



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

Processo nº 11020.001082/2004-20
Recurso nº 171.233 Voluntário
Acórdão nº 1301-00.347 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de julho de 2010
Matéria IRPJ
Recorrente BINGPLAY ENTRETENIMENTOS LTDA.
Recorrida 1ª TURMA/DRJ-SANTA MARIA/RS

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

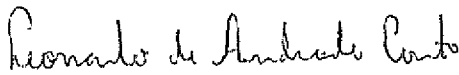
Exercício: 2002, 2003

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.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente


WALDIR VEIGA ROCHA - Relator

EDITADO EM: 12 NOV 2010

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Ricardo Luiz Leal de Melo, Paulo Jakson da Silva Lucas, Fábio Soares de Melo, Valmir Sandri e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

BINGPLAY ENTRETENIMENTOS LTDA., já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 18-9.627, de 18/09/2008, da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Santa Maria/RS, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Trata o presente processo de auto de infração de fl. 05, lavrado em 28/05/2004 (ciência em 01/06/2004, cf. fl. 75), para constituição de crédito tributário do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, por fatos geradores ocorridos nos anos-calendário 2001 e 2002. O total da exação alcançou R\$ 98.961,08, aí incluídos juros moratórios e multa proporcional de 75%, conforme Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo à fl. 04.

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 em 01/04/2004, deixou de apresentá-los, haja vista sua informação constante no item 2 da correspondência expedida em 14/04/2004*”.

Ciente das exigências e com elas irresignado, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 76/88, em que aduz argumentos assim resumidos pelo relator do processo por ocasião do julgamento em primeira instância:

Após o resumo dos fatos relacionados com a exação, a Defesa, em sede de preliminar, argui a nulidade do A.I., *...por inexistência de segurança jurídica para sua perfectibilização*” (folha 77), na medida em que a Fiscalização preteriu o exame da escrita contábil, arbitrando os valores apurados a partir de análise de elementos insuficientes. Acrescenta que a descrição dos fatos e a apuração da matéria tributária é deficiente, vulnerando as disposições do Processo Administrativo Fiscal.

Cita e transcreve Seabra Fagundes e Hely Lopes Meirelles. Invoca jurisprudência do antigo TFR. Ainda, segundo a Defesa, “*...a imprecisão contida no referido auto de infração quanto à forma de arbitramento procedida pelo Fisco fere, também, o disposto no artigo 37, caput da Constituição federal de 1988 e o artigo 142 e seu parágrafo único, do CTN, porque afasta o ato vinculado da lei...*” (folha 80-1).

No mérito, rechaça a imputação de existência de diferenças a serem recolhidas a título de IRPJ, na medida em que, de acordo com o artigo 105 do Decreto nº 2.754, de 1998 e artigo 14 do Decreto nº 3.659, de 2000, transcritos às folhas 82 e 83, não são todas as receitas que se submetem à tributação pelo IRPJ e pela CSLL, devendo-se afastar da tributação aquelas que não ingressam no patrimônio da sociedade.

Combate, também, o percentual de presunção empregado para a apuração da base de cálculo do imposto. Segundo a Defesa, a Fiscalização tratou a matéria, não como prestação de serviços, mas como venda de cartelas, de forma que haveria somente um percentual a ser aplicado sobre o faturamento: 8% (oito por cento). Ilustra o argumento com jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes. Destaca a inconsistência existente entre os critérios de apuração do IRPJ empregados no processo 11020.001018/2004-49, relativo aos anos-calendário de 1999 e 2000, e no presente, salientando que, naquele processo, a Fiscalização houve por bem distinguir as atividades desenvolvidas pelo interessado, entre prestação de serviços de bingo e de vendas de mercadorias em restaurante, estabelecendo bases de cálculo distintas a partir de percentuais de presunção diferentes: 32% e 8%. Considerando que as bases fáticas não se alteraram, denuncia a alteração dos critérios da Fiscalização, o que, no seu entender, ensejaria violação da legislação tributária.

Acusa a multa aplicada de ter caráter confiscatório e de escapar ao princípio da razoabilidade.

Impugna, finalmente, a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos juros de mora, que considera inconstitucional.

Conclui, requerendo a procedência de sua reclamação, para o fim de desconstituir-se o Auto de Infração.

A 1ª Turma da DRJ em Santa Maria/RS analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 18-9.627, de 18/09/2008 (fls. 111/118), considerou procedente o lançamento com a seguinte ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2001, 2002

NULIDADE Demonstrado que o Auto de Infração foi formalizado de acordo com os requisitos de validade previstos em lei e que não ocorreu violação das disposições dos artigos 10 e 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, não há que se acatar o pedido de nulidade formalizado pelo Contribuinte

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002

ARBITRAMENTO DO LUCRO Sujeita-se ao arbitramento do lucro, o Contribuinte optante pelo lucro presumido que deixar de apresentar a escrituração comercial e fiscal ou o Livro Caixa devidamente escriturado.

RECEITA BRUTA. JOGO DE BINGO. TRIBUTAÇÃO COM BASE NO LUCRO ARBITRADO No caso da pessoa jurídica explorar o jogo de bingo, a receita bruta, para fins de apuração do lucro arbitrado corresponde a totalidade dos valores arrecadados nesse jogo, sem qualquer dedução.

ARBITRAMENTO DO LUCRO JOGO DE BINGO. PERCENTUAL O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, cuja atividade seja a exploração de sorteios do jogo de bingo, quando



conhecida a receita bruta, é determinado mediante a aplicação de 38,40% sobre a arrecadação total auferida na distribuição de cartelas desse jogo

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2001, 2002

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DISCUSSÃO Incabível na esfera administrativa a discussão de que uma determinada norma legal não é aplicável por ferir princípios constitucionais, pois essa competência é atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário, na forma dos artigos 97 e 102 da Constituição Federal.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO Falece a alegação da imposição de multa confiscatória em face da aplicação da multa de ofício quando o lançamento está de acordo com a legislação vigente

ACRÉSCIMOS LEGAIS JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC 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.

O órgão preparador buscou cientificar o sujeito passivo da decisão de primeira instância por via postal, em seu domicílio tributário. Entretanto, a correspondência de fl. 121 foi devolvida ao remetente pela empresa de Correios. Nova tentativa foi feita, desta vez para o endereço da pessoa que consta nos cadastros da RFB como responsável pelo sujeito passivo, tendo sido a correspondência entregue em 21/10/2008, conforme Aviso de Recebimento à fl. 123. A contribuinte apresentou recurso voluntário em 24/11/2008 conforme carimbo de recepção à folha 124.

No recurso interposto (fls. 125/138), a interessada repete, com as mesmas palavras, os argumentos anteriormente aduzidos na impugnação.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro WALDIR VEIGA ROCHA

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 nº 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.

Preliminarmente, a recorrente repete suas arguições de nulidade, em face do preterimento da escrita e dos documentos e consequente arbitramento dos valores. Sustenta, ainda, ter havido deficiente descrição e apuração da matéria tributária. A imprecisão e a falta de clareza no procedimento adotado pelo Fisco seria capaz de macular todo o procedimento fiscal, tornando-o nulo.

Informa 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 em 01/04/2004, deixou de apresentá-los, haja vista sua informação constante no item 2 da correspondência expedida em 14/04/2004”*. Devem ser examinadas, portanto, as condições em que foi feito o arbitramento, e se atendem aos requisitos estabelecidos em lei para tanto.

Compulsando os autos, encontro às fls. 16/17, 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. 18), na resposta do contribuinte (fl. 20), 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 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.

Às fls. 95/97 encontro o Termo de Intimação Fiscal nº 2, datado de 04/05/2004, terça-feira. Não há indicação quanto à data da ciência, tão somente uma indicação 3/5/4. O item 8 dessa intimação consta como segue: *“8. apresentar documentação (termo ou recibo) comprovando a localização (INSS e ou Ministério Público Estadual) dos livros Diário, Razão e Caixa, bem como dos Livros Registro de ICMS e ISSQN, relativos aos anos de 1999 a*

2002". Em diversos outros itens (3, 4, 5, 10, 11) há também referência a documentos que teriam sido apreendidos pelo Ministério Público Estadual, "*consoante Termos de Abertura de Lacre e Relação de Documentos Apreendidos lavrados em 06 e 07/12/2002*". O prazo para atendimento foi fixado pelo Fisco em 20 dias.

A resposta de fls. 98/102 é datada de 14/05/2004, recebida pelo AFRF encarregado do procedimento fiscal na mesma data. Especificamente com relação ao item 8, acima transcrito, o contribuinte afirma: "*8. Temos só cópia dos termos de apreensão, mas estes não dizem documento por documento que foi pego, foi Eles que fizeram assim. O INSS também pediu a mesma coisa e gente disse para ir ver no Fórum ou tirar xerox. Acho que eles foram lá ver isso. Se quiserem cópia dos termos a gente tem. Tem o seguinte também, até 2001 tem coisa com INSS. Também tem coisa que o contador não pode imprimir porque os disquetes foram apreendidos também*". Em outros itens, o contribuinte afirma que diversos documentos estariam apreendidos pelos Promotores de Justiça e estariam no Fórum de Caxias (do Sul) e, ainda, que os fiscais (supostamente do INSS), para obter as informações de que necessitavam, teriam se dirigido ao Fórum e tirado as cópias necessárias.

Finalmente, às fls. 103/104 encontro o Termo de Intimação Fiscal nº 3. Esse termo teria sido lavrado às 11 horas do dia 16/05/2004, domingo, na DRF Caxias do Sul. Em seu rodapé encontro anotação manuscrita de que teria sido remetido, por via postal, com aviso de recebimento. Não há data de ciência. O item 10 da intimação consigna o seguinte: "*10. apresentar escrita contábil (diário, razão, balanços e balancetes) relativa aos anos-calendário de 2001, 2002 e 2003. Caso inexistir a contabilidade requisitada, fazer declaração por escrito*". O prazo estabelecido para atendimento foi de 10 dias.

Não encontro nos autos resposta a esse termo. Cabe lembrar, conforme consta do relatório que antecede a este voto, que o auto de infração ora discutido é datado de 28/05/2004, com ciência do sujeito passivo por via postal em 01/06/2004.

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.

No caso sob análise, o Fisco se escudou no art. 530, inciso III, do RIR/99, 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;

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, senão mesmo do conteúdo de tal termo.

Talvez por considerá-los desnecessários, o AFRFB deixou de acostar aos autos os Termos de Intimação Fiscal nº 2 e nº 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 seqüência 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 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. Em situação análoga (embora a causa da não exibição dos livros fosse diversa), a CSRF decidiu pela ilegitimidade do arbitramento em acórdão assim ementado:

CASO FORTUITO - Ilegítimo o arbitramento de lucros quando resultar inexistentes livros e documentos da escrituração mercantil, justificada pela ocorrência de caso fortuito - incêndio superveniente à apresentação das declarações de rendimentos - quando não comprovada culpa da vítima do evento, como também a inexatidão de vícios nas declarações apresentadas.
CSRF - Primeira Turma / ACÓRDÃO CSRF/01-03 272 em 20.03.2001. Publicado no D.O.U em: 24.09.2001.

Por todo o exposto, em conclusão, voto pelo provimento do recurso voluntário e consequente cancelamento da exigência.



WALDIR VEIGA ROCHA - Relator