



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

Processo nº	10530.723117/2009-77
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	1802-002.146 – 2ª Turma Especial
Sessão de	06 de maio de 2014
Matéria	LUCRO ARBITRADO DE OFÍCIO
Recorrente	DISTRIBUIDORA ARRUDA COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL. DESCRIÇÃO DOS FATOS E CAPITULAÇÃO LEGAL. VÍCIO NÃO CONFIGURADO. PRELIMINAR REJEITADA.

O auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa. Ademais, se a Pessoa Jurídica revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

FURTO OU EXTRAVIO DE LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS. NEGATIVA DE RECONSTITUIÇÃO. NÃO APRESENTAÇÃO DOS LIVROS. RECEITA BRUTA CONHECIDA. OMISSÃO DE RECEITAS. ARBITRAMENTO DO LUCRO..

Independentemente da perda da espontaneidade para exclusão da responsabilidade por infração tributária, o evento furto dos livros/documentos fiscais não permite à Contribuinte abandonar a escrita contábil/fiscal, mormente quando existem meios de reconstituição dos livros e de apuração da receita bruta.

É cabível o arbitramento do lucro se a pessoa jurídica, durante a ação fiscal, deixar de exibir a escrituração contábil e fiscal que a ampararia na tributação pelo lucro real ou presumido.

O arbitramento do lucro não se submete a condição, é definitivo.

A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos

imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal. (Súmula CARF nº 59)

Receita bruta tributável conhecida com base nas declarações de apuração mensal do ICMS, dados fornecidos pelo fisco estadual, por força de Convênio de Cooperação Técnica entre os fiscos estadual e federal.

FATURAMENTO. RECEITA BRUTA DE VENDAS DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ESTABELECIMENTO COMERCIAL DISTRIBUIDOR ATACADISTA (REVENDEDOR). CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO (CC - Lei 10.406/2002, ART. 710).

O contrato de distribuição não se confunde com o contrato de agência.

O contrato de distribuição, celebrado entre a indústria e o revendedor atacadista, caracteriza-se quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Pelo contrato de distribuição, o estabelecimento atacadista (revendedor) assume a responsabilidade do negócio em nome próprio, por sua conta e risco, efetuando operações de compra e venda de conta própria.

Pelo contrato de distribuição, o estabelecimento atacadista (revendedor de mercadorias adquiridas diretamente do estabelecimento industrial) age em nome próprio por sua conta e risco, praticando operações de compra e revenda cuja receita bruta das operações de venda e revenda é faturamento próprio, receita própria de sua atividade comercial (somatório dos valores das notas fiscais de saídas).

A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia (RIR/99, art. 279). Base legal: Lei nº 4.506, de 1964, art. 44, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12).

Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondente (CTN, art. 123).

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. PERÍCIA CONTÁBIL. DESNECESSIDADE PARA RESOLUÇÃO DA LIDE. PEDIDO REJEITADO.

Não constitui cerceamento do direito de defesa o indeferimento do pedido de diligência/perícia contábil considerado desnecessário, prescindível para a resolução da lide.

A perícia técnica não é meio de prova para comprovação de fato que possa ser feito mediante a mera apresentação ou juntada de documentos cuja guarda e conservação compete à contribuinte, mas sim para esclarecimento de pontos duvidosos que exijam conhecimentos especializados.

IRPJ - LUCRO ARBITRADO, CSLL, PIS E COFINS. RECEITA BRUTA. SOMATÓRIO DAS NOTAS FISCAIS DE SAÍDA. EXCLUSÃO DA PARCELA DO DO ICMS. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA NÃO CONHECIDA, NO MÉRITO. FALTA DE COMPETÊNCIA.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 02).

MULTA DE OFÍCIO DE 75%. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 02).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Nelso Kichel, Marciel Eder Costa, Luís Roberto Bueloni Santos Ferreira e Gustavo Junqueira Carneiro Leão.

Relatório

Cuidam os autos do Recurso Voluntário (e-fls. 347/359) contra decisão da 2^a Turma da DRJ/Salvador (e-fls. 319/335) que julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário objeto dos autos de infração do IRPJ e reflexos, ano-calendário 2006.

Quanto aos fatos, consta que na **DRF/Feira de Santana**, em **14/09/2009**, foram lavrados pela fiscalização da RFB os Autos de Infração do IRPJ e reflexos (PIS, Cofins, CSLL), **ano-calendário 2006**, pela imputação da infração Omissão de Receitas (e-fls. 02/38), assim caracterizada no Auto de Infração do IRPJ (lançamento principal), *in verbis*:

(...)

*Razão do arbitramento no(s) periodo(s): 03/2006 06/2006
09/2006 12/2006.*

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o Contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termos de Intimação Fiscal em anexo, deixou de apresentá-los.

Enquadramento Legal:

A partir de 01/04/1999

Art. 530, inciso III, do RIR/99.

001 - RECEITA OPERACIONAL OMITIDA (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA) REVENDA DE MERCADORIAS.

Omissão de receitas da revenda de mercadorias, conforme descrito no TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL, anexo ao presente AUTO DE INFRAÇÃO.

(...)

Valor tributável da infração: **R\$ 12.515,096,91**, conforme demonstrativo constante do Termo de Verificação Fiscal, parte integrante do Auto de Infração, a seguir transcrito (e-fls. 39/43):

AC 2006	DMA VENDAS	REC. BRUTA CONHECIDA
<i>JANEIRO</i>	<i>951.986,88</i>	<i>951.986,88</i>
<i>FEVEREIRO</i>	<i>760.258,73</i>	<i>760.258,73</i>
<i>MARÇO</i>	<i>867.271,87</i>	<i>867.271,87</i>
<i>1º TRIMESTRE</i>	<i>2.579.517,48</i>	<i>2.579.517,48</i>
<i>ABRIL</i>	<i>988.806,06</i>	<i>988.806,06</i>
<i>MAIO</i>	<i>1093.511,24</i>	<i>1093.511,24</i>
<i>JUNHO</i>	<i>950.689,80</i>	<i>1093.511,24</i>
<i>2º TRIMESTRE</i>	<i>3.033.007,10</i>	<i>3.033.007,10</i>
<i>JULHO</i>	<i>1.166.407,53</i>	<i>1.166.407,53</i>

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 16/06/2014 por NELSO KICHEL, Assinado digitalmente em 20/06/2014 por EST

ER MARQUES LINS DE SOUSA, Assinado digitalmente em 16/06/2014 por NELSO KICHEL

Impresso em 20/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

AGOSTO	1.191.094,80	1.191.094,80
SETEMBRO	1.196.446,76	1.196.446,76
3º TRIMESTRE	3.553.949,09	3.553.949,09
OUTUBRO	1.064.003,83	1.064.003,83
NOVEMBRO	1.251.342,87	1.251.342,87
DEZEMBRO	1.033.276,44	1.083.276,44
4º TRIMESTRE	3.348.623,14	3.553.949,09
TOTAL	12.515.096,91	12.515.096,91

Obs:

- (i) Intimada a apresentar os livros contábeis e fiscais do ano-calendário 2006, a Contribuinte alegou que foram objeto de furto. Então, foi intimada a reconstruir a escrituração contábil/fiscal, porém deixou de fazê-lo;
- (ii) Em face de Convênio de Cooperação Técnica, a SEFAZ/BA foi instada e repassou à RFB os dados constantes de Declarações de Apuração Mensal do ICMS - DMA, informados pela Contribuinte ao fisco da Bahia, quanto ao anio-calendário 2006;
- (iii) Quanto ao ano-calendário 2006, cotejadas as DMA e a DIPJ, a fiscalização constatou que a Contribuinte informou à RFB receita bruta menor, em relação à receita bruta informada ao fisco estadual, imputando a infração Omissão de Receita (lançamento de ofício apenas sobre a diferença de receita bruta omitida), que implicou exigência do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins acerca da diferença de receita bruta, pois foram deduzidos os valores confessados em DCTF desse ano-calendário;
- (iv) Lucro Arbitrado de Ofício (apuração trimestral): foi utilizado o coeficiente de 8% para comércio, acrescido de 20% pelo arbitramento, o que implicou no coeficiente final =9,6%, aplicado sobre a receita bruta trimestral. Do valor do IRPJ apurado de ofício, foi deduzido o valor do imposto confessado em DCTF, implicando lançamento apenas da diferença de principal, com multa ofício e juros de mora;
- (v) Lançamento reflexos – diferenças de exações fiscais, demonstrativos constantes dos respectivos Autos de Infração e do demonstrativo de cálculo constante do Termo de Verificação Fiscal, parte integrante do lançamento fiscal (fls. 39/43):
- a) Base de Cálculo da CSLL (apuração trimestral): foi utilizado o coeficiente de 12% sobre a receita bruta trimestral;
- b) Base de Cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins (apuração mensal): foi utilizada a respectiva receita bruta mensal;
- c) Do valor da CSLL, PIS e Cofins apurados de ofício, foi deduzido o valor da respectiva Contribuição confessada em DCTF, implicando lançamento apenas da diferença de principal, com multa ofício e juros de mora.

Enquadramento legal da infração Omissão de Receitas:

- RIR/99, arts. 532 e 537.

O crédito tributário lançado de ofício, no regime do Lucro Arbitrado, perfaz o montante de **R\$ 1.143.049,42** para o **ano-calendário 2006**, valor na data da lavratura dos autos de infração, que está assim especificado por exação fiscal:

Auto de Infração	Principal (diferença)	Juros de Mora (calculados até 31/08/2009)	Multa de 75%	Total
IRPJ	197.873,40	65.768,96	148.405,03	412.047,39
PIS	48.039,12	16.511,24	36.029,30	100.579,66
CSLL	79.819,01	26.523,99	59.864,25	166.207,25

Cofins	221.719,46	76.206,12	166.289,54	464.215,12
Total	-	-	-	1.143.049,42

A Contribuinte tomou ciência do lançamento fiscal em **18/09/2009**, por via postal – AR (e-fl. 165); apresentou impugnação em 14/10/2009 (e-fls.166/177), cujas razões, em síntese, constam do relatório da decisão *a quo*, o qual, nessa parte, transcrevo (e-fls.319/335), *in verbis*:

(...)

A contribuinte tomou ciência dos lançamentos em 18/09/2009, impugnando-os em 14/10/2009 por seu procurador, devidamente constituído sob os argumentos expostos a seguir:

- diante da motivação constante do Termo de Verificação Fiscal observa-se que o Fiscal Autuante desconsiderou por completo o Princípio da Verdade Material e desqualificou a verdadeira base de cálculo da Impugnante para considerar como tal o somatório da notas fiscais de saída, o que torna os lançamentos nulos;
- não bastasse isso, vale frisar que houve imputação de multa no percentual de 75% sobre o valor dos tributos supostamente devidos;
- sendo assim, deve-se reconhecer a nulidade dos presentes **Autos de Infração**, tendo em vista que:
 - a) não se levou em consideração o Princípio da Verdade Material, uma vez que não se considerou a realidade das operações da Impugnante, que tem como faturamento/Receita Bruta a Comissão (Desconto) obtido nas Notas Fiscais de Entrada, nos termos dos Contratos de Distribuição firmados com os fabricantes;
 - a.1) quanto à assertiva supra, requer o Impugnante a realização de perícia contábil nas notas fiscais de entrada e de saídas juntadas aos autos, com vistas a confirmar ou não a equivalência dos valores das Notas Fiscais de Entrada e de Saída, bem como a existência de um desconto na Nota Fiscal de entrada, que representa a Receita Bruta da Distribuidora Arruda, nos termos do artigo 16, IV, do Decreto nº 70.235, de 1972;
 - a.2) a realização de diligências, mediante circularização nas empresas fabricantes dos produtos objeto da Distribuição, com vistas a confirmar o tabelamento de preços e que a Arruda é obrigada a vender pelo preço sugerido pela fábrica, nos termos do art. 16. IV, do Decreto nº 70,235, de 1972;
 - b) a multa de 75% imputada tem efeito confiscatório, maculando pelo vício de nulidade todos os Autos de Infração;
 - c) como o AFRF lavrou os Autos de Infração com base em arbitramento, não foi levado em consideração que o ICMS não integra a base de cálculo dos referidos tributos;

d) não levou em consideração que a CSLL deve ser calculada pela alíquota de 8%, em face da inconstitucionalidade do adicional de 1% instituído pela MP nº 1.807.

I - DA INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA - RECEITA BRUTA INFORMADA CORRETAMENTE:

I-A) DA NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DO CÓDIGO CIVIL:

- o contrato de distribuição tem definição legal no art. 710 do Código Civil de 2002, que no Capítulo XII traçou as diferenças e semelhanças com o Contrato de Agenciamento;

- de acordo com o art. 710 "Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada";

- como se vê, o contrato de agência e o de distribuição na definição do Código Civil possuem natureza jurídica semelhante, com a diferença de que a DISTRIBUIÇÃO fica concretizada quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada;

- nesse sentido, cite-se o entendimento do Dr. Antonio Felix de Araújo Cintra, citado pelo Dr. Aurélio Araújo Tomaz:

Utilizando o nome distribuição, o Código Civil contempla uma nova e diferente figura contratual, que nada mais é do que um desdobramento da relação de agência. A distribuição do Código Civil é contrato de agenciamento de negócios em favor do proponente, com a particularidade de que os bens objeto do agenciamento encontram-se na posse do agente, que passa a ser chamado também de distribuidor. Todo o capítulo de agência e distribuição corrobora tal constatação, desde a definição da distribuição como um derivado da agência (art. 710) até as disposições sobre o direito do distribuidor à remuneração por negócios concluídos em sua zona sem sua interferência (art. 714) e direito à indenização no caso de diminuição no atendimento de propostas (art. 715)...

-sobre o contrato de distribuição, salutar são as palavras da Professora Maria Ivanilde da Rocha Helena Diniz, in verbis:

É o acordo em que fabricante, oferecendo vantagens especiais, compromete-se a vender, continuadamente, seus produtos ao distribuidor, para revenda em zona determinada. O agente tem, portanto, à sua disposição a coisa a ser renegociada. Uma pessoa assume a obrigação de revender, com exclusividade e por conta própria, mediante retribuição, mercadorias de certo fabricante, em zona determinada." (Código Civil Anotado, Editora Saraiva, 2003, p. 468).

- transcreve entendimento nesse sentido do Dr. Antonio Felix de Araújo Cintra, citado pelo Dr. Aurélio Araújo Tomaz, como também, da Professora Maria Ivanilde da Rocha Helena Diniz sobre o contrato de distribuição;

- sem sombra de dúvida que a receita da DISTRIBUIÇÃO não se perfaz com a receita de vendas das mercadorias, mas sim pela remuneração prevista em contrato entre o distribuidor e o fabricante;

- desse modo, como o contrato de DISTRIBUIÇÃO é definido em lei, não há como descharacterizar o seu conceito para fins de incidência tributária, nos termos do artigo 110 do CTN, o que significa dizer que o contrato de DISTRIBUIÇÃO não pode ser confundido com a compra e posterior revenda de mercadorias, que possui regramento tributário e civil diferente;

II-B) DA RECEITA DA IMPUGNANTE - COMISSÃO (DESCONTO) E NÃO O SOMATÓRIO DAS NOTAS DE SAÍDA - NOTA DE ENTRADA E A NOTA DE SAÍDA EM IGUAIS VALORES:

- a Distribuidora Arruda é uma empresa que atua no ramo de distribuição de alimentos em geral, que para o exercício de sua atividade é obrigada a firmar contrato de distribuição nos termos que passa a demonstrar:

- nos contratos de distribuição firmados com as indústrias há uma cláusula padrão que estabelece uma tabela de preços que a Distribuidora Arruda não pode deixar de cumprir sob pena de multa e até mesmo rescisão do Contrato. Todas as vendas são efetuadas pela Arruda nos exatos termos das determinações das Indústrias Fornecedoras;

- a título de exemplo, segue em anexo, por amostragem, contratos de DISTRIBUIÇÃO (Docs. 05) por meio dos quais se pode comprovar a assertiva supra;

- a respeito, vale notar as seguintes Cláusulas dos contratos:

01 - Contrato Nissin-Ajinomoto Alimentos Ltda

(...)

CLÁUSULA 1ª – DEFINIÇÕES

(...)

3) LISTA DE PREÇO - Significa listas fornecidas pela FORNECEDORA à DISTRIBUIDORA periodicamente, mostrando o preço de cada item do PRODUTO.

(...)

02 - Contrato AJINOMOTO INTERAMERICANA IND. E COM LTDA

(...)

CLÁUSULA 1ª – DEFINIÇÕES

(...)

4) *LISTAS DE PREÇO* - *Significam listas fornecidas pela AJINOMOTO à DISTRIBUIDORA periodicamente, mostrando o preço de cada item do produto a ser praticado entre as partes deste contrato;*

(...)

- com base na referida Cláusula, a Indústria emitiu uma LISTA DE PREÇOS (Doc. 5) juntada por amostragem, que tabela o preço de venda de todos os produtos da AJINOMOTO pelas suas distribuidoras. Neste mesmo termo, acontece com todos os demais fornecedores, conforme contratos por amostragem anexados;

- o que se verifica nos contratos de distribuição com fixação de preços é que o real faturamento das Distribuidoras consiste no valor do desconto que é concedido à Distribuidora na nota de aquisição emitida pela fábrica;

- nas notas fiscais da Ajinomoto há um desconto de 35,5% e de 41,95%;

- portanto, a Receita Bruta da Distribuidora Arruda é composta pela comissão constituída pelo percentual do desconto previsto em contrato e em nota fiscal para a distribuição dos produtos e não pelo somatório das notas fiscais de saída. A Impugnante atua como mero mediador da operação. (cita ementa de acórdão do CARF acerca da receita bruta base para arbitramento de lucro da empresa que opera com vendas em consignação);

- em que pese a Distribuidora ser obrigada por Contrato a faturar para os seus clientes pelo valor da LISTA DE PREÇOS em seu nome, o fato é que assim age por conta e ordem do Fabricante Fornecedor, em decorrência de pacto contratual. A receita bruta, portanto, da Arruda, consiste no valor que realmente irá integrar o seu patrimônio (cita ementa de julgado do STJ no sentido de que a base de cálculo do ISS para distribuidor de filmes cinematográficos e vídeo-tapes é a remuneração efetivamente recebida, ou seja, o saldo entre a quantia recebida do exibidor e aquela entregue ao produtor);

B) DA APLICAÇÃO DE MULTA COM EFEITO DE CONFISCO

- no crédito constituído, o valor da multa no percentual de 75% é muito próximo ao do crédito principal, caracterizando nitidamente o seu caráter confiscatório, tornando letra morta os art. 145, § 1º e 150, IV, da Constituição Federal de 1988, o que não pode ser concebido de forma alguma, conforme vasta jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal Federal - STF (cita jurisprudência judicial);

C) DA ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS, COFINS, CSLL E IRPJ:

- a parcela relativa ao ICMS integra o valor da mercadoria para fins de sua cobrança do adquirente das mercadorias, no entanto é imediatamente repassado ao Estado-membro. Logo, não há que se falar em faturamento/lucro/renda e consequentemente, não há que se falar em parte integrante da base de cálculo do PIS, COFINS, CSLL e IRPJ;
- não resta dúvida de que a Impugnante está diante de uma nova fonte de custeio para a seguridade social porque a exigência de uma contribuição social a cargo do empregador sobre um imposto estadual não encontra guarida no art. 195, o que só resta remeter par o §4º do art. 195 c/c a primeira parte do inciso I do art. 154, todos da Constituição Federal;
- conclui-se que a exigência de qualquer contribuição social ou imposto incidente sobre o ICMS só poderia ser exigida através de uma lei complementar que determinasse expressamente que o referido imposto é base de cálculo das contribuições previdenciárias e de um outro imposto;
- tanto é verdade que o Supremo Tribunal Federal - STF está analisando o Recurso Extraordinário nº 240.785/MG, tendo como Relator o Eminente Ministro Marco Aurélio Mello que proferiu o seu voto a favor dos contribuintes, conforme se depreende da leitura do informativo STF nº 161 transrito;
- portanto, é imperioso reconhecer que a inclusão do ICMS na composição da base de cálculo do PIS/COFINS/CSLL/IRPJ fere o entendimento reinante no Supremo Tribunal Federal, acarretando a iliquidez do lançamento;

C) DAS DILIGÊNCIAS E DA PERÍCIA

- caso esta DRJ Salvador não entenda que os Autos são totalmente nulos, que determine realização de diligência para proceder com circularização perante os fabricantes com vistas a confirmar o tabelamento de preços e que a Arruda é obrigada a vender pelo preço sugerido pela fábrica;
- apesar de não entender necessária, mas caso assim o seja, que determine a realização de perícia (formula dois quesitos e indica o perito).

III - DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

- em razão de tudo o que foi demonstrado, pede a anulação/desconstituição total dos Autos de Infração.

A DRJ/Salvador, enfrentando as questões suscitadas pela Contribuinte, manteve o lançamento fiscal, conforme Acórdão da 2ª Turma, de 02/12/2009, cuja ementa transcrevo (e-fls. 319/320), *in verbis*:

(...)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

NULIDADE.

Afasta-se a tese de nulidade do lançamento, quando lavrado por servidor competente e em obediência aos princípios legais que o regem.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Inócuia a argüição de inconstitucionalidade na esfera administrativa visando afastar obrigação tributária regularmente constituída, por transbordar os limites de competência desta esfera o exame da matéria do ponto de vista constitucional.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

OMISSÃO DE RECEITAS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA ESCRITURAÇÃO. ARBITRAMENTO DO LUCRO.

O fato de a pessoa jurídica, sucessivamente intimada, deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da sua escrituração comercial e fiscal, autoriza o arbitramento dos lucros, obedecendo aos critérios estabelecidos na lei.

RECEITA BRUTA. DISTRIBUIDOR..

A limitação da autonomia do distribuidor, para negociar, disposta em contrato, não tem o condão de transmutar a atividade de distribuição comercial em simples agenciamento. Portanto, a receita bruta, base de cálculo para a determinação do Lucro Arbitrado, é a receita de revenda dos produtos e não a alegada "remuneração prevista em contrato entre o distribuidor e a fabricante".

RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO DO ICMS.

Inexiste previsão legal para a exclusão do ICMS da receita bruta, base de cálculo do Lucro Arbitrado.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Contribuição para o PIS/Pasep

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido - CSLL

Os lançamentos decorrentes devem observar o mesmo procedimento adotado no principal, em virtude da relação de causa e efeito que os vincula

CSLL. BASE DE CÁLCULO.

Inexiste previsão legal para a exclusão do ICMS da receita bruta sobre a qual vai incidir o coeficiente de determinação da base de cálculo da CSLL devida pelas pessoas jurídicas submetidas à tributação com base no Lucro Arbitrado.

PIS E COFINS CUMULATIVA. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO.

A exclusão do ICMS na determinação da base de cálculo dessas contribuições é admitida pela legislação de regência somente quando o contribuinte revestir-se da condição de substituto tributário.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

O julgador administrativo não pode afastar a aplicação da multa prevista em lei e carece de competência para apreciar questões suscitadas quanto à validade da legislação tributária. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas cumprir a determinação legal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

(...)

O pedido de diligência/perícia técnica, também, foi rejeitado pela decisão a quo, conforme fundamentação constante do seu voto condutor (e-fl.329), *in verbis*:

(...)

Sobre os pedidos de diligência e perícia, da análise dos quesitos propostos pela interessada, verifica-se que consistem em: circularizar os fabricantes com os quais mantém contratos de distribuição para confirmar o alegado tabelamento de preços; constatar se é verdade que o produto objeto de distribuição é revendido pelo mesmo preço de compra; esclarecer se é verdade que a sua receita bruta se restringe ao percentual de desconto concedido e destacado na nota fiscal de entrada.

Tais fatos não requerem realização de diligência, muito menos de perícia, que é um instrumento de produção de provas que visa ao esclarecimento de determinado fato de natureza técnica, por um especialista no assunto, não se justificando a sua realização quando o fato puder ser demonstrado pela simples juntada de documentos por parte do interessado, ou através dos elementos que compõem o processo.

Ademais, o processo encontra-se instruído com todos os elementos necessários à formação da convicção do julgador, inclusive na elucidação dos quesitos propostos pela impugnante, o que torna dispensável a realização de diligência e perícia. Indefiro, portanto, a diligência e perícia requeridas, em conformidade com o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972 (Processo Administrativo Fiscal - PAF).

Dessa forma, indefiro os pedidos de diligência e perícia.

(...)

Ciente desse *decisum* em 20/03/2010, por via postal - AR (e-fl. 346), a Contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 29/03/2010 (e-fls. 347/359), pleiteando a reforma da decisão recorrida, reiterando as mesmas razões já apresentadas na instância *a quo*:

- Preliminar de nulidade do lançamento fiscal:

-que o fisco, quando da lavratura dos autos de infração, não levou em consideração o princípio da verdade material; que a receita bruta da empresa é formada apenas por comissões ou descontos obtidos nas notas fiscais de compra (entradas) e não as vendas – saídas com nota fiscal, em face de contratos de distribuição firmados com fabricantes;

- Pedido de diligência/perícia contábil: verificar as notas fiscais de compra e saídas, no sentido de comprovar que tem como receita bruta própria apenas os descontos concedidos pelas fábricas nas notas fiscais de compra, já que as saídas (vendas) com nota fiscal são com preços tabelados pelas fábricas;

-Contrato de distribuição (CC/2002, art. 710):

- que a Recorrente tem contrato de distribuição com as fábricas fornecedoras das mercadorias que comercializa; que, entretanto, a receita bruta de sua atividade não é o somatório das notas fiscais de vendas (saídas), mas sim apenas os descontos obtidas das fábricas nas notas fiscais de compra (entradas), em face de contrato de distribuição; que informou na DIPJ, como receita própria, apenas as receitas de comissão/descontos obtidos nas notas fiscais de compra; que não há a divergência de receitas apurada pelo fisco (omissão de receitas), pois declarou apenas as receitas (descontos obtidos das fábricas) nas nota fiscais de compra; que a receita bruta da Recorrente é composta pela comissão constituída pelo percentual do desconto previsto em contrato e em nota fiscal para a distribuidora dos produtos e não pelo somatório de valor das notas fiscais de saídas; que embora seja obrigada por contrato a faturar para os seus clientes pelo valor da lista de preços em seu nome (notas fiscais de saídas), o fato é que atua, assim age por conta e ordem do fabricante fornecedor, em face contrato; que a divergência encontrada pelo fisco decorre do fato que na DMA (fisco estadual) a Recorrente é obrigada a informar o valor das notas fiscais de saídas de mercadorias, enquanto na DIPJ (fisco federal) a legislação exige que seja informado o valor da receita bruta;

- Multa de ofício de 75% - caráter confiscatório;

-Ilegalidade/inconstitucionalidade da inclusão da parcela do ICMS na base de cálculo das contribuições (PIS, Cofins e CSLL) e do IRPJ;

Por fim, com base nessas razões, a Recorrente pediu a reforma da decisão recorrida.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

O Recurso Voluntário, por ser tempestivo e atender aos demais requisitos de admissibilidade, merece ser apreciado. Logo, dele conheço.

Conforme relatado, a Contribuinte rebela-se contra a exigência de crédito tributário lançado de ofício pelos autos de infração do IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e Cofins), ano-calendário 2006, pedindo a reforma da decisão recorrida.

NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL. DESCRIÇÃO DOS FATOS E CAPITULAÇÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. PRELIMINAR REJEITADA.

A Recorrente suscitou preliminar de nulidade dos autos de infração, aduzindo, em síntese, que a fiscalização não levou em consideração o Princípio da Verdade Material.

Ou seja, que o fisco apurou valor tributável da infração omissão de receitas diversa da realidade das operações comerciais praticadas pela Recorrente.

De plano, rejeito a preliminar suscitada.

Primeiro, eventual erro de fato ou material no valor tributável da infração imputada, quanto muito, pode implicar a improcedência do lançamento fiscal, mas não sua nulidade, pois refere-se a matéria de mérito quanto à existência ou não da infração imputada, e que demanda análise probatória.

A Recorrente assim, de forma equivocada, pretende discutir matéria de mérito em sede de preliminar.

Por oportuno, registre-se que as nulidades do lançamento fiscal estão cominadas, previstas, no art. 60 do Decreto nº 70.235/72 (PAF), e dizem respeito à incompetência do agente do fisco e prejuízo ao direito de defesa (cerceamento do direito de defesa) em decorrência de vícios formais no lançamento fiscal, por inobservância do art. 10 do citado PAF e art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN.

Assim, em sede de preliminar devem ser suscitados vícios formais do ato administrativo de lançamento fiscal que impliquem prejuízo ao direito de defesa, como por exemplo, falta ou insuficiente descrição dos fatos e falta de enquadramento legal, que não é o caso dos autos, pois o lançamento fiscal está em consonância com o art. 10 do Decreto nº 70.235/72 e art. 142 do CTN.

Vale dizer, a infração imputada Omissão de Receitas tem descrição completa e precisa dos fatos, demonstrativo de cálculo da matéria tributável, correta capitulação legal e

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 16/06/2014 por NELSO KICHEL, Assinado digitalmente em 20/06/2014 por EST

ER MARQUES LINS DE SOUSA, Assinado digitalmente em 16/06/2014 por NELSO KICHEL

Impresso em 20/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

correta identificação do sujeito passivo, conforme art. 10, e seus incisos, do Decreto nº 70.235/72 e art. 142 do Código Tributário Nacional.

Como já dito, se a infração imputada “Omissão de Receitas” restou configurada, ou não, é matéria de mérito, que requer análise de elementos de provas; é questão que demanda análise probatória. Não é matéria para ser suscitada, nem enfrentada, em sede de preliminar.

O lançamento fiscal quanto muito, na hipótese de falta de comprovação da infração imputada, poderá ser improcedente, mas não nulo.

Além disso, o lançamento fiscal foi lavrado por autoridade competente.

Assim, diversamente do alegado pela Recorrente, não restou configurado vício formal ou material no lançamento fiscal que pudesse gerar prejuízo à defesa, ou seja, cerceamento do direito de defesa. Logo, não se vislumbra vício algum que pudesse inquinar o lançamento de nulidade.

Como dito, o ponto controvertido – valor tributável da infração Omissão de Receitas, - será oportunamente apreciado, quando da análise do mérito.

Ainda, conforme mansa e pacífica jurisprudência deste Conselho, não sendo hipótese de incompetência do agente para o lançamento fiscal, não sendo hipótese de falta de descrição dos fatos e de falta de capitulação legal, não há que se falar em nulidade do lançamento fiscal. A propósito, transcrevo, nesse sentido, precedentes deste CARF, *in verbis*:

NULIDADE – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – CAPITULAÇÃO LEGAL E DESCRIÇÃO DOS FATOS INCOMPLETA – IRF – Anos 1991 a 1993 – O auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa. Ademais, se a Pessoa Jurídica revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa (Acórdão nº 104-17.364, de 22/02/2001, 1º CC).

AUTO DE INFRAÇÃO – DISPOSIÇÃO LEGAL INFRINGIDA – O erro no enquadramento legal da infração cometida não acarreta a nulidade do auto de infração quando comprovado, pela judiciosa descrição dos fatos nele contida e a alentada impugnação apresentada pelo contribuinte contra as imputações que lhe foram feitas, que incorreu preterição do direito de defesa (Acórdão nº 103-13.567, DOU de 28/05/1995);

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE DO LANÇAMENTO. A capitulação legal incompleta da infração ou mesmo a sua ausência não acarreta nulidade do auto de infração, quando a descrição dos fatos nele contida é exata, possibilitando ao sujeito passivo defender-se de forma detalhada

das imputações que lhe foram feitas (Acórdão 108-06.208, sessão de 17/08/2000).

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO – INOCORRÊNCIA. A inclusão desnecessária de um dispositivo legal, além do corretamente apontado para as infrações praticadas, não acarreta a improcedência da ação fiscal. Outrossim, a simples ocorrência de erro de enquadramento legal da infração não é o bastante, por si só, para acarretar a nulidade do lançamento quando, pela judiciosa descrição dos fatos nele contida, venha a permitir ao sujeito passivo, na impugnação, o conhecimento do inteiro teor do ilícito que lhe foi imputado, inclusive os valores e cálculos considerados para determinar a matéria tributável.(Acórdão nº 104-17.253, sessão de 10/11/99).

AUTO DE INFRAÇÃO - NULIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - Para que haja nulidade do lançamento é necessário que exista vício formal imprescindível à validade do lançamento. Desta forma, se o autuado revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, mediante substancial defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa ou por vício formal.(Acórdão nº 102-48.141, sessão de 25/01/2007).

Ainda, na mesma linha de raciocínio, é o entendimento jurisprudencial da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (Ac. CSRF/01-03.264, de 19/03/2001 e publicado no DOU em 24/09/2001), *verbis*:

A imperfeição na capituloção legal do lançamento não autoriza, por si só, sua declaração de nulidade, se a acusação fiscal estiver claramente descrita e propiciar ao contribuinte dele se defender amplamente, mormente se este não suscitar e demonstrar o prejuízo sofrido em razão do ato viciado.

Como demonstrado, não restou configurado, nem caracterizado, o alegado prejuízo à defesa ou cerceamento de defesa, em relação à infração imputada Omissão de Receitas.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

FURTO/ROUBO DOS LIVROS CONTÁBEIS/FISCAIS E NEGATIVA DE RECONSTITUIÇÃO DA ESCRITURAÇÃO. RECEITA BRUTA CONHECIDA. COM BASE NAS DMA FORNECIDAS PELO FISCO ESTADUAL. ARBITRAMENTO DO LUCRO. ANO-CALENDÁRIO 2006

No ano-calendário 2006, a Recorrente estava submetida ao regime do Lucro Presumido, conforme informado na DIPJ 2007, ano-calendário 2006, transmitida em 27/06/2007 (e-fls. 142/151).

Nesse regime de tributação, no ano-calendário 2006 a Contribuinte estava obrigada, pelo menos, a manter o Livro Caixa escriturado com toda a movimentação

financeira, inclusive bancária, e Livro Registro de Inventário, conforme art. 527, Parágrafo Único, do RIR/99, *in verbis*:

Art.527.A pessoa jurídica habilitada à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido deverá manter (Lei nº 8.981, de 1995, art. 45):

I-escrituração contábil nos termos da legislação comercial;

II-Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término do ano-calendário;

III-em boa guarda e ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, todos os livros de escrituração obrigatórios por legislação fiscal específica, bem como os documentos e demais papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal.

Parágrafoúnico. *O disposto no inciso I deste artigo não se aplica à pessoa jurídica que, no decorrer do ano-calendário, mantiver Livro Caixa, no qual deverá estar escriturado toda a movimentação financeira, inclusive bancária (Lei nº8.981, de 1995, art. 45, parágrafo único).* (grifei)

Durante o procedimento de fiscalização, a Contribuinte foi intimada a apresentar, em cinco dias úteis, livros e documentos de sua escrituração contábil e fiscal, atinente ao ano-calendário 2006, conforme Termo de Início de Fiscalização de 11/05/2009, com ciência em **14/05/2009**, via postal (e-fls. 44/45).

No dia 21/05/2009, a Contribuinte procurou a fiscalização da RFB e não apresentou os livros; porém, forneceu cópia do recibo de entrega da DIPJ 2007 (ano-calendário 2006) - transmissão eletrônica pela internet, de 27/06/2007 (e- fls. 74) e cópias dos recibos de entrega - transmissão eletrônica pela internet - das DCTF dos 1º e 2º semestres/2006 (e-fls. 75/76) e forneceu ainda cópia de Certidão-Ocorrência Policial registrada em 04/04/2009 de arroba/furto de objetos do seu estabelecimento comercial nessa data, com Aditamentos de 13/04/2009 e de 20/05/2009. A inclusão de furto dos livros contábeis/fiscais deu-se apenas no último Aditamento do B. O, em **20/05/2009** (e-fls. 77/79), *in verbis*:

(...)

*ADITAMENTO FEITO EM 20/05/2009, ÀS 11 H 12 MIN, POR
JOSE MARCELO MARQUES NOVO*

O COMUNICANTE COMPARECEU NESTA DELEGACIA ACRESCENTANDO QUE TAMBÉM FORAM SUBTRAÍDOS OS SEGUINTESS ITENS: LIVROS DIÁRIO/RAZÃO PERÍODO DE JANEIRO/2003 À DEZEMBRO/2007; PASTAS CONTENDO DOCUMENTOS CONTABILIZADOS REFERENTES PERÍODO DE JANEIRO/2003 À DEZEMBRO/2007; NOTAS FISCAIS E AUXILIARES REFERENTES PERÍODO DE JANEIRO/2003 À DEZEMBRO/2007; PASTAS COM NOTAS FISCAIS DE SAÍDA REFERENTES PERÍODO DE JANEIRO/2003 À DEZEMBRO/2007; PASTAS CONTENDO DIVERSOS DOCUMENTOS CONTABILIZADOS, EXTRATOS,

*DUPLICATAS E CONTRA-CHEQUES REFERENTES
PERÍODO DE JANEIRO/2003 À DEZEMBRO/2007.*

(...)

Cabe registrar, a Contribuinte tomou ciência do Termo de Início de Fiscalização em **14/05/2009** (e-fls. 44/45).

De plano, observa-se que o registro da ocorrência policial, – furto dos Livros da escrituração contábil/fiscal e divulgação do fato, publicação da notícia em jornal de circulação -, deu-se após essa data de ciência do início da fiscalização, quando já havia perdido a espontaneidade para efeito de exclusão da responsabilidade por infração tributária.

Mas, independentemente da perda da espontaneidade, o furto dos livros/documentos fiscais não permite à Contribuinte abandonar a escrita contábil/fiscal, mormente quando existem meios de reconstituição dos livros e de apuração da receita bruta, como no caso do ano-calendário 2006, período objeto do lançamento fiscal.

Então, a Contribuinte em **26/05/2009** foi intimada novamente para, agora em 20 dias, encriturar e apresentar os livros da escrituração contábil e fiscal (Diário, Razão ou livro Caixa), dessa vez, com a advertência de estar sujeita a arbitramento do lucro, em caso de não atendimento à intimação, ou seja, de não apresentação desses livros à fiscalização da RFB (e-fls.80/81).

Em **15/06/2009**, a Contribuinte entregou à fiscalização expediente (e-fl. 82/84), informando que estava impossibilitada de apresentação de livros de sua escrituração contábil e fiscal, bem como de fazer a reconstituição da escrituração, pois tais livros, como mencionado, foram objeto de furto em seu estabelecimento, juntando novamente cópia da citada Certidão - Boletim de Ocorrência Policial, comunicando a negativa de reconstituição da escrituração nos seguinte termos:

(...)

II – CASO FURTUITO OU FORÇA MAIOR. FURTO DE LIVROS DA EMPRESA (...) – DESNECESSIDADE DE ESCRITURAÇÃO DOS LIVROS E IMPOSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO

De efeito, vale frisar que a Requerente desenvolve atividade comercial de distribuição de produtos alimentícios em geral, tendo (...) movimentação diária de mercadorias.

A apresentação de livros é obrigatória pelo contribuinte. Entretanto, há casos em que o Contribuinte fica impossibilitado por força maior ou caso fortuito, como é o caso de extravio, furto etc de documentos e livros fiscais.

No presente caso, o Requerente está impossibilitado de atender à exigência fiscal dentro do prazo e com a exatidão exigida, tendo em vista que todos os livros fiscais do período fiscalizado foram furtados, conforme se comprova pelos documentos no item “I”.

Ressalte-se que a reconstituição dos livros demandará tempo e poderá ser prejudicada pela ausência de base de dados que assegure a exatidão e o lançamento de todas as informações contábeis pertinentes.

Isto porque a Recorrente dependerá da boa vontade dos seus fornecedores no sentido de enviar as Notas Fiscais de Entrada, com vistas a proceder com o registro nos livros de entrada e também da boa vontade dos seus clientes, no que tange ao envio das cópias das Notas Fiscais de Saída com o objetivo de compor o registro de saída das mercadorias nos respectivos livros contábeis.

(...)

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer a Recorrente que V. Exa. se digne dar por encerrada a fiscalização em tela pelas seguintes razões:

(a) porque os livros fiscais foram extraviados, não sendo possível a escrituração dentro do prazo exigido; (b) porque há outros documentos necessários e suficientes para assegurar a idoneidade dos recolhimentos efetuados pela empresa, tais como DIPJ, (...); (c) porque a jurisprudência entende que as informações prestadas em DIPJ não podem ser refutadas quando não houver o livro contábil obrigatório e necessário à citada conferência.

(...)

Ainda, cabe destacar que a Contribuinte, nesse mesmo expediente entregue à fiscalização da RFB, comunicando a negativa de reconstituir a escrituração contábil/fiscal do ano-calendário 2006, fez longo arrazoado defendendo o encerramento procedimento de fiscalização, argumentando, em síntese:

- que a existência de cópia da Certidão Policial e de cópia do jornal - publicação na imprensa de extrato da ocorrência do furto dos livros contábeis/fiscais- , já seriam providências suficientes para afastar a responsabilidade por infração tributária do período fiscalizado;

- que, nesse caso, o fisco não teria fundamento para questionar a legitimidade dos dados constantes da DIPJ e das DCTF do período fiscalizado ante a impossibilidade de reconstituição da escrita contábil pela Contribuinte;

- que eventual arbitramento, imputação de infração ou lançamento fiscal seria insubstancial pela inexistência de outros meios para o fisco comprovar que os dados constantes da DIPJ não seriam corretos, citando, nesse sentido, precedente de jurisprudência do TRF/1ª Região. E, por fim, pediu o encerramento do procedimento de fiscalização (e-fls. 82/88).

Diversamente do alegado pela Contribuinte, a pessoa jurídica é obrigada a conservar livros e comprovantes, e fazer a reconstituição de sua escrituração contábil/fiscal, em caso de perda, extavio ou furto de seus livros contábeis e fiscais (RIR/99, art. 264).

Além dos mais, diferentemente do entendimento da Contribuinte, no caso havia sim outros meios para o fisco comprovar que os dados constantes da DIPJ não estavam corretos, como por exemplo as DMA que ela própria entregara ao fisco estadual da Bahia.

Então, foi expedida nova intimação fiscal, ou seja, em 18/06/2009 a Contribuinte tomou ciência de nova intimação fiscal para fazer, proceder a escrituração (reconstituir a escrituração contábil/fiscal) em 10 dias e, sendo o caso, autenticar os livros Diário, Razão ou livro Caixa, conforme Termo de Reintimação (e-fls 101/102). A Contribuinte não se manifestou.

Diante dessa situação, e em face de Convênio de Cooperação técnica, a fiscalização da RFB solicitou à SEFAZ/BA os dados de receita bruta mensal do ano-calendário 2006 da Contribuinte e foi atendida, conforme Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA, ano-calendário 2006 (e-fls. 152/163).

Cotejando os dados da DIPJ 2007 (ano-calendário 2006) e das DMA que a Contribuinte entregara ao fisco da Bahia, a fiscalização da RFB apurou divergência - Receita Bruta informada ao fisco federal muito aquém dos valores informados ao fisco estadual, conforme planilha a seguir:

AC – 2006	DMA - SAÍDA DE MERCADORIAS	DIPJ – RECEITA BRUTA
<i>JANEIRO</i>	951.986,88	
<i>FEVEREIRO</i>	760.258,73	
<i>MARÇO</i>	867.271,87	
<i>1º TRIMESTRE</i>	2.579.517,48	1.166.526,11
<i>ABRIL</i>	988.806,06	
<i>MAIO</i>	1.093.511,24	
<i>JUNHO</i>	950.689,80	
<i>2º TRIMESTRE</i>	3.033.007,10	1.154.843,61
<i>JULHO</i>	1.166.407,53	
<i>AGOSTO</i>	1.191.094,80	
<i>SETEMBRO</i>	1.196.446,76	
<i>3º TRIMESTRE</i>	3.553.949,09	1.349.544,91
<i>OUTUBRO</i>	1.064.003,83	
<i>NOVEMBRO</i>	1.251.342,87	
<i>DEZEMBRO</i>	1.033.276,44	
<i>4º TRIMESTRE</i>	3.348.623,14	1.453.530,20
<i>TOTAL</i>	12.515.096,81	5.124.444,83

Obs: A Contribuinte foi intimada, ciência em 03/07/2009 (e-fls. 104/105), a justificar a divergência de Receita Bruta apurada, mês a mês para o ano-calendário 2006, do demonstrativo acima. Porém, sem fazer a reconstituição dos livros da escrituração, a Contribuinte juntou cópia de documentos, notas fiscais, contratos de distribuição com

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 16/06/2014 por NELSO KICHEL, Assinado digitalmente em 20/06/2014 por EST

ER MARQUES LINS DE SOUSA, Assinado digitalmente em 16/06/2014 por NELSO KICHEL

Impresso em 20/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

indústrias fornecedoras (e-fls. 111/136 e 217/233) explicando, em síntese, que, em face de contrato de distribuição com as indústrias fornecedoras, considera como receita bruta própria apenas a diferença entre o somatório das notas fiscais de saídas, menos o valor das compras com desconto, ou seja, que considera como receita bruta própria apenas a margem de lucro nas operações de compra e venda = desconto obtido das empresas fornecedoras nas notas fiscais de compra/entradas.

Diante da negativa de reconstituição da escrituração contábil/fiscal por parte da Contribuinte (não apresentação dos livros) e diante da receita bruta conhecida com base em Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA (apuração de valores de receita bruta diversos da DIPJ, omisão de receitas), não restou à fiscalização da RFB outro caminho que não o Arbitramento do Lucro, para os respectivos trimestres do ano-calendário 2006.

A propósito, em face dessas vicissitudes ocorridas no curso do procedimento de fiscalização, transcrevo, por fim, a justificação da fiscalização da RFB pelo arbitramento do lucro, conforme Termo de Verificação Fiscal (e-fls.39/43), parte integrante do lançamento Fiscal, *in verbis*:

(...)

Dada a não apresentação dos livros e documentos da escrituração contábil/fiscal do Contribuinte e consideradas as respostas apresentadas pelo mesmo, ante a impossibilidade de se apurar o Lucro Real, necessário se fez então o Arbitramento do Lucro, consoante determinação do artigo 530, incisos III do RIR/99.

Ressaltamos que o Contribuinte foi regularmente cientificado, conforme TERMO DEINTIMAÇÃO FISCAL Nº 001, acerca da possibilidade de arbitramento dos lucros, caso sua escrita contábil/fiscal não fosse apresentada.

Dado que o Contribuinte não apresentou seus livros contábeis/fiscais, o Lucro Arbitrado foi determinado mediante a aplicação, sobre a Receita Bruta Conhecida, dos percentuais de presunção do lucro fixados para o LucroPresumido acrescidos de 20% (vinte por cento), conforme determina o artigo 16 da Lei nº 9.249/95.

(...)

Portanto, a receita bruta conhecida do ano-calendário 2006 (faturamento) é aquela informada pela própria Contribuinte nas DMA-ICMS (vendas, saídas com nota fiscal), conforme demonstrativo transcrito acima

RECEITA BRUTA CONHECIDA COM BASE NAS DMA FORNECIDAS PELO FISCO ESTADUAL. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO FIRMADO COM AS INDÚSTRIAS FORNECEDORAS DE MERCADORIAS COMERCIALIZADAS PELA AUTUADA. PEDIDO DE DILIGÊNCIA/PERÍCIA CONTÁBIL.

A Recorrente, assim como já fizera na primeira instância de julgamento, acatou o regime do lucro arbitrado (arbitramento do lucro de ofício) pela não apresentação dos livros contábeis/fiscais, ou seja, não se insurgiu; porém, rebela-se, veementemente, contra o

valor tributável da infração omissão de receitas - receita bruta sobre a qual incidiu o arbitramento do lucro (faturamento, ou seja, somatório das vendas, saídas com nota fiscal).

Para a Recorrente o arbitramento do lucro deveria incidir sobre a receita bruta informada na DIPJ e não sobre a receita bruta informada ao fisco estadual da Bahia nas DMA.

A irresignação da Recorrente não merece prosperar.

A Recorrente é uma empresa distribuidora atacadista que comercializa, revende mercadorias, produtos alimentícios adquiridos diretamente das fábricas fornecedoras, por intermédio de contrato de distribuição.

A propósito do objeto social da empresa Recorrente, consta da Cláusula Terceira do Instrumento do Contrato Social – 13^a Alteração Contratual, de 21/07/2003 (e-fls. 46/73), *in verbis*:

O objetivo da sociedade passa a ser: comércio atacadista de produtos alimentícios e transportes rodoviários de carargas.

Em face de contratos de distribuição firmados com as indústrias fornecedoras de produtos alimentícios, a Recorrente alega, sem razão, que tem como receita tributável própria apenas os descontos/comissões obtidos das fábricas nas notas fiscais de compras (entradas), pois, em relação às vendas ou revendas (saídas com nota fiscal), os preços são tabelados pelas indústrias (que a receita própria é a diferença de valor entre a nota fiscal de venda - saídas e de compra, ou seja, o desconto obtido na compra).

A Recorrente está totalmente equivocada em sua argumentação, chegando a ser risível, tamanha a ingenuidade jurídica.

A relação que a Contribuinte tem com as indústrias é de contrato comercial de distribuição, e não de agência.

A Contribuinte é um estabelecimento atacadista que compra mercadorias (produtos alimentícios) diretamente das fábricas e os revende com margem de lucro. A margem de lucro é controlada pelas indústrias, em face de contratos de distribuição, mediante fornecimento de tabelas de preços máximos que podem praticados e em face de descontos concedidos diretamente nas notas fiscais de compra da indústria.

Pelo contrato de distribuição, a Recorrente deve observar alguns acordos firmados com a indústria fornecedora (v. g., suprir prontamente os clientes de sua região geográfica e fornecer produtos com preços indicados, dados, sugeridos pela indústria), mas que não interferem na sua livre disposição do negócio como agente, ou seja, a Recorrente exerce atividade comercial atacadista em nome próprio por sua conta e risco, e não não por conta e ordem de terceiros.

Logo, o estalecimento distribuidor atacadista é um comerciante normal que exerce sua atividade em nome próprio, por sua conta e risco (em conta própria).

Nesse sentido, também dispõe o art. 710 do Código Civil, Lei 10.406/2002, *in verbis*:

Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada. (grifei)

No caso dos autos, a Recorrente é um estabelecimento distribuidor, pois tem a livre disposição da coisa negociada, ou seja, exerce atividade em nome próprio por sua conta e risco, comprando e vendendo mercadoria recebida diretamente da indústria, em face de contrato de distribuição.

Vale dizer, a Recorrente tem a plena disposição das mercadorias, pois as adquiriu da indústria (operação de compra e venda) e as vende (revende), em nome próprio (operações em conta própria, por sua conta e risco). Nesse sentido, fazem prova as cópias dos instrumentos de contratos de distribuição celebrados com as indústrias pela Contribuinte e as notas fiscais de compra e de vendas, que foram juntados aos autos (e-fls.111/136 e 217/233).

A propósito, apenas a título de exemplo em relação ao Contrato de Distribuição celebrado com a NISSIN –AJINOMOTO, de 22/01/99, nas Cláusulas 2^a e 3^a consta (e-fl. 218):

CLÁUSULA 2^a - TERRITÓRIO

A DISTRIBUIDORA, por sua conta e risco, revenderá os produtos da FORNECEDORA no TERRITÓRIO sob sua responsabilidade, sem qualquer exclusividade, durante a vigência deste contrato.

Parágrafo único. A FORNECEDORA poderá, a qualquer momento, alterar o TERRITÓRIO de atuação da DISTRIBUIDORA, inclusive com redução de área, uma vez contatada qualquer falha na assistência junto aos clientes daquela área.

CLÁUSULA 3^a -DISTRIBUIÇÃO

O relacionamento estabelecido por este contrato entre a FORNECEDORA e a DISTRIBUIDORA não é de outorgante e procuradora, mas o de vendedora e compradora.

(...)

Como demonstrado, a Recorrente exerce a atividade de distribuição, em nome próprio, por sua conta e risco, tendo a plena disposição da mercadorias, em operação de compra e venda.

Assim, todo o seu faturamento com vendas de mercadorias e serviços é receita bruta própria da Recorrente (faturamento bruto próprio).

Entendimento diverso seria declarar ao fisco federal, como receita bruta, apenas a margem de lucro (diferença entre valor das vendas e as compras com desconto), o que seria um absurdo!

Aliás, a Recorrente informou ao fisco federal na DIPJ apenas a diferença entre o valor das vendas e o valor das compras com desconto. Ora, isso não é receita bruta, mas sim margem de lucro!

Por isso, configura-se absurda, desproposital, a tese defendida pela Recorrente de que seria receita bruta própria apenas o valor que irá integrar o seu patrimônio. Não há que se confundir receita bruta (faturamento bruto) e lucro. São coisas diversas.

Ainda, diversamente do entendimento da Recorrente, o art. 279 do RIR/99 trata da receita bruta (faturamento próprio) como produto da operação de venda de bens e serviços constante das notas fiscais de saída, em operações de conta própria e o resultado auferido nas operações de conta alheia, *in verbis*:

Art. 279. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia (Lei nº 4.506, de 1964, art. 44, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12). (...)

Assim, quanto à determinação da receita bruta tributável do ano-alendário 20006 com base nas DMA, não há reparo a fazer no lançamento fiscal.

Por conseguinte, diversamente do alegado pela Recorrente, está correto o valor tributável da infração imputada omissão de receitas, pois a receita bruta tributável (valor da infração) é o somatório de valor das notas fiscais de saídas do ano-calendário 2006 (faturamento), conforme apurado pela fiscalização da RFB com base nas declarações mensais de apuração do ICMS (DMA).

Por fim, pelo fato dos elementos de prova já citados (cópias de notas fiscais de compras, de vendas, cópias de contratos de distribuição) constarem dos autos, sendo suficientes para resolução da lide, para formação do convicção do julgador, entendo despicienda, desnecessária a realização de diligência/perícia técnica para circularizar fornecedores/fabricantes.

Nesse sentido, transcrevo precedentes de jurisprudência deste CARF:

PEDIDO DE DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. DESCABIMENTO - Descabe o pedido de diligência quando presentes nos autos todos os elementos necessários para que a autoridade julgadora forme sua convicção. Por outro lado, as perícias devem limitar-se ao aprofundamento de investigações sobre o conteúdo de provas já incluídas no processo, ou à confrontação de dois ou mais elementos de prova também incluídos nos autos, não podendo ser utilizadas para reabrir, por via indireta, a ação fiscal. Assim, a perícia técnica destina-se a subsidiar a formação da convicção do julgador, limitando-se ao aprofundamento de questões sobre provas e elementos incluídos nos autos não podendo ser utilizada para suprir o descumprimento de uma obrigação prevista na legislação. (Acórdão CARF nº 2202.000.747, Sessão de 20/09/2010).

PEDIDO DE DILIGÊNCIA/PERÍCIA — A diligência ou perícia não é meio próprio para comprovação de fato que possa ser feita

mediante a mera apresentação ou juntada de documentos, cuja guarda e conservação compete à contribuinte, mas sim para esclarecimento de pontos duvidosos que exijam conhecimentos especializados. Tendo a decisão devidamente apreciado o pedido formulado, motivadamente, sendo considerada prescindível, incabível a arguição de nulidade da decisão proferida.(Acórdão CC nº 10708.709, Sessão de 17/08/2006).

DILIGÊNCIA.. INDEFERIMENTO. Descabe qualquer pedido de diligência estando presentes nos autos todos os elementos necessários para que a autoridade julgadora forme sua convicção, não podendo este servir para suprir a omissão do contribuinte na produção de provas que ele tinha a obrigação de trazer aos autos.(Acórdão CC nº 10617.219, Sessão de 18/12/2008).

PEDIDO DE PERÍCIA TÉCNICA CONTÁBIL. MEIO DE PROVA. DESNECESSÁRIO. INDEFERIMENTO. O pedido de perícia técnica para obter informações que, por integrarem a escrituração, poderiam ter sido apresentadas por iniciativa do sujeito passivo demonstra intenção protelatória e não caracteriza cerceamento do direito de defesa quando indeferido.A autoridade julgadora é livre para formar sua convicção, podendo deferir perícias quando entendê-las necessárias, ou indeferir as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, sem que isto configure preterição do direito de defesa. Por se tratar de prova especial, subordinada os requisitos específicos, a perícia só pode ser admitida, pelo Julgador, quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento. Somente haverá perícia, portanto, quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova, ainda, tiver utilidade, diante dos elementos disponíveis para exame.(Acórdão CARF nº 1802.000661, Sessão de 03/11/2010).

NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. REJEIÇÃO DO PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. PRELIMINAR REJEITADA A perícia técnica não é meio de prova para comprovação de fato que possa ser feito mediante a mera apresentação ou juntada de documentos cuja guarda e conservação compete à contribuinte, mas sim para esclarecimento de pontos duvidosos que exijam conhecimentos especializados. Tendo a decisão de primeira instância rejeitado, de forma fundamentada, a desnecessidade ou prescindibilidade de realização de perícia técnica na escrituração contábil para a resolução da lide, incabível a arguição de nulidade da decisão proferida.(Acórdão CARF nº 1802.001.355, Sessão de 11/09/2012, Relator Nelsinho Kichel).

PROTESTO GENÉRICO PELA PRODUÇÃO DE PROVAS. PEDIDO REJEITADO. Indefere-se o pedido genérico para produção posterior de provas e/ou perícia quando desnecessários para resolução da lide e quando formulado em desacordo com o art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72.

(Acórdão CARF nº 1802-001.339, Sessão de 08/08/2012, Relator Nelsinho Kichel).

PRODUÇÃO DE PROVA. PROTESTO GENÉRICO. INDEFERIMENTO. *Indefere-se o mero pedido genérico para produção posterior de provas e/ou perícia, principalmente, quando não enquadrado nas hipóteses do art. 16, §4º, do Decreto nº 70.235/72. (Acórdão nº 280100.982, sessão de 24/09/2010, Relator Antonio de Pádua Athayde Magalhães).*

PEDIDO DE PERÍCIA. *É de ser indeferido o pedido de perícia feito em desacordo com a legislação pertinente, mormente quando os fatos relatados e as provas constantes dos autos são suficientes para o deslinde da matéria. (Acórdão nº 140200.415, sessão de 28/01/2011, Relator Antônio José Praga de Souza).*

NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. REJEIÇÃO DO PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA FISCAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. PRELIMINAR REJEITADA.

O indeferimento do pedido de diligência para produção de provas cujo ônus probatório é do contribuinte, e quando restar evidenciado que ele poderia acostar ou juntar aos autos se de fato existissem, não configura cerceamento do direito de defesa.

Ainda, não configura cerceamento do direito de defesa o indeferimento do pedido de diligência considerado desnecessário, prescindível à resolução da lide e quando formulado sem atendimento aos requisitos do art. 16 do Decreto nº 70.235/72. (Acórdão CARF nº 1802-001.320, Sessão de 07/08/2012, Relator Nelsinho Kichel)

Ademais, ainda como razão decidir pela rejeição do pedido de realização de diligência/perícia técnica, adoto os fundamentos do voto condutor da decisão recorrida (e-fls.329/330), *in verbis*:

(...)

Sobre os pedidos de diligência e perícia, da análise dos quesitos propostos pela interessada, verifica-se que consistem em: circularizar os fabricantes com os quais mantém contratos de distribuição para confirmar o alegado tabelamento de preços; constatar se é verdade que o produto objeto de distribuição é revendido pelo mesmo preço de compra; esclarecer se é verdade que a sua receita bruta se restringe ao percentual de desconto concedido e destacado na nota fiscal de entrada.

Tais fatos não requerem realização de diligência, muito menos de perícia, que é um instrumento de produção de provas que visa ao esclarecimento de determinado fato de natureza técnica, por um especialista no assunto, não se justificando a sua realização quando o fato puder ser demonstrado pela simples juntada de documentos por parte do interessado, ou através dos elementos que compõem o processo.

Ademais, o processo encontra-se instruído com todos os elementos necessários à formação da convicção do julgador, inclusive na elucidação dos quesitos propostos pela impugnante, o que torna dispensável a realização de diligência e perícia. Indefiro, portanto, a diligência e perícia requeridas, em conformidade com o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972 (Processo Administrativo Fiscal - PAF).

Dessa forma, indefiro os pedidos de diligência e perícia.

(...)

Por tudo que foi exposto, indefiro, portanto, o pedido de realização de diligência/perícia técnica.

Por conseguinte, não há reparo a fazer na decisão recorrida quanto ao valor tributável da infração imputada e quanto à rejeição do pedido de realização de diligência/perícia técnica.

APURAÇÃO DO LUCRO ARBITRADO. ANO-CALENDÁRIO 2006

O lucro arbitrado de ofício do ano-calendário 2006 e o respectivo valor do IRPJ lançado (diferença de imposto) estão apresentados no demonstrativo constante do Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 39/43), e que transcrevo a seguir:

AC 2006	DMA VENDAS	REC. BRUTA CONHECIDA	LUCRO ARBITRADO	IRPJ	ADICIONAL	IRPJ DEVIDO	DCTF	IRPJ A LANÇAR (diferença)
JANEIRO	951.986,88	951.986,88						
FEVEREIRO	760.258,73	760.258,73						
MARÇO	867.271,87	867.271,87						
1º TRIMESTRE	2.579.517,48	2.579.517,48	247.633,68	37.145,05	18.763,37	55.908,42	17.330,52	38.577,90
ABRIL	988.806,06	988.806,06						
MAIO	1093.511,24	1093.511,24						
JUNHO	950.689,80	1093.511,24						
2º TRIMESTRE	3.033.007,10	3.033.007,10	291.168,68	43.675,30	23.116,87	66.792,17	17.096,87	49.695,30
JULHO	1.166.407,53	1.166.407,53						
AGOSTO	1.191.094,80	1.191.094,80						
SETEMBRO	1.196.446,76	1.196.446,76						
3º TRIMESTRE	3.553.949,09	3.553.949,09	341.179,11	51.176,87	28.117,91	79.294,78	20.990,90	58.303,88
OUTUBRO	1.064.003,83	1.064.003,83						
NOVEMBRO	1.251.342,87	1.251.342,87						
DEZEMBRO	1.033.276,44	1.083.276,44						
4º TRIMESTRE	3.348.623,14	3.553.949,09	321.467,82	48.220,17	26.146,78	74.366,96	23.070,60	51.296,35
TOTAL	12.515.096,91	12.515.096,91	-	180.217,39	96.144,93	276.362,32	78.488,90	197.873,43

Obs:

(i) Lucro Arbitrado de Ofício (apuração trimestral): foi utilizado o coeficiente de presunção do lucro de 8% para comércio, acrescido de 20% pelo arbitramento = 9,6%, aplicado sobre a receita bruta conhecida trimestral, com base nas DMA-ICMS forcedidas pelo fisco estadual da Bahia, em face de Convênio de Cooperação Técnica. Do valor do IRPJ apurado de ofício, foi deduzido o valor do imposto confessado em DCTF, implicando lançamento apenas da diferença de principal, com multa de ofício de 75% e juros de mora.

No tópico anterior deste voto, foi mantido, no mérito, o valor tributável da infração imputada, ou seja, foi mantida a receita bruta conhecida (faturamento, somatório dos valores das notas fiscais de vendas emitidas pela Recorrente, ano-calendário 2006), conforme cópias das DMA fornecidas pelo fisco estadual da Bahia.

Não há, também, reparo a fazer no arbitramento do lucro, conforme demonstrado na planilha transcrita acima.

Ainda, como razão decidir, adoto os fundamentos do voto condutor da decisão da decisão recorrida (e-fls.329/330), *in verbis*:

(...)

Passo a examinar o mérito da tributação do IRPJ, com base no lucro arbitrado, devido à não apresentação dos livros contábeis e fiscais obrigatórios para as empresas optantes pelo lucro presumido, determinado mediante a aplicação do coeficiente de 9,6% sobre a receita bruta conhecida, representada pelos valores das vendas informadas nas DMA, os quais são superiores aos informados na DIPJ/2007.

O arbitramento do lucro como forma de determinação da base de cálculo do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas está previsto no art. 44 do Código Tributário Nacional (CTN), e deve ser adotado nas hipóteses definidas no art. 530 do RIR/1999, dentre as quais a do inciso III: o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e Fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527. (grifei)

A Impugnante não se insurge contra a forma de apuração da base de cálculo do IRPJ - Lucro Arbitrado - e, considerando a não apresentação dos livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, de manutenção obrigatória, reiteradamente solicitados durante a ação fiscal, depreende-se que o arbitramento do lucro está em conformidade com o art. 530, inciso III, do RIR/1999, pois não é admissível prejuízo à incidência tributária nas hipóteses de descumprimento de requisitos definidos em lei para tributação do lucro real ou lucro presumido

(...)

Para se chegar ao montante de Lucro Arbitrado sujeito à tributação do IRPJ, aplicou-se sobre a receita bruta conhecida, informada na DMA, proveniente da revenda de mercadorias, o percentual de 9,6%, correspondente ao coeficiente de determinação do Lucro Presumido aplicável à receita de revenda de mercadorias (8%), acrescido de 20% (vinte por cento), em consonância com o art. 532 do RIR/1999, que assim dispõe:

Art. 532. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, § 1º, 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). (grifei)

(...)

Em relação à questão da receita bruta tributável, extraída das DMA (somatório das notas fiscais de saídas), já foi enfrentada no mérito, alhures.

Por fim, apenas para argumentar, o arbitramento de lucro, no caso de não apresentação dos livros contábeis/fiscais, não é penalidade, mais sim forma de apuração (regime de apuração do IRPJ e reflexo - CSLL).

O lucro arbitrado de ofício não é condicional; é definitivo. Nesse sentido, a matéria já sumulada pelo CARF:

Súmula CARF nº 59: A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal.

Portanto, reiterando mantém se o arbitramento do lucro, conforme efetuado pela fiscalização.

Lançamentos reflexos: CSLL, PIS e Cofins: houve lançamento de diferenças dessas exações fiscais, demonstrativos constantes dos respectivos Autos de Infração e do demonstrativo de cálculo constante do Termo de Verificação Fiscal, parte integrante do lançamento fiscal (fls. 39/43), pois foram deduzidos, subtraídos os valores confessados nas respectivas DCTF dos períodos de apuração do ano-calendário 2006.

- lançamento da CSLL:

Base de Cálculo da CSLL (apuração trimestral): foi utilizado o coeficiente de 12% sobre a receita bruta trimestral conhecida, extraída das respectivas DMA (receita bruta tributável matéria já enfrentada, no mérito, neste voto).

A respeito da alíquota de 9% (nove por cento) utilizada para o cálculo da CSLL, cumpre dizer que foi aplicada por força do art. 37 da Lei nº 10.637, de 2002. Ainda, a alíquota de 9% persiste, foi mantida, pela Lei nº 11.727/2008, de forma definitiva (art. 17, II).

- lançamento da Contribuição para o PIS e Cofins:

Base de Cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins (apuração mensal): foi utilizada a respectiva receita bruta mensal conhecida, com base nas DMA fornecidas pelo fisco estadual da Bahia (receita bruta tributável, matéria já enfrentada alhures, no mérito)

Do valor da CSLL, PIS e Cofins apurados de ofício, foi deduzido o valor da respectiva Contribuição confessada em DCTF, implicando lançamento apenas da diferença de principal, com multa ofício de 75% e juros de mora.

Portanto, não há reparo a fazer no lançamento de ofício do IRPJ e reflexos e,

Documento assinado digitalmente em 20/06/2014 por NELSO KICHEL

Autenticado digitalmente em 16/06/2014 por NELSO KICHEL, Assinado digitalmente em 20/06/2014 por EST

ER MARQUES LINS DE SOUSA, Assinado digitalmente em 16/06/2014 por NELSO KICHEL

Impresso em 20/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

PARCELA DO ICMS. EXCLUSÃO DA RECEITA BRUTA TRIBUTÁVEL. FALTA DE PREVISÃO LEGAL

Anteriormente, já restou enfrentada, no mérito, a questão da receita bruta apurada (conhecida), valor tributável da infração imputada “omissão de receitas” do ano-calendário 2006, com nas DMA. Porém, a Recorrente alega:

a) que deveria ser excluído do valor tributável – Receita Bruta – a parcela do ICMS;

b) que é ilegal e inconstitucional a cobra do IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e Cofins) sobre a parcela do ICMS.

Diversamente do entendimento da Recorrente, o art. 279 do RIR/99, que define a receita bruta, não prevê a exclusão da parcela do ICMS incidente sobre o valor da operação de venda da mercadoria e acerca da operação de prestação de serviços, pois trata-se de tributo calculado por “dentro”, ou seja, o valor do ICMS integra o preço de compra ou de venda do bem, mercadoria ou do serviço.

Vale esclarecer que somente há previsão legal para a dedução do ICMS quando a base de cálculo do IRPJ é apurada com base no Lucro Real, que não é o caso.

Referente à Contribuição para o PIS e à COFINS, como visto, os artigos 10 e 22 do Decreto 4524/2002 definiram claramente a base de cálculo destas contribuições, estabelecendo expressamente as receitas a serem excluídas da base de cálculo. Desse modo, por estrita previsão legal, o ICMS incidente sobre as vendas só pode ser excluído da receita bruta, para fim de determinação da base de cálculo das contribuições em comento, quando o contribuinte for substituto tributário, o que não é o caso da Impugnante, em que o mencionado tributo estadual é cobrado “por dentro”, integrando o preço de venda, sendo o ônus assumido integralmente pelo adquirente do produto vendido.

As decisões proferidas incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, em Recursos Extraordinários, a exemplo da citada na impugnação/recurso, aproveitam apenas às partes integrantes daquelas ações judiciais (art. 472 do Código de Processo Civil).

A esfera administrativa não é o fórum próprio para a discussão da alegada ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação de regência do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins que não prevê a exclusão da parcela do ICMS da receita bruta, valor tributável por essas exações fiscais.

Os órgãos de julgamento administrativo estão vinculados à observância e aplicação da lei vigente que tem presunção de legalidade, legitimidade e constitucionalidade, enquanto não revogada por outra lei ou enquanto não retirada do ordenamento jurídico ou suspenso seus efeitos *erga omnes* pelo Poder Judiciário.

Os julgadores administrativos não podem negar vigência ou deixar de aplicar lei vigente, sob pena de responsabilidade funcional.

Na esfera administrativa, o julgamento pauta-se na aferição se o ato administrativo de lançamento fiscal observou, foi produzido, conforme a legislação de

regência; não há controle de legalidade da lei, mas sim controle de legalidade do ato administrativo se produzido conforme a lei.

No caso, o lançamento foi produzido conforme a lei.

A propósito da falta de competência deste Órgão administrativo de julgamento para conhecer, no mérito, de arguição de inconstitucionalidade de lei, a matéria, por pacífica, encontra-se sumulada:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A incompetência dos órgãos de julgamento administrativa para conhecer da arguição de inconstitucionalidade de lei, por estarem vinculados ao Poder Executivo, decorre da própria Constituição Federal que adotou o princípio da unidade de jurisdição, ou seja, o Poder Judiciário tem a competência privativa e a última palavra para conhecer e decidir acerca da ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei.

Destarte, não conheço, no mérito, da arguição de inconstitucionalidade da lei tributária que não prevê a exclusão da parcela do ICMS da receita bruta.

Portanto, deve ser mantida a parcela do ICMS no valor tributável da infração omission de receitas (receita bruta conhecida, apurada com base nas notas fiscais de saídas, de vendas), ano-calendário 2006.

APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO DE 75%. DESPROPORCIONAL. CARÁTER CONFISCATÓRIO. FALTA DE COMPETÊNCIA PARA CONHECER, NO MÉRITO, DA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE

A Recorrente argumentou que o valor da multa de ofício aplicada, no percentual de 75% sobre o valor do principal dos tributos objeto da autuação é excessiva, desproporcional ou confiscatória

Essa questão da arguição da inconstitucionalidade de lei na órbita administrativa foi abordada anteriormente, ou seja, o CARF não tem competência para pronunciar-se, no mérito; é matéria de competência do Poder Judiciário. Súmula CARF nº 02, já transcrita alhures, neste Voto.

Ainda, como razão de decidir adoto os mesmos fundamentos do voto condutor da decisão recorrida, que abordou assim a falta de competência do órgão administrativo para conhecer da alegação ou arguição de inconstitucionalidade de lei (e-fls.334/335), *in verbis*:

(...)

A Impugnante também se mostra inconformada com a aplicação da multa de ofício, no percentual de 75%, por considerá-la exigência confiscatória.

Os princípios constitucionais devem ser respeitados, mas a sua violação, como já foi dito, não encontra em órgãos administrativos foro de discussão adequado, por lhes faltar

competência. A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Poder Judiciário a tarefa de declarar a constitucionalidade de norma legal, cabendo à Administração Pública a aplicação das normas como postas no ordenamento, em respeito à presunção de constitucionalidade que as acompanha.

A autoridade tributária ao aplicar a multa de ofício em litígio agiu conforme lei vigente - Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 44, inciso I - de cuja obediência não pode se afastar sob pena de responsabilidade funcional.

Dessa forma, demonstrada a existência dos ilícitos apontados nos autos de infração e estando a situação fática apresentada tipificada e enquadrada no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que a insere no campo das infrações tributárias, sobre os valores dos tributos mantidos deve-se manter a multa de ofício, no valor de 75%, não se podendo acolher a alegação de confisco.

No que diz respeito à jurisprudência trazida aos autos, é de se observar o disposto no artigo 472, do Código de Processo Civil (CPC), o qual determina que "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros", donde se conclui que, não sendo parte nos litígios objetos dos acórdãos, a Interessada não pode usufruir os efeitos das sentenças ali prolatadas, posto que são inter partis e não erga omnes.

Ademais, os entendimentos jurisprudenciais transcritos pela impugnante tratam de situações diversas da que está em litígio neste processo.

Também a doutrina citada pela Impugnante serve apenas como forma de ilustrar e reforçar sua argumentação, não vinculando a administração àquela interpretação, isto porque não têm eficácia normativa.

(...)

Diante do exposto, deve ser mantida a multa de ofício aplicada no percentual de 75%. Decisão recorrida mantida.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: CSLL, PIS E COFINS.

Tratando-se de lançamentos decorrentes, a decisão prolatada no lançamento matriz (IRPJ) é aplicável, no que couber, aos reflexos, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Por tudo que foi exposto, voto para REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel

CÓPIA