



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

Processo nº 10240.003468/2008-42
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1201-00.573 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de outubro de 2011
Matéria IRPJ - LUCRO ARBITRADO
Recorrentes DISMAR DISTRIB. DE BEBIDAS SÃO MIGUEL ARCANJO LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003

DECADÊNCIA.

Não havendo pagamento de tributo sujeito a lançamento por homologação, o termo inicial da contagem do prazo decadencial é regido pelo disposto no art. 173, I, e não pelo art. 150, § 4º, ambos do CTN.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004

LUCRO ARBITRADO. COEFICIENTE DE ARBITRAMENTO.

As pessoas jurídicas que se dedicam ao comércio atacadista e varejista de bebidas em geral, em caso de arbitramento do lucro, sujeitam-se ao coeficiente de 9,6%.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício. Quanto ao recurso voluntário, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade do lançamento e da decisão de primeiro grau. Por voto de qualidade, AFASTAR a preliminar de decadência, vencidos os Conselheiros Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Gabriela Maria Hilu da Rocha Pinto e Régis Magalhães Soares de Queiroz, que a acolhiam. No mérito, por unanimidade de votos, DAR provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a exigência do IRPJ do ano de 2004 mediante a retificação do coeficiente de arbitramento de 38,4% para 9,6%, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Claudemir Rodrigues Malaquias - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Claudemir Rodrigues Malaquias (Presidente), Rafael Correia Fuso, Gabriela Maria Hilu da Rocha Pinto (Suplente convocada), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Marcelo Cuba Netto e Regis Magalhães Soares de Queiroz.

Relatório

Trata-se de recursos voluntário e de ofício, interpostos nos termos dos arts. 33 e 34, I, do Decreto nº 70.235/72.

Contra a contribuinte foram lavrados os autos de infração de fls. 460/481, para exigência de IRPJ relativo aos anos de 2004 (lucro arbitrado) e 2005 (lucro real), bem como para exigência da contribuição para o PIS e da Cofins do ano de 2003. No termo de verificação e constatação fiscal de fls. 485/491 a autoridade tributária relata, em síntese, o seguinte:

a) intimada e reintimada para tanto, a fiscalizada deixou de apresentar os arquivos magnéticos de sua contabilidade e os livros Diário e Razão referentes aos anos de 2003 e 2004, tendo-os apresentado apenas em relação ao ano de 2005;

b) atendendo à intimação fiscal, a AMBEV, fornecedora da fiscalizada, apresentou as notas fiscais de saída de produtos destinados à empresa;

c) por haver deixado de apresentar os livros que sustentaram a apuração do lucro real do ano de 2004, a contribuinte teve seu lucro arbitrado nesse período. A apresentação dos livros do ano de 2005 possibilitou o lançamento com base nos dados disponíveis;

d) nos demonstrativos de fls. 492/496 constam a apuração do crédito tributário lançado.

A DRJ de origem decidiu pela procedência parcial do lançamento (fls. 569/574), para excluir o IRPJ referente ao ano de 2005, sob o argumento de que, apesar de a contribuinte haver apurado lucro real no período, a autoridade realizou a autuação com base no lucro presumido. Por fim, em virtude de ter excluído tributo e multa em valor superior a R\$ 1.000.000,00, o órgão *a quo* submeteu sua decisão ao duplo grau de jurisdição.

Inconformada, a interessada interpôs recurso voluntário, pedindo, ao final, o cancelamento da exigência, sob as seguintes alegações, em síntese (fls. 581/641):

a) nulidade da autuação por falta de indicação, no enquadramento legal da infração (art. 530 do RIR/99), do coeficiente de 38,4% aplicado no arbitramento do lucro, e do adicional. O mesmo se diga em relação à contribuição para o PIS e à Cofins;

b) a autuada não teve acesso às notas fiscais apresentadas pela AMBEV à fiscalização. Tais notas fiscais representam custo das mercadorias vendidas, o qual deve ser excluído da base de cálculo do imposto;

c) decadência dos créditos tributários da contribuição para o PIS e da Cofins, já que o lançamento foi realizado após cinco anos da ocorrência dos respectivos fatos geradores;

d) nulidade da decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa, em razão do indeferimento do pedido de juntada de documentos;

e) a multa aplicada possui caráter confiscatório, devendo ser reduzida a 2%;

f) revela-se ilegal o arbitramento levado a efeito, pois o auditor deixou de abrir prazo formal para apresentação de documentos, e não informou a contribuinte sobre a consequência de sua não apresentação. Ademais, tinha a autoridade meios para apurar corretamente a base de cálculo do imposto, bastando que aguardasse mais quinze dias e recompor o caixa da empresa;

g) inconstitucionalidade do emprego da taxa Selic no cálculo dos juros de mora.

Submetido a julgamento, esta Turma resolveu baixar o processo em diligência a fim de que fosse informada existência, ou não, de pagamentos da contribuição para o PIS e da Cofins relativamente aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2003. Cumprida a exigência, os autos retornaram para julgamento.

Voto

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator.

1) Da Admissibilidade dos Recursos

Os recursos voluntário e de ofício atendem aos pressupostos processuais de admissibilidade estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 e, portanto, deles deve-se tomar conhecimento.

2) Da Alegação de Nulidade do Auto de Infração e da Decisão de Primeiro Grau

Não procede a alegação de nulidade do lançamento por insuficiência ou erro no enquadramento legal da infração.

Conforme jurisprudência há muito consolidada neste Conselho, eventual erro, insuficiência ou omissão existente no enquadramento legal da infração não enseja a declaração de nulidade do lançamento se a autoridade descreve com clareza suficiente os ilícitos apurados.

No caso, além de relatar no corpo dos autos de infração os ilícitos que apurou, a autoridade também os descreveu no termo de verificação e constatação fiscal. Ademais, a recorrente demonstra haver bem compreendido as acusações que lhe foram imputadas, tanto que delas se defendeu mediante argumentos que ocuparam nada menos do que 65 páginas.

É igualmente improcedente a alegação de nulidade da decisão de primeiro grau por não ter a DRJ de origem admitido a juntada de documentos.

Ao fim de sua impugnação, a interessada pleiteia o seguinte (fl. 561):

E, por último, desde já requer prazo para a juntada de outros documentos que se fizerem necessária.

Trata-se, como visto, de pedido genérico para juntada de documentos. A interessada não menciona quais seriam esses documentos, nem tampouco o objeto de sua comprovação.

Esta Turma tem interpretado o art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72 no sentido de admitir a apresentação de documentos após a impugnação, desde que para complementar elementos já presentes nos autos, os quais tenham sido considerados insuficientes pela autoridade julgadora. Não foi, todavia, o que ocorreu no presente caso, daí porque correto o indeferimento, por parte da DRJ de origem, do pedido para juntada de “outros” documentos.

Tendo em vista o exposto, voto por indeferir o pedido de declaração de nulidade tanto do auto de infração como da decisão recorrida.

3) Da Alegação de Decadência da Contribuição para o PIS e da Cofins

A contribuinte foi cientificada, em 24/12/2008 (fl. 499), dos lançamentos da contribuição para o PIS e da Cofins cujos fatos geradores ocorreram nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2003.

Pelo exame dos autos, não foram encontrados quaisquer elementos que pudessem comprovar a existência, ou não, de pagamentos a título de contribuição para o PIS e Cofins relativamente aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e maio de 2003, razão pela qual o julgamento anterior foi convertido em diligência, com vistas a que a autoridade preparadora se manifestasse sobre o assunto.

Cumprida a diligência, a autoridade anexou os documentos de fls. 647/680 e relatou à fl. 681 que não foram encontrados pagamentos da contribuição para o PIS e da Cofins para o período em questão.

Pois bem, no julgamento do processo nº 18471.000870/2007-82 esta Turma teve oportunidade de decidir que, em casos envolvendo decadência, exceto naqueles em que a questão controvertida é a possibilidade de o Fisco realizar o lançamento no prazo de cinco anos contados a partir do término do prazo para homologação tácita (tese do cinco mais cinco para lançar), não há vinculação ao decidido pelo STJ no REsp nº 973.733/SC. Afirmou-se, em síntese, que o art. 62-A do Regimento Interno do CARF somente vincula as decisões deste Conselho quando as questões decididas pelo STJ (processadas no rito dos recursos repetitivos) forem idênticas àquelas submetidas a julgamento no CARF.

No caso sob exame, o lançamento da contribuição para o PIS e da Cofins não foi realizado mediante adoção da tese do cinco mais cinco, logo, não há vinculação ao decidido no citado REsp nº 973.733/SC. Os membros desta Turma estão, portanto, livres para julgar conforme suas próprias convicções.

Dito isso, permaneço defendendo a interpretação de que, em não havendo pagamento, a contagem do prazo decadencial para os tributos e contribuições sujeitos a lançamento por homologação desloca-se do art. 150, § 4º, para o art. 173, ambos do CTN. Esse é também o entendimento majoritário do STJ, embora ainda não exarado no rito dos recursos repetitivos. Vide, a título exemplificativo, a abaixo transcrita ementa ao AgRg no REsp 1247981/SC (DJe de 13/06/2011):

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA CARACTERIZADA.

1. Nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, não ocorrendo o pagamento antecipado pelo contribuinte, incumbe ao Fisco o poder-dever de efetuar o lançamento de ofício dentro do prazo decadencial estipulado pelo art. 173, I, do CTN, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

2. Hipótese em que decorridos mais de cinco anos entre o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e a constituição definitiva do crédito tributário.

Em sendo assim, como os fatos geradores da contribuição para o PIS e da Cofins ocorreram nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2003, e tendo em conta que o lançamento poderia ter sido realizado já no ano de 2003, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/2004, e se encerraria em 31/12/2008. O lançamento, no entanto, foi cientificado à contribuinte antes dessa data, em 24/12/2008, razão pela qual é de se concluir que não se operou a decadência.

4) Do Arbitramento do Lucro do Ano de 2004

Alega a recorrente ser ilegal o arbitramento, pois o auditor teria deixado de abrir prazo formal para apresentação dos livros Diário e Razão, e não teria informado a contribuinte sobre a consequência da não apresentação daqueles documentos.

Não é verdadeira a afirmação de que a autoridade não abriu prazo formal para que a fiscalizada apresentasse os livros Diário e Razão do ano-calendário de 2004. No termo de início da ação fiscal de fls. 2/4 a contribuinte foi intimada a fazê-lo, tendo sido posteriormente reintimada através do termo de intimação de fls. 7/10 e do termo de intimação de fls. 244/245. Assim, não sendo possível auditar a contabilidade da contribuinte, não teve outra alternativa a autoridade senão arbitrar o lucro da pessoa jurídica.

Quanto à alegação de que não foi alertada das consequências da não apresentação dos livros Diário e Razão, deve-se dizer que, apesar de legalmente desnecessária, o termo de reintimação fiscal de fls. 98/101 traz a seguinte advertência à contribuinte:

REINTIMAMOS V.S^a a apresentar os livros razão e diário, referente aos anos-calendário de 2003 e 2004, bem como apresentar a receita bruta declarada nos anos-calendário de 2003 a 2005, mês a mês, no prazo de 05 (cinco) dias contados a partir do recebimento deste termo.

A não apresentação dos livros no prazo determinado ensejará na constituição do lançamento, sob pena de arbitramento.

No que concerne ao argumento de que o auditor não apropriou, como custo das mercadorias vendidas, as notas fiscais de compra de produtos junto à AMBEV, deve-se

recordar que o arbitramento do lucro com base na receita conhecida desconsidera os custos e despesas, escriturados ou não.

Há que se reconhecer, entretanto, que a autoridade utilizou o coeficiente de arbitramento de 38,4% (fl. 494), quando o correto seria o de 9,6%, já que a pessoa jurídica dedica-se ao comércio atacadista, varejista, importação e exportação de bebidas em geral (fl. 13). Deve-se, assim, retificar o lançamento com vistas a reduzir para 9,6% o coeficiente de arbitramento do ano de 2004.

5) Das Alegações de Inconstitucionalidade

Afirma a interessada serem inconstitucionais tanto a imposição da multa de 75% quanto a exigência dos juros de mora com base na taxa Selic.

Sobre o assunto, vale transcrever o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, bem como as súmulas CARF nºs 2 e 4 (DOU de 22/12/2009, Seção 1):

Decreto nº 70.235/72:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARF Nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

6) Do Recurso de Ofício

Não há reparos a fazer na decisão de primeiro grau, no que se refere à exclusão do IRPJ relativo ao ano de 2005.

Conforme se verifica no demonstrativo de fl. 496, anexo ao termo de verificação e constatação fiscal, a autoridade apurou o IRPJ devido nos 1º, 2º e 3º trimestres do ano de 2005 com base nas regras do lucro presumido. Não houve lançamento em relação ao 4º trimestre.

Ocorre que, conforme DIPJ de fls. 437/457, no ano-calendário de 2005 a contribuinte apurou lucro real, e não lucro presumido. Assim, correta a DRJ de origem ao afastar a exigência, já que, não havendo arbitramento do lucro, o lançamento deveria acompanhar a forma de tributação eleita pela pessoa jurídica.

Processo nº 10240.003468/2008-42
Acórdão n.º **1201-00.573**

S1-C2T1
Fl. 688

7) Conclusão

Tendo em vista todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício. Quanto ao recurso voluntário, voto por indeferir as preliminares de nulidade do lançamento e da decisão de primeiro grau e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, para reduzir a exigência do IRPJ do ano de 2004 mediante a retificação do coeficiente de arbitramento de 38,4% para 9,6%.

(documento assinado digitalmente)
Marcelo Cuba Netto