ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 11020.001081/2004-85
CÓPIA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	11020.001081/2004-85
Recurso nº	Especial do Procurador
Acórdão nº	**9101-002.005 – 1ª Turma**
Sessão de	07 de outubro de 2014
Matéria	CSLL
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	BINGPLAY ENTRETENIMENTOS LIDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2001, 2002

NORMAS PROCESSUAIS - RECURSO ESPECIAL - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÕES.

ARBITRAMENTO DO LUCRO - FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS FISCAIS E CONTÁBEIS - APREENSÃO PELA JUSTIÇA - IMPOSSIBILIDADE - Comprovado nos autos que a falta da apresentação dos livros fiscais e contábil decorreu de causa alheia à vontade do contribuinte (apreensão pela justiça) e, ainda, não demonstrado qualquer vicio nas declarações tempestivamente apresentadas e/ou outro fato que justificasse o arbitramento dos lucros, não há como subsistir o lançamento.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE - Havendo identidade substancial entre as matérias contidas nos acórdãos paradigmas e no acórdão recorrido e divergência nas suas conclusões, estando plenamente configurada a divergência jurisprudencial apontada pela recorrente, há que se conhecer do recurso impetrado.

Recurso Especial do Procurador Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1) Quanto ao conhecimento: Por maioria de votos, recurso conhecido. Vencidos os Conselheiros Valmir Sandri (Relator) e a Conselheira Karem Jureidini Dias. Designado para redigir o voto vencedor quanto ao conhecimento o Conselheiro Valmar Fonseca de Menezes. 2) Quanto ao mérito: Por maioria de votos, recurso negado provimento. Vencido o Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão.

(Assinado digitalmente)
Carlos Alberto Freitas Barreto Presidente

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/05/2015 por ROSEMARY OLIVEIRA SOUZA, Assinado digitalmente em 08/06/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES, Assinado digitalmente em 22/05/2015 por MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 12/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(*Assinado digitalmente*)
Marcos Vinícius Barros Ottoni – Redator Ad Hoc - Designado

(Assinado digitalmente)
Valmar Fonseca de Menezes - Redator Designado

Participaram do julgamento os Conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão, Valmir Sandri, Valmar Fonseca de Menezes, Karem Jureidini Dias, Jorge Celso Freire da Silva, Antonio Lisboa Cardoso (Suplente Convocado), Rafael Vidal De Araújo, Joao Carlos de Lima Junior, Paulo Roberto Cortez (Suplente Convocado) e Otacilio Dantas Cartaxo (Presidente à época do julgamento).

Relatório

Em sessão plenária de 08 de junho de 2010 a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento deste CARF, por unanimidade de votos, por meio do Acórdão nº 1301-00.348, deu provimento ao recurso voluntário do contribuinte Bigplay Entretenimentos Ltda., nos termos da ementa a seguir:

> *"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL*
>
> *Exercício: 2002, 2003.*
>
> *FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS OBRIGATÓRIOS. APREENSÃO POR ORDEM DA JUSTIÇA. FALTA DE APROFUNDAMENTO. INSUBSISTÊNCIA DO LANÇAMENTO DOS LUCROS.*
>
> *Diante das fortes evidências de que os livros obrigatórios estariam em poder da Justiça e/ou da fiscalização do INSS, caberia ao Fisco aprofundar as investigações e diligenciar junto àqueles órgãos para ter acesso aos elementos indispensáveis ao prosseguimento da ação fiscal. Não sendo esse procedimento adotado, é de se entender que a não apresentação dos livros decorreu de causa alheia à vontade do contribuinte. Nessas condições e, ainda, não demonstrando qualquer vicio nas declarações tempestivamente apresentadas, o arbitramento dos lucros não pode subsistir.*
>
> *Recurso Voluntário Provido."*

Tempestivamente, a Fazenda Nacional ingressou com Recurso Especial requerendo, preliminarmente, invocando o princípio da estrita legalidade que vincula o administrador e o princípio da reserva legal, que seja reconhecida a intempestividade do recurso voluntário e a preclusão em relação à matéria pertinente ao arbitramento, decretando-se a definitividade da decisão de primeira instância, nos termos dos arts. 33 e 42 do Decreto nº 70.235/72. Aponta tratar-se de matéria de ordem pública, e cita a ementa do Acórdão n° 102-128147, proferido pela Quarta Turma da CSRF,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/05/2015 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA, Assinado digitalmente em 08/06/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES, Assinado digitalmente em 22/05/2015 por MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 12/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Quanto ao mérito, alega que a decisão que deu a lei tributária interpretação divergente da que lhe foi dada por outro Colegiado, indicando como paradigmas os acórdãos 108-09672 e 105-17186, cujas ementas, no que interessa, assentam:

> *Ac. nº 108-09672.*
>
> ***IRPJ -*** *LUCRO ARBITRADO - FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS - A falta de apresentação pela fiscalizada de livros e documentos contábeis e fiscais impossibilita a apuração do Lucro Real ou do Lucro Presumido, restando como única forma de tributação o arbitramento do lucro tributável.*
>
> *Ac. n° 105-17186*
>
> *Assunto: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ*
>
> *ANO-CALENDÁRIO: 2000, 2001, 2002*
>
> *Ementa: ARBITRAMENTO DO LUCRO - FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS - A falta de apresentação de livros e documentos à autoridade fiscal é motivo suficiente para que se arbitre o lucro da pessoa jurídica.*

O Presidente da Terceira Primeira Seção do CARF deu seguimento ao recurso, aprovando proposta que assim considerou:

> *"Examinando-se os acórdãos paradigma (a ementa com seu inteiro teor), resta claro que o entendimento de que deve ser mantido o arbitramento do lucro se o contribuinte devidamente intimado não apresenta os livros contábeis obrigatórios, sob a mera alegação de que teriam sido apreendidos por ordem da justiça, sem fazer prova do alegado e de que tentou obter o acesso aos elementos apreendidos para atender a fiscalização.*
>
> *O conteúdo decisório do Acórdão recorrido aponta no sentido de que incumbiria à fiscalização aprofundar as investigações e realizar as diligências necessárias para ter acesso aos elementos indispensáveis à conclusão da ação fiscal, entendendo que a não entrega dos livros decorreu de causa alheia à vontade do fiscalizado e que não o tendo feito o arbitramento deve ser considerado insubsistente.*
>
> *Há, portanto, identidade substancial entre as matérias contidas nos acórdão paradigmas e no acórdão recorrido e divergência nas suas conclusões."*

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcos Vinícius Barros Ottoni, Redator Ad Hoc Designado

Em face da necessidade de formalização da decisão proferida nos presentes autos, de competência da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais e, tendo em vista que o Conselheiro Valmir Sandri, relator do processo, não mais integra o Conselho

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/05/2015 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA, Assinado digitalmente em 08/06/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES, Assinado digitalmente em 22/05/2015 por MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 12/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Administrativo de Recursos Fiscais, este Conselheiro foi designado Redator Ad Hoc pelo Presidente da 1ª Turma da CSRF, nos termos do item III, do art. 17, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 7 de outubro de 2014 (RICARF).

Destarte, levando-se em consideração a minuta de acórdão inicialmente apresentada pelo relator original quando do julgamento do recurso, bem como o seu resultado, proferido pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, expresso na Ata da sessão ocorrida em outubro de 2014, passo a formalizar o voto do relator:

Aprecio a preliminar de intempestividade do recurso voluntário, suscitada pela Fazenda Nacional como fundamento para invocar, em nome da estrita legalidade que vincula o julgador, a definitividade da decisão de primeira instância.

> *Alega a ora recorrente que:*
>
> *"(...) o Fisco envidou esforços no sentido de promover a intimação do contribuinte no seu domicilio tributário.*
>
> *(...) frustrada essa tentativa, o Fisco promoveu a intimação do contribuinte na pessoa de seu representante legal, em 21/10/2008 (fl. 115). Contudo, muito embora o prazo legal para a interposição do recurso voluntário tenha se encerrado no dia 20/11/2008, o autuado somente interpôs recurso voluntário em 24/11/2008 (fl. 116). Logo, o recurso voluntário foi interposto fora do trintídio legal, de forma extemporânea, devendo, por esse fato, ser considerado intempestivo.*

Equivoca-se a ilustre representante da Fazenda Nacional, pois a contagem de prazo só se inicia a partir da data em que se considera regularmente intimado o contribuinte. No presente caso, a tentativa de intimação por via postal, que exige prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, frustrou-se, não tendo se concretizado a regular intimação, pois deixou de ser atendido o que dispõe o § 1º do art. 23 do Decreto nº 70.235/72, que determina a intimação por edital, quando resultar improfícuo um dos meios previstos no caput do artigo para efetivá-la.. E foi com base nesse fato que a Turma recorrida conheceu do recurso, conforme justifica o Relator:

> *"A correspondência entregue por via postal em endereço diverso daquele eleito pelo sujeito passivo e fornecido, para fins cadastrais, à Receita Federal não caracteriza a ciência da decisão de primeira instância, nos termos do art. 23 do Decreto n° 70.235/1972.*
>
> *Entretanto, visto que o contribuinte compareceu ao processo para interpor recurso voluntário, tenho que a ciência foi de fato feita, embora não se possa precisar sua data. Desta forma, o recurso interposto deve ser considerado tempestivo e merece ser conhecido."*

Na sequência, e ainda em preliminar, a Procuradoria da Fazenda Nacional invoca a preclusão em relação à matéria pertinente à legitimidade do arbitramento, alegando que o contribuinte não se insurgiu especificamente quanto a essa matéria, e que a Turma recorrida não poderia apreciá-la sob pena de incidir em inaceitável julgamento *extra petita*. além dos limites do pedido formulado pelo recorrente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/06/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES, Assinado digitalmente em 22/05/2015 por MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 12/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Também essa alegação não encontra respaldo nos autos. Em seu recurso voluntário, o contribuinte contestou expressamente a legitimidade do arbitramento, alegando:

> *"Assim, o preterimento da escrita e dos documentos e consequente arbitramento dos valores torna nula a peça fiscal originária.*
>
> *Por óbvio que nestas condições não poderia prevalecer a autuação, arbitrar é um procedimento que só tem lugar in extremis, o que não é a situação do caso em tela, de modo que desde já requer-se a declaração de nulidade da peça fiscal recorrida."*

Quanto ao mérito, a questão diz respeito a arbitramento de lucro quando os livros e/ou documentos não são apresentados por terem sido apreendidos.

É preciso, assim, analisar as particularidades fáticas dos casos, pois *interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos(= interpretamos) os fatos."* [1]

Do Relatório que integra o acórdão ora recorrido depreende-se que o lançamento originou-se do confronto entre as DIPJs e as DCTFs. A conferir:

> *"Segundo a Descrição dos Fatos (fl. 06), o Fisco constatou que os valores de IRPJ calculados a partir das receitas informadas nas DIPJs 2002 e 2003 (respectivamente, anos-calendário 2001 e 2002) não foram declarados e/ou são maiores do que os declarados em DCTF, conforme demonstrado na planilha de fls. 13/14. No primeiro ano referido a opção do contribuinte foi pelo lucro presumido, enquanto no segundo ano sua declaração consignava apuração pelo lucro real trimestral.*
>
> *Informa ainda o autuante que procedeu ao arbitramento do lucro, "tendo em vista que o contribuinte, notificado a apresentar os livros e documentos de sua escrituração (diários, razão e ou livro-caixa), conforme Termo de Início de Fiscalização cientificado e 01/04/2004, deixou de apresentá-los, haja vista sua informação constante no item 2 da correspondência expedida em 14/04/2004".*

Transcrevo as razões de decidir expostas no voto condutor, nas quais ficam claros os aspectos fáticos do caso que orientaram a convicção do Relator acatado pela Turma:

> *"Compulsando os autos, encontro às fls. 13/14, o Termo de Início de Fiscalização, datado de 29/03/2004, segunda-feira, cuja ciência foi feita pessoalmente em 01/04/2004, quinta-feira. Entre outros elementos, são solicitados os livros Diário, Razão, Caixa e Lalur para os períodos aqui discutidos.*
>
> *Após um pedido de prorrogação (fl. 158), na resposta do contribuinte (fl. 17), datada de 14/04/2004 e recebida na repartição em 15/04/2004, consta que " 2. Os livros diário, razão e caixa estão com a fiscal Andréa no INSS, não possuindo todos*

[1] GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito - 3ª edição - São Paulo: Malheiros, 2005, 1ª Parte, Capítulo II

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 08/06/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES, Assinado digitalmente em 08/06/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES, Assinado digitalmente em 22/05/2015 por MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 12/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

os anos pedidos na intimação, por motivo de apreensão (sic) de documentos pelo Ministério Público". Diversos outros itens da resposta fazem menção à apreensão de documentos pelo Ministério Público.

Esta intimação e respectiva resposta foram os únicos documentos mencionados e acostados aos autos pelo autuante, a justificar o arbitramento do lucro nos anos calendário 2001 e 2002.

No entanto, desde sua impugnação e novamente no recurso voluntário, a interessada junta aos autos outros termos lavrados e respectivas respostas, que passo a apreciar.

(...)

É assente na doutrina e na jurisprudência do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, sucedido funcionalmente por este CARF, que o arbitramento de lucros é medida extrema, a qual só deve ser empregada quando esgotadas todas as possibilidades de apuração do lucro por outra forma (lucro real ou, por opção tempestiva do contribuinte, lucro presumido), e desde que demonstrado o atendimento a alguma das hipóteses de arbitramento estabelecidas em lei.

(...)

É fato que os livros e documentos solicitados pelo Fisco não foram apresentados. Entretanto, há nos termos lavrados e respectivas respostas fortes evidências de que diversos elementos teriam sido apreendidos por ordem da Justiça em data anterior ao início do procedimento de fiscalização. O contribuinte afirma expressamente que seus livros estariam no Fórum, à disposição do Poder Judiciário e que os fiscais do INSS teriam lá comparecido a fim de obter cópias de livros e documentos. Também o AFRFB menciona a apreensão havida, inclusive com menção a um certo Termo de Abertura de Lacre e Relação de Documentos Apreendidos, demonstrando que tinha conhecimento do ocorrido, sendo mesmo do conteúdo de tal termo.

*Talvez por considerá-los desnecessários, o AFRFB deixou de acostar aos autos os Termos de Intimação Fiscal n° 2 e n° 3. Também não se manifestou sobre as cópias dos termos de apreensão que teriam sido colocadas à. disposição, conforme resposta ao Termo nº 2. A esta altura, cabe uma observação: no voto condutor do acórdão recorrido, encontro a afirmação (fl. 117) de que a apreensão seria "*fato que é contraditado pelo autuante que afirma que a contabilidade não foi apreendida*". Não encontro essa contradita em parte alguma dos autos.*

Penso de forma diversa. Tenho que tais termos são esclarecedores sobre as circunstâncias em que se deu a fiscalização e que são fortes em evidenciar que a não apresentação dos livros teve causas alheias à vontade do contribuinte. Nessas condições, caberia ao Fisco dar sequência aos trabalhos, examinar os termos de apreensão oferecidos e diligenciar junto ao Poder Judiciário e/ou ao INSS, a fim de verificar se os livros indispensáveis ao procedimento fiscal

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/05/2015 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA, Assinado digitalmente em 08/06/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES, Assinado digitalmente em 22/05/2015 por MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 12/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *estavam de fato apreendidos, obtendo, então, as cópias que permitissem a. fiscalização. Se, ao contrário, das diligências resultasse a comprovação da inexistência dos livros ou de que não teriam sido apreendidos, a hipótese de arbitramento restaria inequivocamente configurada. Mas nada disso encontro nos autos. De igual forma, não encontro qualquer evidência capaz de levantar dúvidas acerca do conteúdo das DIPJs tempestivamente apresentadas.*
>
> *Da forma como foi levado a efeito, de forma açodada e sem o perfeito esclarecimento sobre as circunstâncias da falta de apresentação dos livros obrigatórios, o arbitramento dos lucros não pode subsistir."* (destaques acrescentados)

Como visto, no presente caso não foi apontado pela fiscalização qualquer fato que indicasse erro no imposto apurado informado nas DIPJ tempestivamente apresentadas. Não houve nenhuma investigação, e o procedimento fiscal limitou-se a intimar o contribuinte a apresentar os livros e documentos e, diante da sua falta de apresentação, arbitrar o lucro. Embora o Fisco tivesse conhecimento de que os livros haviam sido apreendidos antes do início do procedimento (impossibilitando o contribuinte de cumprir a intimação), e que a fiscalização do INSS havia obtido, no Fórum, cópias dos livros e documentos, não envidou qualquer esforço no sentido de obter informações que lhe permitissem fiscalizar a apuração do lucro informada pelo contribuinte.

O caso objeto do primeiro dos paradigmas indicados (Acórdão 108-09672) refere-se a omissão de receita apurada a partir de recursos creditados em conta bancária, sem comprovação de origem. Intimada a apresentar livros e documentos, o contribuinte não o fez alegando inatividade. Comprovada a omissão de receita por prova indireta (presunção fundada no art. 42 da Lei nº 9.430/96), e diante da não apresentação dos livros e documentos, a fiscalização arbitrou o lucro. Contestando o lançamento, o contribuinte alegou que os recursos depositados em sua conta bancária se referem a transferência de terceiros (empresas Frango Modelo e Agropecuária Beira da Mata, empresas vinculadas ao sócio da contribuinte) para intermediar compras, mas que estava impossibilitada de comprovar documentalmente suas alegações porque os seus documentos eram repassados para os contabilistas das empresas envolvidas, para que fossem conciliadas suas contas bancárias, e lá foram apreendidos pela Polícia Federal.

Do relatório e voto que integram o Acórdão 108-09672 depreendem-se os seguintes aspectos particulares: (i) a empresa não escriturou seus livros contábeis e fiscais, eis que, ao ser intimada a apresentá-los, deixou de fazê-lo alegando inatividade; (ii) os documentos que segundo alega, foram apreendidos pela Polícia Federal, poderiam, eventualmente, comprovar suas alegações para desconstituir a acusação de omissão de receitas, mas esse fato não influenciaria no arbitramento do lucro, que decorreu da não apresentação dos livros que não forma apreendidos.

O caso objeto do segundo paradigma indicado (Acórdão 105-17186) também se refere a omissão de receita apurada a partir de recursos creditados em conta bancária, sem comprovação de origem.

No relatório que integra o Acórdão foi transcrita parte do voto condutor da decisão de primeira instância, que revela significativos aspetos fáticos do caso:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/05/2015 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA, Assinado digitalmente em 08/06/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES, Assinado digitalmente em 22/05/2015 por MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 12/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

> *"Alega, a interessada, cerceamento do direito de defesa em razão de que teve parte de sua documentação queimada em incêndio ocorrido, conforme Boletim de Ocorrência n 2 2839/2001, expedida pela Delegacia de Polícia em Paulínia - SP, ter documentos apreendidos, consoante Autos de Conferência e Identificação de Material Apreendido, em mandado de busca e apreensão realizada pelo Departamento de Polícia Federal, e ter sido obrigada a entregar parte de notas fiscais ao seu ex-sócio litigante, por determinação do Exmo Juiz da 132 Vara Cível de Curitiba - PR, sob a alegação de extrair cópias e não foram devolvidas conforme Boletim de Ocorrência n2 1.187/2001, expedida pela Delegacia de Polícia em Paulínia - SP, sendo que a fiscalização só registrou que entre os documentos apreendidos não constavam os livros contábeis e fiscais.*
>
> *Ora, o Auto de Apresentação Apreensão lavrado pela Polícia Federal discrimina toda a documentação retida e dentre ela* ***não está contida a escrituração contábil e fiscal*** *dos anos-calendário - de 2000/2002 (fls. 12/33), o Boletim de Ocorrência nº2839/2001 sobre incêndio foi lavrado em 01/08/2001 (fl. 34), enquanto a solicitação dos extratos bancários abrange o período de janeiro de 2000 a dezembro de 2002, enquanto em relação de entrega de parte de notas fiscais para extração de cópias consta do Boletim de Ocorrência nº 1187/2001 (fl. 39) que "Ocorre que no dia 16/03/01 o averiguada havia pego Notas Fiscais para Xerocar ou seja Notas Fiscais de Vendas do Mês de Janeiro e fevereiro e junto as notas foram pegos os Anexos 04****, vindo a devolver os documentos originais só no dia 19/03/2001****, Declara o representante da vitima que desconhece o paradeiro dos documentos os quais o averiguada Xerocou o averiguado não informou a ninguém o que seria feito com os referidos documentos.". Assim, argüir impedimento para apresentar documentos como se toda sua documentação contábil e comercial houvesse sido apreendida ou mesmo insinuar que tais documentos foram extraviados não têm sustentação probatória nos autos, nem amparo legal.*
>
> *Tanto é, que relativamente ao ano-calendário de 2000, após ter sido lavrado o auto de infração, por arbitramento, apresentou o Livro Diário Geral nº 10, fls. 648/803.*
>
> *Verifica-se, ainda, que somente depois de apresentada a impugnação ao auto de infração original em 29/06/2005, é que a empresa procurou obter cópias dos HDs, CDs e disquetes conforme documentos juntados às fls. 11101/11103, sendo que o início da ação fiscal ocorreu em 17/03/2004, conforme Termo de Início de Fiscalização, fls. 06/07, ou seja, depois de transcorrido mais de 470 dias."*

Esses os aspectos fáticos que orientaram a decisão consubstanciada no paradigma, cujo voto condutor assenta que "*Embora alegue que um incêndio e uma apreensão de documentos realizada pelo Polícia Federal o impeça de apresentar os documentos requisitados pela fiscalização, não foi demonstrada esta impossibilidade"*.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/05/2015 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA, Assinado digitalmente em 08/06/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES, Assinado digitalmente em 22/05/2015 por MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 12/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Assim, entendo não configurada a divergência de interpretações, pois os posicionamentos diferentes estão justificados pelas especificidades dos casos.

Bem, vencido que fui quanto a admissibilidade do presente recurso e já tendo me posicionado acima quanto as preliminares suscitadas pela D. Procuradoria, também quanto ao mérito (arbitramento do lucro) entendo que não merece qualquer reforma a bem fundamentada decisão recorrida, eis que conforme já mencionado, a causa do arbitramento do lucro (não apresentação dos livros contábeis e fiscais), foi fato alheio à vontade do contribuinte, conforme se depreende das informações constantes dos autos e dos fundamentos constantes do voto do acórdão recorrido, o qual peço *vênia* para adota-lo como se meus fossem, aliado ao fato de não ter sido apurado qualquer outra irregularidade pela fiscalização que justificasse o arbitramento.

Isto posto, nego provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

É como voto.

(Assinado digitalmente)
Marcos Vinícius Barros Ottoni

Voto Vencedor

Conselheiro Valmar Fonseca de Menezes, Redator Designado

Após exaustivos debates, esta Câmara decidiu por conhecer do recurso da Procuradoria da Fazenda Nacional, concordando com o despacho de admissibilidade de fl. 199, que adoto como razões de decidir, o transcrevendo, a seguir, in verbis:

> *"Posto isso, passo à análise dos pressupostos recursais, nos termos do art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria MF n° 256, de 22 de julho de 2009, in verbis:*
>
> *Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.*
>
> *[...]*
>
> *§ 4o Na hipótese de que trata o caput, o recurso deverá demonstrar a divergência argüida indicando até duas decisões divergentes por matéria.*
>
> *§ 10. O acórdão cuja tese, na data de interposição do recurso, já tiver sido superada pela CSRF, não servirá de paradigma, independentemente da reforma específica do paradigma indicado."*

O presente recurso especial atende aos pressupostos de tempestividade e legitimidade. Assim, passo a apreciação da admissibilidade da divergência:

Para melhor compreensão da matéria, transcrevo abaixo as ementas dos acórdãos apresentados como paradigmas, na parte que interessa ao exame do recurso:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/05/2015 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA, Assinado digitalmente em 08/06/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES, Assinado digitalmente em 22/05/2015 por MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 12/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Acórdão n° 105-17.186

ARBITRAMENTO DO LUCRO - FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS - A falta de apresentação de livros e documentos à autoridade fiscal é motivo suficiente para que se arbitre o lucro da pessoa jurídica.

Acórdão n° 108-09.672

IRPJ - LUCRO ARBITRADO - FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS - A falta de apresentação pela fiscalizada de livros e documentos contábeis e fiscais impossibilita a apuração do Lucro Real ou do Lucro Presumido, restando como única forma de tributação o arbitramento do lucro tributável.

CÓPIA

De outra parte, a ementa do acórdão recorrido foi vazada nos seguintes termos:

"FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS OBRIGATÓRIOS. APREENSÃO POR ORDEM DA JUSTIÇA. FALTA DE APROFUNDAMENTO. INSUBSISTÊNCIA DO ARBITRAMENTO DOS LUCROS. Diante das fortes evidências de que os livros obrigatórios estariam em poder da Justiça e/ou da fiscalização do INSS, caberia ao Fisco aprofundar as investigações e diligenciar junto àqueles órgãos para ter acesso aos elementos indispensáveis ao prosseguimento da ação fiscal. Não sendo esse procedimento adotado, é de se entender que a não apresentação dos livros decorreu de causa alheia à vontade do contribuinte. Nessas condições e, ainda, não demonstrado qualquer vício nas declarações tempestivamente apresentadas, o arbitramento dos lucros não pode subsistir.

Examinando-se os acórdãos paradigma (a ementa com seu inteiro teor), resta claro que o entendimento de que é deve ser mantido o arbitramento do lucro se o contribuinte devidamente intimado não apresenta os livros contábeis obrigatórios, sob a mera alegação de que teriam sido apreendidos por ordem da justiça, sem fazer prova do alegado e de que tentou obter o acesso aos elementos apreendidos para atender a fiscalização. O conteúdo decisório do Acórdão recorrido aponta no sentido de que incumbiria à fiscalização aprofundar as investigações e realizar as diligências necessárias para ter acesso aos elementos indispensáveis à conclusão da ação fiscal, entendendo que a não entrega dos livros decorreu de causa alheia à vontade do fiscalizado e que não o tendo feito o arbitramento deve ser considerado insubsistente.

Há, portanto, identidade substancial entre as matérias contidas nos acórdão paradigmas e no acórdão recorrido e divergência nas suas conclusões.

Assim, entendo que está plenamente configurada a divergência jurisprudencial apontada pela recorrente.

*Ante ao exposto, e tendo em vista que a uniformização da jurisprudência administrativa é o escopo do recurso especial, opino no sentido de que se **DÊ SEGUIMENTO** ao presente recurso.*

(...)"

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/05/2015 por NOEMA NOGUEIRA SOUZA, Assinado digitalmente em 08/06/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES, Assinado digitalmente em 22/05/2015 por MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 12/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Diante de tão bem fundamentadas razões, voto por conhecer do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

(Assinado digitalmente)
Valmar Fonseca de Menezes

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/05/2015 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA, Assinado digitalmente em 08/06/2015 por VALMAR FONSECA DE MENEZES, Assinado digitalmente em 22/05/2015 por MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI, Assinado digitalmente em 11/06/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 12/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA