi efetuada também a alteração do endereço do Sr. Eros para Rua Doutor Paulo Pinheiro Werneck, 860, Parque Santa Mônica, São Carlos/SP (fls. 228);

13. No dia 05/03/2010, o contribuinte foi reintimado a apresentar os Livros Diário e Razão (fls. 106);

14. No dia 09/03/2010, devolvemos o Livro Registro de Apuração do ICMS ao contribuinte, conforme Termo de Devolução de Documentos (fls. 107), tendo em vista sua solicitação verbal de que necessitava do livro para proceder a alteração em uma GIA da empresa, com a ressalva, no termo de devolução de documentos, que o livro deveria ser devolvido no prazo de dez dias, permanecendo, com a Fiscalização cópia do mesmo;

15. Em 05/05/2010, procedemos a Termo de Continuidade de procedimento fiscal (fls. 108);

16. A partir desta data, o Sr. Rogério Senefonte (procurador da fiscalizada) passou a evitar os contatos por telefone desta auditora fiscal, deixando de apresentar os livros solicitados (Diário e Razão), de devolver o Livro Registro de Apuração de ICMS e de apresentar a procuração retificando o no. do CNPJ do contribuinte;

17. Tendo em vista esse fato, em 26/05/2010 procedeu-se a intimação à COGEB (fls. 109), no seu domicílio tributário à Rua Cavalheiro Torquato Rizzi, 1093, sala 02, Jardim São Luiz, Ribeirão Preto/SP, onde solicitou-se o comparecimento do Sr.

Eros José Fernandes, CPF no. 715.220.858-15, sócio administrador, responsável perante a RFB, a comparecer a esta DEFIS/SP em 14/06/2010, para prestar esclarecimentos sobre a ação fiscal em andamento;

18. O AR retornou em 02/06/2010 "ausente", após três tentativas de entrega (fls. 110 a 112);

19. Em 14/06/2010, encaminhamos novamente intimação à COGEB, na pessoa do sócio administrador EROS JOSÉ FERNANDES (fls. 113), no seu domicílio tributário à Rua Dr. Paulo Pinheiro Werneck, 860, Parque Santa Mônica, São Carlos/ SP, para comparecimento do mesmo à esta DEFIS em 28/06/2010, para prestar esclarecimentos sobre a ação fiscal em andamento;

20. A intimação foi recebida em 21/06/2010, conforme AR (fls.114);

21. Concomitantemente, na mesma data, procedemos a mesma intimação ao Sr. EROS (fls. 115), no domicílio tributário de uma das suas filiais, em São Carlos, para comparecimento à esta DEFIS em 28/06/2010, para prestar esclarecimentos sobre a ação fiscal em andamento;

22. A intimação foi recebida em 23/06/2010, conforme AR (fls. 116) ;

23. Apesar das duas intimações terem sido recebidas, o sócio EROS não compareceu no local e data mencionados na intimação;

24. Considerando-se que o contribuinte não atendia as nossas intimações, e antes de darmos início ao processo de inaptdão do mesmo, achamos por bem proceder a diligência junto ao Sr. Júlio de Amade, correia Abrantes, contador do contribuinte e proprietário do imóvel onde constava o domicílio tributário da COGEB o início da fiscalização;

2r A Diligência foi executada conforme MPF Vinculado no. C 19 30-2010-02085-2 (fls. 117), onde solicitou-se esclarecimentos conforme Termo de Intimação e Início de diligência (fls. 118 a 120) e Termo de Intimação às fls. 124 ;

26. O Sr.Júlio apresentou esclarecimentos em 26/07/2010 através do seu procurador (fls. 123 e 127)), onde informou que sua relação com a empresa é de prestação de serviços contábeis, que seu imóvel foi cedido sem ônus para a empresa onde funcionaria um escritório de compras, e que os domicílios tributários da COGEB e do seu sócio é o constante do cadastro da RFB, apresentando, ainda, procuração da COGEB para representá-la na presente fiscalização, com data de 21/06/2010 (fls.90).

27. Em 26/07/10, a fiscalizada foi mais uma vez intimada através do seu procurador a apresentar os livros Diário e Razão (fls. 128) ;

28. Em 16/09/2010, foi intimado a proceder a retificação na sua DIPJ e apresentar a DICON (fls. 129);

29. Em 19/10/2010, foi intimado no seu domicílio tributário, através da via postal, a esclarecer as diferenças apuradas por esta Fiscalização entre a receita declarada na GIA e registrada no Livro de Apuração de ICMS e a declaradas na DIPJ (fls. 130 a 132) ;

30. Apresentou DIPJ retificadora em 04/11/10 (fls. 37 a 81), onde constam valores de receita divergentes do Livro de Apuração de ICMS / GIAS ;

31. Em resposta ao Termo de Intimação de 19/10/2010, apresentou as alegações abaixo transcritas (fls. 133 a 134), juntando a DIPJ Retificadora (fls. 135 a 170) e as DCTFs apresentadas (fls. 171 a 213) :

“As eventuais diferenças apontadas da intimação não correspondem a realidade, eis que foram apresentadas a Receita Federal DIPJ e DCTF's, conforme cópias anexas.

Para comprovação das receitas foram entregues a fiscalização os livros fiscais do exercício de 2006 que atesta os valores apurados nas GIAS do ICMS, bem como entregues a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo que são os mesmos valores que constam da DIPJ do período de 2006”.

(...)

III - DO EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO

Ante o exposto, e considerando-se que restou caracterizado o EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO referido no art. 919 e parágrafo único do RIR/99, na forma de o contribuinte não ser encontrado nos endereços declarados à RFB, deixar de atender às intimações, deixar de apresentar os livros a que está obrigado de acordo com os arts. 251, 258 e 259 do RIR/1999, procedemos ao Auto de Embargo à fiscalização, recepcionado por AR em 03/12/2010 (fls. 218 a 223), nos termos do art. 919 do RIR/99, aprovado pelo Decreto 3.000/1999, e art. 330 do Código Penal (Decreto Lei 2.848/1940, com redação dada pela Lei 7.209/84), que transcrevemos abaixo:

(...)

IV - DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO

Face ao acima exposto e considerando-se :

1. Que até a presente data o contribuinte deixou de atender as intimações com datas de 06/01/2010 (fls. 86 e 86) e 26/07/2010 (fls. 128), onde solicitou-se a apresentação dos livros Diário e Razão a que está obrigado em consonância com os arts. 251, 258 e 259 do RIR/99;

2. Que em resposta a nossa Intimação de 19/10/10, onde solicitou-se esclarecimentos sobre as diferenças apuradas entre a receita registrada no Livro Registro de Apuração de ICMS/ GIAS e a DIPJ e ^regue sem valores, o contribuinte limitou-se a apresen ar i DIPJ Retificadora (fls. 37 a 81), que mesmo assim, conti' ou a apresentar diferenças com o Livro de Apuração de ICMS - Iº, 2º. e 3º. trimestres de 2006;

1 Que o fato do contribuinte ter apresentado DIPJ sem valores e ter deixado de apresentar os livros contábeis obrigatórios caracteriza omissão de receita;

4. Que o sujeito passivo não apresentou resposta ao nosso Termo de Constatação e Intimação de 22/11/10 (fls. 214 a 216), onde foi lhe dado ciência dos fatos acima narrados, sendo o mesmo intimando a apresentar novos elementos que complementassem ou retificassem as informações contidas naquele Termo;

5. Que a falta de escrituração contábil por parte da pessoa jurídica tributada com base no lucro real constitui hipótese de arbitramento de lucros, quando a Fiscalização tomará por base a receita bruta conhecida. Não logrando o contribuinte justificar as diferenças a menor entre os valores da receita bruta declarada e a informada ao Fisco Estadual, é legítimo o arrolamento, para fins de arbitramento do lucro, dos valores constantes da Guias de Informação e Apuração do ICMS (GIAs) entregues à Administração Fazendária Estadual.

Assim, proceder-se-á ao lançamento de ofício relativo ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, com o fim precípuo de promover a sua constituição, que será objeto do Processo Administrativo Fiscal no. 19515.004334/201-61, através do arbitramento do lucro, conforme inciso I do art. 530 do RIR/99, tomando —se por base de cálculo os valores registrados no Livro Registro de Apuração de ICMS (fls. 247 a 272) e declarados nas GIAs (235 a 246), conforme abaixo demonstrado, aplicando-se o coeficiente de arbitramento de 9,6% para o IRPJ e 12% para a CSLL, de acordo com o art. 532 do RIR/99, conforme planilhas anexas ao presente Termo (fls. 286 a 290), reconhecendo-se os valores declarados em DCTFs de PIS e COFINS (fls. 321 a 234) :

(...)

V - DO AGRAVAMENTO E QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO

Procederemos à QUALIFICAÇÃO da multa de lançamento de ofício, conforme § 1º do art. 44 Lei 9.430/1995 (abaixo transcrito), combinado com o inciso II do art. 957 do RIR/99, aprovado pelo Dec. 3.000/99, tendo em vista que o contribuinte foi enquadrado no crime de sonegação fiscal, e, conseqüentemente, ao seu AGRAVAMENTO, com alíquota de 225%, de acordo com o inciso I do § 2º. do art.44 da Lei 9.430/96 (abaixo transcrito), combinado com o art. 959 do RIR/99, por ter deixado de atender a intimação, no prazo marcado, para prestar esclarecimentos.

(...)”

Os fatos acima narrados falam por si só. O Embaraço a Fiscalização está patente. A omissão receitas é de clareza solar, comprovada não só pelas GIA quanto pelo Livro Registro de ICMS, sendo que o contribuinte apresentou DIPJ zerada, sem realizar qualquer recolhimento, mesmo tendo auferido receitas mensais superiores a R\$ 1.000.000,00 durante todo o ano de 2006 (vide demonstrativo às fls. 282-283).

Por fim, a aplicação da taxa Selic no cálculo dos juros de mora também está prevista em normas legais em pleno vigor, regularmente citada no auto de infração (artigo 61, § 3º da Lei 9.430 de 1996), portanto, deve ser mantida. Nesse sentido dispõe a Súmula nº 4 do CARF:

“A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido em rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira