



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

Processo nº 19515.720506/2014-71
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1201-000.227 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 05 de outubro de 2016
Assunto IRPJ
Recorrente EMBBRASE EMPRESA BRASILEIRA DE SEGURANÇA E VIGILANCIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

ROBERTO CAPARROZ DE ALMEIDA - Presidente.

(assinado digitalmente)

LUIS FABIANO ALVES PENTEADO - Relator.

EDITADO EM: 20/11/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Caparroz de Almeida (Presidente), Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, José Carlos de Assis Guimarães, José Roberto Adelino da Silva (suplente convocado) e Paulo Cezar Fernandes de Aguiar.

Relatório

Fora constatada, no ano-calendário (AC) de 2009, omissão de receita da atividade caracterizada pela falta de emissão de notas fiscais de serviços prestados. Ocorrerá, então, o arbitramento do lucro com fundamento no art. 530, III do RIR/1999, tendo em vista que, sendo intimado, o contribuinte, ora recorrente, não apresentou as notas fiscais e folhas de pagamento, o que impossibilitou a verificação da adequação dos lançamentos contábeis com os respectivos fatos, não permitindo a comprovação da correta apuração do lucro real.

O crédito tributário exigido neste processo está composto dos seguintes montantes:

IRPJ - R\$ 18.263.317,35

CSLL -R\$ 5.505.507,26

COFINS - R\$ 5.746.435,23

PIS - R\$ 1.245.061,00

Consta no processo que o contribuinte apresentou DIPJ/2010 tendo como forma de tributação o lucro real.

Foi intimado e reintimado a apresentar os livros Diário e Razão, arquivos de notas fiscais de entrada e de saída de mercadorias e/ou serviços, arquivos digitais das folhas de pagamento de todos os segurados, os comprovantes de retenção de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, sofrida em 2009, e apresentou apenas a DIPJ/2010, os contratos sociais e uma planilha contendo o nº das notas fiscais, valor da nota e valor da retenção da contribuição previdenciária e nome do tomador do serviço.

A fiscalização, então, enviou ofício para as Prefeituras de São Paulo e Campinas, solicitando os arquivos de notas fiscais emitidas pelo contribuinte no ano de 2009 e obteve as relações contendo informações das notas fiscais que se encontram no "Anexo 5". Constatou o fisco que a soma dos valores das notas fiscais informados pelas prefeituras era maior do que os valores declarados pela contribuinte na DIPJ e no Dacon.

O lançamento de ofício concretizou essas diferenças apuradas como receitas omitidas, sendo arbitrado o lucro com base nestas e naquelas declaradas pelo contribuinte.

Foi aplicada a multa de 225% pela falta de apresentação de esclarecimentos, livros e documentos e de escrituração de parte das receitas auferidas no ano-calendário. Foi atribuída responsabilidade solidária ao sócio e administrador da contribuinte Wagner Martins, com fundamento nos arts. 124, I, e 135 do CTN.

Impugnação

A impugnação apresentada trata dos seguintes pontos:

Decadência para constituição do crédito tributário referente aos fatos geradores compreendidos entre janeiro a abril de 2009.

Defendeu-se que o prazo decadencial deve ser contado conforme o previsto no art. 150, § 4º do CTN, uma vez que o arbitramento foi feito com base nas receitas declaradas em DIPJ, Dacon, DCTF e na contabilidade, não podendo se falar em dolo, fraude.

Argumentou que mesmo sobre a receita omitida o prazo decadencial deve ser contado da ocorrência do fato gerador, uma vez que não houve comprovação da ocorrência do dolo e houve pagamento antecipado declarado via DCTF.

Expôs que o lançamento é nulo, pois o fisco utilizou para calcular o IRPJ a forma de apuração trimestral, enquanto o contribuinte fez a opção pelo regime de tributação do lucro real anual. Esse fato ofenderia o disposto na Lei nº 9.249, de 1995, art. 24 e o RIR, de 1999, art. 288, e agravaria o lançamento do crédito tributário. Também se alegou que o fisco não teria como apurar o lucro anual, haja vista que o próprio agente fiscal expressamente afirma que o arbitramento dos lucros foi feito com base no Dacon, DIPJ, Sped e contabilidade da empresa.

Arguiu que é improcedente a exigência da multa de 150% sobre as receitas declaradas: embora o argumento do fisco autorize a aplicação da multa qualificada somente sobre a receita omitida, referida multa também foi aplicada equivocadamente sobre a receita declarada.

Suscita a nulidade do agravamento da multa (art. 957, II, do RIR/1999) sobre as receitas omitidas: o fisco concluiu que a soma dos valores das notas fiscais informadas pelas prefeituras era maior que os valores declarados pela contribuinte e lavrou o auto de infração sem intimar a fiscalizada a explicar as diferenças constatadas.

Entendeu que o autuante não quantificou a sonegação, uma vez que não apontou quais as notas fiscais específicas teriam sido não declaradas, sendo imprescindível a intimação formal para que a empresa pudesse demonstrar a incorreção dos valores apontados.

Suscita também a nulidade do lançamento do PIS e Cofins: o fisco tributou novamente as receitas já declaradas e constituídas, em DCTF, pela contribuinte a título de PIS e Cofins, o que constitui bis in idem.

Relata que o arbitramento é improcedente, pois não houve recusa em entregar os documentos solicitados pela fiscalização. Teria entregue parcialmente os documentos solicitados e quando não era possível atender a intimação por completo, a impugnante formulava pedido de dilação de prazo. Considerando a grande quantidade de empregados e notas emitidas mensalmente, o impugnante, ora recorrente, argui, em seu favor, que precisava de prazo razoável para que fosse possível reunir todas as informações solicitadas pelo fisco.

Alega que o arbitramento somente poderia ocorrer caso o contribuinte deixasse de apresentar ao fisco os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa. Ocorre que esses documentos já estavam em posse do agente fiscal, segundo o contribuinte. Tanto é assim, afirma, que o autuante atesta que o arbitramento foi realizado com base no Dacon, DIPJ, Sped e contabilidade da empresa.

Conclui o impugnante, ora recorrente, que apesar de não ter conseguido reunir todas as notas fiscais que comprovam a retenção, a autoridade tributária detinha outras maneiras de confirmar as retenções declaradas, seja por meio de consulta às Dirf das fontes pagadoras, seja através da relação das fontes pagadoras disponíveis no site da RFB, através do e-cac.

Teriam ocorrido erros de digitação no Anexo 7 (que foram transportados para o Anexo 8), que majoraram as receitas omitidas em R\$ 2.326.428,37. Cita-se como exemplo, a nota fiscal nº 9263 em que o valor correto seria R\$ 16.576,33 (anexo 5) mas foi lançada no anexo 7 a nota com valor de R\$ 1.657.633,00.

Além dos erros de digitação, teria o fisco deixado de excluir uma série de notas fiscais canceladas que constaram no Anexo 5. Como exemplo, citam-se as notas fiscais 6967 e 8902, nos valores respectivos de R\$ 9.601,32 e R\$ 1.759,33, as quais constam como canceladas no Anexo 5 (informações das Prefeituras), mas foram indevidamente lançadas no Anexo 7.

Segundo o impugnante, ora recorrente, não houve comprovação de ação dolosa para a qualificação da multa, que se deu exclusivamente em virtude de ter sido constatada omissão de receitas. Tais receitas omitidas foram obtidas por meio de relação de notas fiscais emitidas pela própria impugnante, o que comprova que não há prova de dolo.

Haveria ilegalidade do agravamento da multa de 150% para 225%: alega-se que a falta de apresentação de livros e documentos foi utilizada como fundamento para o arbitramento do lucro e para o agravamento da multa de ofício, o que é ilegal.

Argui que do total de R\$ 1.846.057,61 que foi declarado como imposto antecipado pela impugnante em DIPJ e Dacon, a Receita Federal já possui confirmado o total de R\$ 1.055.961,87, que já foi recolhido pelos tomadores de serviços.

Conclui, então, que não seria lícita a conduta do fisco, que penalizou a contribuinte simplesmente porque não conseguiu confirmar as retenções que foram corretamente declaradas em Dacon e DIPJ. A exigência de confirmação de recolhimento dos valores retidos para homologação da compensação declarada pela impugnante é improcedente.

Por fim, pugna pela impossibilidade de manutenção do Termo de Arrolamento. No caso de provimento da impugnação, o arrolamento deveria ser revisto.

Impugnação do Responsável – Wagner Martins

O responsável solidário Wagner Martins apresentou a impugnação, em suma delineando os seguintes pontos:

Não tem legitimidade para figurar no termo de arrolamento, pois não restou comprovado que tenha praticado ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Nulidade do termo de arrolamento formalizado sem a instauração de mandado de procedimento fiscal (MPF).

Segundo o impugnante, trata-se de responsabilidade pessoal e não responsabilidade solidária, devendo os bens do impugnante serem exonerados. Não há provas de que o impugnante agiu com dolo, tendo em vista que emitiu notas fiscais, mas o setor contábil incorreu em erro e não repassou tais informações para a DIPJ.

Impossibilidade de formalização de termo de arrolamento de bens do sócio, em face de inexistência de previsão legal.

Os bens que devem ser arrolados são do sujeito passivo. A formalização do termo de arrolamento de bens do sócio fere o princípio da legalidade (art. 5º, II, e 150, I, da Constituição Federal – CF).

Neste passo alega que somente poderá ser formalizado o termo de arrolamento depois da decisão final administrativa comprovando cabalmente a infração à lei e, se eventualmente o sujeito passivo não honrar com os supostos débitos imputados.

Prossegue afirmando que o termo de arrolamento é medida excepcional, que não pode ser decretada com apoio exclusivo em supostos débitos da pessoa jurídica, até porque a insuficiência de bens necessários à satisfação das dívidas contraídas consiste, a rigor, em pressuposto para a decretação da falência e desconsideração da personalidade jurídica, o que não ocorreu. Há necessidade de desconsideração da personalidade jurídica para arrolamento dos bens do sócio.

Por fim, esclarece que não existem os requisitos constantes do art. 50 do Código Civil, quais sejam: a) abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade; b) confusão patrimonial, aptos a ensejar o redirecionamento do pleito executivo.

Acórdão nº 14-55.600 – 3ª Turma da DRJ/RPO

Nulidade

Fora julgada improcedente a alegação de nulidade sob a fundamentação de que, segundo o art. 60 do PAF, as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no art.59 não importarão em nulidade do lançamento e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo.

Decadência

Firmou-se o entendimento de que, por estar caracterizada a ocorrência de fraude no período autuado, a contagem do prazo decadencial deslocara-se para o art. 173, I, do CTN, ou seja, seu início se deu no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Dessa forma, o prazo decadencial iniciou-se em 01/01/2010 findando em 31/12/2014. Tendo a ciência do auto de infração ocorrido em 28/05/2014, julgou-se que não há que se falar em decadência do direito de lançar referidos tributos.

Arbitramento

Delineou-se, inicialmente, que o uso do arbitramento impõe-se como dever legal e é ato vinculado da autoridade fiscal.

Ademais, constatou-se que consta no processo que a DIPJ/2010 foi apresentada com a opção pela tributação pelo lucro real anual e, quando intimada e reintimada a apresentar o livro Diário e o Razão, os arquivos de notas fiscais de entrada e de saída de mercadorias e/ou serviços, arquivos digitais das folhas de pagamento de todos os segurados, e os comprovantes anuais de retenção na fonte sofrida, o contribuinte nada apresentou. Assim, entendeu-se que não há que se falar em falta de intimação para comprovação das diferenças apuradas, de modo que a contribuinte foi intimada várias vezes e teve tempo mais do que suficiente, mas não apresentou os elementos solicitados.

Constatou a fiscalização que o contribuinte transmitiu a sua Escrituração Contábil Digital (ECD) via Sped, porém sem a devida autenticação na Jucesp. Sendo intimada, em 07/02/2014, a regularizar essa situação, a contribuinte não atendeu a solicitação.

Entendeu-se, então, que ainda que estivesse desobrigada de escriturar o livro Razão, o Contribuinte, ora recorrente, tinha o dever de apresentar o livro Diário e os demais documentos solicitados pela fiscalização. Não tendo sido apresentados os documentos pelo contribuinte não restou alternativa à fiscalização a não ser o arbitramento do lucro, como previsto na legislação.

Concluiu-se que, tendo ocorrido a hipótese para o arbitramento, ele deve ser mantido, pois não há arbitramento condicional.

Erros

Analisando os Anexos 7 e 8 e o demonstrativo de fls.756 a 794, verificou-se que assiste razão à contribuinte quanto à nota fiscal nº 9263, pois consta à fl. 785 que é de R\$ 16.576,33 o valor da referida nota. Coube, portanto, a autoridade julgadora corrigir esse erro e alterar o valor dos tributos devidos.

Quanto às demais diferenças indicadas na impugnação à fl.985, cumpriu registrar-se que não foram apontadas as notas fiscais relativas a tais diferenças, motivo pelo qual entendeu-se pela impossibilidade de análise da alegação quanto a esses valores.

Compulsando o relatório de notas fiscais apresentado pelas Prefeituras, verificou-se que as notas fiscais constam como canceladas (fls. 757 e 781) e foram incluídas no Anexo 7. Parte das notas fiscais “canceladas” foram de fato excluídas da tributação, no entanto, o autuante não informou a razão por que não excluiu as de nº 6967 e 8902 da tributação.

Prestou-se, então, o julgador a proceder a sua exclusão, atingindo as bases de cálculo discriminadas no demonstrativo abaixo:

Notas Fiscais Prefeituras						
Trimestre	Mês	Receita declarada	São Paulo	Campinas	Total	Diferença - receita omitida
1	jan/09	2.345.071,10	2.343.034,67	639.798,93	2.982.833,60	637.762,50
1	fev/09	3.219.546,58	3.219.546,58	705.071,44	3.924.618,02	705.071,44
1	mar/09	3.324.329,56	3.385.445,01	692.869,15	4.078.314,16	753.984,60
1 Total			8.948.026,26	2.037.739,51	10.985.765,78	2.096.818,54
2	abr/09	3.190.019,60	3.189.777,56	664.937,73	3.854.715,29	664.095,69
2	mai/09	3.494.313,75	3.464.947,50	775.768,57	4.240.716,07	746.402,32
2	jun/09	3.554.273,68	3.553.973,83	749.564,97	4.303.538,80	749.265,12
2 Total			10.208.698,89	2.190.271,27	12.398.970,15	2.160.363,12
3	jul/09	3.458.415,84	3.446.327,72	819.578,99	4.265.906,71	807.490,87
3	ago/09	3.500.830,81	3.876.993,88	795.761,84	4.672.755,72	1.171.924,91
3	set/09	3.383.822,70	3.383.791,74	834.561,36	4.218.353,10	834.530,40
3 Total			10.707.113,34	2.449.902,19	13.157.015,53	2.813.946,18
4	out/09	3.391.802,16	3.494.011,89	938.331,86	4.432.343,75	1.040.541,59
4	nov/09	3.405.778,42	3.406.778,46	907.403,95	4.314.182,41	908.403,99
4	dez/09	4.871.037,76	4.780.260,36	234.765,78	5.015.026,14	143.988,38
4 Total			11.681.050,71	2.080.501,59	13.761.552,30	2.092.933,96

CÁLCULO DO IRPJ									
Mês	Trimestre	Receita Omitida	Base de Cálculo IRPJ (38,4%)	Parcela não sujeita ao adicional	IRPJ Alíquota de 15%	Adicional (10%)	Total Apurado	DCTF	Imposto Devido
jan/09	1	637.762,50	244.900,80	0	36.735,12	24.490,08	61.225,20	0	61.225,20
fev/09	1	705.071,44	270.747,43	0	40.612,11	27.074,74	67.686,86	0	67.686,86
mar/09	1	753.984,60	289.530,08	0	43.429,51	28.953,01	72.382,52	0	72.382,52
	1 Total	2.096.818,54	805.178,31	0	120.776,74	80.517,83	201.294,58	0	201.294,58
abr/09	2	664.695,69	255.243,14	0	38.286,47	25.524,31	63.810,79	0	63.810,79
mai/09	2	746.402,32	286.618,49	0	42.992,77	28.661,84	71.654,62	0	71.654,62
jun/09	2	749.265,12	287.717,81	0	43.157,67	28.771,78	71.929,45	0	71.929,45
	2 Total	2.160.363,12	829.579,44	0	124.436,92	82.957,94	207.394,86	0	207.394,86
jul/09	3	807.490,87	310.076,49	0	46.511,47	31.007,65	77.519,12	0	77.519,12
ago/09	3	1.171.924,91	450.019,16	0	67.502,87	45.001,91	112.504,78	0	112.504,78
set/09	3	834.530,40	320.459,67	0	48.068,95	32.045,97	80.114,92	0	80.114,92
	3 Total	2.813.946,18	1.080.555,33	0	162.083,30	108.055,53	270.138,82	0	270.138,82
out/09	4	1.040.541,59	399.567,97	0	59.935,20	39.956,79	99.891,99	0	99.891,99
nov/09	4	908.403,99	348.827,13	0	52.324,07	34.882,71	87.206,78	0	87.206,78
dez/09	4	143.988,38	55.291,54	0,00	8.293,73	5.529,15	13.822,88	0,00	13.822,88
	4 Total	2.092.933,96	803.686,64		120.553,00	80.368,65	200.921,65		200.921,65

CÁLCULO DA CSLL						
Mês	Trimestre	Receita Omitida	Base de Cálculo CSLL (32%)	CSLL calculada alíquota (9%)	DCTF	CSLL DEVIDA
jan/09	1	637.762,50	204.084,00	18.367,56	0	18.367,56
fev/09	1	705.071,44	225.622,86	20.306,06	0	20.306,06
mar/09	1	753.984,60	241.275,07	21.714,76	0	21.714,76
	1 Total	2.096.818,54	670.981,93	60.388,38	0	60.388,38
abr/09	2	664.695,69	212.702,62	19.143,24	0	19.143,24
mai/09	2	746.402,32	238.848,74	21.496,39	0	21.496,39
jun/09	2	749.265,12	239.764,84	21.578,84	0	21.578,84
	2 Total	2.160.363,12	691.316,20	62.218,46	0	62.218,46
jul/09	3	807.490,87	258.397,08	23.255,74	0	23.255,74
ago/09	3	1.171.924,91	375.015,97	33.751,44	0	33.751,44
set/09	3	834.530,40	267.049,73	24.034,48	0	24.034,48
	3 Total	2.813.946,18	901.025,76	81.041,66	0	81.041,66
out/09	4	1.040.541,59	332.973,31	29.967,60	0	29.967,60
nov/09	4	908.403,99	290.689,28	26.162,04	0	26.162,04
dez/09	4	143.988,38	46.076,28	4.146,87	0	4.146,87
	4 Total	2.092.933,96		60.276,51		60.276,51

CÁLCULO DA COFINS			
Mês	Trimestre	Receita Omitida	Calculado COFINS (3%)
jan/09	1	637.762,50	19.132,88
fev/09	1	705.071,44	21.152,14
mar/09	1	753.984,60	22.619,54
	1 Total	2.096.818,54	62.904,56
abr/09	2	664.695,69	19.940,87
mai/09	2	746.402,32	22.392,07
jun/09	2	749.265,12	22.477,95
	2 Total	2.160.363,12	64.810,89
jul/09	3	807.490,87	24.224,73
ago/09	3	1.171.924,91	35.157,75
set/09	3	834.530,40	25.035,91
	3 Total	2.813.946,18	84.418,39
out/09	4	1.040.541,59	31.216,25
nov/09	4	908.403,99	27.252,12
dez/09	4	143.988,38	4.319,65
	4 Total	2.092.933,96	62.788,02

CÁLCULO DO PIS			
Mês	Trimestre	Receita Omitida	Calculado Alíquota PIS (0,65%)
jan/09	1	637.762,50	4.145,46
fev/09	1	705.071,44	4.582,96
mar/09	1	753.984,60	4.900,90
	1 Total	2.096.818,54	13.691,73
abr/09	2	664.695,69	4.320,52
mai/09	2	746.402,32	4.851,62
jun/09	2	749.265,12	4.870,22
	2 Total	2.160.363,12	14.042,36
jul/09	3	807.490,87	5.248,69
ago/09	3	1.171.924,91	7.617,51
set/09	3	834.530,40	5.424,45
	3 Total	2.813.946,18	18.302,09
out/09	4	1.040.541,59	6.763,52
nov/09	4	908.403,99	5.904,63
dez/09	4	143.988,38	935,92
	4 Total	2.092.933,96	13.604,07

Dedução. IRRF.

Quanto à alegação de que, no lançamento não houve a dedução dos valores do IRRF, entendeu-se não assistir razão à contribuinte, uma vez que somente se admite tal dedução se as receitas que deram causa às retenções tiverem sido computadas na determinação do imposto exigido no auto de infração. Ainda que constassem informações de retenções nas Dirf existentes nos sistemas internos da RFB, firmou-se ser imprescindível a comprovação de que as receitas sobre as quais incidiram tais retenções foram devidamente computadas na determinação do lucro real.

Entendeu-se que a prova deveria ser feita por meio da apresentação dos “informes de rendimentos” fornecidos pelas fontes pagadoras e da contabilidade da contribuinte, documentos não apresentados durante a fiscalização, apesar das várias intimações feitas pelo fisco. O mesmo racional fora adotado para aniquilar qualquer possibilidade de nulidade de PIS e Cofins.

Nulidade do lançamento do PIS e Cofins

Quanto aos débitos de PIS e Cofins declarados em DCTF como tendo sido compensados por meio de Dcomp, confirmara-se a existência da confissão de valores não considerados pela fiscalização, que, desta forma, foram excluídos pela autoridade julgadora. O demonstrativo abaixo perfaz os valores restantes, devidamente exigíveis de PIS e Cofins:

COFINS	RECEITA DECLARADA	COFINS APURADO	Valor declarado em DCTF /DCOMP	COFINS DEVIDA	PIS	RECEITA DECLARADA	PIS APURADO	Valor declarado em DCTF /DCOMP	PIS DEVIDO
jan/09	2.345.071,10	70.352,13	11.959,88	58.392,27	jan/09	2.345.071,10	15.242,98	2.591,30	12.651,66
fev/09	3.219.546,58	96.586,40	16.419,68	80.166,72	fev/09	3.219.546,58	20.927,05	3.557,60	17.369,45
mar/09	3.324.329,56	99.729,89	16.954,07	82.775,82	mar/09	3.324.329,56	21.608,14	3.673,38	17.934,76
abr/09	3.190.019,60	95.700,59	16.289,09	79.431,50	abr/09	3.190.019,60	20.735,13	3.524,96	17.210,17
mai/09	3.494.313,75	104.829,41	17.821,00	87.008,41	mai/09	3.494.313,75	22.713,04	3.861,21	18.851,83
jun/09	3.554.273,68	106.628,21	18.126,80	88.501,41	jun/09	3.554.273,68	23.102,78	3.927,46	19.175,32
jul/09	3.458.415,84	103.752,48	17.637,92	86.114,56	jul/09	3.458.415,84	22.479,70	3.821,55	18.658,15
ago/09	3.500.830,81	105.024,92	17.854,23	87.170,69	ago/09	3.500.830,81	22.755,40	3.868,42	18.886,98
set/09	3.383.822,70	101.514,68	17.257,49	84.257,19	set/09	3.383.822,70	21.994,85	3.739,12	18.255,73
out/09	3.391.802,16	101.754,06	17.298,19	84.455,87	out/09	3.391.802,16	22.046,71	3.747,94	18.298,77
nov/09	3.405.778,42	102.173,35	17.369,47	84.803,88	nov/09	3.405.778,42	22.137,56	3.763,38	18.374,18
dez/09	4.871.037,76	146.131,13	20.458,38	125.672,77	dez/09	4.871.037,76	31.661,75	4.432,64	27.229,11
Total	41.139.241,96	1.234.177,26	205.426,16	1.028.751,10	Total	41.139.241,96	267.405,07	44.508,96	222.896,11

Multa de Ofício. Qualificada. Agravada.

Notou-se que foram omitidas receitas em todos os meses do ano-calendário de 2009, o que descarta a possibilidade de erro, devendo ser mantida a exigência da multa qualificada sobre os valores de receita omitida. Entretanto, com relação às receitas declaradas, entendeu-se que não há que se falar em ação dolosa tendente a impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ou o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

Portanto, quanto aos tributos relativos a essas receitas declaradas, entendeu-se pela redução da multa de ofício para 112,5%.

Com relação ao agravamento da multa em 50%, da análise dos autos constatou-se que o presente caso se enquadrava perfeitamente na hipótese prevista no inciso II do §2º do art. 44 da Lei nº 9430/96, ou seja, sendo intimada o contribuinte não apresentou os arquivos digitais solicitados.

Dessa forma, tendo ocorrido a hipótese descrita na lei, deve-se manter o agravamento da multa de ofício em 50%, tal como previsto no § 2º acima.

O demonstrativo abaixo presta-se a representar a desoneração da multa qualificada quanto aos valores declarados:

IRPJ	VALOR TRIBUTADO COM MULTA 112,5 %	VALOR TRIBUTADO COM MULTA 225 %	CSLL	VALOR TRIBUTADO COM MULTA 112,5 %	VALOR TRIBUTADO COM MULTA 225 %
1º TRIM/2009	847.338,94	201.294,58	1º TRIM/2009	256.001,68	60.388,38
2º TRIM/2009	976.906,27	207.394,88	2º TRIM/2009	294.871,88	62.218,46
3º TRIM/2009	986.934,66	270.138,82	3º TRIM/2009	297.880,40	81.041,66
4º TRIM/2009	1.114.187,36	200.921,65	4º TRIM/2009	336.056,21	60.276,51

COFINS	VALOR TRIBUTADO COM MULTA 112,5 %	VALOR TRIBUTADO SUJEITO A MULTA 225 %	PIS	VALOR TRIBUTADO COM MULTA 112,5 %	VALOR TRIBUTADO COM MULTA 225 %
jan/09	58.392,27	19.132,88	jan/09	12.651,66	4.145,46
fev/09	80.166,72	21.152,14	fev/09	17.369,45	4.582,96
mar/09	82.775,82	22.619,54	mar/09	17.934,76	4.900,90
abr/09	79.431,50	19.940,87	abr/09	17.210,17	4.320,52
mai/09	87.008,41	22.392,07	mai/09	18.851,83	4.851,62
jun/09	88.501,41	22.477,95	jun/09	19.175,32	4.870,22
jul/09	86.114,56	24.224,73	jul/09	18.658,15	5.248,69
ago/09	87.170,69	35.157,00	ago/09	18.886,98	7.617,51
set/09	84.257,19	25.035,91	set/09	18.255,73	5.424,45
out/09	84.455,87	31.216,25	out/09	18.298,77	6.763,52
nov/09	84.803,88	27.252,12	nov/09	18.374,18	5.904,63
dez/09	125.672,77	4.319,65	dez/09	27.229,11	935,92
TOTAL	1.028.751,09	274.921,10	TOTAL	222.896,11	59.566,40

Inconstitucionalidade

Com relação às alegações de ofensa a princípios constitucionais, esclareceu-se que a autoridade administrativa não tem competência para analisar tais questões, sendo esta competência atribuída em caráter privativo ao Poder Judiciário pela CF, no art. 102.

Termo de Arrolamento de Bens

Entendeu-se que, no tocante ao arrolamento de bens, tem-se a observar que, conforme disposições contidas na Instrução Normativa RFB nº 1171, de 2011, deve ser efetuado, para garantia do crédito tributário, sempre que esse ultrapassa, simultaneamente, trinta por cento do patrimônio conhecido do sujeito passivo e R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). Todavia o arrolamento é formulado em apartado e não compõe o processo de exigência de crédito tributário, não se inserindo no âmbito de competência do colegiado, definida no art. 212 da Portaria MF nº 125, de 2009, o pronunciamento acerca da regularidade do procedimento de arrolamento efetivado pela autoridade lançadora.

Termo de Sujeição Passiva Solidária

Verificou-se no processo que Wagner Martins exerceu a gerência da sociedade e agiu com excesso de poderes e infração à lei ao omitir receitas durante todo o ano-calendário de 2009 e reduzir os tributos devidos. Segundo a autoridade julgadora, essa conduta reiterada de omitir receitas configurou a ocorrência de fraude, nos termos da Lei nº 4.502, de 1964, art. 71, portanto a ocorrência do dolo e a infração à lei. Assim, sendo Wagner Martins sócio com poderes de gestão à época, julgou-se correta a imputação de sujeição passiva solidária, nos termos do CTN, art. 135, III.

Quanto à inclusão da pessoa acima citada no pólo passivo como responsável solidário, nos termos do art. 124, I, do CTN, esclareceu-se que se trata de solidariedade de fato, na qual uma pessoa é solidária quando realiza conjuntamente com outra, ou outras pessoas, a situação que constitui o fato gerador, ou que, em comum com outras, esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem à tributação.

Firmou-se o entendimento de que restara claro e evidente que no processo que o sócio administrador conheceu e participou dos atos antes relatados, os quais tiveram como objetivo a omissão de receitas tributáveis. O interesse comum encontrou-se materializado na participação societária, pois eventual ganho da sociedade empresária repercutiria direta ou indiretamente no patrimônio do sócio.

Restou informar, por fim, que a fiscalização não procedeu a qualquer desconsideração da personalidade jurídica. Entendeu-se que a desconsideração da personalidade jurídica é instituto em tudo diferente da solidariedade passiva. Enquanto esta (prevista no art. 264 do Código Civil) é a coobrigação de várias pessoas em uma única e indivisível relação obrigacional, a desconsideração da personalidade jurídica acontece em razão de ter havido “abuso da personalidade jurídica”, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o que, entendeu-se, não foi suscitado pela fiscalização.

Conclusão

A impugnação, fora, então, julgada parcialmente procedente, mantendo-se o IRPJ no valor total de R\$ 4.805.117,14, a CSLL no valor total de R\$ 1.448.735,18, o PIS no valor total de R\$ 282.536,36 e a Cofins no valor de R\$ 1.303.672,96.

Recurso Voluntário

O recurso apresentado pela ora recorrente delinea, em idênticos termos, as teses trazidas em sede de impugnação.

Recurso Voluntário do Responsável – Wagner Martins

O recurso apresentado repisa todos os argumentos trazidos em impugnação, aditando os seguintes pontos, de forma preliminar:

Incompetência da fiscalização para imputação de responsabilidade solidária, uma vez que a competência da identificação seria atribuída exclusivamente à PGFN, nos termos do art. 2º, § 5º, I, da Lei nº 6830/80;

Impossibilidade de manutenção do termo de arrolamento formalizado em virtude de ofensa dos princípios do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, repisando, no entanto, os argumentos carreados por meio do recurso voluntário do ora recorrente;

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

Admissibilidade

O recurso interposto é tempestivo e encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis merecendo ser apreciado.

Omissão de Receitas

A presunção de omissão de receitas e o conseqüente arbitramento do lucro decorrem e se embasam nominalmente da ausência de apresentação específica dos seguintes documentos: de notas fiscais de entrada e saída de mercadorias ou serviço; de folhas de pagamento; dos comprovantes anuais de rendimentos pagos ou creditados entregues ao

contribuinte pelos tomadores de serviços; tampouco os comprovantes anuais de retenção relativos à PIS e COFINS.

Apesar do contribuinte ter trazido os livros, via SPED, se omitiu na apresentação de alguns documentos da escrituração comercial e fiscal. Deve-se pressupor, antes da análise do conjunto probatório trazido aos autos, a inequívoca fundamentação legal para o arbitramento do lucro, nos termos do art. 530 do RIR/99, in verbis:

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)

(...)

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;(grifado)

Nitidamente, referido dispositivo legal elenca como possibilidade fática e concreta para o arbitramento a ausência de documentos referentes a escrituração comercial e fiscal. Vai além, portanto, meramente dos livros em si, para incluir o cumprimento e apresentação de todos e quaisquer documentos que suportem os livros e mesmo que complementem outros documentos, já demonstrados via SPED.

Em suma, os documentos fornecidos pelo recorrente, via SPED e também através das declarações fiscais, se mostraram insuficientes para compor um quadro abrangente sobre o qual fosse possível lançar um olhar de certeza e fidedignidade à realidade, ainda mais quando confrontados com as notas fiscais dos serviços prestados pelo contribuinte em 2009, fornecidas pelas Prefeituras de São Paulo e Campinas.

Constatou o fisco que a soma dos valores das notas fiscais informados pelas prefeituras era maior do que os valores declarados pela contribuinte na DIPJ e no Dacon. Consolidou o fisco todos os valores fornecidos pelas prefeituras, que constavam, em uma planilha de fls. 756 a 794 (Anexo 5 - NFS-e – Livro Fiscal – Serviços Prestados – EMBRASE - Ano de 2009), e reproduziu-os em um demonstrativo à fls. 826 a 891 (“Anexo 7 - Planilha Mensal das Notas Fiscais das Prefeituras”), para servir como base para apuração das receitas declaradas e omitidas.

O ora recorrente apresenta em seu Recurso Voluntário, às fls. 1745, uma Planilha/Demonstrativo que patenteia total incompatibilidade entre os valores constantes da planilha presente no “Anexo 7 - Planilha Mensal das Notas Fiscais das Prefeituras”, construída pela fiscalização, e os valores constantes do relatório de notas fiscais (NFS-e – Livro Fiscal – Serviços Prestados – EMBRASE - Ano de 2009), apresentado pelas Prefeituras, presente no “Anexo 5”. Em análise de todos os valores da planilha apresentada pelo ora recorrente às fls. 1745, verificaram-se, de fato, as incompatibilidades arguidas, baseadas em erros de digitação grotescos e gritantes.

Veja, analisando a situação apresentada pelo recorrente, foram identificados valores menores nos demonstrativos contidos no “Anexo 5”, reputados como corretos pelo recorrente, por terem como remetente a Prefeitura de São Paulo e a Prefeitura de Campinas, do que na planilha contida no “Anexo 7”, que perfazem os mesmos valores, porém reproduzidos

pela fiscalização equivocadamente, que compuseram, portanto, o valor total posteriormente arbitrado e alvo da omissão de receitas.

Tornou-se irretorquível, no entanto, que o ora recorrente demonstrou, em benefício da própria da torpeza, apenas os valores que foram relatados a menor na planilha do “Anexo 5”, ou em raciocínio inverso, mas idêntico, a maior na planilha de “Anexo 7”. Isto reduz o valor da autuação, leia-se, do montante total a ser tributado e, por isso, o beneficia. Essencial se deixar claro que a conduta do ora recorrente não é ilegal. Este visa o atendimento de seus próprios interesses econômicos.

No entanto, surge, neste contexto a hipótese de que se desenhe a situação oposta, ou seja, de que existam incompatibilidades a partir de valores a maior na planilha do “Anexo 5” e/ou a menor na planilha do “Anexo 7”. Eventual concretização desta situação hipotética aumentaria o valor das receitas a serem tributadas, o que, claramente onera o contribuinte, elevando o valor da autuação.

No afã de comprovar tal hipótese, foram colhidos alguns valores por amostragem.

A Nota nº 6866 fora identificada na planilha referente ao “Anexo 5” pelo valor de R\$ 10.767,76 (fls. 756), enquanto a mesma nota fora discriminada na planilha contida no “Anexo 7” com o valor de R\$ 10.757,76 (fls. 826).

A Nota nº 6869 fora identificada na planilha referente ao “Anexo 5” pelo valor de R\$ 10.884,72 (fls. 756), enquanto a mesma nota fora discriminada na planilha contida no “Anexo 7” pelo valor de R\$ 10.834,72 (fls. 827).

Os exemplos acima delineados confirmam a situação hipotética. Representam diferenças ínfimas perto do montante total que perfaz a presente autuação, mas há de se patentear a inequívoca insegurança que se alastra sobre os autos, tornando impossível qualquer definição palpável, tangível e absoluta dos valores que envolvam a omissão de receitas, bem como as receitas declaradas.

Há, mesmo que através de confrontação perfunctória entre os valores constantes das planilhas contidas nos “Anexos 5 e 7”, completa insegurança jurídica para que o presente julgador se posicione ou defina qualquer entendimento.

Neste mesmo contexto, torna-se essencial que se analisem se todas as notas que constam como canceladas na planilha referente ao “Anexo 5” de fato não constam como valores existentes e discriminados na planilha referente ao “Anexo 7”. Este Conselheiro lançou um olhar superficial sobre as planilhas, que não foi suficiente, no entanto para apurar qualquer inconsistência ou incompatibilidade entre estas quanto a exclusão das notas canceladas.

Porém, no escopo de se atingir a verdade e a justiça, elementos essenciais do direito, necessária a averiguação técnica e detalhada deste ponto, para a exclusão de eventuais notas canceladas.

Neste passo, a conversão em diligência se mostra necessária e, além, imprescindível para a solução da lide. A conciliação, por meio de planilha, entre o demonstrativo do “Anexo 5” e o demonstrativo do “Anexo 7”, compatibilizando os valores de modo que as informações da segunda espelhem em idênticos termos as informações da

primeira (considerando que o contrário não é verdadeiro, em hipótese alguma), parece ser uma alternativa plausível para o cumprimento da diligência.

Adotam-se, portanto, as informações fornecidas pelas Prefeituras de São Paulo e Campinas como paradigmáticas e fiéis a realidade, compondo os valores que deverão perfazer a base de cálculo para o arbitramento e para a suposta apuração de omissão de receitas. O enfrentamento de todas as outras questões levantadas restam prejudicadas ante a pendência de análise aprofundada das provas trazidas aos autos ou outras que possam virem a ser produzidas. De alguma forma todas as questões de ordem formal e material levantadas tem relação direta com o mérito, com as receitas declaradas e com a suposta omissão de receitas.

Neste sentido, inicialmente cumpre destacar que a definição do instituto da decadência depende diretamente da constatação de uma conduta dolosa, simulatória ou fraudulenta, o que só será apurado definitivamente quando concretizada a exata noção da omissão de receitas que embasou faticamente parte do lançamento. A contagem do início do prazo decadencial, então, irá depender destas condicionantes, ora aplicando o art. 173, I, ora o art. 150, §4º, ambos do CTN.

Da mesma forma, a responsabilização solidária é diretamente reflexa à exata mensuração e reconhecimento da omissão de receitas.

A aplicação do art. 135, III do CTN só encontrará aplicação concreta quando de fato detectada infração à lei. Como o firmamento de infração à lei está pendente de melhor juízo e de um conjunto probatório mais robusto, a análise desta questão resta prejudicada.

O inexato valor das notas fiscais, como consequência, causa impacto também na análise dos valores supostamente retidos pelos tomadores de serviços: há indefinição quanto ao rendimento tributável e, por consequência lógica, o imposto retido também se torna incerto neste momento.

Por fim, a manutenção do arrolamento de bens, sob a ótica proposta pelo ora recorrente, depende do total dos débitos lançados pelo agente fiscal, o que impede inequivocamente a definição do objeto que envolve tal sistemática.

Portanto, a predefinição de qualquer posicionamento acerca das questões expostas não soa cabível e/ou acertada, pois estas últimas estão diretamente ligadas ao mérito, que deverá passar por melhor análise através de diligência.

Conclusão

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso Voluntário para determinar a **CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA**, para que a delegacia de origem proceda e recalcule o seguinte em relação ao período autuado:

i-) identificação e correção de todos os erros de digitação da planilha de fls. 826 a 891 (“Anexo 7 - Planilha Mensal das Notas Fiscais das Prefeituras”), usando como base as informações reais e verídicas contidas na planilha de fls. 756 a 794 (Anexo 5 - NFS-e – Livro Fiscal – Serviços Prestados – EMBRASE - Ano de 2009);

Processo nº 19515.720506/2014-71
Resolução nº **1201-000.227**

S1-C2T1
Fl. 16

ii-) exclusão, na planilha de fls. 826 a 891 (“Anexo 7 - Planilha Mensal das Notas Fiscais das Prefeituras”), de todos os valores referentes às Notas Fiscais que se encontrem na situação “Cancelada” na planilha de fls. 756 a 794 (Anexo 5 - NFS-e – Livro Fiscal – Serviços Prestados – EMBRASE - Ano de 2009).

Após, intime-se os Recorrentes para que se manifestem e retornem os autos para julgamento.

É como voto!

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Relator