



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

Processo n° 15563.000794/2008-79
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1201-001.319 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de fevereiro de 2016
Matéria IRPJ
Recorrente FENIX DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004

DILIGÊNCIA. PERÍCIA. JULGAMENTO.

A realização de diligências e perícias tem como finalidade sanar todas as dúvidas para o julgamento da lide.

ENVIO DE DECLARAÇÕES RETIFICADORAS. ESPONTANEIDADE. INICIO DE AÇÃO FISCAL.

Simplex diligência que não configure início efetivo de ação fiscal com objeto e períodos predeterminados, não tem o efeito de excluir a espontaneidade do contribuinte.

A inércia da fiscalização por mais de 60 dias possibilita que o contribuinte readquirir sua espontaneidade, conforme disposição do PAF.

DECADÊNCIA

Na ausência de fraude ou dolo, para fins de contagem do prazo decadencial, deve ser utilizada a regras constante no art. 150, §4º do CTN, cujo ponto inicial é a data da ocorrência do fato gerador do tributo.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIO. AUSÊNCIA DE DOLO.

O envio espontâneo de declarações retificadoras que suprem as omissões presentes nas declarações originais, excluem a hipótese de fraude e dolo e, por consequência, afastam a responsabilização dos sócios baseada no art. 135 do CTN.

ESCRITURAÇÃO FISCAL. EXTRAVIO. ARBITRAMENTO DE LUCRO.

A simples afirmativa de extravio da escrituração não impede o arbitramento do lucro. Não sendo realizada a comunicação temporal do fato às autoridades competentes e, nem a reconstituição da documentação, só resta a autoridade fazendária a sistemática do lucro arbitrado para a apuração dos tributos devidos.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Ressalvados os casos especiais, o lançamento reflexo colhe a mesma sorte do denominado matriz, em razão da relação de causa e efeito existente entre ambos.

BASE DE CÁLCULO. LEI Nº 9.718 DE 1998. INCONSTITUCIONALIDADE DO ALARGAMENTO. DECISÃO PLENÁRIA DEFINITIVA DO STF.

O Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o alargamento das bases de cálculo do PIS e da COFINS, promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, no Recurso Extraordinário nº 585.235/MG, reconhecendo a repercussão geral do tema.

Dessa forma, o PIS e a Cofins tributados na forma da Lei nº 9.718, de 1998, incidem somente sobre o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços, e não sobre receitas financeiras e demais receitas operacionais, como feito no lançamento em análise.

ARBITRAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. IMPOSSIBILIDADE.

Na hipótese de arbitramento não é possível efetuar o cálculo exata da base de incidência do PIS e da COFINS, exatamente pela ausência de informações contábeis necessárias e suficientes para tanto, não havendo espaço para discussão sobre exclusões da base de cálculo, como o ICMS.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. INAPLICABILIDADE

A ausência de constatação de conduta dolosa do sujeito passivo desautoriza a aplicação da multa de ofício em sua forma qualificada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

MARCELO CUBA NETTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

LUIS FABIANO ALVES PENTEADO - Relator.

EDITADO EM: 27/02/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcelo Cuba Netto (Presidente), Roberto Caparroz de Almeida, Gilberto Baptista (suplente convocado), Luis Fabiano Alves Penteado, João Carlos de Figueiredo Neto e Ester Marques Lins de Sousa (suplente convocada).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado em face de acórdão que julgou procedente em parte os lançamentos, declarando devidos o IRPJ no valor de R\$ 5.170.814,86, a CSLL no valor de R\$ 2.021.623,61, a Cofins no valor de R\$ 927.163,43 e o PIS no valor de R\$ 201.568,98, acrescidos da multa proporcional de 150% e dos juros de mora.

Durante o procedimento fiscalizatório, a autoridade fazendária relatou o seguinte que:

i) em 04/04/2005, compareceu ao endereço cadastral da interessada, no município de Campos dos Goytacazes/RJ, onde encontrou um estabelecimento comercial fechado e foi informado por vizinhos que a interessada não mais exercia suas atividades naquele local;

ii) continuou a busca, comparecendo no endereço declarado na DIPJ/2004, localizado naquele mesmo município. Lá foi informado pelo Sr. Cláudio Lopes Duarte, o responsável pela interessada junto à RFB, que no estabelecimento funcionava uma distribuidora de bebidas Cintra, o que também pode constatar pela decoração local;

iii) segundo o Sr. Cláudio, a interessada distribuía produtos das marcas Skol, Brahma e Antártica e que exerceu suas atividades até junho de 2003, ocasião em que a Ambev assumiu a função no município, mantinha a propriedade do imóvel localizado no primeiro endereço visitado pela fiscalização, e a distribuição da cerveja Cintra em Campos dos Goytacazes estava a cargo de Foko Comércio e Distribuição de Bebidas Ltda, sociedade pela qual ele também era responsável perante à RFB;

iv) em 25/04/2005, a interessada apresentou DIPJ/2005, ano-calendário 2004, como sociedade inativa, tendo transmitido, em 14/08/2005, declaração retificadora optando pelo lucro real trimestral, sem no entanto, declarar qualquer receita no período;

v) a interessada não apresentou DCTF no período compreendido entre janeiro de 2004 e julho de 2005;

vi) no período de 01/01/2004 a 22/09/2005, não houve recolhimentos por parte da interessada de IRPJ (códigos de receita 3373 e 0220) e de CSLL (código 6012);

vii) a interessada teve movimentação financeira em 2004 no valor aproximado de R\$ 8.500.000,00, tendo apresentado imutabilidade de ativo e passivo em relação ao ano-calendário anterior, o que o fez concluir que o montante acima não decorreu de realização de ativo no período;

A autoridade fazendária verificou que por meio de alteração contratual ocorrida em 09/08/2005, o endereço da interessada passou a ser no município de Duque de Caixas/RJ, razão pela qual a representação para fins fiscais fora encaminhada para a DRF/Nova Iguaçu.

A autoridade fiscal de Nova Iguaçu tentou intimar a interessada em seu novo endereço, mas não obteve sucesso. Decidiu, então, encaminhar o termo de início da ação fiscal para o endereço do sócio Cláudio, que o recebeu em 15/01/2007. A partir de então, todas as intimações passaram a ser postadas para o endereço do referido sócio, culminando com a que foi recebida em 28/10/2008. Segue abaixo o relatório da nova administração fazendária:

i) constatou que a interessada reconheceu na última declaração entregue (DIPJ/2004 original e retificadora), a receita de R\$ 17.065.937,36, mas que também declarou despesas operacionais em "valores equivalentes". Cabe destacar que esta declaração foi entregue após a diligência efetuada pela DRF/Campos dos Goytacazes;

ii) que também foram transmitidas à RFB duas DIPJ/2005, sendo que ambas as declarações, original e retificadora, foram entregues após a supracitada diligência. Na primeira, a interessada se declarou inativa. Na segunda, optante pelo lucro real, mas sem oferecer receita à tributação, nem mesmo aquela resultante de aplicações financeiras, que somava R\$1.009.823,40;

iii) que requisitou a escrituração fiscal da interessada, sendo que parte dos livros deveria ser recomposta, já que os originais haviam sido roubados, e que, recebeu, em 27/07/2007, os livros Diário, Registro de Entradas, Registro de Saídas e Inventário;

iv) que analisando os livros acima referidos, fez constatações que apresentou à interessada por intermédio do termo de fls. 189/191, dentre as quais destacou a falta de registro do livro Diário no órgão competente, bem assim a ausência de escrituração nele da movimentação financeira no período, já que continha apenas os balanços patrimoniais dos anos calendário 2004, 2005 e 2006;

v) que a interessada foi intimada a apresentar a origem dos recursos depositados em suas contas bancárias no ano-calendário 2004, a interessada entregou cópia do distrato firmado entre a si e a Ambev, relacionando valores recebidos desta no período compreendido entre 10/04/2003 e 28/10/2003;

vi) que frustradas as tentativas de identificação das contas bancárias da interessada por informação da própria, emitiu, em 01/08/2007, requisições de movimentações financeiras (RMF) para diversos bancos;

vii) que as respostas das instituições financeiras permitiram a verificação dos valores depositados pela Ambev, a descoberta de vários depósitos efetuados por pessoas jurídicas, e a identificação de pagamentos feitos pela interessada;

viii) que aqueles para os quais a interessada pagou ou das quais tenha recebido valores por intermédio das contas bancárias auditadas, foram intimados a prestar esclarecimentos sobre a movimentação financeira;

ix) que em várias das respostas apresentadas por beneficiários de pagamentos efetuados pela interessada os intimados justificaram, sem comprovar, os valores recebidos como sendo contraprestação de contrato de mútuo firmado com a interessada em 2001, merecendo destaque os esclarecimentos prestados pelos seguintes sujeitos passivos:

- 1) Antônio Silva Duarte — sócio na interessada no período fiscalizado, proprietário do imóvel onde a empresa estava instalada e pai do atual responsável legal por ela — justificou o recebimento, em 14/07/2003, de R\$ 2.294.000,00 como sendo verba para o pagamento a credores amigáveis da interessada, apresentando extrato bancário do qual constam saídas de recursos;
- 2) Luiz Stampini Netto — justificou os R\$ 15.000,00 que recebeu da interessada em 03/02/2004 como pagamento pelo serviço de sinalização (silk-screen) de veículo com a logomarca da Cervejaria Cintra, cuja distribuição de produtos, ao que consta, estava a cargo da Foko Comércio e Distribuição de Bebidas Ltda na região de Campos de Goytacazes;
- 3) Simeao Tavares Rangel — informou que o valor de R\$ 33.000,00, recebido em 04/06/2004, foi referente à venda de veículo de sua propriedade à interessada;
- 4) Big Beer Logística, Comércio e Distribuição Ltda — tem como representante legal o Sr. Antônio Silva Duarte Filho, irmão do representante legal da fiscalizada e filho e do Sr. Antônio Silva Duarte. Foram frustradas as tentativas de intimar a pessoa jurídica e a pessoa física responsável para a prestação de esclarecimentos relativos aos R\$ 20.000,00 recebidos da interessada em 04/11/2004;
- 5) Brazil Trading Ltda — informou que era importadora de 110 veículos da marca Kia e que os R\$ 75.000,00 questionados pela fiscalização, foram recebidos em 31/03/2004 por pagamento efetuado pela Via Barra Rio Veículos Ltda, não tendo qualquer relação comercial com a interessada;
- 6) Cervejaria Cintra Indústria e Comércio Ltda — beneficiária de diversos pagamentos, a cervejaria relacionou vários em que, embora o pagamento tenha sido realizado pela interessada, a operação correspondente se dava em nome de terceiros, dentre eles a Foko, a Big Beer e a Bella — Bebidas Litoral Ltda, sendo que não houve

êxito na intimação desta e seu representante legal informou que não era sócio da empresa;

- 7) Cesarmar Turismo e Viagens Ltda — afirmou que não manteve relação comercial com a interessada, mas que realizou vendas a diversos membros da família Duarte (relacionados às fls. 395), apresentando cópias de passagens aéreas expedidas em 06/10/2003, 15/03/2004 e 21/07/2004;
- 8) Concrevit Concreto Vitória Ltda — informou que os R\$ 16.236,56 recebidos em 19/01/2004 da interessada dizem respeito à transação realizada com a Frigo Rio Comércio e Representações Ltda, cujo representante legal é o Sr. Antônio Silva Duarte, já identificado acima;
- 9) Construtora W. M. Bastos Ltda — também informou que os valores que recebeu da interessada foram pagos no interesse da Frigo Rio;
- 10) Damata Bebidas Ltda — afirmou que recebeu R\$ 18.000,00, em 01/12/2004, pagos pela interessada, para a quitação de negócio com o Sr. Francisco Titonelli, apresentando nota fiscal no valor de R\$ 18.240,00;
- 11) Junal Juparaná Motos Ltda — informou que as quantias recebidas da interessada foram referentes à venda de motocicletas à Big Beer;
- 12) Leão Júnior S/A — informou que o recebimento, em 18/03/2004, de R\$ 43.104,37 deveu-se a negócios com a pessoa jurídica Foko, já mencionada, e que tem como sócios o representante legal da interessada, Sr. Cláudio, e seu pai, o Sr. Antônio, ambos já qualificados;
- 13) Metalúrgica Barra do Pirai S/A — justificou os valores que recebeu da interessada como pagamento por vendas que efetuou para a empresa Frigo Rio;
- 14) Microblau Indústria Eletrônica Ltda — apresentou nota fiscal no valor de R\$ 11.999,97, datada de 08/07/2004 e emitida contra a Frigo Rio, para justificar o recebimento de R\$ 12.000,00 em 20/07/2004 pagos pela interessada;
- 15) Rallye Multimarcas Veículos Ltda — informou que recebeu, em 12/03/2004, R\$ 17.500,00 da interessada, a título de parte do pagamento por veículo adquirido da empresa Toyoserra Veículos

Ltda pela empresa Ewergreen Administração de Imóveis Ltda, cujo representante legal também é o Sr. Antônio Silva Duarte;

- 16) Toyoserra Veículos Ltda — prestou informação idêntica àquela dada pela Rallye Multimarcas;
- 17) Vale Grande Indústria e Comércio de Alimentos Ltda — informou que recebeu da interessada, em 01/07/2004, R\$91.124,68, por negócio realizado com a Cobrai Comercial Beira Rio Ltda;
- 18) Foko Comércio e Distribuição de Bebidas Ltda — além de ter quitado várias obrigações suas com pagamentos efetuados pela interessada, recebeu desta o montante de R\$ 112.700,00 ao longo de 2004;
- 19) Ewergreen Administração de Imóveis Ltda — tem como sócios o Sr. Cláudio, representante legal da interessada, e seu pai, Sr. Antônio. Não recebeu diretamente valores da interessada, mas teve negócios quitados com recursos financeiros desta; e
- 20) Frigo Rio Comércio e Representações Ltda — Também não recebeu diretamente valores da interessada, mas teve negócios quitados com recursos financeiros desta.

x) que considerando o já relatado sobre a escrituração fiscal da interessada, efetuou o arbitramento do lucro dos anos calendário de 2003 e 2004, por entender que existiam vícios insanáveis nos registros contábeis;

xi) que como base de cálculo para o arbitramento utilizou as receitas operacionais declaradas para os períodos, adicionadas:

- 1) Em 2003, dos valores recebidos pela interessada em razão do distrato firmado com a Cervejarias Reunidas Skol Caracu S/A, no total de R\$ 14.770.076,13; e
- 2) Em 2004, das receitas auferidas com as aplicações financeiras realizadas no período, no total de R\$1.009.823,40.

xii) que quando do lançamento, efetuou compensação de:

- 1) IRPJ nos anos de 2003 e 2004, quanto aos valores pagos/declarados em DCTF e aos valores retidos na fonte pelas instituições financeiras, respectivamente; e
- 2) CSLL no ano de 2003, quanto aos valores pagos/declarados em DCTF.

xiii) que referente ao ano de 2003, constam valores pagos/declarados em DCTF relativos a PIS e Cofins, mas eles não foram objeto de compensação por ocasião do lançamento, porquanto apurados em regime não-cumulativo, inaplicável nos casos de arbitramento;

xiv) que intimada a relacionar os bens constantes de seu ativo permanente, a interessada apresentou lista com oito veículos, sendo que consulta à base de dados do Denatran/MJ detectou dezenove automóveis como sendo de propriedade dela, inclusive alguns com ano de fabricação posterior ao período da declarada inatividade da empresa e outros posteriormente alienados a pessoas jurídicas do mesmo grupo familiar;

xv) que a multa de ofício foi aplicada em sua forma qualificada ante todo o enredo exposto, pelo que concluiu o atuante que a interessada por ato voluntário e consciente do ilícito fiscal, omitiu receitas;

xvi) que lavrou:

- 1) os termos de sujeição passiva solidária (TSPPS), de fls. 423/426, contra o Sr. Cláudio e seu pai, o Sr. Antônio; e
- 2) a representação fiscal para fins penais consubstanciada pelo processo administrativo n.º 15563.000795/2008-13.

Inconformados com os lançamentos, a interessada e os senhores Cláudio Lopes Duarte e Antônio Silva Duarte, interpuseram a impugnação, na qual foi julgada parcialmente procedente, mantendo-se os lançamentos conforme mencionado no início deste relatório.

Mais uma vez, inconformados, todos os interessados apresentaram tempestivamente Recurso Voluntário, tendo como em síntese, as seguintes alegações:

i) que o recurso seja provido e que seja declarada nula a decisão anteriormente proferida, por conta do cerceamento de defesa devido ao indeferimento da produção de prova pericial, sendo determinado então que seja realizado novo julgamento depois de realizadas as provas requeridas;

ii) que seja reconhecida a decadência dos créditos tributários referentes ao ano-base de 2003, nos termos dos art. 150, §4º c/c 156, V do CTN;

iii) que seja afastada a atribuição de responsabilidade tributária solidária dos Recorrentes Cláudio Lopes Duarte e Antonio Silva Duarte, haja vista a inexistência de dolo ou fraude no caso concreto, não se aplicando então o art. 135, III do CTN;

iv) que seja afastada a afirmação da prática dos crimes previstos nos arts. 1º, I e 2º da Lei 8.137/90, sendo então determinado o arquivamento definitivo da Representação Fiscal para Fins Penais nº 15563.000795/2008-13, haja vista a, inexistência de dolo, fraude ou sonegação no caso concreto;

v) caso não seja acatada a preliminar de decadência acima arguida, hipótese admitida somente em face do princípio da eventualidade, que seja então reconhecida a ilegitimidade do arbitramento feito para o ano-base de 2003, sendo assim restabelecida a apuração de IPRJ e CSL pelo Lucro Real, do PIS pelo regime não-cumulativo e da COFINS pelo regime cumulativo, exatamente como levada a efeito pela empresa Recorrente;

vi) caso não seja dado provimento ao pedido formulado no item anterior, hipótese admitida somente em face do princípio da eventualidade, que seja então reconhecida inexistência de ganho de capital em relação aos valores pagos pela AMBEV em razão do distrato contratual e, portanto, seja determinada a não incidência de IRPJ e de CSL sobre estes valores, isto porque houve, na verdade, perda de capital no tocante ao total pago pela entrega dos ativos de fls.749 em razão do caráter indenizatório (receita não-tributável) dos valores pagos que não se referem à compra dos ativos de fls. 749, afastando-se assim a tributação sobre estes valores;

vii) caso, não seja dado provimento ao pedido formulado acima, hipótese admitida somente em face do princípio da eventualidade, que seja então determinada a revisão do lançamento tributário em relação à incidência de IRPJ e CSL sobre os valores pagos pela AMBEV, impondo-se a dedução, nos termos da fundamentação exposta, dos custos de aquisição dos ativos (elementos corpóreos e os incorpóreos do fundo de comércio) que foram indenizados em razão do distrato contratual, sendo assim afastada a tributação sobre a receita não operacional total auferida, mantendo-se a tributação apenas sobre o resultado positivo, se houver, decorrente da indenização efetivamente paga;

viii) que seja reconhecida a ilegitimidade do arbitramento feito para o ano-base de 2004, e por esta razão, seja então reconhecida a não incidência do IRPJ e da CSL sobre as receitas financeiras auferidas pela empresa Recorrentes neste ano, haja vista as mesmas não comporem o Lucro Real nos termos do art. 373 do RIR/99, impondo-se assim a revisão do lançamento neste ponto;

ix) que seja reconhecida a não incidência da COFINS e do PIS sobre as receitas financeiras auferidas pela empresa Recorrentes no ano-base de 2004, haja vista o STF ter declarado inconstitucional o alargamento da base de cálculo destas contribuições feito pelo art. 3º, §1º da Lei 9718/78, impondo-se assim a revisão do lançamento neste ponto;

x) na hipótese de serem julgados improcedentes os pedidos formulados acerca da não-incidência tributária e da revisão do lançamento, hipótese admitida somente em face do princípio da eventualidade, seja determinada a revisão do percentual da multa qualificada) de lançamento de ofício, reduzindo-a para o valor de 20% em relação aos valores já declarados e 75% nas demais hipóteses, haja vista a absoluta ausência de dolo, fraude ou sonegação no caso concreto, afastando-se assim a aplicação do §1º do, art. 44 da Lei 9.430/96;

Em 03/10/2012, a 2º Turma da 2º desta 1º Seção determinou através da Resolução n. 1202-000.140, o sobrestamento do processo com base no disposto no art. 62-A do RICARF, vez que faz parte do processo a discussão acerca da possibilidade de quebra do sigilo bancário sem autorização, matéria esta que estava pendente de análise pelo STF em sede de Repercussão Geral.

Com a revogação do mencionado dispositivo do Regimento deste Conselho, os autos retornaram para julgamento.

Em razão da saída do relator original deste processo, houve novo sorteio para relatoria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado - Relator

O Recurso Voluntário tempestivo e reúne os requisitos de admissibilidade, sendo assim, recebo o recurso.

DAS PRELIMINARES

Do Cerceamento de Defesa

A interessada, assim como em sua petição inaugural, reitera o pedido de perícia e diligência, para a produção de provas suplementares ao processo, alegando que está sendo vítima de cerceamento de defesa por conta de seu indeferimento.

Evidentemente, cabe aos interessados requerer todas as provas possíveis a fim de demonstrarem o seu direito. No entanto, contudo, assim como já mencionado na decisão da DRJ, compete também à autoridade julgadora, principalmente nos casos de requerimento de perícia e diligência, decidir sobre sua efetivação, devendo indeferir sempre que considerar as pretendidas provas como prescindíveis ou impraticáveis, na forma do art. 18 do referido diploma normativo.

A realização de diligências e perícias tem por finalidade a elucidação de questões que suscitem dúvidas para o julgamento da lide. Assim, o deferimento de um pedido

dessa natureza pressupõe a necessidade de se conhecer determinada matéria, bem como sanar dúvidas que o exame dos autos não seja suficiente para esclarecê-las.

Não se trata do caso em tela, isto porque, como bem mencionado na decisão da DRJ, a solução do presente litígio vincula-se à apresentação de documentos cuja guarda e conservação compete à própria interessada autuada, nos termos da legislação tributária.

Além do mais, caso o julgador sinta-se convencido e apto para proferir o julgamento, não há motivo para realização de provas periciais e diligências.

Portanto, desnecessário o acionamento de outros agentes, órgãos ou entidades, visto que para este julgador, a documentação acostada nos autos é suficiente para a prolação de decisão.

Sendo assim, não conheço desta preliminar.

Da espontaneidade do contribuinte

No caso em tela, este Relator deverá abordar os temas i-) decadência, ii-) dolo do contribuinte e conseqüente aplicação de multa qualificada e iii-) responsabilidade solidária dos sócios, uma vez que foram enviadas declarações com valores de receita tributável igual a zero.

Ocorre que o contribuinte enviou declarações retificadoras de forma a sanar tais receitas omitidas. Contudo, tanto a autoridade fiscalizadora quanto os julgadores em primeira instância administrativa desconsideraram tais retificadoras como espontâneas, vez que apresentadas após o início dos atos fiscalizatórios.

Para melhor entendimento, resumo abaixo a ordem cronológica dos fatos:

i-) em 04/04/2005, o AFRB Sr. Mauricio Nogueira procedeu com diligência fiscal (MPF Diligência n. 07.04.00-2005.00022-6) junto à Recorrente, ao final do qual apresentou relatório em que sucintamente informa que:

Em cumprimento ao MPF-D - Mandado de Procedimento Fiscal n. 07.1.04.00-2005-00022-6. compareci ao endereço do contribuinte FENIX DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS CNPJ 00.985.982/0001-18 constante em nossa Base de Daos CNPJ, a saber Av. Albeto Lamego, 907/ 913, Parque Califórnia neste município, quando então pude constatar que em tal endereço encontra-se um estabelecimento sem qualquer identificação e com, inclusive, suas portas fechadas. Dirigi-me assim ao estabelecimento ao lado (estacionamento do supermercado Super Bom) onde fui informado por funcionários deste último estabelecimento que o contribuinte diligenciado não mais exerce atividades naquele local.

Ato continuo, dirigi-me ao endereço do diligenciado constante em sua DIPJ/2004, vale dizer - mesmo endereço informado no cadastro SINTEGRA-ICMS - a saber: Av. Professora Carmem Cameiro. 1092 - Altos- Guatus, igualmente neste município. Em lá chegando constatei, a partir da decoração do local (pinturas em

geral) e das informações prestadas a mim pelo Sr. Cláudio Lopes Duarte (CPF 905.396.487-87, que se tratava de uma distribuidora da cerveja CINTRA.

Registra-se que o Sr. Claudio Lopes . Duarte (CPF: 905.396.487-87, o qual recebera cópia do MPF-D) em questão, é o responsável pela diligenciada junto à SRF (base de dados CNPJ). Esse mesmo responsável informou-me, que a ora diligenciada exerceu suas atividades (distribuição de SKOL, BRAHMA e ANTÁRTICA) até meados de junho de 2003, quando, a partir de então a AMBEV assumiu referida atividade em Campos dos Goytacazes. Contudo, o contribuinte FENIX DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA., ainda mantém a propriedade do imóvel situado na Av. Alberto Lamego (endereço acima), muito embora esteja fechado.

Informou-me. ao final que a distribuição da cerveja CINTRA, em todo o município de Campos, está a cargo da sociedade empresarial FOKO COMERCIO E DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS LTDA - CNPJ 05.765.971/0001-46. pela qual. também como na diligenciada, é seu responsável junto à SRF."

ii-) em 14/08/2005 a Recorrente enviou as DIPJs retificadoras dos anos 2003/2004 e 2004/2005; e

iii-) em 29/12/2006 foi lavrado o Termo de Início de Ação Fiscal que originou o lançamento ora em discussão do qual a Recorrente tomou ciência em 15/01/2007.

Em suma, o que se coloca aqui em discussão é o verdadeiro alcance do conceito de início de procedimento fiscal, previsto no art. 7º e seu § 1º do PAF, para fins de definir o momento em que o contribuinte perde a espontaneidade.

Nesta tarefa, inicio observando que um dos pressupostos para manutenção da espontaneidade é a ausência de fiscalização, logicamente, por parte do Fisco, em relação ao tributo sobre o qual o sujeito passivo, ou responsável, se auto-denuncia.

A principal dúvida se refere ao momento inicial em que passa existir "qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionados com a infração".

Neste sentido, resalto que ainda que o contribuinte já esteja sendo fiscalizado, poderá ainda ser beneficiado pela espontaneidade, caso o foco da fiscalização seja outro tributo ou fato gerador.

Além disso, entendo que para configurar verdadeiro e legítimo início de procedimento administrativo ou medida de fiscalização, algumas formalidades devem ser observadas, sob pena de se excluir a espontaneidade do contribuinte em razão de qualquer diligência ou contato direto do fisco, muito comum na atualidade, principalmente, para os grandes contribuintes que estão sujeitos ao Acompanhamento Especial e Diferenciado por parte da Receita Federal.

O art. 96 e parágrafo único do CTN traz definição importante que ajuda a ratificar minha posição:

“Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo."

A análise do dispositivo acima leva à conclusão que o referido início da fiscalização para o sujeito passivo, ocorre com a lavratura da fiscalização em algum dos livros fiscais do contribuinte, ou algum documento de emissão do órgão fiscalizador comprovadamente recebido pelo fiscalizado.

Não poderia ser diferente, pois, perderia a razão de ser do benefício da denúncia espontânea se tal marco tivesse como início um documento interno do órgão fiscalizador para que fossem tomadas providências para o futuro início de uma atividade fiscalizadora.

A denúncia espontânea tem como objetivo que o contribuinte denuncie sua falha, ou seja, pressupõe que este não saiba que está sendo fiscalizado, ou seja, de que, ao menos em sua percepção, esteja informando fato novo ao Fisco.

Logicamente, depois que o fiscal já lavrou um termo de início de fiscalização em que conste a matéria a ser fiscalizada e período, já não se pode mais falar de espontaneidade.

O princípio da publicidade e a necessidade de que o sujeito passivo seja efetivamente notificado do começo daquele procedimento e da extensão da fiscalização que se inicia são os pilares deste entendimento.

No caso em tela, entendo que a simples diligência do Auditor Fiscal não contém elementos que possam ser considerados suficientes para excluir a espontaneidade do Recorrente.

De fato, conforme consta nos autos, o Termo de Início de Fiscalização foi lavrado em 29/12/2006 e a ciência do contribuinte se deu em 15/01/2007, desta forma, as declarações retificadoras enviadas no mês de agosto de 2005, muito antes da lavratura do termo de início de fiscalização, ainda gozavam de espontaneidade.

Penso também que, ainda que a diligência perpetrada pelo agente fiscal em 04/04/2005 fosse considerada como medida preparatória de fiscalização que afastasse a espontaneidade do contribuinte, tal exclusão de espontaneidade não pode se perpetuar no caso de inércia da fiscalização.

Neste ponto, é necessário trazer à análise o disposto no art. 7º do Decreto 70.235/72 para que se possa avaliar a possibilidade do contribuinte readquirir a espontaneidade:

"Art. 7º O procedimento fiscal tem início com:

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos." (nosso grifo)

O disposto no parágrafo 2º acima é claro e objetivo ao dispor que a validade do ato inicial é de 60 dias, prorrogável por igual período, sucessivamente, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.

Vejamos alguns julgados neste sentido:

PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO - RECUPERAÇÃO DA ESPONTANEIDADE - CONSULTA E AUTO DE INFRAÇÃO - A espontaneidade do sujeito passivo, excluída pelo início do procedimento fiscal, pode ser recuperada pela inércia da fiscalização, presumida pelo transcurso do prazo de 60 (sessenta) dias sem qualquer ato escrito indicando o prosseguimento dos trabalhos. É nulo o auto de infração lavrado para exigir tributo sobre a matéria objeto de consulta, formalizada após esse prazo, enquanto pendente de solução e até 30 (trinta) dias da data da ciência da sua decisão final. 1º Conselho de Contribuintes / 2a. Câmara / ACÓRDÃO 108-05.542 em 26.01.1999 - Publicado no DOU em: 22.04.1999.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - ESPONTANEIDADE - REAQUISIÇÃO - EFEITOS - LIMITES OBJETIVOS - Dizem-se espontâneos, em relação ao Fisco, os atos de sujeito passivo que versem sobre obrigação principal ou acessória. O ato administrativo que marca o início do procedimento de fiscalização tem como eficácia a perda da espontaneidade do sujeito passivo - limitada à matéria fiscalizada - em relação às obrigações, principais ou acessórias, que foram ou deveriam ter sido cumpridas (Decreto nº 70.235/72, art. 7º, § 1º). Readquirir significa tornar a obter algo que se possuía. São efeitos da readquirição da espontaneidade, por exemplo, permitir que o sujeito passivo providencie, se for o caso, o pagamento dos tributos devidos e não-declarados, acrescidos de multa e juros moratórios, eximindo-se, assim, da imposição de multa no lançamento de ofício. A eficácia dos atos administrativos que fazem cessar a espontaneidade do sujeito passivo - como uma nova intimação para esclarecimentos ou a formalização de lançamento - não distingue se esta é originária ou foi readquirida. Recurso Negado. 1º CC. / 3a. Câmara / ACÓRDÃO 103-21.269 em 12/06/2003. Publicado no DOU em: 12.08.2003.

Desta forma, a conclusão lógica é de que a espontaneidade é readquirida se o autor do procedimento fiscal não oficializar a continuidade da ação fiscal, conforme leitura da Súmula CARF n. 75:

Súmula CARF nº 75: A recuperação da espontaneidade do sujeito passivo em razão da inoperância da autoridade fiscal por prazo superior a sessenta dias aplica-se retroativamente, alcançando os atos por ele praticados no decurso desse prazo.

No caso em tela, após a diligência efetuada em abril de 2005, temos que apenas em dezembro de 2006, a ação fiscalizatória teria sido retomada.

Ainda que considerada a data do envio das declarações retificadoras (agosto/05), já havia transcorrido mais de 60 dias da diligência efetuada, restando claro que a espontaneidade havia sido readquirida.

Pelo exposto, seja por não considerar a medida de diligência como um ato concreto e munido de todas as formalizações necessárias para ser considerada como um início de fiscalização que afastasse a espontaneidade do contribuinte, seja pelo transcurso do prazo superior a 60 dias após este eventual início de fiscalização que tenha trazido de volta a espontaneidade, concluo que as declarações retificadoras deve ser consideradas como espontâneas e devem surtir todos os efeitos daí decorrentes.

Da Decadência

A autoridade julgadora entendeu que no caso em questão aplica-se a contagem do prazo decadencial art. 173, inciso I, do CTN, tendo em vista a configuração da fraude, com a presença dos elementos referidos no art. 44 da Lei nº 9.430/96, em razão das condutas da interessada já relatadas acima e tipificadas no art. 71, da Lei nº 4.502/64, com a seguinte redação:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

1- da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

()

Conforme consta do relatório, a interessada apresentou declarações com valores de receita tributável igual a zero, informou que a empresa está inativa enquanto estava operando, informou menos veículos do que possuía, entre outros.

Cabe aqui me socorrer do item anterior.

A acusação fiscal parte do princípio de que o envio de declaração com omissão das receitas (zeradas) leva à conclusão de ocorrência de conduta fraudulenta do contribuinte, assim, a consideração das declarações retificadoras anulariam este efeito, caso estivessem acompanhadas do respectivo pagamento. O que não aconteceu.

Desta forma, afasto também a alegação de decadência.

Da Responsabilidade Solidária

Quanto à sujeição passiva solidária dos sócios CLÁUDIO LOPES DUARTE e ANTÔNIO SILVIO DUARTE, é também de suma importância a conclusão a que cheguei em relação à eficácia e efeitos das declarações retificadoras.

Isso porque, os sócios devem ser responsabilizados solidariamente pelos tributos devidos pela empresa, quando configurado que agiram com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto, conforme previsto no art. 135 e inciso III do CTN.

No caso em tela, restaria configurada tal hipótese na situação original da contribuinte em que esta apresentou declarações "zeradas" com clara omissão de receita.

Contudo, ao considerar como espontâneas as declarações retificadoras apresentadas no mês de agosto de 2005 que trouxeram informações sobre as receitas consideradas omitidas pela fiscalização, resta inexistente qualquer das hipóteses previstas no mencionado art. 135 do CTN.

Diante disso, ainda que os tributos não tenham sido integralmente quitados - não se trata aqui de denúncia espontânea para fins de afastamento da multa de ofício - há que se considerar que as declarações enviadas espontaneamente pelo contribuinte que trouxeram informações sobre as receitas omitidas, tem o efeito também de afastar a responsabilidade solidária dos sócios.

Diante do exposto, entendo como incorretos os termos de sujeição passiva solidária lavrados contra os sócios, devendo ser cancelados.

Do afastamento da afirmação de prática de crime contra a ordem tributária

Requer a Recorrente que seja afastada a afirmação de cometimento de crime contra a ordem tributária e seja determinado o arquivamento da Representação Fiscal para Fins Penais n. 15563.000795/2008-13, apensado ao presente processo.

Com relação a este ponto, trago o disposto na Súmula CARF n. 28:

Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Do Arbitramento

O lançamento realizado pela autoridade fazendária baseou-se no arbitramento do lucro nos anos calendário 2003 e 2004, pois a interessada não apresentou escrituração fiscal suficiente.

Embora a interessada tenha alegado que os livros em que se fundava foram objeto de furto, importante esclarecer a simples afirmativa de extravio da escrituração e a confecção do boletim de ocorrência, não elide o arbitramento do lucro, sob o risco de o sujeito passivo mal intencionado estabelecer-se à margem da legalidade, a fim de frustrar a apresentação de sua documentação fiscal.

Nosso ordenamento jurídico, para impedir os sujeitos passivos mal intencionados de se beneficiarem de tal situação, regulou o assunto através dos seguintes dispositivos abaixo:

i) O Decreto-lei 486/69, impõe que o contribuinte deve comunicar o extravio de sua escrituração em quarenta e oito horas, ao órgão competente do Registro do Comércio; e

ii) O Decreto 3.000/99, art. 264, §1º, determina que a cópia da comunicação do extravio de livros e documentos fiscais, remetida ao Registro do Comércio, seja encaminhada ao órgão local da Receita Federal.

Note-se que a interessada não observou nenhuma das normas, portanto, a administração fazendária não teria outra medida a ser tomada a não ser o arbitramento.

O mesmo se aplica para o ano de 2004, pois a escrituração refeita pela interessada revelou-se diferente dos fatos reais apurados pela fiscalização.

Veza que a contribuinte não trouxe qualquer alegação quanto aos percentuais de arbitramento, tenho como acertado, portanto, o arbitramento realizado em relação aos períodos não alcançados pela decadência.

Dos Valores pagos pela Ambev

Questionada pela fiscalização acerca da origem dos recursos depositados durante o ano de 2004 pela empresa AMBEV, a Recorrente informou que se referiam à indenização por rescisão contratual ocorrida entre ambas. Os valores constam no quadro abaixo:

	DATA	PAGAMENTOS	DESCONTOS	VALOR PAGO
2º TRIMESTRE	10/04/2003	6.757.456,02	2.339.535,45	4.417.920,57
3º TRIMESTRE	07/07/2003	2.945.280,38	0,00	2.945.281,38
3º TRIMESTRE	01/08/2003	7.363.200,98	431.463,00	6.931.737,98
3º TRIMESTRE	12/08/2003	283.711,92	0,00	283.711,92
4º TRIMESTRE	28/10/2003	191.424,28	0,00	191.424,28

Neste ponto, cumpre esclarecer que a interessada possuía relacionamento com a empresa Ambev, conforme mencionado anteriormente, desnecessária, a produção de perícia e diligências junto à contabilidade da empresa AMBEV para atestar a verdadeira natureza jurídica dos pagamentos efetuados em razão do distrato comercial com a mesma.

A interessada alega que recebeu valores a título indenizatórios e que não caracterizavam ganho de capital, contudo, a mesma não demonstrou de forma satisfatória a natureza jurídica destes pagamentos, tendo se limitado a apresentar documentos que não trazem todas as informações que permitam concluir que os valores recebidos tem, de fato, natureza indenizatória.

Cabe ressaltar, , não seria uma perícia ou diligência junto a contabilidade da empresa Ambev, solicitada pela Recorrente, que comprovaria tal natureza.

O ônus da prova em comprovar o alegado é da interessada e esta teve durante o curso do processo a possibilidade de apresentar documentos que comprovassem, clara e efetivamente, o alegado, contudo, não o fez.

Portanto, mantenho também o lançamento com relação a este item.

Da base de Cálculo do PIS e da COFINS

Parte do lançamento decorre do fato da interessada ter deixado de incluir, nas bases de cálculo das contribuições sociais devidas ao PIS e a Cofins, o montante das receitas financeiras em desacordo com as prescrições § 1 do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que determinou o alargamento da base de cálculo desses tributos, passando a incluir a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal considerou tal alargamento da base de cálculo como inconstitucional, reconhecendo a repercussão geral do tema, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 585.235/MG, em 10/9/2008, tendo por relator o Ministro Cezar Peluso:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

Note-se que a jurisprudência mais recente do CARF tem adotado o mesmo entendimento.

Foi esse o entendimento do Acórdão nº 9303002.182, da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, julgado na sessão de 5 de fevereiro de 2013, tendo por relator o Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, *in verbis*:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS Período de apuração: 01/03/1999 a 31/03/2004

Base de Cálculo. Alargamento. Aplicação de Decisão Inequivoca do STF. Possibilidade. Nos termos regimentais, pode-se afastar aplicação de dispositivo de lei que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária do Supremo Tribunal Federal. Afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, com trânsito em julgado, a base de cálculo da

contribuição para o Financiamento da Seguridade Social Cofins, até a vigência da Lei 10.833/2003, voltou a ser o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços.

Recurso Especial do Contribuinte Provido em Parte.

Assim, nos períodos de apuração objeto do presente processo, o PIS e a Cofins tributados na forma da Lei nº 9.718, de 1998, incidem somente sobre o **faturamento (INCLUIR COMENTÁRIO - ARBITRADO)**, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e de mercadorias e de serviços, e não sobre receitas financeiras e demais receitas operacionais, como feito no lançamento em análise, devendo ser cancelada esta parcela do lançamento.

Da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS

Quanto à alegada necessidade de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a Recorrente traz diversos argumentos jurídicos e contábeis.

Contudo, o presente caso não demanda o enfrentamento de mérito desta questão. Isso porque, a autuação se deu em base arbitrada, especialmente pelo fato da contribuinte não ter apresentado seus livros fiscais com qualidade suficiente que pudesse permitir à autoridade fiscalizadora a apuração detalhada da base tributável.

Neste sentido, se não foi possível a identificação da base primária de incidência dos tributos (receitas), fato este que provocou o arbitramento, menos ainda de elementos que pudessem ser excluídos desta base, como, por exemplo, o ICMS.

Desta forma, não merece reparo a decisão da DRJ neste ponto.

Da Multa Qualificada

A qualificação da multa, no caso em questão, ocorreu em razão da configuração da fraude e dolo, com a presença dos elementos referidos no art. 44 da Lei nº 9.430/96, em razão das condutas da interessada já relatadas acima e tipificadas no art. 71, da Lei nº 4.502/64.

Como já exposto acima, entendo que as declarações retificadoras apresentadas de forma espontânea pelo contribuinte que trouxeram informações sobre as receitas tidas como omitidas, afastam os elementos configuradores de fraude ou dolo.

Tenho firme convicção que o não pagamento do tributo integralmente ou mesmo a necessidade de arbitramento, de forma isolada, não são suficientes para justificar a aplicação da multa qualificada, vez que ausentes o dolo e a fraude.

Desta forma, entendo como indevida aplicação da multa qualificada de 150% no caso em tela, devendo ser reduzida para o patamar de 75%.

Juros

No caso em tela, os juros foram calculados e cobrados da forma como prevista em lei, não merecendo reparos.

Conclusão

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso Voluntário para no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para i-) EXCLUIR a responsabilidade solidária dos Srs. Cláudio Lopes Duarte e Antônio Silvio Duarte; ii-) AFASTAR a aplicação da multa qualificada de 150%, reduzindo-a para 75% e iii-) EXCLUIR da base de cálculo do PIS e COFINS as receitas constantes das colunas “RECEITAS FINANCEIRAS”, auferidas durante a vigência da Lei nº 9.718/98.

É como voto!

(assinado digitalmente)

LUIS FABIANO ALVES PENTEADO - Relator