



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

Processo nº	11516.721695/2011-34
Recurso nº	Voluntário
Resolução nº	1803-000.100 – 3ª Turma Especial
Data	26 de agosto de 2014
Assunto	Solicitação de Diligência
Recorrente	BARZAN ADVOGADOS - ME
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o processo em diligência, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Cármén Ferreira Saraiva – Presidente

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Cármen Ferreira Saraiva, Meigan Sack Rodrigues, Sérgio Rodrigues Mendes, Arthur José André Neto, Ricardo Diefenthaeler e Henrique Heiji Erbano.

Relatório

Por bem retratar os acontecimentos do presente processo, adoto o Relatório do acórdão recorrido (fls. 477 a 491 – numeração digital):

I) Dos autos de infração

Trata o presente processo de autos de infração lavrados pela DRF/Joaçaba- SC, amparados nos fatos descritos em Termo de Verificação Fiscal, consubstanciando lançamentos de exigência do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 103/116), no valor de R\$ 47.876,33, da Contribuição para o PIS/Pasep (fls. 117/127), no valor de R\$ 7.736,54, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social –

COFINS (fls. 128/138), no valor de R\$ 35.707,36, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 139/151), no valor de R\$ 34.279,09, referentes aos anos-calendário 2006, 2007 e 2008, com o acréscimo da multa qualificada de 150% e dos juros moratórios.

2. Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pela interessada, optante pela forma de tributação com base no Lucro Presumido Trimestral (IRPJ e CSLL) nos anos-calendário fiscalizados, foi apurada a seguinte irregularidade, ensejando a lavratura dos autos de infração de IRPJ e da tributação reflexa do PIS, COFINS e CSLL:

- Omissão de receitas oriundas da prestação de serviços – Lucro Arbitrado, devido a não apresentação de livros e documentos.

- Fato Gerador, Base Tributável e Demonstrativo de Apuração:

IRPJ – fls.103/116; PIS – fls.117/127; COFINS – fls.128/138; CSLL – fls.139/151 - Enquadramento legal:

IRPJ – arts. 530, inciso III, 532 e 537, do RIR/1999;

PIS – arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 7/1970; art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/1995; arts. 2º, inciso I, alínea “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91, do Decreto nº 4.524/2002;

COFINS – arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91, do Decreto nº 4.524/2002;

CSLL – art. 37 da Lei nº 10.637/2002; art. 22 da Lei nº 10.684/2003; e art. 3º da Lei nº 7.689/1988, com as alterações do art. 17 da Lei nº 11.727/2008;

Multa de Ofício (150%) – art. 44, inciso I e § 1º, e inciso II, da Lei nº 9.430/1996 com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/2007;

Juros de Mora – art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996.

II) Do Termo de Verificação Fiscal 3. As irregularidades apontadas nos autos de infração, descritas no Termo de Verificação de fls. 96/101, são, em síntese, as seguintes:

3.1. em 31/05/2010, foi emitido o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 09.2.01.00-2010-00535-7, determinando a abertura de fiscalização no contribuinte CARLOS RODRIGUES BARZAN, principal sócio da empresa BARZAN ADVOGADOS, CNPJ nº 05.529.396/0001-82, para exame do Imposto de Renda Pessoa Física de sua responsabilidade, no período de 01/01/2006 a 31/12/2008;

3.2. em suas Declarações de Ajuste Anual, dos anos-calendário 2006, 2007 e 2008, o Sr. CARLOS RODRIGUES BARZAN informou ter recebido Lucros e Dividendos da BARZAN ADVOGADOS, nos valores de R\$ 101.075,50 (em 2006), R\$ 199.880,18 (em 2007) e R\$ 265.950,06 (em 2008);

3.3. posteriormente, em atendimento ao Termo de Início de Fiscalização - Intimação nº 281/2010 (fls. 41/44) e aos Termos de Intimação Fiscal nº 458/2010 (fls. 45/48) e nº 596/2010 (fls. 49/50), o Sr. CARLOS RODRIGUES BARZAN informou (fls. 52), que esses lucros, na verdade, foram de R\$ 137.946,65 (em 2006), R\$ 191.466,50 (em 2007) e R\$ 494.500,00 (em 2008);

3.4. no sentido de verificar a veracidade dos fatos e dirimir as divergências verificadas quanto aos valores dos lucros distribuídos, foi emitido, em 08/06/2011, o MPF nº 09.2.01.00-2011-00822-8, para permitir a coleta de informações junto à sociedade BARZAN ADVOGADOS;

3.5. para tanto, em 14/06/2011 foi solicitado à sociedade, através do Termo de Intimação Fiscal nº 301/2011 (fls. 53), a apresentação de seus talões de Notas Fiscais, assim como os Livros Fiscais, relativos aos anos-calendário 2006, 2007 e 2008;

3.6. no mesmo dia, a empresa apresentou os talões de notas fiscais e informou que: "... a empresa BARZAN ADVOGADOS - CNPJ 05.529.396/0001-82 não possui Livros fiscais e que a empresa, neste período, adotará o arbitramento." (fls. 54);

3.7. da consulta realizada nos cadastros da Receita Federal fica demonstrado que a empresa havia apresentado as DIPJ relativas aos anos-calendário 2006, 2007 e 2008 sem qualquer receita, ou seja, declarações "zeradas";

3.8. ademais, a empresa apresentou as DCTF "zeradas" para o ano-calendário 2006 (1º e 2º semestres) e para o 1º semestre/2007, ao passo que as DCTF relativas ao 2º semestre/2007 e ao ano-calendário 2008 somente foram apresentadas após o início da ação fiscal;

3.9. apesar de apresentar declarações "zeradas", a empresa emitiu notas fiscais (fls. 55/93), evidenciando o recebimento de receitas que deveriam ter sido tributadas;

3.10. assim, em 17/06/2011, foi emitido o MPF nº 09.2.01.00-2011-00833-3, com vistas à abertura de fiscalização na empresa BARZAN ADVOGADOS, CNPJ nº 05.529.396/0001-82, para exame do Imposto de Renda Pessoa Jurídica de sua responsabilidade, no período de 01/01/2006 a 31/12/2008;

3.11. efetivamente, a inexistência de Livros Contábeis e Fiscais conduz à apuração dos tributos com base no Lucro Arbitrado;

3.12. tendo em vista que, na diligência realizada na empresa, foram apreendidos os talões de notas fiscais, os quais contêm as notas emitidas em 2006, 2007 e 2008, o lucro foi arbitrado com base nos valores dessas notas fiscais;

3.13. a empresa retificou, em 12/07/2011, as DIPJ apresentadas anteriormente, conforme extrato em anexo (fls. 39), incluindo receitas auferidas no curso dos anos-calendário 2006, 2007 e 2008, entretanto, a DIPJ não constitui crédito tributário, motivo pelo qual foi lavrado o auto de infração correspondente para constituí-lo;

3.14. além disso, as mencionadas declarações retificadoras foram apresentadas após a diligência realizada na empresa, em 14/06/2011, e após o início da ação fiscal no contribuinte CARLOS RODRIGUES BARZAN, seu principal sócio (Termo de Início de Fiscalização - Intimação nº 281/2010, fls. 41/43; e AR, fls. 44), ficando excluída, portanto, sua espontaneidade, conforme disposto no art. 7º, § 1º, do Decreto nº 70.235/1972;

3.15. cabe lembrar também, que as DCTF apresentadas pela empresa não alteram o quadro descrito acima, tendo em vista que parte delas foram apresentadas "zeradas" (as do ano de 2006 e a do 1º semestre de 2007) e a outra parte, após a diligência realizada na empresa, em 14/06/2011, e posteriormente ao início da ação fiscal no sócio CARLOS RODRIGUES BARZAN (a do 2º semestre de 2007 e as do ano de 2008);

3.16. diante da inexistência dos Livros Fiscais e Contábeis, foi apurado o Lucro Arbitrado sobre as receitas de prestação de serviços (percentual de 38,4%) com base

nas Notas Fiscais emitidas pela empresa nos anos de 2006, 2007 e 2008, conforme disposto nos arts. 530, inciso III, 532 e 537, do RIR/1999;

3.17. em decorrência, foram constituídos autos de infração para exigência dos créditos tributários relativos ao IRPJ, PIS, COFINS e CSLL;

3.18. as notas fiscais emitidas pela empresa nos anos calendário 2006, 2007 e 2008, são as seguintes:

[...].

3.19. nos quadros abaixo estão consolidados, mensalmente, os valores das notas fiscais emitidas:

[...].

3.20. os fatos acima descritos, especialmente o relativo à apresentação de declarações com receitas “zeradas”, quando haviam sido emitidas notas fiscais em montantes significativos, caracterizam a sonegação, que, neste caso, define-se pela ação dolosa do contribuinte para impedir "o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal”;

3.21. consequentemente, nos períodos fiscalizados, os créditos tributários do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS foram constituídos de ofício, com a multa majorada de 150% (cento e cinquenta por cento), nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 e alterações posteriores;

3.22. em atendimento ao art. 1º da Portaria RFB nº 2.439, de 21/12/2010, foi formalizado processo administrativo de Representação Fiscal Para Fins Penais (processo nº 11516.721.696/2011-89).

III) Da impugnação 4. Inconformada com os lançamentos efetuados, dos quais tomou ciência em 15/09/2011 (fls. 157), interpôs a interessada, em 11/10/2011, a impugnação de fls. 158/180, instruída com os documentos de fls. 181/197, alegando que:

4.1. trata-se de sociedade de advogados, regida pelos arts. 15 a 17 da Lei nº 8.906, de 04/07/1994, tendo adquirido personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em Santa Catarina, em 14/06/2002 (CC, arts. 45 e 985), conforme atesta o próprio Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica;

4.2. em 31/05/2011, seu sócio Sr. CARLOS RODRIGUES BARZAN, CPF nº 952.230.539-15, teve iniciada ação fiscal pelo Auditor encarregado;

4.3. em 14/06/2011, o Sr. Auditor compareceu pessoalmente à sede da sociedade BARZAN ADVOGADOS portando o Termo de Intimação Fiscal nº 301/2011, afirmando que ali estava para que a sociedade colaborasse com a fiscalização do Sr. CARLOS RODRIGUES BARZAN, solicitando, então, a apresentação dos documentos referidos na intimação, no prazo imediato;

4.4. além da própria afirmação do fiscal, vários elementos inequívocos manifestavam que a sociedade BARZAN ADVOGADOS atendia o Auditor na mera condição de terceira, que colaborava na fiscalização de seus sócios, a destacar:

(1) o Termo de Intimação Fiscal nº 301/2011, que solicitava documentos, não fixara qualquer prazo para esclarecimentos, conforme prescreve o art. 844 do RIR/1999, e o art. 19 da Lei nº 3.470, de 28/11/1958 (fls. 53);

(2) a Descrição Sumária do MPF - Diligência nº 09.2.01.00-2011-00822-8, cujo objeto era subsidiar a fiscalização junto ao contribuinte/responsável Sr. CARLOS RODRIGUES BARZAN, devendo ser observado que o Sr. Auditor não acostou este mandado ao presente processo;

(3) o Sr. Auditor fora designado para a fiscalização de pessoa física, e assim se apresentou na sede da sociedade; 4.2. em 31/05/2011, seu sócio Sr. CARLOS RODRIGUES BARZAN, CPF nº 952.230.539-15, teve iniciada ação fiscal pelo Auditor encarregado;

4.5. em 12/07/2011, a BARZAN ADVOGADOS envia as DIPJ (retificadoras) dos anos-calendário 2006, 2007 e 2008;

4.6. em 02/09/2011, o Sr. Auditor enviou à BARZAN ADVOGADOS o Termo de Intimação nº 384/2011 (MPF nº 09.2.01.00-201100833-3), entretanto, o AR (fls. 95) foi enviado a endereço diverso daquele constante do Cartão Nacional da Pessoa Jurídica e do próprio endereço em que fora atendido o Termo de Intimação Fiscal nº 301/2011 (fls. 53), bem como das próprias DIPJ arroladas pelo fiscal (fls. 03, 12, 24);

4.7. em razão do erro de preenchimento do endereço por parte do Sr.

Auditor, que determinou o encaminhamento da carta à Caixa de Correio diversa, a BARZAN ADVOGADOS somente recebeu efetivamente o AR em 12/09/2011, muito embora conste do registro a data de 05/09/2011;

4.8. a comprovar o desleixo e, para não dizer, má-intenção com que o Sr. Auditor tratou a informação fiscal da sociedade, deve ser verificado que o Termo de Intimação Fiscal nº 384/2011 (fls. 94) apresenta endereço diverso do contido no envelope (fls. 95), muito embora a declaração de conteúdo a este faça referência;

4.9. em decorrência deste erro, a sociedade BARZAN ADVOGADOS não pôde atender à solicitação contida no Termo de Intimação Fiscal nº 384/2011 (fls. 94);

4.10. constatado este erro do Sr. Auditor ainda no prazo para apresentação de documentos, a preposta da sociedade BARZAN ADVOGADOS entrou em contato com o fiscal em 12/12/2011, pelo número em que atende na DRF em Florianópolis/SC, sendo informada pelo mesmo que “a fiscalização já estava fechada e que caberia à contribuinte unicamente se defender”;

4.11. muito embora tenha esclarecido que o assinante do AR não era preposto da empresa e que este havia sido enviado a endereço equivocado, o Sr. Auditor negou-se a receber a documentação, solicitada por uma única vez, sem oferecer prazo adicional para o atendimento, sendo que, na manhã do dia seguinte, 13/09/2011, o Sr. Auditor encerrou a ação fiscal (MPF nº 0920100/00833/11);

4.12. variados erros podem ser apontados no procedimento do Sr. Auditor: a) as Notas Fiscais nºs 32, 33, 34, 36, 38, 39, 41, 44, 45, 50, dizem respeito a aluguéis, sujeitando-se à base de cálculo arbitrada diversa da escolhida pelo fiscal, ou seja, não a do art. 15, inciso III, alínea “c”, c/c art. 16 da Lei nº 9.249/1995, mas sim a do art. 15, *caput*, c/c art. 16, da Lei nº 9.249/1995, consoante o disposto no art. 25, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, pois a sociedade BARZAN ADVOGADOS não tem como objeto a atividade de locação de imóveis; b) na nota de fim de página (*), o Auditor afirma que: “a Nota Fiscal se refere a...”, sem, todavia, sujeitar os valores à adequada base de

cálculo do lucro arbitrado de oito por cento adicionada de vinte por cento; c) não considerou como efetivados no Lucro Presumido os pagamentos antecipados, para efeito de apuração do tributo e graduação da multa, como deveria fazê-lo, com fundamento nos §§ 2º e 3º do art. 150, do CTN; d) lançou competências onde evidentemente decaiu o direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário;

4.13. alguns dos fatos já narrados, além dos a seguir especificados, já denotam a nulidade do processo de fiscalização, tais como: o Sr. Auditor não deu início à Fiscalização, não ofertou prazo para esclarecimentos, e quando deu, o fez em patamar inferior ao da lei e de decreto;

4.14. assim, não houve a lavratura de Termo de Início de Ação Fiscal, porque o Sr. Auditor a todo momento estabeleceu que a fiscalização era contra o sócio, Sr. CARLOS RODRIGUES BARZAN, e não contra a BARZAN ADVOGADOS;

4.15. não se inicia ação fiscal sem o oferecimento de prazo ao contribuinte para esclarecimentos, como dispõem o art. 844 do RIR/1999, e o art. 19 da Lei nº 3.470, de 28/11/1958;

4.16. mesmo para os documentos que servem de fundamento direto às declarações, o prazo para apresentação destes esclarecimentos é de vinte dias, na forma fixada no art. 835, § 3º, do RIR/1999;

4.17. a ausência de prazo para esclarecimentos demonstra que a sociedade BARZAN ADVOGADOS não se encontrava sob fiscalização, pois tanto a lei como o Regulamento do Imposto de Renda prescrevem este direito aos contribuintes, logo, como poderia a contribuinte cogitar que estava sendo fiscalizada se sequer lhe foi oferecido prazo para esclarecimentos?

4.18. para que não se tenha qualquer dúvida quanto ao fato de que não havia se iniciado a ação fiscal, e que, portanto, era terceira interessada, basta conferir a Descrição Sumária do MPF – Diligência, onde se encontra destacado como seu objetivo: “Proceder à coleta de informações e documentos destinados a subsidiar o procedimento de fiscalização junto ao contribuinte/responsável CARLOS RODRIGUES BARZAN, CPF/CNPJ nº 952.230.539-15”;

4.19. impossível não se concluir que a fiscalização era sobre o seu sócio e não sobre a sociedade, pois o próprio Sr. Auditor admite que o Termo de Intimação Fiscal é de diligência, invocando, confusamente, a ausência de espontaneidade pelo início da ação fiscal no contribuinte CARLOS RODRIGUES BARZAN;

4.20. a intimação para diligência numa pessoa jurídica não é intimação para fiscalização, de acordo com a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF (Acórdão nº 202-14.693, processo nº 13116.000024/2002- 83 - Segundo Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, Turma Ordinária);

4.21. de acordo com os dizeres do Termo de Início de Fiscalização nº 281/2010, lavrado pelo Sr. Auditor contra a pessoa física do sócio, às fls. 41 (“Salientamos que a partir da ciência deste Termo de Início de Fiscalização, o contribuinte em epígrafe estará sob procedimento fiscal, conforme o disposto no art. 7º, inciso I, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972”) vê-se que, em nenhum dos termos de intimação fiscal lavrados contra a pessoa jurídica, nº 301/2011 (fls. 53) e nº 384/2011 (fls. 94), há alerta desta natureza;

4.22. em dois momentos do Termo de Verificação Fiscal o próprio Sr.

Auditor, às fls. 03/06, admite que o Termo de Intimação Fiscal, datado de 14/06/2011, é de diligência (vide primeiro e segundo parágrafos);

4.23. evidente que a intimação de início de fiscalização na pessoa física do sócio não tem validade como início de fiscalização na pessoa jurídica, ainda mais quando o fiscal adentra seu estabelecimento solicitando, imediatamente, informações sem prazo para esclarecimentos, amparado em mandado de diligência, para obtenção de documentos a serem utilizados em fiscalização de pessoa diversa, e toma isto como Termo de Início de Ação Fiscal da Pessoa Jurídica, ocultando e dissimulando o seu evidente propósito que era o de fiscalizar a sociedade;

4.24. é deveras frágil a assertiva de que o Termo nº 301/2011 (fls. 53) possa fazer as vezes de Termo de Início de Ação Fiscal, pois, o prazo para apresentação de documentos e esclarecimentos foi imediato, isto é, ainda que não importando o termo, não se inicia ação fiscal não oferecendo nenhum prazo para o contribuinte apresentar documentos e ofertar esclarecimentos;

4.25. assim, a autoridade fiscalizadora atropelou os ditames regulamentares acerca da prestação de esclarecimentos pela contribuinte e, conseqüentemente, em relação à fiscalização;

4.26. reconhecer a validade do Termo nº 301/2011 (fls. 53) como início de ação fiscal, como propôs a Fiscalização, conduzirá infalivelmente à nulidade do mesmo, por ausência de abertura de prazo para esclarecimentos, de vez que não se começa a fiscalizar ninguém sem o oferecimento desse prazo;

4.27. não se sabe qual o fundamento normativo de que se valeu a Fiscalização para a exigência de apresentação de documentos e oferecimento de esclarecimentos neste inadequado prazo, senão que a resolução teve o notório propósito de impor complicação ao contribuinte, impossibilitando-o de esclarecer, em prejuízo das garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, aplicáveis ao processo administrativo tributário, consagradas na Constituição Federal (CF, art. 5º, LV) e na legislação de regência (RIR/1999, art. 844, e art. 835, §3º);

4.28. em 15/09/2011, a contribuinte foi notificada de lançamentos que remontam a fatos geradores anteriores a 15/09/2006, abrangendo os decorrentes das Notas Fiscais nos 22, 24, 25, 26, 29, 28, 30, 32, 33, 34, as quais somam R\$ 65.084,35;

4.29. o Sr. Auditor reconhece a idoneidade das notas fiscais e das antecipações de pagamento efetuadas, devendo ser observada a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que é uníssona no sentido de que: “A aplicação do arbitramento é medida extrema e só deve ser utilizada como último recurso, por ausência absoluta de outro elemento que tenha mais condições de aproximar-se do valor real.” (Primeiro Conselho de Contribuintes. 6ª Câmara Turma Ordinária - Acórdão nº 106-10.781);

4.30. o art. 150 do CTN, dispõe que, “não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito” (§ 2º); e “os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação” (§ 3º);

4.31. a parcela da base de cálculo do imposto de renda sujeita à retenção na fonte não pode integrar a base de cálculo do lucro arbitrado na proporção em que efetivada a antecipação, sujeita à tributação pelo lucro presumido;

4.32. neste caso, a antecipação é ato praticado pelo sujeito passivo ou por terceiro visando à extinção parcial do crédito tributário já na data de ocorrência do fato gerador (CTN, art. 150, § 2º), devendo essa parcela ser considerada na apuração do saldo porventura devido (CTN, art. 150, § 3º) e na imposição e graduação da penalidade (CTN, art. 150, § 3º);

4.33. no caso concreto, tanto a apuração da base de cálculo como a imposição e graduação da multa de ofício deveriam considerar a tributação pelo lucro presumido na proporção do ato de antecipação do pagamento, visando à extinção parcial do crédito tributário, com fundamento nos §§ 2º e 3º, do art. 150 do CTN;

4.34. assim, se 5,76% da receita é tributável e 1,5% destes foram antecipadamente oferecidos à tributação, logo, somente 4,26% do valor da receita bruta pode estar sujeito aos juros e à multa, ou seja, somente o lucro presumido atinente a este percentual de 4,26% da receita sofre o agravamento de 20% por cento pelo arbitramento;

4.35. a antecipação foi feita quando a empresa se encontrava no lucro presumido, sujeita à alíquota efetiva de 4,8%, do qual a retenção de 1,5% do valor da receita correspondia a 31,25%, ou seja, os 1,5% do valor da receita antecipados correspondem a 31,25% das receitas que agora não podem estar sujeitos ao lucro arbitrado, pois esta proporção é que deve ser deduzida;

4.36. portanto, 31,25% das receitas devem ser mantidas no lucro presumido, posto que o pagamento do imposto foi adiantado na ocasião em que vigente este regime de recolhimento para a contribuinte, e somente 68,25% das receitas, não amparadas por nenhuma antecipação, é que podem se sujeitar ao arbitramento de lucros;

4.37. deve-se segregar a base sujeita ao lucro presumido e a base sujeita ao lucro arbitrado, com a ressalva de que, 31,25% da base do imposto foi declarada e paga antes de qualquer ação fiscal;

4.38. uma vez que os atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito, devem ser considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (CTN, art. 150, §3º e 4º), o contribuinte não pode estar sujeito à penalidade de arbitramento e também de multa ofício agravada sobre a parcela da receita considerada para cálculo da antecipação do pagamento;

4.39. tomando-se como exemplo o imposto de renda antecipado nas Notas Fiscais nºs 022 e 024 e computando-se a receita de R\$ 1.300,00, período de apuração 1º trimestre/2006 e vencimento em 28/04/2006, verifica-se que, ainda no mês do faturamento, ou seja, em fevereiro/2006, foram antecipados R\$ 19,50 nas duas notas, que correspondiam a 31,25% do imposto devido no valor de R\$ 62,40;

4.40. trata-se de ato praticado pelo sujeito passivo ou, se preferir, por terceiro, visando a extinção parcial do crédito tributário sob a égide do lucro presumido;

4.41. a aplicação dos §§ 3º e 4º, do art. 150 do CTN, no caso concreto, é, por si só, axiomática, cumprindo assinalar, que outros dois dispositivos legais também convergem em definitivo para esta consequência: o art. 6º, § 6º, da Lei nº 8.021, de 12/04/1990 (“Qualquer que seja a modalidade escolhida para o arbitramento, será sempre levada a efeito aquela que mais favorecer o contribuinte”), e o art. 112, inciso IV, do CTN (“A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação”);

4.42. é indevida a aplicação da multa de ofício, visto que todos os valores foram oferecidos à tributação antes do inexistente início da ação fiscal contra a sociedade BARZAN ADVOGADOS, como pode ser verificado através dos extratos juntados pela própria Fiscalização ao processo em relação às DIPJ enviadas:

[...].

4.43. foram oferecidos à tributação do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (Ficha 15) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (Ficha 18A), as seguintes receitas:

[...].

4.44. da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, colhemos o entendimento de que a retificação da DIPJ antes do início do procedimento fiscal tem a virtude de afastar a aplicação da multa de ofício (Primeiro Conselho de Contribuintes. 1ª Câmara. Turma Ordinária - Acórdão nº 101- 96.037/2007);

4.45. o fato de que a retificação foi efetuada após o início da ação fiscal no sócio da pessoa jurídica não afasta sua existência, validade e eficácia, sobretudo para o efeito de afastar a multa de mora, e, mais ainda, de afastar a multa qualificada;

4.46. o entendimento do Sr. Auditor de que o início da ação fiscal na pessoa física do sócio afastaria a validade da DIPJ da pessoa jurídica, equivale a rasgar noções básicas do direito civil e comercial;

4.47. o procedimento adotado pelo Sr. Auditor suscita, no mínimo, dúvidas quanto às circunstâncias materiais em que foi iniciada a fiscalização, sendo certo que esta condição indeterminada quanto ao termo de início da fiscalização não pode ser interpretada em desfavor da contribuinte, conforme prescreve o art. 112, inciso II, do CTN;

4.48. é cediço que somente o Termo de Início de Ação Fiscal devidamente lavrado contra a sociedade BARZAN ADVOGADOS afastaria a espontaneidade, o que não pode ser suprido pelo MPF - Diligência, ainda mais quando este expressamente se fundamenta no âmbito de fiscalização do contribuinte sócio da empresa;

4.49. para a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, nem mesmo o início de ação fiscal com respeito a outro tributo no mesmo contribuinte afasta a espontaneidade no oferecimento de declaração, o que serve de indicação de que a fiscalização do sócio não afasta a espontaneidade da empresa (Acórdão nº 1805-00.019/2009 e Acórdão nº 101-96.229/2007) e nem tampouco o MPF afastaria a espontaneidade (Acórdão nº 401-06.044/2008);

4.50. ainda que por absurdo, considerando apenas para argumentar, que a coleta de elementos para fiscalização do sócio na empresa teria o condão de afastar a espontaneidade desta, verifica-se, no caso concreto, que a espontaneidade foi reinstaurada, posto que o Termo de Ação Fiscal nº 301/2011 foi assinado pela sociedade BARZAN ADVOGADOS em 14/06/2011 e o Termo de Ação Fiscal nº 384/2011 foi postado apenas em 05/09/2011;

4.51. assim, foram-se mais de dois meses em que a fiscalização nada remeteu ou contatou a sociedade BARZAN ADVOGADOS, que, deste modo, recobrou sua espontaneidade, conforme prescreve o art. 7º, § 2º, do Decreto nº 70.235/1972 e, nos termos da pacífica jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Primeiro Conselho de Contribuintes, 8ª Câmara, Turma Ordinária - Acórdão nº 108-

06.937/2002; Segundo Conselho de Contribuintes. 1ª Câmara, Turma Ordinária - Acórdão nº 201-76.943/2003; Acórdão nº 103-23.237/2007);

4.52. diante da impossibilidade de o contribuinte exibir seus livros fiscais à Fiscalização, fica vedado a esta agravar a multa de ofício com fundamento no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, sendo este entendimento pacífico no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Primeiro Conselho de Contribuintes, 3ª Câmara, Turma Ordinária - Acórdão nº 103-22.705/2006);

4.53. ainda mais que, no caso concreto, a contribuinte, de imediato, confessou a imprestabilidade de seus livros fiscais à Fiscalização, conforme registrou o próprio fiscal, às fls. 95, ao referenciar o documento de fls. 54 (Primeiro Conselho de Contribuintes, 8ª Câmara, Turma Ordinária - Acórdão nº 108- 09.009/2006), em consonância ainda com o disposto no art. 112, inciso I, do CTN (Primeiro Conselho de Contribuintes. 5ª Câmara. Turma Ordinária - Acórdão nº 105-16.680/2007);

4.54. neste sentido, ainda que considerada a omissão de receitas, as Notas Fiscais foram espontaneamente fornecidas pela contribuinte em sede de diligência (Primeiro Conselho de Contribuintes, 1ª Câmara, Turma Ordinária - Acórdão nº 101-96.620/2008);

4.55. deve ser salientado, que o lançamento foi todo efetuado com base no lucro arbitrado, portanto, com base em presunção legal, assim, nestas hipóteses, a pacífica jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tem reiterado que a multa agravada deve ser afastada (Primeiro Conselho de Contribuintes, 8ª Câmara, Turma Ordinária - Acórdão nº 108-08.512/2005);

4.56. o Auditor não fez a ligação entre o dispositivo legal e o fundamento da qualificação da multa em cento e cinquenta por cento, fazendo mera menção ao art. 44 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, sem especificação do fundamento de direito, em afronta, pois, ao art. 11, inciso III, do Decreto nº 70.235/1972;

4.57. a ausência do fundamento de direito que autoriza o procedimento de arbitramento determina a nulidade do lançamento em decorrência de vício formal insanável, nos termos do artigo 37 da Lei nº 8.212/1991, c/c art. 11, inciso III, do Decreto nº 70.235/1972 (Segundo Conselho de Contribuintes, 6ª Câmara, Turma Ordinária - Acórdão nº 206-01.517/2008);

4.58. o Auditor não tipificou a conduta da contribuinte, seja no art. 71, 72 ou 73, assim, a Fiscalização não tipificou qual seria a conduta agravante da contribuinte, se sonegação, fraude, ou conluio;

4.59. a hipótese dos autos resta claramente tipificada no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996 (multa de 75%), porquanto se trata de declaração inexata;

4.60. ainda que mediante esforço exegético se concluísse pela aplicação do § 1º do art. 44 (duplicação da multa), não houve a precisa tipificação da conduta da contribuinte, não sendo especificada a razão pela qual a apresentação da declaração inexata teria o intuito de fraude;

4.61. a mera omissão de rendimentos não conduz à existência do intuito de fraude, nos termos da Súmula CARF nº 14 (“A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.”);

4.62. neste sentido, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Primeiro Conselho de Contribuintes, 6ª Câmara, Turma Ordinária - Acórdão nº

106-16.952/2008; Primeiro Conselho de Contribuintes, 8ª Câmara, Turma Ordinária - Acórdão nº 108-09.137/2006);

4.63. diante de todo o exposto, requer: a) em sede de diligência, a exibição de documento em poder da Receita Federal, com fundamento no art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235/1972; b) em sede de diligência, a exibição de documento em poder de terceiro, com fundamento no art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235/1972; c) a produção de prova documental inclusa, com fundamento no art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/1972; d) a produção de prova documental superveniente, com fundamento nas alíneas do § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972; e) a produção de prova pericial, acaso restem dúvidas quanto a quem está exercendo o direito de usar, gozar e dispor do imóvel, mediante levantamento topográfico e econômico-social, com fundamento no art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235/1972; f) em sede de diligência, a requisição às repartições públicas das certidões, informações de interesse e dos procedimentos administrativos necessários à prova das alegações, com fundamento no art. 1º da Lei nº 9.051, de 18/05/1995, art. 4º, da Lei nº 8.159, de 08/01/1991, e art. 3º, inciso III, da Lei nº 9.784, de 29/01/1999; e g) seja a presente impugnação julgada totalmente procedente, com a declaração da nulidade do auto de infração e, consequentemente, a anulação do lançamento tributário, com fundamento no art. 145, inciso I, do CTN.

2. A decisão da instância *a quo* foi assim ementada (fls. 474 a 476):

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

PRELIMINAR DE NULIDADE. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

A violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal não se caracteriza, se o procedimento fiscal tem início com o primeiro ato de ofício, escrito, lavrado por servidor competente, do qual a pessoa jurídica, ou seu preposto, toma ciência, sendo concedido prazo para apresentação de esclarecimentos/documentos a ambos os envolvidos nas infrações verificadas, mediante intimações realizadas no curso da ação fiscal.

PRELIMINAR DE NULIDADE. ARGUIÇÃO DE AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA.

A arguição de vício formal insanável não prospera, se a motivação em que se baseou o autor do procedimento para a aplicação da multa qualificada encontra-se perfeitamente descrita no Termo de Verificação Fiscal que integra o Auto de Infração, assim como o dispositivo legal aplicável à espécie, em decorrência das condutas da pessoa jurídica verificadas durante a ação fiscal.

PRELIMINAR. SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIA/PERÍCIA E PRODUÇÃO DE PROVA.

Considera-se prescindível a realização de diligência e/ou perícia, se os documentos constantes dos autos são suficientes para o deslinde das pendências.

Ademais, não se considera formulado o pedido de diligência/perícia que não atenda os requisitos do art. 16, inciso IV, § 1º, do Decreto nº 70.235/1972, mediante formulação de quesitos e indicação de perito, com as devidas justificativas.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. FALTA DE PAGAMENTO. REGRA GERAL DE CONTAGEM DO PRAZO.

A falta de pagamento de tributos e contribuições no ano-calendário fiscalizado, conduz à aplicação da regra geral da decadência, que consiste na prorrogação do termo inicial de contagem do prazo quinquenal para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Consequentemente, os fatos geradores ocorridos no curso do ano-calendário 2006 não se considera alcançados pelo instituto da decadência, se a ciência dos autos de infração deu-se no decorrer do ano de 2011.

ESPONTANEIDADE. RECUPERAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

A recuperação da espontaneidade da pessoa jurídica ocorre em razão da inoperância da autoridade fiscal por prazo superior a sessenta dias. Entretanto, para assegurar a espontaneidade do sujeito passivo e considerar as transações efetuadas como se espontâneas fossem, mister se fazia o pagamento dos valores relativos à infração.

Nesta hipótese, as DCTF retificadoras apresentadas pela pessoa jurídica após o início da ação fiscal não têm efeito de confissão de dívida, tornando-se correta a imputação através do lançamento de ofício.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

LUCRO ARBITRADO. AUSÊNCIA DE LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS. CONCOMITÂNCIA COM O LUCRO PRESUMIDO. SOLICITAÇÃO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

O imposto e as contribuições devidos nos anos-calendário fiscalizados serão determinados com base nos critérios do lucro arbitrado, quando a pessoa jurídica deixa de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos de sua escrituração comercial e fiscal. Inexiste previsão legal para tributação sob as formas de lucro presumido e arbitrado concomitantemente.

LUCRO ARBITRADO. RECEITA DA LOCAÇÃO DE IMÓVEL.

ALÍQUOTA.

A locação de imóvel constitui atividade cuja receita sujeita-se à alíquota de 32% (trinta e dois por cento), com o acréscimo de 20% (vinte por cento), nos termos da legislação vigente.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INCIDÊNCIA.

A ausência de espontaneidade, em virtude da não ocorrência do pagamento dos tributos relativos à infração faz com que não sejam consideradas as declarações apresentadas pelo sujeito passivo, em substituição a DIPJ e DCTF “zeradas” e/ou não apresentadas, ensejando, na espécie a aplicação da multa qualificada de 150%.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES Ano-calendário: 2006, 2007, 2008 PIS. COFINS. CSLL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se aos lançamentos tidos como reflexos as mesmas razões de decidir do lançamento matriz (IRPJ), em razão de sua íntima relação de causa e efeito, na medida em que não há fatos ou elementos novos a ensejar conclusões diversas.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

3. Cientificada da referida decisão em 07/10/2013 (fls. 517), a tempo, em 06/11/2013, apresenta a interessada Recurso de fls. 523 a 546, instruído com os documentos de fls. 547 a 551, nele reiterando os argumentos anteriormente expendidos e aduzindo mais os seguintes:

- a) que, por voto de qualidade, não foi provida a impugnação da contribuinte;
- b) que deve ser dada total razão aos julgadores infelizmente vencidos por voto de qualidade; e
- c) que nem a fiscalização, nem a instância *a quo* procederam ao reconhecimento das importâncias referentes às antecipações de pagamento efetuadas de IRRF, CSLL, Cofins e Pis.

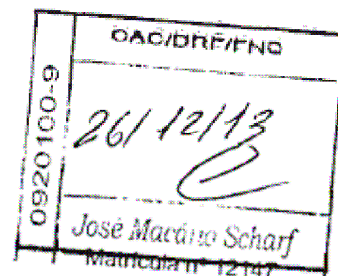
Em mesa para julgamento.

Voto

Conselheiro Sérgio Rodrigues Mendes, Relator

4. Consta de fls. 555 a seguinte petição:

ILUSTRÍSSIMO SENHOR DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM
FLORIANÓPOLIS – SC



Barzan Advogados, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Avenida Rio Branco, nº 333, sala nº 507, Centro, Florianópolis, também devidamente qualificada nos autos do PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO, registrados sob o nº 11516.721695/2011-34, vem perante Vossa Senhoria, com o costumeado respeito, por seu procurador legalmente constituído, em atenção ao art. 14, da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 07, de 15 de outubro de 2013, requerer a desistência parcial do Recurso Voluntário interposto perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, no que tange ao disposto no arts. 1º a 13 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Pede deferimento.

Florianópolis, 26 de dezembro de 2013.


Carlos Rodrigues Barzan
OAB/SC 12.623

Processo nº 11516.721695/2011-34
Resolução nº **1803-000.100**

S1-TE03
Fl. 571

5. Tendo em vista esse fato, voto no sentido de converter o presente processo em diligência, para que a autoridade local esclareça, mediante audiência ao sujeito passivo, se necessário:

a) se a desistência do Recurso Voluntário, ora requerida, é realmente parcial ou total; e

b) sendo parcial, qual a parte da exigência fiscal ainda objeto de litígio.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Sérgio Rodrigues Mendes