



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

Processo nº 10410.004464/2003-78
Recurso nº 165.857 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.378 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de janeiro de 2011
Matéria ARBITRAMENTO DO LUCRO
Recorrente M C DA SILVA ATACADO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2000,2001,2002,2003 - NULIDADE.

PAF - NULIDADES — Não provada violação às regras do artigo 142 do CTN nem dos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235/1972, não há que se falar em nulidade, do lançamento, do procedimento fiscal que lhe deu origem, ou do documento que formalizou a exigência fiscal.

PAF — ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO — Ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa da interessada. Descabe a alegação de nulidade quando inexistirem atos insanáveis e quando a autoridade autuante observa os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação tributária.

MATÉRIA DE FATO ARGÜIDA - ÔNUS DA PROVA — Cabe ao contribuinte provar a ocorrência do erro de fato mediante a apresentação do documentos que suportaram os seus assentamentos contábeis.

PAF – INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS – O afastamento da aplicabilidade de lei ou de ato normativo, pelos órgãos judicantes da Administração Fazendária, está necessariamente condicionado à existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal declarando sua inconstitucionalidade.

SÚMULA CARF Nº 2 – O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ Ano-calendário: 2000,2001,2002,2003 – RECEITAS NÃO DECLARADAS. TRIBUTAÇÃO.

A falta de oferecimento à tributação das receitas de vendas auferidas pela empresa, apurada através do confronto entre os valores informados aos fiscos federal e estadual, configura ilícito passível de lançamento de ofício.

PAF ARBITRAMENTO DO LUCRO – Cabe o arbitramento do lucro quando o contribuinte, não apresentar a escrituração exigida para comprovar a acerto no procedimento escolhido para apuração do lucro tributável ao qual encontra-se submetido.

IRPJ – BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO – O artigo 44 do CTN determina que: “a base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis”

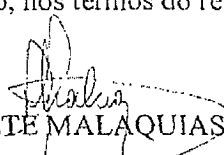
MULTA DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO. A vedação quanto à instituição de tributo com efeito confiscatório é dirigida ao legislador, e não ao aplicador da lei.

LANÇAMENTOS DECORRENTES - .CSLL– Tratando-se de lançamentos decorrentes, mantidos os valores tributáveis que lhes deram causa, deve-se dar a estes o mesmo destino.

Preliminares Afastadas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO –Presidente e Relatora

EDITADO EM: 25 FEV 2011

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente da Turma), João Otavio Opperman Thomé, Silvana Rescigno Barreto, José Sergio Gomes (Suplente convocado), Frederico de Moura Theophilo e João Carlos Lima Junior (Vice-Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra a decisão 11-20.245 – da 4ª Turma da DRJ/REC, fls.496/502 que julgou procedente o lançamento realizado a partir do arbitramento do lucro, nos anos calendários de 2000 a 2003, para o IRPJ e CSLL e está assim ementada:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA- IRPJ - Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003
IRPJ - CSLL - ERRO NA MENÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.*

A simples ocorrência de erro no enquadramento legal da infração não é bastante, por si só, para acarretar a nulidade do Auto de Infração, quando a descrição dos fatos, que dele é parte integrante, permite ao autuado o conhecimento por inteiro do ilícito que lhe é imputado.

ARBITRAMENTO LIVRO CAIXA.

A falta de escrituração da efetiva movimentação financeira, inclusive a bancária, no livro Caixa por empresa autorizada a optar pelo lucro presumido é motivo de arbitramento do seu lucro.

Lançamento Procedente

A ciência da decisão se dá por edital, conforme fls. 507, com edital afixado em 13/11/2007 e desafixado em 27/11/2007.

Irresignada a Contribuinte oferece suas razões de recurso, em 27/12/2007, fls. 509/517, onde reclama da exigência fiscal por corresponder a créditos para o IRPJ e CSLL, exigidos mediante “inusitada sistemática”, utilizando-se dos dados da sua escrita fiscal e, indevidamente, de informações prestadas a Secretaria da Fazenda do Estado de Alagoas.

Aduz que o atuante optou por lhe aplicar um elevado e até mesmo confiscatório auto de infração, esquecendo-se de que, na conformidade do parágrafo único do art. 142 do CTN, o lançamento tributário não é um ato arbitrário, mas vinculado aos fatos definidos na tipificação legal do respectivo tributo.

A empresa autuada é de pequeno porte, tendo como objetivo operacional a atividade concernente à comercialização de produtos alimentícios. A ação fiscal gerou uma exação fiscal elevadíssima, impagável, se entendida pertinente.

Ajunta que não lhe restou explicada a motivação do referido ato, sequer foi esclarecida pelo representante do fisco, que, inclusive, não fez qualquer contato direto com a empresa, ou seu Contador.

Continua para afirmar que a atuação do fisco federal, no caso, se deu de modo açodado, provada pela falta de sua participação efetiva na ação fiscal, restringindo-se o

autuante a apenas notificar a empresa através do Termo de Início de Ação Fiscal e de termo de intimação adicional.

O procedimento se deu de forma ilegal, não se justificando uma atuação fiscal dessa monta sem que lhe seja assegurada as garantias indispensáveis. Na verdade, não houve uma sanção tributária na medida do seu potencial econômico.

Reclama do procedimento indevido do fisco de arbitrar o seu lucro, causando-lhe inquestionável prejuízo. Informa que não deu causa para a adoção de tal procedimento extremo.

Discorre sobre o arbitramento do lucro dizendo-o profundamente prejudicial, fato inclusive reconhecido pelo Conselho de Contribuintes, que de forma decidida reiteradamente a impossibilidade do arbitramento, da forma posta, seria exemplo a decisão proferida no acórdão CSRF/01-0221/82.

Na mesma linha aposta que a jurisprudência dessa Corte entende que se procede ao arbitramento do lucro quando não ficar devidamente comprovado que a empresa manteve escrituração regular suficiente para apuração de seus resultados, quer pelo Lucro real, quer pelo Lucro presumido, cita o Ac.1º.CC nº 101- 94.460/2003, DOU, de 28/01/2004, como suficiente para respaldar seus argumentos.

Ainda, repisa que o Conselho deve apreciar se pode o fisco se valer de informações colhidas através do fisco estadual sem a participação da Recorrente. Diz que o levantamento se realizou à sua revelia, através de relatório confuso e sem concisão nas descrições.

Destaca que os valores utilizados pelo fisco como base de cálculo são produtos de conjecturas e ilações, não refletindo a realidade fática. Porque, as informações prestadas por terceiro não são elementos seguros para a realização do arbitramento do lucro, nos moldes estabelecidos no auto de infração.

Assim, promover o lançamento da forma proposta, através de meros elementos indiciários, não legitima o procedimento, pois efetivado sob o manto da ilegalidade. A adoção de procedimentos baseados em conjecturas e vagos indícios leva ao abismo das incertezas e dubiedades.

Comenta que os estudiosos do Direito Tributário, chancelados pelo Poder Judiciário, inclusive, têm se posicionado no sentido da não mitigação aos valores estatuidos no texto maior, quais sejam: legalidade, verdade material, segurança jurídica. etc.. expurgando a possibilidade da tributação por meio de indícios, não contemplada pela legislação inerente à espécie.

Informa que, embora o fiscal afirme que não houve apresentação do LIVRO CAIXA, trouxe, diante da sua sistemática de apuração de resultados, todos os elementos necessários a firmar convicção do fisco, em sentido contrário a autuação.

A medida extrema do arbitramento só poderia ser adotado por meio de prova pericial, por ser elemento esclarecedor do “objeto controvertido”, na linha da decisão proferida no Ac. CSRF/01-0.2221/82.

Consigna que não fálhara ou produzira irregularidade na sua escrituração, óbice ao arbitramento. E mais, a análise das entradas e saídas de recursos não se prestam para

o arbitramento do lucro, se desacompanhadas de firme e comprovada investigação que materialize a omissão de receitas, o que não se afigura no caso concreto.

Nesse sentido, o lançamento irregularmente constituído deve ser modificado, não podendo o fisco manter o valor do crédito tributário apurado mediante a forma com que fora procedido, por falta de fundamento concreto que justifique o arbitramento do lucro, pois sequer se enquadra nas hipóteses a que dispõe a norma posta (RIR, art.399, VI).

Não pode o fisco desprezar a sua contabilidade com base na declaração de rendimentos, dando lugar ao arbitramento, na linha do acórdão 1º CC 101-81133/91.

Pede respeito ao princípio da legalidade, o qual tem sido observado pelos Conselhos de Contribuintes, notadamente através do seguinte julgado:

"Não tendo ficado caracterizado nos autos a recusa da pessoa jurídica em apresentar sua escrituração contábil fiscal, nem tendo ficado comprovado a receita dita omitida, com base em auto de infração na área do ISS, descabe o arbitramento do lucro da empresa" (Ac. C nº 103-9.747/89 DOU, de 24/07/90).

Ajunta que o procedimento só lhe acarretou prejuízos notadamente pelo fato de que não deu causa para adoção dessa medida extrema. Cita os acórdãos 105-5.127/90, do 1º CC, DOU, de 17/06/91 e nº 105-3510-89.

Pede seja avaliado o recurso Especial 8.516-SP, do STF, nos termos seguintes:

TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO FISCAL. REQUISITOS DO AUTO DE INFRAÇÃO E ÔNUS DA PROVA. O lançamento fiscal, espécie de ato administrativo, goza de presunção de legitimidade; essa circunstância, todavia, não dispensa a Fazenda Pública de demonstrar no correspondente auto de infração, a metodologia seguida para o arbitramento do imposto — exigência que nada tem a ver com a inversão do ônus da prova, resultado da natureza fiscal, que deve ser motivado. Recurso especial não conhecido.

Deixando o fisco de realizar um efetivo trabalho fiscal, indispensável no procedimento de fiscalização, conforme dispõe o art. 10 e 59. II, do Decreto 70.235/72, não resta dúvida a nulidade dos lançamentos o que pede seja reconhecida.

Discorre sobre a regra de incidência de cada tributo, dizendo que ele define a sistemática de seu lançamento.

Aduz que o IRPJ e CSLL tem regras diversas da incidência do ICMS, principalmente no que toca as suas bases de cálculo e decadência. Assim, promover lançamento lastreado em informações prestadas sobre tributos cujas regras de incidência são diferentes, torna a exação formalmente inconsistente, desarmonica do ponto de vista sistemático, conduzindo o lançamento a nulidade por erro essencial.

Aponta tributos e suas legislações específicas para dizer que não há possibilidade do fisco se valer de elementos estanhos para formalizar o lançamento, no particular da forma com fora conduzida.

Reclama porque o autuante se arvorara na posição de legislador, adotando procedimentos de formalização de lançamento, através de auto de infração, como exigência de impostos e contribuições com suporte em informações do ICMS, sem amparo legal. De tal sorte, a imposição tributária que se esteja revestida de vícios, por força de inobservância de prescrições legais, deve ser desconsiderada, resultando em procedimento sem eficácia jurídica.

Alude não ser de sua responsabilidade, através das impugnações e recursos, trazer aos autos documentos que venham suprir a deficiência do fisco, pois a este cabe o exercício de fiscalização em todos os meios e ferramentas ao seu favor. Não há se falar em transferir a prerrogativa do fisco, que é fiscalizar e trazer aos autos elementos probantes da atuação fiscal.

Aduz cerceamento do seu direito de defesa, desde a fase inquisitória e diz que os lançamentos (IRPJ/CSLL) foram realizados em desacordo com a legalidade, eis que promovidos com base em hipótese material impossível, utilizando-se de informações referentes a outro tributo (ICMS).

No tocante à multa aplicada refere-se a existência da figura do confisco, porque não agiu de má-fé nem provocou embaraço à fiscalização, descabendo, portanto, a cobrança da multa qualificada no patamar de 150% (cento e cinquenta por cento).

Refere-se à ilegalidade e inconstitucionalidade da taxa Selic, dizendo caber ao órgão julgador reconhecer esses vícios e pede sua exclusão do crédito lançado.

No tocante à Representação Fiscal para Fins Penais, da mesma forma, discorda por entender que não infringiu a legislação tributária em nenhum tipo penal para que se justifique a referida representação, porque não está presente o elemento subjetivo denominado dolo específico.

Pede a reforma da decisão e o provimento do seu recurso.

Despacho de fls.519 dá seguimento ao feito.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO,

O recurso é tempestivo e preenche os pressupostos de admissibilidade, devendo, portanto, ser conhecido.

Tratam-se de exigências para o IRPJ e a CSLL, nos seguintes períodos: 12/2000 03/2001 06/2001 09/2001 12/2001 03/2002 06/2002 09/2002 12/2002 03/2003, decorrente do arbitramento do lucro, e nos termos do relatório fiscal de fls. 26/29, se dá ante ausência de elementos da escrita da Contribuinte que permita a conferência do acerto das informações prestadas através das DIPJS ditas entregues (fls.309) mas não juntadas aos autos.

A contribuinte aduz várias preliminares de nulidade, seja por ofensa aos princípios norteadores do processo tributário (da legalidade, do contraditório, da ampla defesa), bem como por suposta existência de vício formal, porque a fundamentação legal que pretensamente dá sustentáculo ao Auto de Infração se reduz a um emaranhado de dispositivos Legais, destilados sem nenhuma conexão a fatos e eventos - soltos no ar, portanto, impossibilitando uma defesa segura e ainda, por ausência dos pressupostos ensejadores do arbitramento

Mas, a análise tanto das fls.06 do auto de infração, repisadas e detalhadas no Relatório fiscal de fls. 26/29, provam que não assiste razão a Contribuinte, pois nesses documentos constam os fatos (verdade material) bem como os suportes legais das exigências, como se vê na transcrição seguinte:

(...)

Com base nas disposições do art 195 do Código Tributário Nacional, da Lei 5172/1996, do art.7º, do Decreto nº 70.235/1972, e dos arts. 904, 905, 911, 927 e 928 do Regulamento do Imposto de Renda(RIR/99) — Decreto nº 3 000/1999, intimamos o contribuinte a apresentar os documentos e livros fiscais necessários à análise das "VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS" prescritas no MPF, acima especificado

As "VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS" consistem na análise da correspondência entre os valores declarados e os valores apurados, pelo contribuinte em sua escrituração Contábil e fiscal, em relação aos tributos e contribuições administrados pela SRF.

Através do Termo de Início de Fiscalização, fls 35 e 36, recebido em 11 de julho de 2003, conforme Aviso de Recebimento dos correios, fls 02, solicitamos ao contribuinte a documentação fiscal necessária para a realização das verificações obrigatórias. Tendo em vista o não atendimento do



contribuinte o reintimamos através do Termo de Intimação de Ação Fiscal em de 09 de setembro de 2003, fls 37 e 38

Recebemos apenas os livros de apuração do ICMS, Livros de Registro de Entrada e Saída e Livro Caixa. Informou o contribuinte, fls 308, que não possui os Livros Diário, Razão, LALUR, Balanços e Balancetes.

Verifica-se o seguinte:

A empresa deu início as suas atividades em novembro de 2003. 1, Os registros da SRF indicam que nas DIPJ - Declaração de Informações Econômico- Fiscais, da -Pessoa Jurídica, dos anos — calendários de 2000,2001 e 2002, o contribuinte optou pela forma de tributação com base no lucro presumido, fls 309

O Livro Caixa apresentado pelo contribuinte revela indícios de erros e deficiências que os tornam imprestáveis para identificar o seu real faturamento, fls. 313 a 408.

Por não possuir escrituração contábil, fls. 308, Livros Diário, Razão, LALUR, Balanços e Balancetes, impossibilita a apuração pelo Lucro Real Trimestral

Desta forma procedeu-se ao arbitramento de acordo com o art. 13, da Lei nº 8 541/92, r" c/c art. 1º, da Lei nº9.430/96

Levantamento da Base de cálculo do IRPJ e CSLL

Os Livros de apuração do ICMS, Registro de Entrada e Saída e Caixa apresentados pelo contribuinte revelam indícios de erros e deficiências, que os tornam imprestáveis para identificar o seu efetivo faturamento, fls 39 a 249, 252 a 253 e fls 313 a 408

Solicitamos a Secretaria Executiva de Fazenda/Secretaria Adjunta da Receita Estadual/Diretoria de Planejamento da Ação Fiscal do Estado de Alagoas, os valores contábeis das saídas de mercadorias e serviços com os seus respectivos CFOP, para apurar-se o faturamento mensal dessa empresa. Esses dados nos foram fornecidos conforme consta às fls.254 a 292.

Através do Termo de Constatação e Intimação Fiscal, solicitou-se ao contribuinte justificativas para a disparidade entre os valores informados pela empresa e os informados pela Secretaria Executiva de Fazenda desse estado, fls. 300 a 307, Recebeu-se resposta sem nenhum critério que mereça maior análise, conforme consta às fls 308

Esta fiscalização optou em utilizar as receitas informadas pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda/Secretaria Adjunta da Receita Estadual/Diretoria de Planejamento da Ação Fiscal do Estado de Alagoas, fls 254 a 292, pelo fato de o contribuinte ter apresentado a esta fiscalização os livros fiscais de entrada e saída de mercadorias, caixa e de apuração do ICMS, com receitas escrituradas em valores inferiores aos informados 'a referida Secretaria, considerados imprestáveis para a presente fiscalização Com base nos dados fornecidos pela Secretaria Executiva de Fazenda/Secretaria Adjunta da Receita Estadual/Diretoria de Planejamento da Ação Fiscal do Estado



de Alagoas foi apurado o real faturamento dessa empresa, fls 29 a 32

O levantamento da apuração Trimestral do IRPJ/CSLL, consta na planilha anexa às fls 33 e 34.

Fazem parte integrante deste processo os seguintes documentos

"DEMONSTRATIVO DE COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO, COM AS RECEITAS DE VENDAS, MÊS A MÊS, fls 29 a 32 ;

"DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO TRIMESTRAL", fls.33 e 34,

"DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA, fls 09 a 14;

"DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DE MULTA E JUROS DE MORA, DO IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA, fls.15;

"DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DA CSLL, fls.19 a 24;

"DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DE MULTA E JUROS DE MORA DA CSLL, fls. 25.

Deste modo os autos provam que não houve qualquer violação às regras do artigo 142 do CTN nem dos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235/1972, bem como nenhum ferimento aos princípios de regência do PAF. Daí não caber se falar em nulidade, do lançamento, do procedimento fiscal que lhe deu origem, ou do documento que formalizou a exigência fiscal. Esta a posição de vários julgados desta corte como se vê nas reproduções abaixo:

"Ac 107-05.683 de 10/06/1999 PAF — NULIDADE — Não cabe arguição de nulidade do lançamento se os motivos em que se fundamenta o sujeito passivo não se subsumem aos fatos nem a norma legal citada, mormente se o auto de infração foi lavrado de acordo com o que preceitua o Decreto 70.235/1992;

Ac.108 05.937 — NULIDADE DE LANÇAMENTO — A menção incorreta na capitulação legal da infração ou mesmo a sua ausência, não acarreta a nulidade do auto de infração, quando a descrição dos fatos das infrações nela contida é exata, possibilitando ao sujeito passivo defender-se de forma ampla das imputações que lhe foram feitas."

O acerto do procedimento é inconteste, pois não havia escrita regular, fato que se subsume ao comando do artigo 530, I, c/c art.532 do RIR/1999, cuja redação é a seguinte :

"Artigo 530 —O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei 8981, de 1995, art.47, e Lei 9430, de 1996, art.1º.)

I-o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais,

ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal,

(...)

Art 532 O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art 394, §11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento (Lei nº 9.249, de 1995, art 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I).

Ou seja, apenas a título de argumentação, a Contribuinte estaria obrigada, no mínimo à escrituração do Livro Caixa, por se dizer optante pelo lucro presumido, contudo, como se vê na transcrição do relatório acima reproduzido, a Contribuinte não providenciou nenhum pagamento que justificasse sua pretensão, opção ou, sequer, apresentou prova de sua escrituração contábil.

O Parecer Normativo nº 23/1978, ao tratar das hipóteses de arbitramento, referindo-se ao inciso I do art 539 do RIR/1994, distinguiu o arbitramento como forma de aferição de lucro e não como penalidade, quando afirmou com propriedade que:

"Falta de escrita regular - O pressuposto de fato previsto no inciso (falta de escrituração regular) não distingue as causas dessa falta. O arbitramento não representa penalidade e sim valoração do lucro tributável "

Deste modo não avança, também, a pretensão da Contribuinte de que o arbitramento é penalidade só cabendo nos casos de má fé, o que não se verificara no procedimento.

O lançamento usa no cálculo da exigência o arbitramento, que emboia associado a um idéia de penalidade, nada mais é que uma forma de tributação, prevista no artigo 44 do Código Tributário Nacional, a seguir transcrito:

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

A Lei 9430/1996, vem, em nível infraconstitucional, repetindo "as formas de determinação das bases tributáveis, (lucro real, presumido ou arbitrado) e em nenhum dos casos se refere a "penalidade ou sanção", como se vê na letra dos dispositivos seguintes,

Lei 9430/1996:

Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas será determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente,

(...)

Art. 27. O lucro arbitrado será o montante determinado pela soma das seguintes parcelas:

I - o valor resultante da aplicação dos percentuais de que trata o art. 16 da Lei nº 9.249 de 26 de dezembro de 1995, sobre a

receita bruta definida pelo art. 31 da Lei nº 8 981, de 20 de janeiro de 1995, auferida no período de apuração de que trata o art. 1º desta Lei,

II - os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo inciso anterior e demais valores determinados nesta Lei, auferidos naquele mesmo período.

§ 1º Na apuração do lucro arbitrado, quando não conhecida a receita bruta, os coeficientes de que tratam os incisos II, III e IV do art. 51 da Lei nº 8 981, de 20 de janeiro de 1995, deverão ser multiplicados pelo número de meses do período de apuração

§ 2º Na hipótese de utilização das alternativas de cálculo previstas nos incisos V a VIII do art. 51 da Lei nº 8 981, de 20 de janeiro de 1995, o lucro arbitrado será o valor resultante da soma dos valores apurados para cada mês do período de apuração.

Desta forma vê-se que o princípio da legalidade foi respeitado em toda sua plenitude.

Toda matéria objeto do auto de infração está submetida às instâncias administrativas, exceto a análise jurídica da constitucionalidade e legalidade dos dispositivos aplicados por estrita observância à atividade vinculada do administrador e julgador tributário. Arguição de ilegalidade e inconstitucionalidade são privativas do Poder Judiciário, não podendo o aplicador tributário negar vigência a dispositivo legal validamente editado.

O controle dos atos administrativos nesta instância, se refere aos procedimentos próprios da administração, que são revistos conforme determinação do artigo 149 do Código Tributário Nacional, seguindo o comando do Decreto 70235/1972 nos artigos 59, 60, 61.

O Jurista Hugo de Brito Machado, em ensaio sobre "O Devido Processo Legal Administrativo e Tributário e o Mandado de Segurança", publicado no volume Processo Administrativo Fiscal coordenado por Valdir de Oliveira Rocha - Dialética - 1995 esclarece:

"Se um órgão do Contencioso Administrativo Fiscal pudesse examinar a arguição de inconstitucionalidade de uma lei tributária, disso poderia resultar a prevalência de decisões divergentes sobre um mesmo dispositivo de uma lei, sem qualquer possibilidade de uniformização. Acolhida a arguição de inconstitucionalidade, a Fazenda não pode ir ao judiciário contra a decisão de um órgão que integra a própria administração. O contribuinte por seu turno, não terá interesse processual, nem fato para fazê-lo. A decisão tomar-se-á assim definitiva, ainda que o mesmo dispositivo tenha sido ou venha a ser considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que é, em nosso ordenamento jurídico, o responsável maior pelo deslinde de todas as questões de constitucionalidade, vale dizer, o 'guardião da Constituição' "



Nos autos o lançamento se dá por arbitramento, pela falta da escrituração regular que permitisse outra forma de apuração. O lançamento se realiza em respeito ao princípio da verdade material e da estrita legalidade. Como leciona Aliomar Baleeiro (Direito tributário brasileiro. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 799):

"No Direito Tributário onde se fortalece ao extremo a segurança jurídica, os princípios da especificidade legal são de sabida relevância. O agente da Administração Tributária que fiscaliza e apura créditos tributários está sujeito ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos e deverá atuar aplicando a lei — que disciplina o tributo — ao caso concreto, sem margem de discricionariedade. A renúncia total ou parcial e a redução de suas garantias pelo funcionário, fora das hipóteses estabelecidas na Lei n. 5172/66, acarretará a sua responsabilidade funcional."

Como a atividade fiscal é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional, não compete a autoridade fiscal nem ao julgador administrativo, determinar outra forma de proceder, quando os fatos se subsumem a norma, não sendo possível o desvio do seu comando.

O Prof. Souto Maior Borges em seu Livro Lançamento Tributário, Malheiros Editores, SP, 1ª ed 1999, p. 120/121 leciona, que o "procedimento administrativo de lançamento é o caminho juridicamente condicionado por meio do qual a manifestações jurídicas de plano superior - a legislação - produz manifestação jurídica de plano inferior o ato administrativo do lançamento. (...) E, porque o procedimento de lançamento é vinculado e obrigatório, o seu objeto não é relegado pela lei à livre disponibilidade das partes que nele intervêm. É indisponível, em princípio, a atividade de lançamento - e, portanto insuscetível de renúncia".

A recorrente contesta a decisão de primeiro grau por não admitir seus argumentos impugnativos, o que implicaria em cerceamento do seu direito de defesa, pediu diligência para ser confirmada a verdadeira base impositiva, invocou o princípio da verdade material e do não confisco.

Quanto à nulidade argüida em relação à suposta falta de análise dos argumentos expendidos na impugnação, pela autoridade de primeiro grau, o argumento não prospera. A decisão está motivada e responde a todas as questões postas.

Convém também lembrar que o julgador não está obrigado a contestar item por item os argumentos expendidos pela parte, quando analisa a matéria de mérito, conforme decisão do STJ — Resp 652.422. — (2004/0099087-0), cuja ementa se reproduz.

"5691 — VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC — INOCORRÊNCIA — TRIBUTÁRIO — ICMS — MANDADO DE SEGURANÇA — AUTORIZAÇÃO PARA IMPRESSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS — DÉBITOS COM A FAZENDA PÚBLICA — PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA — ART 170, PARÁGRAFO ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL — SÚMULA Nº 547 DO STF — MATÉRIA CONSTITUCIONAL — NORMA LOCAL — RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR — I

Inexiste ofensa ao artigo 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão (...)

6. Recurso não conhecido.

(Revista dos Tribunais nº 43 – maio/junho /2005, p 136)

Quanto ao pedido para que se realize diligência, também não prospera. Nos autos não existe matéria de fato controvertida que necessite de esclarecimento, estando o mesmo suficientemente instruído para julgamento.

No tocante à aplicação da multa, conheço a matéria, embora apenas tangenciada nas razões impugnatórias. Entendo que a qualificação é pertinente. A forma de agir da Contribuinte tentou impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

O fato escriturar para perante o fisco federal apenas parte do real faturamento oferecido à Receita Estadual, parcela insignificante dos seus reais ganhos, durante todos os anos se enquadra na conduta tipificada no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, sendo, portanto, perfeitamente cabível a imposição da multa qualificada de 150% prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, em sua redação original, sobre os tributos devidos.

Ao argumento de que tal penalidade tem característica confiscatória se opõe a incompetência deste Colegiado para abordagem de temas que envolvam análise de legalidade e constitucionalidade de dispositivo legal validamente editado.

O percentual aplicado pela autoridade administrativa, quando verificado o descumprimento da obrigação tributária, é aquele fixado na legislação pertinente, sendo incabível a alegação de inconstitucionalidade baseada na noção de confisco, por não se aplicar o dispositivo constitucional à espécie dos autos.

Ainda, a vedação à utilização de tributo com efeito de confisco, preceituada pelo art. 150, IV, da Constituição Federal, impede que o padrão de tributação seja insuportável ao contribuinte. Como norma programática, é dirigida ao Poder Legislativo, que deve tomar em consideração tal preceito, quando da feitura das leis. Como norma proibitiva, está afeita ao controle de constitucionalidade, de competência exclusiva do Poder Judiciário.

O afastamento da aplicação de lei ou de ato normativo, pelos órgãos judicantes da Administração Fazendária, está necessariamente condicionado à existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal declarando sua inconstitucionalidade.

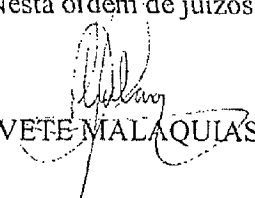
A matéria já se encontra sumulada nesta instância, na forma seguinte:

SÚMULA CARF Nº 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

No tocante ao lançamento reflexo, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, devem seguir, no que couber, o que foi decidido para o lançamento do imposto de renda pessoa jurídica, por serem dele decorrentes.



Nesta ordem de juízos Nego provimento ao recurso.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO