



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

Processo nº 18471.000683/2007-07
Recurso nº 999999 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº **1401-000.788 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 09 de maio de 2012
Matéria IRPJ e CSLL
Recorrentes PIGC EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A
FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2004

NULIDADE. IRREGULARIDADES FORMAIS. As irregularidades, incorreções ou omissões que não digam respeito à autoridade incompetente ou a despachos e decisões proferidos com preterição do direito de defesa não importarão em nulidade e nem serão sanadas quando não resultarem em prejuízo ao sujeito passivo ou quando não influírem na solução do litígio.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA-IRPJ

Ano-calendário: 2004

ARBITRAMENTO DE RESULTADOS. PESSOA JURÍDICA DEDICADA A OPERAÇÕES DE ALIENAÇÃO IMOBILIÁRIA NA SISTEMÁTICA DO LUCRO REAL. O arbitramento de resultados de pessoa jurídica dedicada a operações imobiliárias será efetuado na forma do artigo 49 da Lei nº 8.981/95, se comprovado o custo de aquisição do imóvel alienado, ou, com fundamento no artigo 16 da Lei nº 9.249/95, não comprovado aquele.

LUCRO ARBITRADO. NÃO APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS.

O fato de o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos de escrituração comercial e fiscal, apesar de sucessivas e reiteradas intimações, autoriza o arbitramento do lucro. No caso dos autos, mesmo tendo optado pelo regime de tributação com base no lucro presumido, o contribuinte não apresentou os livros Caixa e Registro de Inventário.

MULTA AGRAVADA. ARBITRAMENTO. ATRASO NO ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO -

Não tendo o contribuinte se negado a colaborar com a fiscalização, inclusive respondendo a todas as intimações, conquanto não tenha tido condições de atendê-las plenamente em alguns prazos, descabe o agravamento da multa,

mormente quando a fiscalização dispõe dos elementos necessários para apuração da matéria tributável.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao RECURSO DE OFÍCIO e quanto ao RECURSO VOLUNTÁRIO, REJEITAR o pedido de perícia, AFASTAR as preliminares de nulidade e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso apenas para desagravar a multa de ofício em 50%.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva – Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Maurício Pereira Faro, Karem Jureidini Dias e Jorge Celso Freire da Silva.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 12-23.340, da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro II.

Adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância, compondo em parte este relatório:

Questionam-se exigências de ofício do imposto de renda de pessoa jurídica, R\$ 33.635.260,20, fls. 46, e da CSLL, R\$ 1.585.046,34, fls. 53, acrescidos de penalidade de ofício agravada, 112,5%, e juros moratórios SELIC, atinentes ao ano calendário de 2004.

2.- Fundamentaram as exações a não apresentação, pelo sujeito passivo de livros e documentos que lastrearam sua declaração de lucro real do ano calendário retrocitado. Apesar de intimado por três vezes, em 18.04.07, fls. 38, em 25.05.07, fls. 40 e em 13/06/07, fls.42, o contribuinte quedou-se omissos.

2.1.- Daí, o arbitramento de resultados, fundado nos artigos 534 e 845, ambos do RIR/99, para a receita de venda de imóveis e art. 532, para as receitas de prestação de serviços, todos do RIR/99, para o IRPJ, para a CSLL art. 37 da Lei nº 10.637/02.

3.- Materialmente, as receitas de alienações imobiliárias fundamentaram a própria base de cálculo do tributo e adicional; para as receitas de serviços, 38,40% se agregaram à primeira., fls. 50. Quanto à base de cálculo da CSLL esta foi agregada de 12% da primeira e 32% da receita de prestação de serviços, fls. 57.

4.- A penalidade agravada(112,5%) decorreu de omissão do sujeito passivo quanto às intimações antes reportadas, atinentes aos mesmos fatos, fls. 44.

5.- Ciente das exigências em 29.06.07, fls. 60, o sujeito o passivo acostou aos autos a impugnação de fls.73/114, protocolada em 26.07.07, e documentação anexa - 184 volumes, através da qual, em síntese, alega:

5.1.- a pessoa contra a qual a auditoria fiscal endereçou as intimações não tem poderes para representar a impugnante perante terceiros: por três vezes consecutivas a autoridade fiscal intimou um simples prestador de serviços, que sequer é empregado da impugnante;

5.2.-- jamais ocorreu recusa na apresentação de livros, documentos ou esclarecimentos: houve apenas uma demora decorrente do inciso anterior: os documentos, em volume expressivo, estavam arquivados em empresa especializada no arquivamento de documentos;

5.3.- houve tempestivo recolhimento dos tributos devidos, relacionados ao ano calendário de 2004 e demais exercícios, havendo a impugnante apresentado prejuízo em 2004, não cabendo a questionada exigência tributária;

5.4.-mesmo que algum tributo pudesse ser arbitrado, não poderia ser tomada, como base de cálculo, a própria receita bruta informada; sim, aplicado o percentual de que trata o art. 16 da Lei nº 9.249/95, que revogou o art. 49 da Lei nº 8.981/95;

5.5.-não caberia a aplicação da penalidade de 112,5% , pois, não houve qualquer negativa intencional em fornecer informações.

6.- Em comprovação das suas alegações requer perícia ou diligência contábil, em conformidade com o artigo 16, IV do Decreto nº 70.235/72, Para tanto, indica perito e faz juntada de 184 volumes de documentos à impugnação

É o relatório.

A DRJ, manteve parcialmente o lançamento, nos termos da ementa abaixo, RECORRENDO DE OFÍCIO da parte CANCELADA:

Ano-calendário: 2004

ARBITRAMENTO DE RESULTADOS. LEI N 8.981/95. ART. 47. Se a pessoa jurídica tributada com base no lucro real opta pelo silêncio ante reiteradas intimações à apresentação de livros/documentos que fundamentem suas apropriações contábeis-fiscais, impõe-se o arbitramento de lucros.

ARBITRAMENTO DE RESULTADOS. O arbitramento de resultados da pessoa jurídica, obedecidas as prescrições legais é ato administrativo legal, legítimo e incondicional.

ARBITRAMENTO DE RESULTADOS.
DILIGÊNCIAS/PERÍCIAS.

Incabível diligência ou perícia para aferição de custos/despesas ante o arbitramento de resultados, dada a essência desse regime tributário, de exclusão de custos/despesas na apuração do resultado.

ARBITRAMENTO DE RESULTADOS. PESSOA JURÍDICA DEDICADA A OPERAÇÕES DE ALIENAÇÃO IMOBILIÁRIA. O arbitramento de resultados de pessoa jurídica dedicada a operações imobiliárias será efetuado na forma do artigo 49 da Lei nº 8.981/95, se comprovado o custo de aquisição do imóvel alienado, ou, com fundamento no artigo 16 da Lei nº 9.249/95, não comprovado aquele.

PENALIDADE. AGRAVAMENTO. Inquestionável o agravamento de penalidade de ofício quando o sujeito passivo queda-se omissa antes sucessivas intimações aos mesmos fatos.

Irresignada com a decisão de primeira instância a interessada interpôs recurso voluntário a este Conselho, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação e reiterando principalmente:

i) as intimações terem sido endereçadas à pessoa errada (não mandatário ou preposto); (ii) do exíguo prazo para o seu cumprimento; (iii) da inexistência da flexibilização do prazo para o seu cumprimento; (iv) de os documentos solicitados, relacionados à toda a contabilidade da Recorrente, representarem um grande volume físico (184 volumes de documentos); (v) de a quase totalidade dos documentos estarem arquivados com empresa especializada na guarda de documentos: e, por fim, (vi) pela ausência de qualquer benefício no não atendimento à D. Fiscalização.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade tanto do recurso de ofício quanto do recurso voluntário, deles tomo conhecimento.

Recurso de Ofício

Trata-se de empresa dedicada à venda de imóveis em que ela não apresentou os livros contábeis e fiscais e daí foi arbitrada. A fiscalização tinha apenas as receitas brutas. Como não foi possível ter acesso aos custos em face da negativa de apresentação dos livros, considerou-se zerado e aplicou-se o disposto no art. 49 da Lei 8.981-95:

Art. 49. As pessoas jurídicas que se dedicarem à venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda, ao loteamento de terrenos e à incorporação de prédios em condomínio terão seus lucros arbitrados deduzindo-se da receita bruta o custo do imóvel devidamente comprovado.

Parágrafo único. O lucro arbitrado será tributado na proporção da receita recebida ou cujo recebimento esteja previsto para o próprio mês.

Para fins de arbitramento das empresas que se dedicarem à venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda, loteamento ou incorporação à prédios em condomínio, deverão ser deduzidos os custos de aquisição dos imóveis, ainda que não corretamente escriturados na contabilidade da empresa.

A DRJ considerou equivocado o procedimento do fiscal, devendo se aplicar os percentuais gerais de arbitramento para as demais empresas. Eis os termos da decisão:

A DRJ cancelou em parte o auto de infração, nos seguintes termos:

Finalmente, no que se relaciona à base de cálculo do arbitramento do resultado da pessoa jurídica, se ocorreu lapso por parte da fiscalização, ao tomar como resultado tributável a própria receita bruta conhecida (declarada pelo sujeito passivo), tal lapso foi inteiramente corrigido na proposição impugnatória, ao formalizar que o arbitramento, *in casu*, deveria ser pautado pelo artigo 16 da Lei nº 9.149/95; não, artigo 49 da Lei nº 8.981/95.

14.1.- De fato, ao fisco foi dado o conhecimento apenas da inquestionável receita bruta (visto que declarada pelo próprio contribuinte), sendo-lhe vedada a auditoria de custos/despesas pelo silêncio da pessoa jurídica. For consequência, ante sua explícita opção, a esta impunha-se o arbitramento do resultado na forma do artigo 16, antes citado. Não, do artigo 49, visto que não comprovados os custos dos imóveis vendidos (Lei nº 8.981/95, art. 49).

14.2.- Suprido, pois, os lapsos, legal e material, pelo próprio impugnante, os pressupostos da legalidade estrita e objetiva e da verdade material, inafastáveis na determinação e exigência de quaisquer créditos tributários em favor da União (CTN, arts. 97 e 142), impõem a adequação da base de cálculo do resultado tributável nas alienações imobiliárias, ao comando do artigo 16 da Lei nº 9.249/95, antes citado. Isto é, 9,6% da receita bruta das alienações imobiliárias.

14.2.1.- Tal providência decorre do próprio fundamento material da autuação fiscal: se, no que respeita às receitas de serviços prestados e à CSLL aquela cumpriu os ditames legais pertinentes à apuração das respectivas bases de cálculo impositivas, fls. 50 e 57; quanto ao resultado arbitrado nas alienações imobiliárias a fiscalização considerou, como base de cálculo, a própria receita bruta declarada, lis. 50.

Apesar de discordar em parte dos fundamentos utilizados pela DRJ, ao fim e ao cabo concordo com o seu resultado final no sentido de que se aplique o percentual de 9,6% sobre a base arbitrável a teor do art. 16 da Lei n. 9.249/95, no caso de haver custos comprovados.

Anteriormente ao julgar o processo n. 18088.000225/2007-4 havia me posicionado diferente e neste voto reformo essa minha posição assumida anteriormente. Minha posição anterior a esse respeito estava espelhada na ementa abaixo:

ARBITRAMENTO. OMISSÃO DE RECEITA. ATIVIDADES IMOBILIÁRIAS. CUSTOS NÃO COMPROVADOS.

Apurada omissão de receitas por pessoa jurídica que se dedique à compra e venda de imóveis, e descumpridos os requisitos atinentes à regular escrituração contábil, nos termos da legislação comercial e fiscal, cabe arbitramento do lucro tributável do imposto, com base na receita bruta conhecida deduzido o custo, devidamente comprovado, dos imóveis vendidos, nos termos do art. 534 do RIR/99, sem aplicação de qualquer tipo de percentual de presunção sobre a receita. Caso o contribuinte não comprove seus custos, a regra específica para essas pessoas jurídicas permanece incólume, não havendo deslocamento para as regras de arbitramento utilizadas para as demais empresas em que o percentual de presunção é acionado

Naquela ocasião afirmara:

Nesse caso a Lei é bem clara a respeito do único método de quantificação existente: “terão seus lucros arbitrados, deduzindo-se da receita bruta trimestral o custo do imóvel devidamente comprovado”. Por mais estranho que pareça, a lei estipulou essa forma de arbitramento. É uma definição estipulativa abraçada pelo legislador que não cabe ao Julgador administrativo fazer qualquer tipo de juízo de valor. Nesse arbitramento o legislador estipulou o abatimento dos custos a partir da “verdade real”. Dessa forma, essa sistemática é totalmente inconciliável com o pleito da recorrente de presumir os custos a partir de percentuais, conforme se verifica no art. 527.

Outrossim, se a recorrente não logrou comprovar os seus custos, apesar das oportunidades que lhe foram ofertadas, isso não passa por uma falha da legislação ou de sua interpretação, mas sim por uma falha da recorrente.

O equívoco dessa interpretação é o fato de não estar assentada em uma interpretação sistemática da legislação. É de se ver.

Em primeiro lugar discordo da tese daqueles que propugnam a revogação tácita do art. 49 da Lei n. 8.981/95, pois isso afrontaria diretamente dispositivo do RIR/99 que indica o contrário.

O fato é que o art. 49 da Lei nº 8981/95 bem justificava sua existência quando as construtoras eram obrigadas a apurar seu lucro apenas pela sistemática do lucro real e não pelo lucro presumido. Quando não cumprissem as exigências do lucro real não poderiam ser beneficiadas com a aplicação do coeficiente de 9,6% para arbitramento.

Porém com a vigência da Lei nº 9.718/98, não mais existe a vedação à opção pelo lucro real, podendo tais empresas também optarem pelo lucro presumido. Ora, mas se as empresas em geral tem o direito de serem arbitradas a partir de um percentual (geralmente 8% a depender da atividade) sobre suas receitas majoradas em 20%, por que as empresas que se dedicam à venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda, loteamento ou incorporação à prédios em condomínio e que passaram a optar pelo lucro presumido não teriam aquele mesmo tratamento tributário, sem ter que continuariam se sujeitando ao arbitramento do art. 49 Lei nº 8981/95?

Uma interpretação sistemática se faz mister para responder a todos esses questionamentos e sobretudo preencher o vácuo deixado com a entrada em vigor do art. 16 da Lei n. 9.249/95 e posteriormente da Lei nº 9.718/98, que permitiu àquelas empresas também optarem pelo lucro presumido.

Como é sabido, o arbitramento é aplicável quando a empresa não realiza a correta contabilização de seu custo, tornando-se impossível ou impraticável a apuração do lucro real. Dentre os custos da empresa daquela natureza, encontram-se os de aquisição dos bens imóveis. Porém, como regra geral o arbitramento não contempla a dedução de qualquer custo real uma que a escrituração contábil da empresa é desconsiderada.

Entretanto, pela natureza dos custos dessas empresa, fica possível a averiguação nas respectivas matrículas e registros, o custo de aquisição dos imóveis. Assim, ainda que a escrita contábil do contribuinte seja desconsiderada por imprestável, existe a possibilidade de se averiguar o valor de compra dos bens imóveis e assim fazer o ajuste da base arbitrada. Ou seja, se de um lado obriga o contribuinte provar o custo, de outra obriga o Fisco a avaliar esta prova e fazer o confronto com a receita, eventualmente até para apurar um lucro arbitrado menor que aplicação de percentual fixo sobre da receita bruta. Assim, não deixa de ser um benefício a esse tipo de empresas, logo a tese da revogação tácita do art. 49 da Lei nº 8.981/95 para os optantes do lucro real não me parece razoável, mesmo porque, como já se disse alhures, o RIR/99 ainda abarca tal dispositivo.

Entretanto, também não se pode fazer uma leitura conjunta do art. 49 da 8.981/95 com o art. 16 da 9249/95 como pretendem alguns, conduzindo, nesse tipo de empresa, a se aplicar o percentual de arbitramento sobre a diferença entre a receita bruta e o custo dos imóveis devidamente comprovado. Isso porque ao se permitir comprovar os custos, então já estamos formando a grandeza "lucro" (real) e como tal seria incompatível aplicar-se concomitantemente um percentual de presunção sobre esse lucro formado para achar uma novo lucro.

Vejo então que a solução da DRJ é a mais justa e calcada em uma adequada interpretação lógico-sistemática. Ou seja, a regra do art. 16 da Lei n. 9.249/95 não deve ser conjugada sempre com a regra do art. 49 da Lei nº 8.981/95, pois a primeira só se aplica no

caso onde o contribuinte não logrou comprovar os custos, ou seja, onde o lucro real não foi possível se fazer presente.

Dessa forma, a regra do art. 49 da Lei 8.981-95 não é completamente autônoma nem deve ser conjugada sempre a regra do art. 16 da Lei 9.249, pois esta última é uma exceção à regra geral representada pela primeira no que concerne às empresas daquela natureza e que estejam no lucro real. Com essa interpretação, embora isto não seja objeto do presente voto, fica aberta uma porta para em princípio se resolver também o vácuo criado em relação às empresas daquela natureza que optaram pelo lucro presumido, nesse caso poder-se-ia aplicar apenas a regra do art. 16 da Lei n. 9.249/95, uma vez que a referida matéria regulou totalmente a matéria das empresas que optaram pelo lucro presumido e que foram arbitradas.

No caso concreto, como não se comprovou os custos, não há dúvida alguma de que a grandeza "lucro" não foi formada e seria não razoável a tributação diretamente da renda, mais sim do lucro para efeito de arbitramento.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso de ofício.

Preliminar de Nulidade e Mérito

Preliminar se confunde com o mérito. Argúi nulidade do auto de infração pelos seguintes motivos:

Que as intimações iniciais são nulas, pois foram feitas a pessoa que não tem poderes para representar o contribuinte perante terceiros: por três vezes consecutivas a autoridade fiscal intimou um simples prestador de serviços.

Que houve cerceamento ao direito de defesa quando solicitada a documentação contábil no prazo escasso de 5 (cinco) dias, contrariando mandamento legal.

Pleiteia também a nulidade da decisão de piso em razão de não haver motivação para o indeferimento da perícia e diligência requeridas.

Apenas para um melhor esclarecimento sobre o assunto, transcreve-se o dispositivo que rege a matéria no processo administrativo fiscal. Prescreve o art. 59 do Decreto 70235/72 com a nova redação dada pela Lei 8748/93:

Art. 59 - São nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II- os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;

Por conseguinte, considera-se nulo o ato, se praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não tendo se caracterizado quaisquer das situações, pois não se põe em dúvida a competência do autor, nem há que se falar em preterição do direito de defesa, vez que os fatos apurados foram descritos com o respectivo enquadramento legal, e levados ao conhecimento, da autuada, levando a mesma a defender-se plenamente através da

peça impugnatória acostada aos autos.

Examinado-se o Auto de Infração, não se constata nenhum vício de forma, tendo sido observadas as prescrições contidas no Decreto nº 70.235, de 1972. Verifica-se que constam adequadamente descritos os fatos apurados pela autoridade, a fundamentação legal, a matéria tributável, os valores apurados e os fatos motivadores da autuação. A autoridade fiscal ainda consubstanciou pormenorizada descrição dos fatos em “Relatório de Fiscalização” às fls. 277/286. O enquadramento legal também está presente: art. 530, 534 do RIR/99 c/c o art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996.

Não procede a reivindicação de nulidade em função de a primeira intimação ter sido feita à pessoa que não tem poderes para representar o contribuinte perante terceiros, Sr. Manoel Davi Pinto, mero funcionário de serviços internos.

O que depõe contra tal alegação é que as demais intimações foram todas dirigidas à empresa através de ARs, sendo todos eles recebidos em 25-05-07 e 13-06-07, fls.40 e 42. Mesmo alegando que por conta disso houve uma demora na ciência, ela afirma que tomou conhecimento.

Como muito bem observado pela decisão de piso:

Acresce observar que, se na primeira intimação foram requisitados livros documentos que embasaram as apropriações contábeis/fiscais, nas demais recebidas pela pessoa jurídica, além da reiteração da intimação anterior, explicitou-se da alternativa de arbitramento de resultados e que o não atendimento da intimação ensejaria a aplicação do agravamento da penalidade. Termos repetidos em ambas as intimações, fls. 39 e 41.

Como se vê, mesmo que houvesse alguma irregularidade na primeira intimação, inclusive quanto à prazo exíguo, ela foi suprida e convalidada com as reintimações posteriores, que reiteraram o pedido inicial explicitando inclusive a possibilidade de arbitramento em função do desatendimento.

Eis o Termo de Constatação Fiscal dando conta dessas ocorrências:

1 — O contribuinte, acima identificado, não logrou apresentar QUALQUER RESPOSTA ao Termo de Início de Fiscalização lavrado em 17/04/2007, com ciência dada em 18/04/2007 (fls. 38). Como disposto no aludido termo, a fiscalização intimou o fiscalizado para que apresentasse os Livros Diário e Razão entre outros elementos de sua escrita contábil e fiscal e os respectivos comprovantes que lhe deram lastro.

2 — O contribuinte não logrou apresentar QUALQUER RESPOSTA ao Termo de Reintimação Fiscal lavrado em 22/05/2007 (fls. 39), com ciência dada em 25/05/2007, conforme Aviso de Recebimento dos Correios de fls. 40. A reintimação teve por objetivo instar o contribuinte a responder ao Termo de Início de Fiscalização. Consta do mesmo que a falta de resposta ensejaria a apuração de créditos tributários pelo método do Lucro Arbitrado.

3 - O contribuinte não logrou apresentar QUALQUER RESPOSTA ao Termo de Reintimação Fiscal lavrado em 11/06/2007 (fls. 41), com ciência dada em 13/06/2007, conforme Aviso de Recebimento das Correios de fls. 42. Do termo consta nova exigência de atendimento do Termo de Início de Fiscalização e, repita-se, novo alerta quanto à possibilidade de arbitramento do lucro por procedimento de ofício.

4 — Nesta última reintimação, face ao disposto no parágrafo único do artigo 534 do RIR/99, o contribuinte ficou intimado a informar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, receitas recebidas ou cujo recebimento fosse prevista em cada trimestre do ano-calendário de 2004.

5 - Face à falta de resposta aos termos acima mencionados e à falta de apresentação dos elementos de sua escrituração contábil e fiscal, observado o disposto no inciso III do artigo 530 do RIR/99, a presente fiscalização efetua a apuração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro • Líquido (CSLL) pelo método do LUCRO ARBITRADO com o consequente lançamento de crédito tributário e acréscimos legais em auto de infração.

Também não merece prosperar a alegação de que não houve recusa na apresentação da documentação, mas sim impossibilidade prática de apresentá-la em cinco dias úteis do recebimento da intimação.

De fato a primeira intimação prescrevia 05 dias úteis para apresentação do documentário, o que, em princípio, feriria o disposto no artigo 19 da lei nº 3.470/58 (RIR/99, art. 844), pragmaticamente tal situação, como já se disse, foi superada pelas intimações de 25.05.07 e de 13.06.07, ambas reiterando a primeira sem trazer qualquer prejuízo à Recorrente. É que o prazo originalmente fixado, com as reiterações de intimações, na prática foi substancialmente alargado, para 39 dias e 58 dias da intimação inicial, fls. 40 e 42. Isso foi inclusive reconhecido pela Contribuinte, conforme bem apontado pela DRJ, em sua defesa, admitindo que a fiscalização flexibilizou o prazo para apresentação do documentário.

Eis os termos de sua defesa (fls. 83, item 39):

Vale registrar que o escritório de contabilidade que assessora a Impugnante chegou a entrar em contato com o Fiscal Autuante, e colocou-o a par dessas dificuldades práticas. Da conversa com o Fiscal Autuante a Impugnante depreendeu que o mesmo teria, ainda que informalmente, compreendido as dificuldades da Impugnante e flexibilizado o prazo para a apresentação dos documentos (até porque, em qualquer hipótese, seria impossível apresenta-los no prazo designado).

E se essa flexibilização não foi suficiente, por que a Recorrente não formalizara um pedido de prorrogação justificando suas dificuldades?

É de se ressaltar ainda, que mesmo à data da autuação, 20/06/07, a pessoa jurídica ainda não lograra êxito em completar as tarefas de reunir e encaminhar toda a documentação para a fiscalização, arquivada em empresa especializada na guarda de documentos, fls. 83.

A preliminar de nulidade da decisão singular por alegação de não se apreciar os argumentos de defesa ligados à reivindicação de perícia/diligência igualmente também não tem procedência. É de se ver.

O indeferimento da Perícia/Diligência foi devidamente discutida e fundamentada conforme se verifica às fls.154 (item 11). da decisão de piso e declarada prescindível “dada a essência do regime tributário”. A matéria foi objeto inclusive de Ementa:

ARBITRAMENTO DE RESULTADOS.

DILIGÊNCIAS/PERÍCIAS. Incabível diligência ou perícia para aferição de custos/despesas ante o arbitramento de resultados, dada a essência desse regime tributário, de exclusão de custos/despesas na apuração do resultado.

Acrescente-se que, quando muito, em se admitindo o fato da autoridade lançadora ter cometido algum engano com relação à matéria de fato, enquadramento legal e a sua subsunção à norma, tratar-se-ia então de questão de mérito e não de preliminar de nulidade.

Outrossim, quanto à juntada dos documentos na fase impugnatória, cabe salientar, conforme maciça jurisprudência do CARF que não existe arbitramento condicional, logo a entrega de livros e documentos após o lançamento não podia mesmo ter sido analisado pela DRJ.

Entretanto, o agravamento da multa em 50% deve ser reparado uma vez que não consta dos autos motivo suficiente para tal agravamento no presente processo. A autuada também questiona a multa de ofício aplicada em relação ao percentual majorado (112,5%). A multa cabível nos lançamentos de ofício é regulada pelo artigo 44 da Lei 9.430/1996:

“Art.44.Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos; (...)

§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

a) prestar esclarecimentos; (...).” (negritei)

A jurisprudência deste Colegiado vem seguindo na linha de que o agravamento da multa só se justifica quando plenamente caracterizada a recusa no atendimento às solicitações ou ainda quando o atraso ou o não atendimento causa prejuízos à ação fiscal.

De fato a intenção do legislador foi mesmo estabelecer um mecanismo de punição nas situações em que o atraso no fornecimento das informações solicitadas possa acarretar prejuízos ao procedimento fiscal.

Registre-se que a norma fala em “prestar esclarecimentos” e não em “apresentar documentos”. Isso porque a não apresentação de documentos implicaria para o sujeito passivo a possibilidade de ter seu resultado apurado por arbitramento, o que lhe imputaria um ônus tributário maior, como de fato aconteceu.

Ainda que se pudesse interpretar extensivamente o preceito legal para incluir situações em que o atraso refere-se a documentos solicitados, como já se colocou retro a jurisprudência deste Colegiado restringe a aplicação da multa às situações nas quais o atraso ou o não atendimento tenha comprovadamente causado prejuízos ao Fisco.

Não foi o que aconteceu. Ao contrário, como já se colocou, a consequência do não atendimento das intimações gerou o arbitramento, ou seja, o não atendimento ou o atendimento insuficiente não afetou a apuração da irregularidade.

Nesse contexto, não tendo o contribuinte se negado a colaborar com a fiscalização, se visto pelo conjunto, inclusive respondendo as intimações e solicitando prorrogações, conquanto não tenha tido condições de atendê-las plenamente em alguns prazos, descabe o agravamento da multa, mormente quando a fiscalização dispunha dos elementos necessários para apuração da matéria tributável através do arbitramento.

Desagravo, portanto, a multa em 50%, remanescendo apenas a multa de 75%.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso de ofício e quanto ao recurso voluntário, rejeito pedido de perícia, afasto as preliminares de nulidade e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso apenas para desagravar a multa de ofício em 50%.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Relator