



Processo nº	19515.004734/2010-76
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	1401-006.004 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	21 de outubro de 2021
Recorrente	PLASTPEL EMBALAGENS LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Exercício: 2005

PIS/COFINS - INCIDÊNCIA SOBRE O FATURAMENTO.

A base de cálculo da Cofins é o valor do faturamento, que corresponde à receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas, independentemente da atividade por elas exercidas e da classificação contábil adotada para a escrituração das receitas. A alíquotas da Cofins aplicáveis sobre o faturamento é de 3% (três por cento). A base de cálculo do PIS/Pasep é o valor do faturamento, que corresponde à receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas, independentemente da atividade por elas exercidas e da classificação contábil adotada para a escrituração das receitas. A alíquota do PIS/Pasep aplicável sobre o faturamento é de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento).

OMISSÃO DE RECEITAS.

Os pagamentos de compras estranhos à contabilidade e as receitas lançadas em declaração de rendimentos e DACON e não declaradas em DCTF ou pagas constituem-se de hipóteses de omissão de receitas por presunção legal. A presunção legal somente pode ser afastada mediante a comprovação por documentação hábil e idônea.

Constituem-se de receitas operacionais, os numerários correspondentes às diferenças entre o informado em DIPJ/DACON e na GIA. A diferença aferida enquadra-se como omissão de receitas de acordo com a legislação de regência.

LUCRO ARBITRADO. CABIMENTO

A falta de apresentação de livros contábeis e ausência de reconstituição da escrita submetem o contribuinte ao arbitramento do lucro.

JUROS SELIC. SUMULA CARF N. 108.

De acordo com a Súmula CARF nº 108, incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

APLICAÇÃO DO ART. 57 § 3º DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. FACULDADE DO JULGADOR.

ACÓRDÃO GERADO AUTOMATICAMENTE

Plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que a Recorrente não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Para a imputação do agravamento à penalidade é necessário que a Contribuinte, ao não responder às intimações da Autoridade Fiscal, no prazo por esta assinalado, o faça de forma intencional e com o objetivo claro de acarretar prejuízo ao procedimento fiscal, obstaculizando a lavratura do auto de infração, o que não ocorreu no presente caso.

RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA. ART. 124 CTN. INTERESSE COMUM. INOCORRÊNCIA

Em nenhum momento houve a comprovação do proveito ou interesse comum das pessoas físicas, se remetendo a todo momento a operações realizadas pela pessoa jurídica, ora recorrente. A fiscalização deveria ter comprovado o interesse comum das pessoas físicas nas referidas transações, através de pagamento de contas particulares ou negócios em seus nomes, o que não restou demonstrado. Não há como aplicar o ônus da sujeição passiva à referidas pessoas físicas, uma vez que o agente fiscal não demonstrou o interesse comum existente entre estas e a recorrente, pelo contrário, ficando claro que a beneficiada com as referidas movimentações foi a própria pessoa jurídica. Não há qualquer pagamento ou transferência para objetivos comprovadamente das pessoas físicas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade e decadência e, no mérito, dar parcial provimento para afastar o agravamento da multa e responsabilidade solidária de Edmundo Baracat Filho e Eduardo Antonio Baracat. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Claudio de Andrade Camerano e Itamar Artur Magalhães Alves Ruga.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Cláudio de Andrade Camerano,

Carlos André Soares Nogueira, Andre Severo Chaves e Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga, Andre Luis Ulrich Pinto e Lucas Issa Halah.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal em São Paulo – SP que julgou improcedente a impugnação administrativa apresentada pelo contribuinte, tendo em vista as exigências tributárias de PIS e da COFINS nos montantes totais de R\$ 454.119,21 e R\$ 2.095.935,37, respectivamente, incluídos nesse total multa e juros de mora calculados até 30/11/2010.

As exigências dos montantes de PIS e da COFINS originaram-se de diferenças entre a apuração pelo regime cumulativo e não cumulativo, decorrente do arbitramento do lucro.

Conforme descrição no Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal de fis.111/118 e 130/137, a Fiscalização, em análise da documentação trazida aos autos, relativamente ao período de 2005, verificou as seguintes irregularidades:

- a) Diferenças entre a apuração pelo regime cumulativo e não cumulativo, decorrente de arbitramento do lucro do PIS e da COFINS, de receita lançada e não declarada/paga: o montante foi apurado mediante a verificação da DIPJ/DACON em confronto com a DCTF e DARF. O montante apurado foi objeto de aplicação de multa de 112,5% (75% mais 50%).
- b) Além do Auto de Infração, foram lavrados os Termos de Sujeição Passiva nº 01 (fis.147/161) e 02 (163/177) dos contribuintes Edmundo Baracat Filho, CPF MF nº 266.142.947-68, e Eduardo Antonio Baracat, CPF MF nº 095.263.747-20, respectivamente, em virtude de:
- c) Os intimados foram responsáveis, conforme depoimento da Sra. Linda Adalla Farah, pela indução da declarante na abertura da conta corrente nº 118332-2, Agência 120, do banco Unibanco S/A, bem como pela solicitação de sua assinatura em diversos cheques em branco, tudo em benefício do intimado, para pagamento de despesas da empresa Plastpel Embalagens Ltda, CNPJ nº 43.436.211/0001-84;
- d) O real beneficiário pela movimentação da conta corrente são os intimados;
- e) Os montantes recebidos, via TED, na conta corrente nº 118332-2, Agência 120 do banco Unibanco S/A, no total de 26 depósitos durante o ano-calendário de 2005, derivam de venda de produtos químicos a Plastpel Embalagens Ltda, CNPJ nº 43.436.211/0001-84;

- f) Os intimados são parentes da declarante;
- g) Os intimados não se manifestaram para o atendimento das intimações;
- h) Os 26 depósitos bancários tiveram como depositante a Brasken S/A, na qualidade de sucessoras das empresas Petroquímica Triunfo S/A e Petroquímica S/A, cujas origens são a vendas de produtos a Plastpel Embalagens Ltda, CNPJ n.º 43.436.211/0001- 84;
- i) A Plastpel Embalagens Ltda utilizou a conta-corrente para movimentar recursos para pagamentos estranhos à contabilidade, caracterizando omissão de receitas, materializadas nas transferências bancárias já apontadas;
- j) Os Srs. Edmundo Baracat Filho, CPF MF n.º 266.142.947-68, e Eduardo Antonio Baracat, CPF MF n.º 095.263.747-20 são sócios ocultos e reais beneficiários pela movimentação financeira da conta-corrente n.º 118332-2, Agência 120 do Banco Unibanco S/A, a qual foi utilizada para as operações típicas de pessoa jurídica, de acordo com o histórico das operações e as provas colhidas em diligência;
- k) Do exposto, fica caracterizada a sujeição Passiva Solidária nos termos do art.124 do CTN.

Cientificado do feito em 27/12/2010 (fl.162), a pessoa jurídica, por meio de seu representante, apresenta em 24/01/2011, impugnação de fls. 189/230, argüindo, que:

- a) É ilegal o arbitramento dos lucros efetivado em face da requerente, pois o ato de início da fiscalização deve ser comunicado para o sujeito passivo;
- b) O receptor do "Termo de Início de Fiscalização" foi Carlos H.P.Souza, funcionário da empresa, o qual não é o sócio;
- c) O Sr. Emil Samed não é administrador da requerente. Traz aos autos o contrato social em que consta como única administrador a Sra. Georgina Abdala Baracat. Portanto, o "Termo de Início de Fiscalização" é nulo, pois foi enviado às pessoas que não o sócio ou procurador da empresa;
- d) Assim, em razão do equívoco citado, não poderia o Termo de Início de Fiscalização autorizar o arbitramento do lucro da contribuinte;
- e) Não houve uma reintimação com nova solicitação de documentos, o que deveria ter sido feito com base no PAF. O arbitramento dos lucros constitui-se de medida radical para ser aplicada com apenas uma intimação;

- f) O arbitramento do lucro é aplicável quando há deliberada e reiterada recusa no fornecimento de informações, ou seja, o fiscalizado deve ter sido instado repetidas vezes para a apresentação de documentos;
- g) O arbitramento do lucro é indevido pelas seguintes razões: 1) a intimação foi entregue ao porteiro e não aos sócios; 2) não houve por parte da contribuinte reiteradas recusas em prestar informações; 3) não houve qualquer diligência pessoal do AFRFB nas dependências da requerente; 4) não está comprovada a recusa da impugnante na apresentação de livros e documentos fiscais; 5) Não houve o esgotamento de todos os meios para apuração do lucro;
- h) Não poderia a autoridade fiscal ter arbitrado o lucro e ao mesmo tempo majorado a multa em 50% por embaraço à fiscalização pois caracteriza dupla penalidade;
- i) A requerente jamais foi intimada a apresentar as informações e esclarecimentos a respeito dos 26 depósitos bancários, razão pela qual descabe qualquer majoração da multa nos termos propostos pela fiscalização;
- j) Para fins de cálculo da receita bruta do arbitramento, a autoridade fiscal deveria ter obedecido ao disposto no art.31 da Lei n° 8.981/95, o qual se excluem da base de cálculo as vendas canceladas, os descontos incondicionais e os tributos não-cumulativos;
- k) Feitas as deduções permitidas pela lei, o lucro tributável deveria ser reduzido de R\$ 6.628.876,08 para R\$ 5.332.135,01. A utilização dos valores de saídas, para fins de tributação pelo 1CMS, não espelham com fidelidade, a receita bruta prevista no art.31 da Lei n°8.981/95;
- l) A aplicação da multa qualificada só ocorrerá se houver comprovação da fraude, sonegação ou conluio, o que não foi feito nos presentes autos;
- m) Não houve a devida fundamentação da aplicação da multa qualificada;
- n) Quanto aos 26 depósitos bancários para pagamentos da Plastpel Embalagens Ltda com utilização de conta-corrente com recursos;
- o) A fiscalização utilizou-se de duplo critério para a aferição da receita tributável: receita conhecida (DIPJ/DACON) e receita não conhecida (pagamentos à margem da contabilidade). Mencionado critério é vedado pela, conforme a jurisprudência administrativa;
- p) Ocorreu a decadência dos períodos de apuração 31/03/2005, 31/06/2005 e 31/09/2005 (art.150, §40 do CTN), pois a ciência do Auto de Infração deu-se em 27/12/2010;
- q) Em relação ao PIS e a COFINS, cujos fatos geradores são mensais, os PA de 01 a 11/2005 estão decaídos;

r) A taxa SELIC incide apenas sobre os tributos e não sobre as multas.

Os contribuintes Edmundo Baracat Filho, CPF MF n.º 266.142.947-68, Eduardo Antonio Baracat, CPF MF n.º 095.263.747-20, cientificados em 23/12/2010 (fl.178/179), apresentaram impugnações de fis.270/289 e 324/342 em 24/01/2011, cujos argumentos são sintetizados a seguir:

- a) O requerente não é sócio oculto da fiscalizada e não exerce cargo de diretor da empresa desde o ano-calendário de 1998.
- b) O impugnante é apenas representante no Brasil da contribuinte através da Indevco Industrial Development Co. SARL (Edmundo Baracat Filho);
- c) Não há qualquer prova que o contribuinte é sócio oculto da autuada;
- d) Apenas aqueles que, de fato, praticaram o fato gerador da obrigação tributária podem ser considerados solidários para fins do CTN;
- e) O fato de a infração ter sido imputada à autuada, pessoa jurídica, demonstra que o beneficiário não foi o impugnante.

O Acórdão ora Recorrido (16-32.002 – 2^a Turma da DRJ/SP1) recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2005

COFINS - INCIDÊNCIA SOBRE O FATURAMENTO.

A base de cálculo da Cofins é o valor do faturamento, que corresponde à receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas, independentemente da atividade por elas exercidas e da classificação contábil adotada para a escrituração das receitas. A alíquotas da Cofins aplicáveis sobre o faturamento é de 3% (três por cento).

OMISSÃO DE RECEITAS.

Os pagamentos de compras estranhos à contabilidade e as receitas lançadas em declaração de rendimentos e DACON e não declaradas em DCTF ou pagas constituem-se de hipóteses de omissão de receitas por presunção legal. A presunção legal somente pode ser afastada mediante a comprovação por documentação hábil e idônea.

Constituem-se de receitas operacionais, os numerários correspondentes às diferenças entre o informado em DIPJ/DACON e na GIA. A diferença aferida enquadraria-se como omissão de receitas de acordo com a legislação de regência.

LUCRO ARBITRADO. A falta de apresentação de livros contábeis e ausência de reconstituição da escrita submetem o contribuinte ao arbitramento do lucro.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2005

PIS - INCIDÊNCIA SOBRE O FATURAMENTO.

A base de cálculo do PIS/Pasep é o valor do faturamento, que corresponde à receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas, independentemente da atividade por elas exercidas e da classificação contábil adotada para a escrituração das receitas. A alíquota do PIS/Pasep aplicável sobre o faturamento é de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento).

OMISSÃO DE RECEITAS.

Os pagamentos de compras estranhos à contabilidade e as receitas lançadas em declaração de rendimentos e DACON e não declaradas em DCTF ou pagas constituem-se de hipóteses de omissão de receitas por presunção legal. A presunção legal somente pode ser afastada mediante a comprovação por documentação hábil e idônea. Constituem-se de receitas operacionais, os numerários correspondentes às diferenças entre o informado em DIPJ/DACON e na GIA. A diferença aferida enquadraria-se como omissão de receitas de acordo com a legislação de regência.

LUCRO ARBITRADO. A falta de apresentação de livros contábeis e ausência de reconstituição da escrita submetem o contribuinte ao arbitramento do lucro.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Isso porque, conforme entendimento da turma julgadora, “no que se refere ao critério de cálculo da receita omitida, a utilização dos valores de saídas, para fins de tributação pelo ICMS, espelha a receita bruta prevista no art.31 da Lei nº 8.981 /95, pois representam as vendas efetuadas pela interessada no decorrer do ano-calendário de 2005. A aferição da receita tributável por meio da utilização da (DIPJ/DACON) bem como a apuração da receita não conhecida (pagamentos à margem da contabilidade), apenas se constituem de parcelas da receita bruta, portanto, devem ser apuradas, de modo a se obter a base tributável. Não há impedimento legal para o critério de apuração da receita tributável adotado pela autoridade fiscal, tendo em vista que os fatos geradores das parcelas, ora citadas, são distintos e compõem a receita tributável”.

Quanto à omissão de receita, aduz que “a legislação é clara ao enquadrar a presente hipótese como omissão de receitas uma vez que, apesar de intimada, a interessada não comprovou as discrepâncias entre os valores contabilizados e os pagamentos respectivos. Caso seja constatada a existência de pagamentos e estes não estejam escriturados, presume-se a omissão de receitas, a menos que a impugnante as refute com apresentação de provas hábeis e

idóneas, as quais afastem a citada presunção legal. A presunção legal, ora citada, somente pode ser afastada mediante a apresentação de prova em contrário da existência do fato previsto em lei, conforme já mencionado”.

Em relação à sujeição passiva, afirma que o documento de 11.309, o qual se constitui de Ata de Reunião de Sócios Realizada em 25/05/2004, o contribuinte Edmundo Baracat Filho assina como responsável da PLASTPEL EMBALAGENS LTDA. O mesmo ocorre com a Ata de Assembleia Geral Extraordinária de fls.310/312 registrada na Junta Comercial em 19/02/2002, em que o contribuinte assina o documento como sócio. O documento de fls. 313/323, registrado na Junta Comercial em 03/05/2004, tem a assinatura do interessado, ora mencionado, sendo o responsável pela INDEVCO INDUSTRIAL DEVELOPMENT CO.S..A.R.L, a qual é sócia da fiscalizada. Portanto, o contribuinte possui, de fato, interesse no proveito econômico da fiscalizada como bem mencionado no Termo de Sujeição Passiva.

Ciente da decisão do Acórdão, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 456 dos autos, alegando em síntese que:

- a) Afirma o AFRFB autuante, ainda, que, em 04.11.2010, o Termo de Início de Ação Fiscal que enviado para o sócio da Recte. Emil Samed, requerendo a apresentação dos mesmos documentos;
- b) O AFRFB autuante ainda diz que, em 25 novembro 2010 enviou o Termo de Intimação Fiscal para Edmundo Baracat Filho e Eduardo Antonio Baracat requerendo esclarecimentos sobre o teor de depoimento prestado à Receita Federal do Rio de Janeiro pela Sra. Linda Adalla Farah no sentido de que os cheques emitidos contra a conta corrente n.º 118332-2 do Unibanco S/A destinava-se ao pagamento de despesas da Plastpel, pelo que tais contribuintes foram intimados a justificar a origem dos créditos descritos em planilha elaborada pela fiscalizando contendo os dados de 26 (vinte e seis) transferências feitas de tal conta corrente;
- c) Por entender que o prazo concedido de 5 (cinco) dias para a apresentação de toda a documentação fiscal listada no Termo de Início de Fiscalização de 20 de outubro de 2010 -- foi descumprido, o AFRFB autuante teve por caracterizado embaraço à fiscalização, nos termos do art. 919 do RIR/99, o que gerou o agravamento da multa de ofício de 75% para 112,5% e a majoração da multa de ofício qualificada de 150% para 225%.
- d) Aduz que sob a acusação de que a Recte., tributada pelo lucro real, deixou de apresentar à autoridade fiscal os livros e demais documentos que integram a escrituração comercial e fiscal, o AFRFB autuante lavrou os autos de infração que constituem o objeto do processo administrativo n.º 19515.004733/2010-21 para a cobrança de valores a título de IRPJ através de arbitramento, com alegação de infringência ao disposto no inciso III do art. 530 do RIR/99, bem como da correlata CSLL.

- e) Aduz que em função da imputação de tais infrações à Recte., foram lavrados autos de infração também para a exigência dos correlatos débitos de PIS e COFINS sobre as receitas tidas por omitidas, observando-se que essas exigências fiscais relativas ao PIS e à COFINS foram materializadas por reflexo do auto de infração de IRPJ.
- f) Já os autos de infração lavrados para a cobrança dos débitos de PIS e de COFINS nos autos do processo administrativo n.º 19515.004733/2010-21 dizem respeito à tributação das receitas tidas por omitidas em função (i) da diferença entre a base de cálculo mensal da receita informada na DIPJ/DACON e os valores constantes nas GIAs e (ii) dos pagamentos de compras tidos como efetivados de modo estranho à contabilidade da Recte.
- g) Aduz que descabe a imputação à Recte. de IRPJ apurado pelo lucro arbitrado, eis que a Recte. não foi validamente intimada a apresentar a documentação fiscal relacionada no Termo de Início de Fiscalização de fls. 04.
- h) No caso vertente, um exame da integralidade dos autos do processo administrativo n.º 19515.004733/2010-21 e também dos presentes autos revela que o "Termo de Início de Fiscalização" de fls. 05 não foi entregue ao sócio e tampouco a preposto da pessoa jurídica, mas, ao contrário, foi entregue a Carlos H. P. Souza, que é mero funcionário da portaria da Recte. e que, infelizmente, não fez com que tal intimação fosse entregue à diretoria da Recte. (doc. n.º 03 da impugnação) e que, por óbvio, jamais Possuiu qualquer poder de representação da Recte. perante a Receita Federal do Brasil.
- i) Houve, à evidência, a inserção de uma informação equivocada por parte da JUCESP na ficha de arquivamentos que foi carreada aos autos, pois nela consta um único arquivamento no ano de 2004 sob o n.º 182.156/04-7, quando, em verdade, único arquivamento feito pela Recte. No ano de 2004 ganhou o número de registro 221.393/04-03 e não contempla o Sr. Emil Samed em seu corpo e tampouco na qualidade de administrador da Recte.
- j) Portanto, houve a entrega do "Termo de Início de Fiscalização" de fls. 05 para pessoa que não é administrador da Recte. e que não mantém qualquer relação com ela, o que comprova a nulidade do envio de tal intimação, o que emerge ainda mais claro se se considera a consequência grave que o AFRFB autuante deu a esse descumprimento, que foi a autuação da Recte. por arbitramento.
- k) Aliás, ao revés, em tal ato societário existe a previsão expressa de que a administração da Recte. era exercida pela Sra. Georgina Abdala Bacarat que, repita-se, não foi intimada acerca do Termo de Início de Fiscalização que originou a demanda em questão.

- l) Ou seja, por meio dos documentos ora carreados ao presente feito é possível comprovar, de forma clara e evidente, que não houve a intimação do representante da Recte. em relação ao Termo de Início de Fiscalização ora tratado e que a suposta qualidade de administrador da Recte. imputada ao Sr. Emil Samed decorreu de um erro de anotação cometido 'pela JUCESP, eis que este, à evidência, não era administrador remanescente da Recte.
- m) (...) Contudo, apesar de o AFRFB ter entendido que tal entrega aconteceu de modo válido, inobstante já se tenha demonstrado a invalidade de tal ato nas linhas antecedentes, o fato é que o AFRFB não enviou nenhuma outra intimação à Recte., quer através de entrega ao seu porteiro, quer através de entrega pessoal aos seus sócios ou procuradores, tendo, ao revés, efetivado essa única tentativa de obter os livros e documentós fiscais da Recte. e, diante do suposto desatendimento da intimação, não apresentou qualquer tipo de reintimação da Recte. para a apresentação de tais livros e documentos fiscais.
- n) Diante dessa conduta omissiva e prejudicial ao bom andamento dos trabalhos de fiscalização e à apuração de tributos eventualmente devidos, a legislação autoriza que haja o arbitramento do lucro, pois esse é o mecanismo mais gravoso encontrado para se superar o obstáculo criado pela atitude do contribuinte de não apresentar
- o) Aduz que houve foi o suposto descumprimento de uma primeira e única intimação e a lavratura dos autos de infração ora atacados sob a acusação de que a Recte. omitiu-se em seu dever de apresentar seus livros e. documentos à fiscalização.
- p) Com efeito, não é o comportamento descrito acima que autoriza o arbitramento do lucro de uma pessoa jurídica, mas sim urna recusa do contribuinte no atendimento a reiteradas intimações recebidas para a apresentação de livros e documentos fiscais.
- q) Assim sendo, em função da ilegalidade da adoção pelo AFRFB da sistemática do lucro arbitrado em face da Recte., é de rigor seja o presente recurso voluntário acolhido e provido para o fim de se cancelar às exigências de IRPJ/CSLL lavradas nos autos do processo administrativo n.º 19515.004733/2010-21, e, também dos autos de infração lavrados no bojo do presente feito para a cobrança de valores a título de PIS/COFINS calculados em função do lucro arbitrado imputado à Recte.
- r) Prosseguindo, ao contrário do que afirmou o v. acórdão recorrido, não se pode admitir que este não apure corretamente a receita bruta, deixando de fazer os descontos que são de rigor para que haja sua apuração, sob a alegação de que a Recte. não provou tais despesas, eis que, como é sabido, esta mesma fiscalização aceitou, independentemente de qualquer outra prova, os valores das receitas informados na DIPJ.

- s) Feita tal ressalva sobre a improcedência do argumento utilizado pelo v. acórdão recorrido, cabe ressaltar que o arbitramento do lucro da pessoa jurídica para fins de cálculo do IRPJ e da CSLL (com seus reflexos PIS e COFINS) está previsto no artigo 530 do RIR/99, sendo certo que o artigo 532 do mesmo Regulamento prevê a alíquota a ser aplicada no caso de receita bruta conhecida, que, no caso da indústria e do comércio, é de 9,6%, que foi a utilizada pelo AFRFB autuante.
- t) Assim sendo, está comprovado que não houve qualquer dedução da receita bruta conhecida das (i) as vendas canceladas, (ii) dos descontos incondicionais e (iii) dos tributos não-cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante, o que evidencia a constatação de que há um evidente erro de base de cálculo a permear o lançamento fiscal, o que o torna inválido e discrepante do arquétipo legal do lançamento previsto no art. 142 do CTN.
- u) E, com relação aos débitos de PIS e COFINS exigidos por intermédio dos presentes autos de infração, é de rigor a constatação de que estes têm por origem justamente o arbitramento do lucro da Recte. efetivado pelo AFRFB autuante, numa apuração que, corno é de rigor, foi efetivada de modo mensal.
- v) E, sendo o PIS e a COFINS tributos sujeitos a lançamento por homologação, é fato que, a teor do quanto determina o §4º do art. 150 do CTN, o Fisco dispõe do prazo de 5 (cinco) anos dos respectivos fatos geradores para lavrar lançamentos de ofício para a exigência de supostas diferenças, como é o caso presente, onde o AFRFB expressamente menciona no seu TVF que está exigindo diferença entre a apuração pelo regime cumulativo e não cumulativo decorrente do arbitramento do lucro.
- w) Prosseguindo, para a remota hipótese deste II. Órgão Julgador entender que não devem ser cancelados os autos de infração ora impugnados por conta da utilização indevida da sistemática de apuração do IRPJ e da CSLL pelo lucro arbitrado, o que só se admite por amor ao argumento, ao contrário do que afirmou o v. acórdão recorrido, é de rigor que se afaste a aplicação da multa de ofício majorada imputada à Recte. Pelo AFRFB autuante.
- x) Cabe recordar que o AFRFB autuante majorou as multas de ofício aplicadas à Recte. sob a acusação de que houve embaraço à fiscalização em função do não atendimento das intimações expedidas para fins de esclarecimento da origem dos pagamentos tidos por efetivados a partir da conta bancária da Sra. Linda Adalla Farah no suposto interesse da Recte. e da intimação tida por recebida para a apresentação de livros e documentos fiscais.
- y) Assim, tanto a multa de ofício de 75% quanto a multa qualificada de 150% foram majoradas em 50% em função desse suposto embaraço à fiscalização.

- z) Entretanto, como decorrência desse suposto desatendimento à intimação recebida, o AFRFB já enquadrou a conduta da Recte. no inciso III do art. 530 do RIR/99, lavrando os autos de infração ora atacados para a exigência de IRPJ/CSLL apurados pela sistemática do lucro arbitrado em face da Recte., com as correlatas exigências fiscais de PIS/COFINS
- aa) Além disso, há que se ter presente que a ausência de apresentação de livros e documentos fiscais que gera o arbitramento do lucro não é a infração capitulada no artigo 959 do RIR/99, mas sim a prevista no inciso III do art. 530 do mesmo RIR, que autoriza que haja o arbitramento, o que tornou absolutamente superada qualquer cogitação de aplicação de penalidade agravada por desatendimento a intimação fiscal.
- bb) Desse modo, diante do fato de que esse suposto descumprimento do dever de se entregar os documentos fiscais e livros solicitados pelo AFRFB no Termo de Início de Fiscalização de fls. 05/08 deu causa ao **arbitramento do lucro** da Recte., é de rigor a conclusão pela impossibilidade de que ele também motive a majoração das multas de ofício aplicadas à Recte., razão pela qual se pede seja o presente recurso voluntário acolhido para que, quando menos, seja afastada a majoração em 50% das multas de ofício aplicadas à Recte. nos autos de infração de PIS e COFINS exigidos no presente feito, dada a impossibilidade de cumulação desse agravamento de penalidade com o arbitramento de lucros gerado pelo desatendimento à intimação fiscal.
- cc) O próprio AFRFB apenas menciona em seu Termo de Verificação Fiscal que, em 25 de novembro de 2010, enviou Termo de Intimação Fiscal para Edmundo Baracat Filho e Eduardo Antonio Baracat requerendo esclarecimentos sobre o teor de depoimento prestado à Receita Federal do Rio de Janeiro pela Sra. Linda Adalla Farah e sobre a origem dos créditos descritos em planilha elaborada pela fiscalizando contendo os dados de 26 (vinte e seis) transferências feitas de tal conta corrente.
- dd) Por fim, na hipótese de as razões postas nos itens antecedentes para demonstrar a improcedência da integralidade da autuação fiscal ora atacada não serem acolhidas por este Ilmo. Órgão Julgador, o que só se admite por amor ao argumento, é de rigor que seja o presente recurso voluntário acolhido também para o fim de se afastar a cobrança de juros Selic sobre a multa de ofício imposta ao Recte., eis que esta, por conter um misto de correção monetária e juros moratórios, não pode ser validamente aplicada sobre a multa de ofício, eis que o Recte. não está em mora com relação a tal multa, que já representa a penalidade que lhe foi imposta em função da mora em que se teria incorrido com relação ao tributo exigido.
- ee) Requer que seja recebido e acolhido o presente recurso voluntário para o fim de que seja integralmente reformado o v. acórdão recorrido, cancelando-se integralmente as exigências fiscais exigidas no presente feito a título de PIS e COFINS, pelas razões expostas nos itens precedentes e, caso assim não se entenda, o que se admite apenas por amor

ao argumento, requer-se sejam afastadas as multas majoradas aplicadas no presente feito, julgando-se, ainda, extintos por decadência a integralidade dos débitos de PIS e COFINS ora impugnados.

Às fls.574 dos autos – o interessado EDMUNDO BARACAT FILHO, apresenta Recurso voluntário, e às fls.629 dos autos – o interessado EDUARDO ANTONIO BARACAT, apresentando Recurso voluntário, alegando em síntese as seguintes razões:

- a) Aduz que um exame atento dos próprios autos revela que o Recte. não é sócio oculto e tampouco ostensivo da empresa autuada, onde ele apenas figura como representante no Brasil da sócia estrangeira Indevco.
- b) Essa conclusão emerge do exame da ficha da JUCESP carreada aos autos pelo AFRFB autuante (fls. 11/13) e das cópias dos atos societários da empresa que instruem a presente impugnação.
- c) Ou seja, o Recte. já não é mais, desde 1998, sequer diretor da empresa autuada, sendo certo que sua única participação na vida desta empresa é a atividade de representação que faz da sócia estrangeira Indevco Industrial Development Co. SARL, pois, como é sabido, a legislação societária pátria exige que todas as empresas estrangeiras que participem do quadro de sócios de empresas sediadas no Brasil possuam um representante em solo pátrio.
- d) Inclusive, para assim afirmar o AFRFB autuante baseia-se no teor da representação fiscal — IRPJ emitida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro (fls. 154/155), onde os agentes fiscais afirmam que a Sra. Linda Adalla Farah disse que assinava cheques em branco para a movimentação de conta bancária de sua titularidade pelos seus sobrinhos, dentre os quais estaria o Recte., e que dessa conta eram feitos pagamentos no interesse da PLASTPEL.
- e) Afirma que a própria manifestação da Delegacia da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro diz que há uma suspeita de que o Recte. seja o titular dessa movimentação financeira, mas, ao final, conclui a DRF Rio de Janeiro que 'tudo indica' que a empresa autuada utilizou a conta bancária de titularidade da Sra. Linda para não oferecer recursos à tributação.
- f) Ou seja, imputou-se responsabilidade solidária ao Reqte. com a invocação do disposto no art. 124 do CTN em função da sua suposta qualidade de sócio oculto da empresa autuada e não se apresentou uma única prova apta a lastrear tão grave acusação.
- g) Portanto, tendo em vista que o Recte. não é sócio oculto da empresa autuada e a absoluta ausência de prova produzida pelo AFRFB autuante da

condição de sócio oculto por ele imputada ao Recte., é de rigor a conclusão de que não se pode admitir ou anuir com sua responsabilização pelos débitos exigidos da empresa autuada, eis que com ela o Recte. não mantém qualquer vínculo societário, sendo mero representante da sócia estrangeira Indevco Industrial Development Co.SARL, motivo pelo qual o presente recurso voluntário deverá ser integralmente provido;

- h) Aduz que para a definição do alcance da responsabilidade solidária agasalhada no inc. I do art. 124 do CTN — caso em exame — é de fundamental importância que se deslinde o exato alcance da expressão 'interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal'; pois a responsabilidade somente estará presente se houver um interesse comum expresso numa relação pessoal e direta com o fato gerador.
- i) No caso vertente, onde se está cuidando da tributação de rendimentos tidos por omitidos por pessoa jurídica somente se pode imputar responsabilidade solidária com base no inc. I do art. 124 àqueles que comprovadamente praticaram o fato gerador da obrigação tributária, que é auferir a receita tida por omitida, o que foi imputado nos autos de infração ora tratados à pessoa jurídica autuada, que foi tida como o agente da omissão de receitas.
- j) Requereu que seja recebido e acolhido o presente recurso voluntário para o fim de que seja reformando o v. acórdão recorrido, cancelando-se o Termo de Sujeição Passiva Solidária lavrado em face da sua pessoa e julgando-se improcedente sua responsabilização solidária pelo débito ora exigido, pelas razões expostas nas linhas antecedentes.

Às fls.682 dos autos – Despacho de declínio de competência de n.º 3302-143 – 3^a Câmara / 2^a Turma Ordinária.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

Da análise dos autos é fácil constatar que o Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte constitui-se em repetições dos argumentos utilizados em sede de impugnação, salvo alguns poucos novos tópicos que, em verdade, acabam por repetir e reafirmar a tese sustentada pelo contribuinte, as quais foram detalhadamente apreciadas pelo julgador *a quo*.

No que se referem às análises quantos às preliminares de nulidade e de decadência entendo que a decisão recorrida foi absolutamente correta e, cumpre ressaltar a faculdade garantida ao julgador pelo § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF:

Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

I - verificação do quórum regimental;

II - deliberação sobre matéria de expediente; e

III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017).

Da análise do presente processo, entendo ser plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE

A contribuinte suscita a nulidade em sua impugnação.

O Decreto n.º 70.235/1972, através de seu artigo 59, estabelece todas (*numerus clausus*) as situações em que os atos/procedimentos venham a ser considerado como nulos. Diz, citado dispositivo, que:

"Art. 59. São nulos:

I—os autos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

Esses — e somente eles — os vícios que determinariam a nulidade do ato administrativo. Como nenhum deles veio, efetivamente, a ocorrer no presente processo

— daí o porque não terem sido objeto de qualquer menção, pela impugnação trazida — é de se descartar a possibilidade de o referido procedimento vir a ser objeto da pretensa nulidade.

No Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal de fls.111/118 - 130/137 estão contidas todas as informações a respeito dos valores apurados das infrações, as quais lhe foram imputadas, bem como a maneira como foram extraídas as informações, que deram ensejo ao presente Auto de Infração, acompanhada da capituloção legal das irregularidades detectadas no curso da fiscalização.

Já o Auto de Infração discrimina as bases de cálculos dos tributos e contribuições bem como as fundamentações legais por infração e por tributo e/ou contribuição.

Dessa forma, não se verifica qualquer irregularidade, a qual pode dar ensejo à nulidade do presente ato administrativo.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Suscita a interessada preliminar de conhecimento do mérito, consistente no decurso do prazo para o Fisco constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos durante os PA de 01 a 11/2005 para o PIS e a COFINS, já alcançados pela decadência, na forma do art. 150, § 4º, do CTN.

A modalidade de lançamento denominada por homologação tem, no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), regra específica de contagem do prazo decadencial, a saber:

"Art. 150 — O lançamento por homologação que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(..)" § 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Em se tratando de exigência de tributo submetido ao lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial inicia-se a partir da ocorrência do fato gerador, em ocorrendo pagamento do tributo.

No caso concreto, inexistindo pagamento sobre as parcelas apuradas pela autuante (fis.546/551), não há o que se homologar, aplicando-se a regra geral da decadência prevista no art. 173, inciso I, do CTN, a seguir transcrito, devendo, neste caso, ser considerado como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado:

Extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I— do primeiro dia círcio exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (,)"

Nesse mesmo sentido, vai firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

"TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO (ART. 150 § 4º E 173 DO CTN).

I. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN).

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

3. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais.

4. Recurso especial improvido."(Resp 183.603/SP, MM. Eliana Calmon, 13.08.2001, p. 88) —Destaquei.

A doutrina corrobora com o entendimento da aplicação do art.173, inciso I, do CTN nas hipóteses de lançamento de ofício motivado por omissão, conforme passamos a reproduzir:

"O crédito extingue-se, nos termos do art.156, VII, do CTN, ocorrida a homologação expressa, ou decorrido o prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador da obrigação principal. No caso de dolo, fraude ou simulação e no caso de omissão comprovada, tendo o Fisco, então, cinco anos para procedê-lo, conforme o art.173 do CTN, a contar do primeiro dia do exercício seguinte às respectivas ocorrências" (Tércio Sampaio Ferraz Júnior, sobre a Decadência do Crédito Tributário, em Revista de Direito Tributário n.º 71), extraído do Livro de autoria de Leandro Paulsen — Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, pág.504, 2ª edição, ano 2000.

Cabe esclarecer que o termo exercício, a qual se refere o art.173, I do CTN, diz respeito ao exercício financeiro, expressão esta citada no art.9º, II, do referido código ("Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II – cobrar imposto sobre o patrimônio e a renda com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda;") e em inúmeros dispositivos da Constituição da República entre eles o art.150, III, "h" (trata das limitações ao poder de tributar).

" Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.»

III - cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Já o art.34 da Lei n.º 4.320/64 (Lei de Normas Gerais de Direito Financeiro) dispõe que o exercício financeiro coincidirá com o ano civil.

'Art. 34. O exercício financeiro coincidirá COM o ano civil.'

Dessa forma, a contagem de prazos decadenciais do art.173, I, do CTN diz respeito ao ano-calendário (ano-civil) e não a períodos de apuração, os quais podem ser mensurados por mês, trimestres ou outra forma, de acordo com a legislação de cada tributo ou contribuição.

Nesta situação, o ano-calendário de 2005 corresponde ao exercício em que poderia ser efetuado o lançamento, relativo aos fatos geradores no ano-calendário de 2005.

Iniciando-se a contagem do prazo quinquenal no primeiro dia do exercício seguinte, ou seja, no 1º dia do ano-calendário de 2006, o direito do Fisco de constituir o crédito tributário pelo lançamento teria expirado em 31/12/2010.

Portanto, não cabe a alegação da contribuinte a respeito da decadência do lançamento tributário urna vez que o ato administrativo foi efetuado dentro do prazo previsto na

legislação qual seja, 5 anos a contar do ano seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado (ciência do Auto de Infração em 27/12/2010). Também não foi constatado nenhum pagamento a título de PIS e da COFINS, referentes aos valores objeto do Auto de Infração. Dessa forma, totalmente afastada a hipótese de decadência do presente lançamento tributário.

De fato, no TVF de fls.111/118 - 130/137 estão contidas todas as informações a respeito dos valores apurados das infrações, as quais lhe foram imputadas, bem como a maneira como foram extraídas as informações, que deram ensejo ao presente Auto de Infração, acompanhada da capitulação legal das irregularidades detectadas no curso da fiscalização.

Já o Auto de Infração discrimina as bases de cálculos dos tributos e contribuições bem como as fundamentações legais por infração e por tributo e/ou contribuição.

Não houve cerceamento ao direito de defesa e o contribuinte compreendeu de forma absolutamente devida os fatos contra si imputados e deles se defendeu adequadamente.

Assim, é de se negar acolhimento à preliminar de nulidade apresentada.

Ademais, no que se refere à alegação de decadência, trata-se de tributo declarado em DACON mas não confessado em DCTF e não recolhido. De fato, as DCTFs e documentos trazidos aos autos não demonstram recolhimento, nem mesmo parcial, de contribuições no referido período de apuração.

Assim, somente quando não há pagamento antecipado, ou não há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

Desta feita, tratando-se de fatos geradores ocorridos entre jan e dez de 2005 o termo *a quo* para contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01 de janeiro de 2006 e, tendo sido a intimação do lançamento confirmada em 27/12/2005 não há o que se falar em decadência. Assim, rejeito tal preliminar.

Pois bem, no mérito, igualmente os recursos voluntários acabam por reafirmar as razões de impugnação.

Faz-se necessário ressaltar que, conforme pôde ser visto no Declínio de Competência da 3ª. Seção de Julgamento, o presente processo é decorrente da fiscalização que resultou no lançamento de IRPJ e CSLL nos autos do PAF 19515.004733/2010-21, o qual já foi julgado através do Acórdão 1302-000.993 em 03/10/2012.

Sempre tenho firmado minha convicção no sentido de que, em que pese decorrentes, o resultado dos julgamentos dos processos não necessariamente precisa ser o mesmo. Pensar diferente seria a meu ver, retirar a autonomia do julgador na análise que lhe é posta.

Ressalte-se que os documentos que serviram de base para os lançamentos, o TVF, impugnações e Recursos Voluntários são os mesmos e fundados nas mesmas razões.

Entretanto, os lançamentos abarcaram a aplicação de multas em montantes distintos.

No presente processo, a exceção da manutenção do agravamento da multa e da responsabilização solidária, entendo que andou bem a decisão recorrida e, também, nos termos do que dispõe o RICARF a mantendo pelos seus próprios fundamentos na parte que interessa:

DO MÉRITO

DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

Conforme Termo de Início de Ação Fiscal, lavrado em 29/10/2010, fls. 05/07, a empresa foi intimada a apresentar, entre outros, os seguintes documentos e livros:

Diário, Razão, Livros de Registros de Saídas de Mercadorias, Livro de Apuração de IRPJ, contrato Social consolidado e Notas Fiscais de Saídas. A intimação foi recepcionada em 04/11/2010 (f1.08), de acordo com o AR acostado aos autos.

Em 04/11/2010, a Fiscalização emitiu novo Termo de Início de Ação Fiscal, fl. 15, em que o administrador da empresa Sr. Emil Damed foi intimado a apresentar, entre outros, os seguintes documentos e livros: Diário, Razão, Livros de Registros de Saídas de Mercadorias, Livro de Apuração de IRPJ, Contrato Social Consolidado e Notas Fiscais de Saídas. A intimação foi recepcionada em 10/11/2010 (f1.18), de acordo com o AR acostado aos autos.

Portanto, após inúmeras outras intimações, a fiscalização, em 20/12/2010, entendeu por bem arbitrar o lucro da contribuinte em virtude de não ter sido apresentado escrituração na forma de legislação comercial e fiscal.

Em face da referida situação, entendo ser correta a atitude da autoridade fiscal.

O artigo 530, III do RIR/99, a seguir transcrito, determina que o lucro deverá ser arbitrado sempre que a contribuinte deixar de manter a escrituração comercial e fiscal nos termos da legislação de regência:

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

(...) 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,".

No caso em concreto, a contribuinte deixou de apresentar os livros contábeis exigidos pela fiscalização, apesar do grande tempo decorrido entre a primeira solicitação, 29/10/2010 (ciência em 04/11/2010) e a lavratura do Auto de Infração em ocorrida em 20/12/2010.

Por essa razão, em virtude da ausência de livros contábeis solicitados pela autoridade fiscal, entendo que não havia outra opção, além do arbitramento do lucro.

A contribuinte traz na impugnação os seguintes argumentos contra o arbitramento de lucros: 1) O arbitramento dos lucros é ilegal, pois o ato de início da fiscalização não foi comunicado ao sujeito passivo e, sim, a um funcionário de portaria; 2) O Sr. Emil Samed não é administrador da requerente, portanto, o "Termo de Início de Fiscalização" é nulo; 3) Não houve uma reintimação com nova solicitação de documentos, o que

deveria ter sido feito com base no PAF; 4) O arbitramento do lucro é aplicável quando há deliberada e reiterada recusa no fornecimento de informações; 5) não houve qualquer diligência pessoal do AFRFB nas dependências da requerente; 6) não está comprovada a recusa da impugnante na apresentação de livros e documentos fiscais; e, 7) Não houve o esgotamento de todos os meios para apuração do lucro.

Todos os argumentos, acima citados, não merecem prosperar pelos seguintes motivos: 1) A contribuinte defende-se no presente Auto de Infração de todas as infrações a que a autoridade fiscal lhe imputou. Portanto, não houve cerceamento de defesa c, ademais, os Termos de Fiscalização foram todos encaminhados, por via postal, ao endereço da contribuinte e, esta, tomando conhecimento defendeu-se. Assim, não há que se falar em nulidade, pois o direito foi exercido devidamente. A intimação foi procedida de acordo com o PAF (art.23,II); 2) O arbitramento dos lucros foi a opção escolhida pela autoridade fiscal, em virtude de a contribuinte não ter apresentado a documentação requerida nos Termos de Fiscalização de fls.04 e 15. As intimações para a apresentação dos documentos foram devidamente feitas e concedido tempo suficiente para a sua apresentação, o que não foi feito pela contribuinte. A comprovação ou não de reiteração da recusa em apresentar os documentos solicitados pela Fiscalização, não é relevante, pois, sem a documentação prevista em lei, e, tendo sido a mesma requisitada, se não atendido o pedido, o arbitramento é o método adequado para se apurar o montante tributável, conforme prevê a legislação tributária; e, 3) A diligência fiscal tanto pode ser feita nas dependências da contribuinte bem como na repartição fiscal, mediante a intimação para a apresentação de documentação, de acordo com a Súmula CARF n.º 06 cujo teor é o seguinte: "*É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte*".

Além das alegações já mencionadas, a contribuinte contesta o critério de aferição da receita bruta: 1) Para fins de cálculo da receita bruta do arbitramento, a autoridade fiscal deveria ter obedecido ao disposto no art.31 da Lei n.º 8.981/95, o qual se excluem da base de cálculo as vendas canceladas, os descontos incondicionais e os tributos não-cumulativos; 2) A utilização dos valores de saídas, para fins de tributação pelo ICMS, não espelham com fidelidade, a receita bruta prevista no art.31 da Lei n.º 8.981/95; e, 3) A fiscalização utilizou-se de duplo critério para a aferição da receita tributável: receita conhecida (DIPJ/DACON) e receita não conhecida (pagamentos à margem da contabilidade), o que é vedado.

A determinação do lucro arbitrado está prevista no art.532 do RIR/99:

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 n.º 9.249, de 1995, art. 16, e Lei n.º 9.430, de 1996, art. 27, inciso .1).

A aferição de receita bruta, a qual constitui a base tributável, possui previsão legal no art.524 do RIR/99, o qual determina que o seu montante compreende o produto da venda de bens e serviços prestados além de outras operações em conta alheia (art.224, RIR/99).

"Art. 519. Para efeitos do disposto no artigo anterior, considera-se receita bruta a definida no art. 224 e seu parágrafo único.

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de (Lei 9.249, de 1995, art. 15, § Art. 224. 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 n.º 8.981, de 1995, art. 31). Parágrafo único. Na receita bruta não se incluem 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 (Lei n.º 8.981, de 1995, art. 31, parágrafo único)."

A Lei n.º 9.430/96, em seu art.27, I, traz as parcelas, as quais compõem o lucro arbitrado:

Lei n.º 9.430/96: Art. 27. O lucro arbitrado será o montante determinado pela soma das seguintes parcelas: 1- o valor resultante da aplicação dos percentuais de que trata o art. 16 da Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995, sobre a receita bruta definida pelo art. 31 da Lei n.º 8.981, de 20 de janeiro de 1995, auferida no período de apuração de que trata o art. 1º desta Lei.

Quanto aos descontos da receita bruta, a que a interessada acredita ter efetuado, não há comprovação das mesmas, pois nenhuma documentação comprobatória foi apresentada nos presentes autos.

No que se refere ao critério de cálculo da receita omitida, a utilização dos valores de saídas, para fins de tributação pelo ICMS, espelha a receita bruta prevista no art.31 da Lei n.º 8.981 /95, pois representam as vendas efetuadas pela interessada no decorrer do anocalendário de 2005. A aferição da receita tributável por meio da utilização da (DIPJ/DACON) bem como a apuração da receita não conhecida (pagamentos à margem da contabilidade), apenas se constituem de parcelas da receita bruta, portanto, devem ser apuradas, de modo a se obter a base tributável. Não há impedimento legal para o critério de apuração da receita tributável adotado pela autoridade fiscal, tendo em vista que os fatos geradores das parcelas, ora citadas, são distintos e compõem a receita tributável.

DA OMISSÃO DE RECEITAS

No presente Auto de Infração estão sendo exigidas apenas as diferenças de PIS e COFINS decorrentes de apuração pelo regime cumulativo e não cumulativo, em razão do arbitramento do lucro e originário de receita lançada e não declarada/paga.

Conforme descrição no Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal de fis.111/118 e 130/137, a Fiscalização, em análise da documentação trazida aos autos, relativamente ao período de 2005, verificou a seguinte irregularidade: 1) Receita lançada e não declarada/paga, o qual correspondente à diferença entre a GIA e a receita lançada na DIPJ/DACON.

Como se observa nos presentes autos, nada foi apresentado pela impugnante no curso do procedimento fiscal para refutar os fatos apurados pela autoridade fiscal.

A pessoa jurídica tributada pelo Lucro Real deverá manter escrituração, a qual abrange todas as operações relacionadas a sua atividade:

RIR/99 " Art. 251. A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 72). Parágrafo único. A escrituração deverá abranger todas as operações do contribuinte, os resultados apurados em suas atividades no território nacional, bem como os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior (Lei n.º 2.354, de 29 de novembro de 1954, art. 22, e Lei n.º 9.249, de 1995, art. 25).

A omissão de receitas presume-se quando há pagamentos não escriturados e somente será afastada a infração se houver prova de sua improcedência:

"Art. 281. Caracteriza-se C01710 omissão no registro de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, a ocorrência das seguintes hipóteses (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 12, § 22, e Lei n.º 9.430, de 1996, art. 40): - a falta de escrituração de pagamentos efetuados;".

O tratamento tributário a ser procedido no caso de omissão de receitas está previsto no art.537 do RIR/99 a seguir reproduzido:

"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 n.º 9.249, de 1995, art. 24J 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 n.º 9.249, de 1995, art. 24, parágrafo 12)."

A legislação é clara ao enquadrar a presente hipótese como omissão de receitas uma vez que, apesar de intimada, a interessada não comprovou as discrepâncias entre os valores contabilizados e os pagamentos respectivos. Caso seja constatada a existência de pagamentos e estes não estejam escriturados, presume-se a omissão de receitas, a menos que a impugnante as refute com apresentação de provas hábeis e idóneas, as quais afastem a citada presunção legal. A presunção legal, ora citada, somente pode ser afastada mediante a apresentação de prova em contrário da existência do fato previsto em lei, conforme já mencionado.

Uma vez caracterizada a presunção legal cabe à imputada a prova em contrário, sem a qual prevalece a situação capitulada em lei.

Entre as argumentações da impugnante temos: 1) A requerente não foi intimada a esclarecer os 26 depósitos bancários para pagamentos da Plastpel Embalagens Ltda com utilização de conta-corrente com recursos estranhos à contabilidade.

Com relação a esta infração, a Fiscalização efetuou diligências fiscais, nas quais foram solicitados documentos comprobatórios das transferências bancárias recebidas da Plastpel Embalagens Ltda, por meio da conta n.º 120/118332-2 do UNIBANCO. As contribuintes beneficiárias apresentaram justificativas acompanhados de demonstrativos e notas fiscais de vendas para a interessada fiscalizada. A documentação apresentada comprova que os montantes pagos, de fato, tiveram origem em compras efetuadas pela contribuinte, ora fiscalizada, e que os numerários transitaram da conta corrente n.º 120/118332-2 do UNIBANCO para as contas das beneficiárias. Portanto, a intimação da contribuinte era dispensável, tendo em vista que para a comprovação da materialidade dos fatos, as provas a serem obtidas deveriam ser fornecidas por quem emitiu as notas fiscais de vendas.

Quanto à base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, o valor a ser tributado é o faturamento, o qual corresponde à receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas, independentemente da atividade por elas exercidas e da classificação contábil adotada para a escrituração das receitas. As alíquotas do PIS/Pasep e da Cofins aplicáveis sobre o faturamento são de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e de 3% (três por cento) respectivamente.

O Decreto n.º 4.524/2002, em seus arts.10 e 51 dispõem sobre a base de cálculo e as respectivas alíquotas:

"Art. 10. As pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do Imposto de Renda, observado o disposto no art. 92, têm como base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins o valor do faturamento, que corresponde à receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas, independentemente da atividade por elas exercidas e da classificação contábil adotada para a escrituração das receitas (Lei Complementar n.º 70, de 1991, art 12, Lei n.º 9.701, de 1998, art. 12, Lei n.º 9.715, de 1998, art. 22, Lei n.º 9.716, de 26 de novembro de 1998, art. 5.2, e Lei n.º 9.718, de 1998, arts. 22 e 30.). Art. 51. As alíquotas do PIS/Pasep e da Cofins aplicáveis sobre o faturamento são de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e de 3% (três por cento), respectivamente, e as diferenciadas previstas nos arts. 52 a 59

(Lei n.º 9.715, de 1998, art. 82, Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001, art. 12, e Lei n.º 9.718, de 1998, art. 80.)"

Em face do exposto, fica mantida a presente autuação, conforme proposto pela autoridade fiscal.

A alegação de que não foi devidamente intimada é absolutamente protelatória. Alega que a intimação deveria ter sido entregue ao sócio com poderes estatutários de representação da pessoa jurídica ou ao seu procurador constituído, e desta forma não deveria ter sido arbitrado o lucro.

Veja que a recorrente foi intimada em 04/11/2010 (fls. 08), conforme AR acostado aos autos. Como visto nos autos, tal intimação foi entregue a Carlos H. P. Souza, que conforme alegação da recorrente se trata apenas de funcionário de portaria da Recorrente. Ora, ao receber a intimação do Termo de Início de Fiscalização, o preposto, deveria ter passado a intimação para a pessoa responsável ou para quem de direito. A escolha do preposto é de responsabilidade da pessoa jurídica e, consequentemente, seus atos ou omissões também o são.

Este é o entendimento pacífico desta corte, conforme se verifica na súmula 9:

Súmula CARF nº 9: É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

De fato, tanto impugnação quanto os Recursos gastam grande parte de seus fundamentos em argumentos absolutamente protelatórios como o da eventual nulidade da intimação recebida por funcionários.

Ora, a questão se resolve através da Súmula CARF n.º 09.

Outrossim, não se está aqui a questionar qual agente teria, com base nos atos estatutários, poderes de representação da pessoa jurídica. No entanto, isso não retira a validade do ato de intimação realizado no domicílio eleito pelo contribuinte e, recebido por agente de sua representação no endereço físico.

Ademais, a teoria da aparência é adotada não apenas na esfera administrativa, mas também na judicial. A título de exemplo a Corte Especial do STJ, ao julgar o EREsp 864.947, reafirmou a jurisprudência sobre o tema e aplicou a teoria da aparência para aceitar como válida a citação de uma entidade recebida por quem, segundo o estatuto, não detinha poderes para representá-la judicialmente.

Não obstante, houve uma segunda intimação (fls. 19) no dia 10/11/2010, do Sr. Emil Samed, administrador da empresa, a qual também restou infrutífera.

Vê-se que a recorrente defendeu-se no presente auto de infração de todas as autuações realizadas pela autoridade fiscal. Portanto, não houve qualquer tipo de cerceamento de

defesa, vez que os termos de início de fiscalização, ou seja, a intimação do fiscalizado, foram todas enviadas, via postal, ao endereço da contribuinte.

Desta forma, entendo como acertada a decisão da DRJ de manter o arbitramento do lucro da autuada, ora recorrente, uma vez que não fora apresentada escrituração na forma da legislação fiscal.

No entanto, conforme alegação da recorrente a fiscalização teria realizado o arbitramento de lucro com ilegalidades o que teria ocasionado prejuízo ao contribuinte, ora recorrente. Neste ponto cabe uma análise mais aprofundada.

Veja que a não apresentação dos livros contábeis à fiscalização tem como conseqüência a possibilidade do arbitramento de lucro, conforme art. 530, III do RIR/99:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando:

[...]

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;

Portanto, ultrapassada a legalidade do procedimento escolhido na fiscalização pelo Auditor Fiscal da Receita Federal, indefere-se o recurso também nesse ponto de mérito.

No que se refere à alegação de impossibilidade de incidência de juros sobre multa a questão resta sumulada nos termos da Súmula CARF n. 108 e não pode ser acatada:

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

A alegação de impossibilidade de aplicação da taxa SELIC também não se sustenta. O entendimento sobre tal matéria se encontra consolidado neste colegiado, nos termos da Súmula CARF nº 4, cujo enunciado reproduzo abaixo:

Súmula CARF nº 04

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.

Quanto a alegações a respeito da qualificação da multa de ofício cumpre ressaltar que no presente lançamento a multa não foi qualificada mas apenas agravada. Possivelmente o contribuinte não observou tal fato e acabou por repetir o seu recurso relativo ao lançamento de IRPJ e reflexos onde a qualificação ocorreu. Assim, tal argumento resta prejudicado.

Entretanto, no que se refere ao agravamento da multa por suposto embaraço à fiscalização entendo que o Recurso Voluntário merece acolhimento.

Nos termos do TVF, segue a fundamentação para o alegado embaraço:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
DEFIS/SP
DEFIS I
EFI 37



CONTRIBUINTE: PLASTPEL EMBALAGENS LTDA.
C.N.P.J. : 43.436.211/0001-84

Folha de continuação do TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL DA COFINS

Decorrido o prazo, ocorreu o não atendimento das intimações profissionalizadas pela fiscalização, o contribuinte deixou de apresentar à autoridade de tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, e assim, caracterizou o **EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO**, conforme determina a norma fiscal: artigo 919, parágrafo único; e artigo 928 c/c artigo 968 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, Decreto nº 3.000/99, tendo como consequência, o agravamento de penalidade - **MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO de 75%, majorada em 50%**, passando a ser de 112,5% (cento e doze e meio por cento) por infringência ao artigo 959, incisos I - prestar esclarecimentos, do RIR/.

Sucintamente, a autuada, ora recorrente, foi intimada duas vezes, em 04/11/2010 e em 10/11/2010, mediante seu sócio e administrador respectivamente, para prestarem esclarecimentos e apresentarem documentação fiscal obrigatória (fls. 05/08 e 16/19), o qual não o fez.

Em decorrência de tal omissão foi feita a caracterização, com base no art. 919, p. único do RIR/99, do embaraço à fiscalização.

Não obstante, a mera omissão frente às duas intimações requerendo elementos e documentos faltosos ou adicionais para comprovação do crédito pleiteado não pode ser entendido como deliberadamente causada com o intuito de fraudar a fiscalização, pois, em última instância, estaria prejudicando apenas a validação do crédito tributário, e não o autuação fiscal propriamente dita, vez que havia elementos suficientes para realizar o lançamento fiscal.

Ora não há que se falar em recusa injustificada, vez que o autuado simplesmente não se manifestou. Independente se teve ou não ciência das intimações, vez que elas foram realizadas dentro das previsões legais, o recorrente não se recusou em momento algum a prestar esclarecimentos. O que houve foi uma omissão.

O parágrafo único é claro ao prever expressamente que o embaraço é criado com a **recusa sem justificativa e não pela omissão da prestação do esclarecimento**.

Outrossim, a não manifestação por parte do contribuinte pode estar relacionado ao seu direito de não se auto incriminar.

Faz-se necessário que o agente fiscal prove a recusa injustificada bem como o intuito do contribuinte de efetivamente atrapalhar a fiscalização como por exemplo com pedidos repetitivos e protelatórios de dilação de prazo perante a fiscalização.

O acesso que o AFRFB tem a outros livros e documentos supre a falta de esclarecimentos por parte do recorrente, de forma que os lançamentos são feitos sem qualquer prejuízo ou empecilho, inclusive de forma gravosa ao recorrente. O quantum exigido é plenamente determinado pelo arbitramento de lucro, o que torna incabível a aplicação do agravamento da multa prevista no art. 959, I do RIR/99.

Dessa forma, a ausência de esclarecimentos que é a causa de tal agravamento é suprida pelo procedimento de arbitramento de lucro realizado pelo AFRFB. O CARF em diversas vezes tem se posicionado neste sentido, impedindo a aplicação da agravante prevista no art. 959, I do RIR, quando houver o arbitramento de lucro.

Assim, face a tudo o quanto exposto, afasto o agravamento da multa de ofício em 50%.

Por sua vez, no que se refere aos recursos dos responsáveis solidários tenho que os mesmos devem ser providos.

De fato a autoridade fiscal não se deu ao trabalho de detalhar adequadamente os fundamentos que levaram à responsabilização solidária. Curioso verificar que a responsabilização dos Srs. Edmundo Baracat Filho e Eduardo Antonio Baracat deram-se exclusivamente no inc. I do art.124 do CTN.

Por sua vez, para justificar a responsabilização o auditor fiscal fundamentou no respectivo TSP diz:

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Ficou evidente que a Plastpel Embalagem Ltda utilizou a conta-corrente nº 120/118332-2 de titularidade de Linda Adalla Farah, e os Srs. **EDMUNDO BARACAT FILHO E EDUARDO ANTONIO BARACAT** são os sócios ocultos e reais beneficiários pela movimentação financeira desta conta-corrente, que foi utilizada para as operações típicas de uma pessoa jurídica, de acordo com o histórico das operações e as provas colhidas em diligências.

Tão somente isso. Ato contínuo passa a tecer várias páginas em que tão somente repete doutrina e dispositivos legais.

Por sua vez, da análise do TVF relativo ao termo de encerramento, consta o seguinte esclarecimento:

ESCLARECIMENTO:

Conforme depoimento prestado, obtido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil do Rio de Janeiro, pela Sra. Linda Adalla Farah, o intimado foi responsável pela indução da declarante na abertura da conta-corrente 118332-2 Agência 120 do Banco Unibanco S/A, bem como solicitou a sua assinatura em diversos cheques em branco, tudo em benefício do intimado, para pagamento de despesas da empresa Plastpel Embalagens Ltda. CNPJ 43.436.211/0001-84.

Da informação acima colhida, conduz-se a certeza de que o real beneficiário pela movimentação da conta-corrente citada é o ora intimado.

Ora, a partir da intimação de uma das titulares das contas de terceiros e da sua afirmação de que a abertura da conta foi pedido de um dos responsáveis para movimentação e pagamento de despesas da Recorrente o auditor fiscal concluiu de forma cabal que os responsáveis solidários eram os reais beneficiários dos recursos movimentados à margem da contabilidade.

E isso sem identificar ou detalhar nenhum ingresso de recursos nas contas dos responsáveis solidários ou nenhum elemento concreto que levasse à conclusão de que não só eram os sócios de fato como, também, os reais destinatários dos recursos.

Os valores movimentados não dizem respeito às pessoas físicas dos sócios, mas sim a transações realizadas pela pessoa jurídica conforme demonstrou no AFRFB em seu Termo de fiscalização (fls. 212/213).

Não restam dúvidas, pelo exposto no auto de infração que em nenhum momento houve a comprovação do proveito ou interesse comum das pessoas físicas, se remetendo a todo momento a operações realizadas pela pessoa jurídica, ora recorrente.

O AFRFB deveria ter comprovado o interesse comum das pessoas físicas nas referidas transações, através de pagamento de contas particulares ou negócios em seus nomes, o que não restou demonstrado.

Veja que a própria DRJ conclui que:

A Plastpel Embalagens Ltda utilizou a conta-corrente para movimentar recursos para pagamentos estranhos à contabilidade, caracterizando omissão de receitas, materializadas nas transferências bancárias já apontadas.

Entendo que não há como aplicar o ônus da sujeição passiva à referidas pessoas físicas, uma vez que o agente fiscal não demonstrou o interesse comum existente entre estas e a recorrente, pelo contrário, ficando claro que a beneficiada com as referidas movimentações foi a própria pessoa jurídica. Não há qualquer pagamento ou transferência para objetivos comprovadamente das pessoas físicas.

Ademais, o trabalho fiscal neste ponto também resta fragilizado na medida em que por vezes aponta os responsáveis solidários como sócios de fato sem sequer ter fundamentado a solidariedade no art. 135 do CTN.

Assim, face ao exposto, dou provimento aos recursos dos responsáveis solidários para afastar a respectiva solidariedade.

Em resumo, quanto ao Recurso Voluntário do contribuinte voto por afastar as preliminares de nulidade e decadência e, no mérito, dar parcial provimento apenas para afastar o agravamento da multa. No que se refere aos recursos dos responsáveis solidários voto no sentido de dar-lhes provimento e afastar a responsabilização solidária de Edmundo Baracat Filho e Eduardo Antonio Baracat.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva