



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

Processo n° 10725.000548/2004-70
Recurso n° 132.197 Voluntário
Acórdão n° 2201-00.279 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de junho de 2009
Matéria COFINS
Recorrente VIEIRA E PESSANHA LTDA
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO /RJ

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

TRIBUTAÇÃO PELO LUCRO PRESUMIDO.

Conforme o Parágrafo §4º do art. 516 do Decreto nº 3.000/99, a contribuinte deve fazer a opção pelo lucro presumido no momento do pagamento da primeira, ou única quota, do imposto do primeiro período de apuração de cada ano calendário. Caso deixe de fazer essa opção, não fará jus à tributação pelo presumido.

LUCRO ARBITRADO.

Quando a situação de controle contábil da contribuinte se enquadrar em uma das hipóteses dos incisos do art. 530 do Decreto nº 3.000/99, o tributo deve ser lançado com base no lucro arbitrado.

CANCELAMENTO DE NOTAS FISCAIS.

Para comprovação do cancelamento da nota fiscal é imprescindível que, além de possuir as primeiras vias no talonário, faça-se observação com a justificativa do cancelamento na própria nota fiscal e nos livros contábeis.

PROVA PERICIAL.

A perícia é prescindível para comprovação do cancelamento das notas fiscais, pois a recorrente poderia ter apresentado cópias das justificativas dos cancelamentos como prova, sem necessidade de diligência.

MATÉRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.

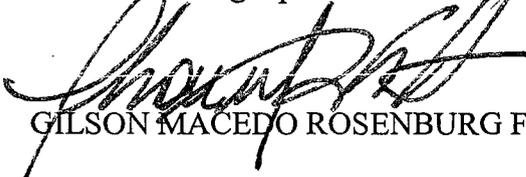
A esfera administrativa não tem competência para apreciar matéria de constitucionalidade de normas, conforme Súmula nº 02, *in verbis*:

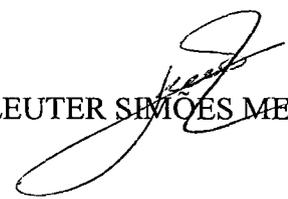
“O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.”

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª Turma da 2ª Seção de Julgamento do CARF, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO
Presidente


JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas, Eric Moraes de Castro e Silva, Odassi Guerzoni Filho, José Adão Vitorino de Moraes, Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Relatório

Trata o presente processo de auto de infração (fls.41/44) emitido em 24/06/2004, por falta de recolhimento da COFINS, no período entre 31/01/2001 a 31/12/2003.

Na Descrição dos Fatos do auto de infração (fls.42), consta a seguinte informação:

“Nas declarações entregues à SRF, na sistemática do SIMPLES, o contribuinte havia omitido as receitas contidas nas NFs de nº 0000001 a 000465, resultando em um pagamento do imposto pelo SIMPLES bem inferior ao devido.

O contribuinte, apesar de entregar suas declarações pelo SIMPLES (...) não se encontra cadastrado neste sistema. Dessa forma, as declarações entregues nesta sistemática tornam-se sem efeito, pois o contribuinte não encontra-se enquadrado neste sistema.

O contribuinte não entregou DCTF referente aos períodos do 1º trim/2001 ao 4º trim/2003”.

Ainda na descrição dos fatos, o auditor fiscal informa que, apesar de várias intimações, a contribuinte não apresentou os livros contábeis e respondeu à intimação dizendo não possuir o livro caixa e que os documentos que serviram de base à escrituração foram inutilizados. Continuou a descrição dos fatos acrescentando o seguinte:

“A fiscalização ainda tentou obter os documentos contábeis do contribuinte com o intuito de se apurar o seu Lucro Real, mas o contribuinte não atendeu à intimação.

A fiscalização está cobrando de ofício a COFINS incidente sobre as receitas auferidas pelo contribuinte, apuradas com base nas NFs nº 000001 a 000465 e NFS, série D-1, nº 2036 a 5100.

A fiscalização, com o intuito de evidenciar o real faturamento da empresa nos períodos de 2001 a 2003, na apuração de ofício da COFINS, elaborou as planilhas anexadas a este Auto de Infração contendo as receitas auferidas pelo contribuinte, relativas às Notas Fiscais de Venda de Mercadorias, de numeração nº 000001 a 000465 e nº 2936ª 5100, série D-1”.

Pelas razões acima expostas, a fiscalização enquadrou a autuação na Lei Complementar nº 7/91, nº 85/96, nas Leis nºs 9.718/98, 9.990/2000, 9.779/99; nas Medias Provisórias nºs 1.807/99, 1.858/99, 2.037/2000; Instruções Normativas SRF nºs 247/02, 06/99; e arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 5.524/02.

Dessa forma, foi lançada a tributação de R\$ 222.712,57; juros de mora, calculado até 31/05/2004, no valor de R\$ 56.521,33; multa qualificada no valor de R\$ 334.068,73, totalizando a autuação em R\$ 613.302,63.

A contribuinte impugnou a autuação junto à DRJ no Rio de Janeiro/RJ (fls.787/807), alegando o seguinte, em resumo:

O arbitramento do lucro é uma medida extrema e exacerbada de tributação, pois na falta de apresentação de DCTF não enseja o arbitramento. Além disso, o presente caso não se trata de receita bruta não conhecida, pois os auditores fiscais tinham posse do livro de saída e notas fiscais, elementos suficientes para apuração da receita bruta.

Descreveu a modalidade do lucro presumido, argumentando que preenche os requisitos para opção do lucro presumido e concluindo que o arbitramento é bem mais prejudicial às empresas que a tributação pelo lucro presumido.

A contribuinte alegou que foram consideradas pelo fisco notas canceladas e que, a soma dessas notas, totalizam o valor de R\$ 462.506,42, o qual deve ser excluído da autuação.

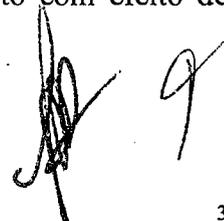
Na impugnação, a contribuinte refez o cálculo do lançamento em forma de lucro presumido, desconsiderando as notas fiscais canceladas (indevidamente incluídas na base de cálculo pelos fiscais), aplicando a multa de ofício de 75%, por considerar que a multa qualificada é imotivada. Assim, chegou ao valor apurado de R\$ 417.139,92.

Atacou a aplicação da multa qualificada, afirmando a falta de motivação na descrição dos fatos, gerando cerceamento de defesa.

Também alegou que a multa qualificada é admitida somente quando comprovado ato delituoso, o que não ocorreu.

Ainda alegou vedação constitucional à utilização do tributo com efeito de confisco.

A DRJ julgou da seguinte forma (fls.894/899):



A contribuinte apenas fez alusão à COFINS, sem apresentar qualquer defesa específica do lançamento da contribuição, “*limitando-se a produzir a argumentação relativa ao arbitramento do lucro e as exigências de IPRJ e CSLL*”.

A autuante não motivou a multa qualificada, descumprindo ao disposto no art. 10, inciso III, do Decreto nº 70.235/72.

Assim, a DRJ manteve parcialmente o lançamento, apenas reduzindo a multa de 150% para 75% e mantendo os demais lançamentos.

A contribuinte foi intimada do acórdão da DRJ em 25/11/2004 (fls.906).

Em 17/12/2004 a contribuinte protocolizou Recurso Voluntário (fls.907/921), apenas reiterando os argumentos utilizados na impugnação e fazendo o seguinte pedido:

“a)excluir da base de cálculo todas as notas fiscais canceladas e indevidamente computadas para efeito de tributação, as quais estão relacionadas em demonstrativos que passa a fazer parte integrante dos autos;

b) finalmente, requer diligência para que seja feita perícia nas notas fiscais canceladas, as quais se encontram grampeadas nos respectivos talonários em poder da RECORRENTE e à disposição de V.Sª”.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA, Relator

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

A recorrente foi autuada em decorrência de entregar suas declarações de rendimento pelo sistema SIMPLES, quando não estava cadastrado no sistema, o que tornou suas declarações sem valor. Além disso, nas declarações foram omitidos os valores de várias notas fiscais.

No Recurso Voluntário ora apreciado, a recorrente não suscitou a matéria relativa ao seu enquadramento no SIMPLES, por essa razão não será analisa esse assunto.

As matérias devolvidas para este Conselho foram as seguintes:

- a) Possibilidade de tributação pelo lucro presumido;
- b) Notas fiscais canceladas;
- c) Vedação constitucional da utilização do tributo com efeito de confisco.

Delimitado o cerne da questão, pode-se passar ao cotejo de cada item atacado no recurso.

POSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO PELO LUCRO PRESUMIDO

Alega a recorrente que o lançamento do tributo por arbitramento é medida excepcional, devendo ser tomada somente quando não for disponibilizado material necessário para a apuração da receita bruta do contribuinte. Ainda alega a recorrente que o lançamento do tributo por arbitramento é excessivo e onera ainda mais o contribuinte. Além disso, as notas fiscais e o livro de saída apresentados, quando da fiscalização, são suficientes para apurar a receita bruta e fazer o lançamento pelo lucro presumido.

Em que pese a argumentação da recorrente, a fim de descaracterizar o lançamento por arbitramento para lançamento por lucro presumido, ela não preenche os requisitos para este. É que o Parágrafo 4º do art 516 do Decreto n° 3.000/99 exige a prévia opção da contribuinte pelo lucro presumido, se não, veja-se:

“Art.516.A pessoa jurídica cuja receita bruta total, no ano-calendário anterior, tenha sido igual ou inferior a vinte e quatro milhões de reais, ou a dois milhões de reais multiplicado pelo número de meses de atividade no ano-calendário anterior, quando inferior a doze meses,.

§4ºA opção de que trata este artigo será manifestada com o pagamento da primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário (Lei n° 9.430, de 1996, art. 26, §1º)”. (grifo nosso)

A contribuinte não fez a opção pelo lucro presumido no momento correto. Não há previsão legal autorizadora da opção no curso do processo fiscal, portanto, não pode ser aplicada a tributação pelo lucro presumido.

A recorrente alega que não pode ser mantido o lançamento por arbitragem, pois o fisco teve acesso às notas fiscais e livro de saída, podendo calcular a receita bruta da empresa. Essa alegação não deve prosperar, pois, para evitar a tributação por arbitragem, o sujeito passivo é obrigado a manter todos os livros contábeis exigido pela lei.

Vejamos o que diz o artigo 530 do Decreto n° 3.000/99, *in verbis*:

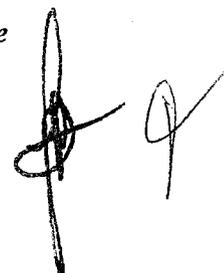
“Art.530.O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei n° 8.981, de 1995, art. 47, e Lei n° 9.430, de 1996, art. 1º):

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;

II-a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a)identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou

b)determinar o lucro real;



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;

IV-o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V-o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);

VI-o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário". (grifo nosso)

Pela análise dos autos, a recorrente se enquadra em quase todas as hipóteses autorizadoras da aplicação do arbitramento, portanto, não há razão para não manter a autuação da forma como foram lançados os créditos tributários.

NOTAS FISCAIS CANCELADAS

Alega a recorrente que as notas fiscais nº 000001 a 000465 foram canceladas, mas mesmo assim foram lançadas no auto de infração. A recorrente juntou as cópias dessas notas aos autos, alegando que ainda possui a primeira via no talonário, o que comprovaria o cancelamento das notas. Assim, a recorrente pede que sejam cancelados os lançamentos relativos a essas notas fiscais.

No entanto, o fato do emissor da nota ainda possuir as primeiras vias não comprova o cancelamento. Isso porque para ter o cancelamento é necessário mais que o simples fato de segurar a primeira via. Ao cancelar a nota fiscal, o emissor deve fazer as anotações em seus livros contábeis e na própria nota fiscal, demonstrando a razão do cancelamento.

A recorrente poderia ter trazido aos autos prova mais contundente a respeito do cancelamento, todavia as cópias trazidas à apreciação não apresentam nenhuma observação ou motivação do cancelamento. Como era possível a comprovação do cancelamento sem a necessidade da perícia, nega-se a realização da diligência requerida pela recorrente.

Interessante torna-se apresentar o conteúdo da ementa aprovada no julgamento do Recurso Voluntário nº 144.648, pela Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, publicado no D.O.U. em 13 de junho de 2007, *in verbis*:

"ARBITRAMENTO - Legítimo o arbitramento do lucro, ante a inexistência de escrituração contábil-fiscal.

NOTA FISCAL - CANCELAMENTO - Para que a nota fiscal seja tida como cancelada é necessário que, além da conservação de todas as vias no talonário, formulário contínuo ou jogos soltos, que dela conste a declaração do motivo do cancelamento e, se for o caso, se faça referência à nova nota emitida.

PERÍCIA - É de se indeferir o pedido de perícia que, além de formulado sem os requisitos do Decreto nº 70.235/72, se mostra desnecessária. Recurso improvido". (Grifo nosso)

Portanto, bastava que a recorrente juntasse aos autos cópia da justificativa das notas canceladas, sem ser necessária a diligência.

**VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DA UTILIZAÇÃO DO TRIBUTO
COM EFEITO DE CONFISCO**

A contribuinte alega que o montante lançado no auto de infração “*conduz ao verdadeiro confisco tributário*”, que é vedado pela Constituição Federal.

Ocorre que as esferas administrativas não são competentes para conhecer de matérias constitucionais, conforme dispõe a Súmula nº 02 do Segundo Conselho de Contribuinte, *in verbis*:

“SÚMULA N. 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”.

Por essa razão não conheço dessa matéria.

Ex positis, nego provimento ao Recurso Voluntário interposto, mantendo todos os lançamentos, com exceção da multa, a qual ratifico a diminuição concedida pela DRJ.

Sala das Sessões, em 04 de junho de 2009

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA