



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

Processo nº 10830.013353/2010-31
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1402-00.910 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de março de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - IRPJ E REFLEXOS
Recorrente GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS. Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do auto de infração, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, restam insubsistentes as alegações de nulidade do auto de infração e do procedimento Fiscal.

DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTOS. REGRA DO ART. 173 DO CTN. O lançamento por homologação ocorre quando o sujeito passivo da obrigação tributária apura o montante tributável e efetua o pagamento do imposto devido, ainda que parcialmente, sem prévio exame da autoridade administrativa, hipótese em que a contagem do prazo decadencial se rege pelo disposto no art. 150, § 4o, do CTN, quando ausentes dolo, fraude ou simulação. A falta do pagamento antecipado, aplicase a regra de contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, inciso I, do CTN.

VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS. CONFRONTO DECLARADO/ ESCRITURADO. E devido pela pessoa jurídica os tributos apurados em sua escrituração fiscal e demonstrada na DIPJ, que não tenha sido objeto de recolhimento e nem de confissão em DCTF.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF nº2).

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRINCÍPIO DA DECORRÊNCIA. APLICAÇÃO. Tratando-se de lançamento reflexo, qual seja, calcado nas mesmas infrações autuadas em outro processo, dito principal, cumpre aplicar no julgamento deste o princípio da decorrência, repercutindo a mesma decisão daquele quanto ao mérito.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS. A não apresentação da escrituração obrigatória para o optante do Lucro Real, bem como dos documentos atinentes às suas operações, autoriza o arbitramento do lucro. Nos percentuais de apuração do lucro arbitrado já se consideram os custos inerentes à atividade desenvolvida.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. Para a imposição da multa de ofício com agravamento em 50% de seu percentual original é preciso que a “falta de atendimento” tenha caráter de omissão total, ou seja, a contribuinte não forneça qualquer informação, ou procrastine as respostas, sempre de modo a dificultar o procedimento do Fisco; ou, ainda, forneça as informações e respostas evasivamente, sem qualquer conteúdo, em evidente intuito de obstaculizar a ação fiscal.

OMISSÃO DE RECEITA. ARBITRAMENTO DO LUCRO. TRIBUTAÇÃO REFLEXA DE PIS E COFINS. A omissão de receita enseja a apuração de todos tributos e contribuições subtraídos à tributação, entre os quais se destacam o Pis e a Cofins, porque incidentes sobre o faturamento, entendido como a receita bruta da pessoa jurídica, sendo irrelevante, à espécie, a metodologia de cálculo adotada para a determinação do lucro da pessoa jurídica.

Recursos de Ofício e Voluntário Negados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos: 1) rejeitar as preliminares de nulidade, e no mérito negar provimento ao recurso voluntário; 2) negar provimento ao recurso de ofício. Tudo nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente

(assinado digitalmente)

Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

GASFORTE COMBUSTIVEIS E DERIVADOS LTDA recorre a este Conselho contra o acórdão proferido pela Delegacia de Julgamento da Receita Federal, em primeira instância administrativa, que julgou procedente a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Em razão de sua pertinência, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

Trata-se dos Autos de Infração relativos ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e às Contribuições para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins e para Integração Social - Pis, lavrados em 27/09/2010, que formalizaram o crédito tributário contra a contribuinte em epígrafe no valor total de R\$ 10.559.364,77, incluindo multa de ofício agravada (**112,50%**) e juros de mora calculados até 31/08/2010, em razão do arbitramento do lucro e da constatação de omissão de receita da revenda de álcool carburante e de combustíveis derivados de petróleo, no **ano-calendário 2007**, conforme discriminado no Termo de Verificação Fiscal de fls. 36/42:

“1. No exercício das funções do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal 0810400-2008-00947-4, procedemos à verificação relativa ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, Insuficiência de Declaração e Recolhimento, para o ano-calendário 2007, do contribuinte acima identificado, tendo apurado os fatos e adotado os seguintes procedimentos:

2. Foi efetuado em 17/12/2009 o encerramento parcial do MPF referente ao ano de 2004, 2005 e 2006, lavrando Autos de Infração, formalizados através dos processos administrativos n.º. 10830.017460/2009-02 e 10830.017461/2009-49.

3. Os débitos formalizados nesta ocasião em nome do sujeito passivo totalizaram o montante de R\$ 886.915,57 e excederam a trinta por cento de seu patrimônio conhecido, por este motivo foi efetuado o arrolamento de bens formalizado através dos processo administrativo n.º. 10830.017459/2009-70

DOS PROCEDIMENTOS FISCAIS

4. Dando continuidade à fiscalização demos ciência ao representante legal do contribuinte do Termo de Intimação Fiscal, em 10/02/2010, solicitando os seguintes documentos:

- Livros Diário, Razão, LALUR, Balancetes de Verificação e Demonstração de resultado referentes ao ano-calendário 2007 e planilhas em papel e meio magnético (excel), contendo o resumo das vendas de combustíveis do ano 2007, por mês de competência e por produto.

*5. O contribuinte não apresentou os documentos solicitados, lavramos Termo de Intimação Fiscal em 07/04/2010, re-intimando o contribuinte a apresentar os documentos. Alertamos o contribuinte que a não apresentação dos livros e documentos acarretaria no **ARBITRAMENTO DO LUCRO** conforme previsto nos*

Arts. 529, 530 c/c 251, 258, 259, 260 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99.

6. Em 16/04/2010 o contribuinte apresentou planilhas em papel timbrado onde constam as vendas realizadas no período de 01/01/2007 a 31/12/2007. Na ocasião solicitou prazo de mais 10 (dez) dias para a entrega dos outros documentos solicitados.

7. Em 02/06/2010, comparecemos ao endereço do contribuinte para dar ciência de novo Termo de Intimação Fiscal. Intimamos o contribuinte a apresentar os seguintes documentos:

a- livros Diário, Razão, LALUR, Balancetes de Verificação e Demonstração de resultado referentes ao ano-calendário 2007.

b- Com relação às planilhas das vendas realizadas por essa empresa no período de jan/2007 a dez/2007, enviadas a esta fiscalização federal através da correspondência datada de 16/04/2010, constatamos que para os meses de junho/2007 a out/2007 não foram relacionadas vendas. Assim sendo fica a empresa intimada a ratificar se a planilha apresentada contempla todas as vendas efetuadas pela fiscalizada no ano-calendário de 2007.

c- Apresentar Cópia de todas as GIA's apresentadas à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, referente ao período de janeiro/2007 a dezembro/2007;

8. Em 22/06/2010 o contribuinte compareceu as dependências desta delegacia e apresentou os seguintes documentos:

a- Declaração que a empresa não operou no período de junho de 2007 a outubro de 2007 pelo motivo de suspensão temporária da Inscrição Estadual da Secretaria da Receita Estadual-SP.

b- Cópias das GIA's apresentadas à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, exceto mês de junho/2007.

9. Na ocasião lavramos Termo de Intimação Fiscal, solicitando o seguinte:

a- Apresentar os documentos solicitados anteriormente nos Termos de Intimação Fiscal de 11/11/2009, 17/12/2009, 10/02/2010, 07/04/2010 e 07/06/2010, ou seja, os livros Diário, Razão, LALUR, Balancetes de Verificação e Demonstração de resultado referentes ao ano-calendário 2007;

b- Apresentar Cópia da GIA apresentada à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, referente ao período de junho/2007;

c- Planilhas em papel e meio magnético (excel), contendo o resumo das vendas de combustíveis do ano 2007, das filiais, por mês de competência e por produto;

d- Apresentar Cópia de todas as GIA's apresentadas às Secretarias da Fazenda do Estado da Bahia e do Espírito Santo, referente ao período de janeiro/2007 a dezembro/2007;

10. Em 13/07/2010 o contribuinte apresentou os seguintes documentos:

- planilhas em papel e meio magnético das vendas realizadas no período de janeiro a dezembro/2007 da filial na Bahia, CNPJ 34.399.899/0006-93.

- **Declaração que não houve movimentação na filial do Espírito Santo.**

- Solicitou prazo de 10 (dez) dias para a entrega da documentação faltante.

11. Lavramos Termo de Intimação Fiscal, em 13/07/2010, solicitando o seguinte:

a- Apresentar os documentos solicitados anteriormente nos Termos de Intimação Fiscal de 11/11/2009, 17/12/2009, 10/02/2010, 07/04/2010, 07/06/2010 e 22/06/2010 ou seja, os livros Diário, Razão, LALUR, Balancetes de Verificação e Demonstração de resultado referentes ao ano-calendário 2007;

b- Apresentar Cópia da GIA apresentada à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, referente ao período de junho/2007;

c- Apresentar Cópia de todas as GIA's apresentadas às Secretarias da Fazenda do Estado da Bahia, referente ao período de janeiro/2007 a dezembro/2007;

12. O contribuinte apresentou em 16/08/2010 cópias das GIA's da filial Bahia (Jequié) dos meses de 06/2007 a 12/2007.

13. Em 16/08/2010, lavramos novo Termo de Intimação Fiscal, solicitando o seguinte:

a- Explicar o motivo das seguintes divergências entre os valores das vendas realizadas apresentadas pela empresa a esta fiscalização federal e GIA's apresentadas à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo no período de jan/2007 a dez/2007:

Vendas Realizadas pela Matriz - Paulínia

	AH	GC	GCA	GCC	GCE	OD	Total
jan/07	R\$ 241.430,00	R\$ 197.630,00	R\$ 31.050,00	R\$ 1.326.250,00	R\$ 449.020,00	R\$ 139.395,00	R\$ 2.384.775,00
fev/07	R\$ 11.360,00	R\$ 197.535,00	R\$ 20.400,00	R\$ 249.700,00	R\$ 440.650,00	R\$ 171.045,00	R\$ 1.090.690,00
mar/07	R\$ 162.130,00	R\$ 566.725,00			R\$ 162.725,00	R\$ 13.250,00	R\$ 904.830,00
abr/07		R\$ 51.500,00	R\$ 194.690,38	R\$ 10.300,00			R\$ 256.490,38
mai/07	R\$ 130.360,00						R\$ 130.360,00
jun/07							R\$ 0,00
jul/07							R\$ 0,00
ago/07							R\$ 0,00
set/07							R\$ 0,00
out/07							R\$ 0,00
nov/07	R\$ 433.350,00						R\$ 433.350,00
dez/07	R\$ 292.250,00						R\$ 292.250,00
	R\$ 1.270.880,00	R\$ 1.013.390,00	R\$ 246.140,38	R\$ 1.586.250,00	R\$ 1.052.395,00	R\$ 323.690,00	R\$ 5.492.745,38

GIA's 2007 - Estado de São Paulo

Data Referência	Saída
jan-07	1.653.625,00
fev-07	1.061.640,00
mar-07	908.050,00
abr-07	124.219,50
mai-07	16.512.239,12
jun-07	2.193.963,01
nov-07	360.320,00
dez-07	5.313.903,87
	28.127.960,50

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

Autenticado digitalmente em 29/05/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE O, Assinado digitalmente em 01/06/2012 por ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, Assinado digitalmente em 29/05/2012 por LEONARDO HENRIQUE MAGALHAES DE O

Impresso em 05/06/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Obs: Nos valores das GIA's já estão excluídos as saídas para armazenagem (código 5.663).

14. Em 13/09/2010 o contribuinte solicitou prazo de 10 (dez) dias para atendimento.

15. Diante da não apresentação de documentos solicitados, constatamos as seguintes matérias para o ano- calendário de 2007:

A- OMISSÃO DE RECEITA OPERACIONAIS - REVENDA DE COMBUSTÍVEIS DERIVADOS DE PETRÓLEO

16. Constatamos que não obstante a diversas intimações para apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termos Intimação Fiscal de 11/11/2009, 17/12/2009, 10/02/2010, 07/04/2010, 07/06/2010, 22/06/2010, 13/07/2010 e 16/08/2010 deixou de apresentá-los, ficando sujeito ao ARBITRAMENTO DO LUCRO conforme previsto nos Arts. 529, 530 c/c 251, 258, 259, 260 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99.

17. Constatamos que, para o ano-calendário de 2007, a empresa entregou Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, com tribulação pelo Lucro Real Trimestral, totalmente zerada. Também apresentou DACTON e DCTF zeradas para o ano-calendário 2007.

18. Totalizamos as planilhas de vendas realizadas de gasolina e óleo diesel entregues pelo contribuinte, houve o seguinte montante de vendas efetuadas pela matriz no período de janeiro a abril de 2007:

	GC	GCA	GCC	GCE	OD	Total
jan/07	R\$ 197.630,00	R\$ 31.050,00	R\$ 1.326.250,00	R\$ 449.020,00	R\$ 139.395,00	R\$ 2.143.345,00
fev/07	R\$ 197.535,00	R\$ 20.400,00	R\$ 249.700,00	R\$ 440.650,00	R\$ 171.045,00	R\$ 1.079.330,00
mar/07	R\$ 566.725,00			R\$ 162.725,00	R\$ 13.250,00	R\$ 742.700,00
abr/07	R\$ 51.500,00	R\$ 194.690,38	R\$ 10.300,00			R\$ 256.490,38
	R\$ 1.013.390,00	R\$ 246.140,38	R\$ 1.586.250,00	R\$ 1.052.395,00	R\$ 323.690,00	R\$ 4.221.865,38

19. Sendo assim, as receitas apuradas e informadas pelo contribuinte e também declaradas em suas GIA's - GUIAS DE INFORMAÇÕES E APURAÇÃO DO ICMS serão tributados como OMISSÃO DE RECEITAS CARACTERIZADA POR RECEITA OPERACIONAL OMITIDA, com tributação pelo Lucro Arbitrado.

20. Desta forma, conclui-se que houve omissão de receitas operacional, proveniente de revenda de combustíveis derivados de petróleo, nos montantes e períodos já relacionados, no item 18, conforme o disposto nos artigos 532 e 537 do Regulamento do Imposto de Renda RIR/99.

B- OMISSÃO DE RECEITAS OPERACIONAIS - REVENDA DE COMBUSTÍVEIS ÁLCOOL CARBURANTE

21. Para o álcool hidratado, o contribuinte apresentou relação de notas fiscais de vendas, para a matriz e filial Bahia, nos seguintes totais:

	Filial Bahia	Matriz	Total
	AH	AH	AH

jan/07	R\$ 2.210.079,98	R\$ 241.430,00	2.451.509,98
fev/07	R\$ 986.924,96	R\$ 11.360,00	998.284,96
mar/07	R\$ 966.674,55	R\$ 162.130,00	1.128.804,55
abr/07	R\$ 991.300,02		991.300,02
mai/07	R\$ 1.307.704,64	R\$ 130.360,00	1.438.064,64
jun/07	R\$ 1.202.101,24		1.202.101,24
jul/07	R\$ 433.150,05		433.150,05
ago/07	R\$ 87.205,00		87.205,00
set/07	R\$ 263.460,72		263.460,72
out/07	R\$ 256.650,02		256.650,02
nov/07	R\$ 245.370,00	R\$ 433.350,00	678.720,00
dez/07	<u>R\$ 2.270.530,00</u>	<u>R\$ 292.250,00</u>	<u>2.562.780,00</u>
	R\$ 11.221.151,18	R\$ 1.270.880,00	R\$ 12.492.031,18

22. O contribuinte também apresentou cópias das GIA's - GUIAS DE INFORMAÇÕES E APURAÇÃO DO ICMS apresentada à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e confirmadas pela fiscalização através de consulta efetuada ao sistema de pesquisa de GIA's existente nesta delegacia.

23. Na tabela a seguir, reproduzimos mensalmente o valor informado pelo contribuinte em suas GIA's - GUIAS DE INFORMAÇÕES E APURAÇÃO DO ICMS:

GUIA DE INFORMAÇÃO E APURAÇÃO DO ICMS - GIA

GIA - 2007 Matriz	Data Referência	Entrada	Saída
	jan-07	0,00	1.653.625,00
	fev-07	1.361.521,44	1.061.640,00
	mar-07	985.902,18	908.050,00
	abr-07	250.877,43	124.219,50
	mai-07	26.706.544,23	16.512.239,12
	jun-07	2.574.747,96	2.193.963,01
	nov-07	902.452,84	360.320,00
	dez-07	<u>5.239.844,44</u>	<u>5.313.903,87</u>
		38.021.890,52	28.127.960,50

24. Constatamos divergências entre os valores informados pelo contribuinte na relação de notas de vendas realizadas pela matriz e nas informações presentes nas GIA's - GUIAS DE INFORMAÇÕES E APURAÇÃO DO ICMS apresentadas à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, no período de maio/2007 a dezembro/2007.

25. Para os meses de janeiro/2007 a abril/2007, os valores a serem tributados são os apresentados pelo contribuinte a relação de notas fiscais de vendas realizadas:

	Filial Bahia	Matriz	Total
	AH	AH	AH

jan/07	R\$ 2.210.079,98	R\$ 241.430,00	2.451.509,98
fev/07	R\$ 986.924,96	R\$ 11.360,00	998.284,96
mar/07	R\$ 966.674,55	R\$ 162.130,00	1.128.804,55
abr/07	R\$ 991.300,02		991.300,02

26. Para os meses de maio/2007 a dezembro/2007 tributaremos os valores informados pelo contribuinte na relação de notas-fiscais de vendas por sua filial na Bahia e os valores verificados em suas GIA's apresentadas à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e a seguir totalizados:

	AH - Filial Bahia	GIA -SP	Total
mai/07	R\$ 1.307.704,64	R\$ 16.512.239,12	17.819.943,76
jun/07	R\$ 1.202.101,24	R\$ 2.193.963,01	3.396.064,25
jul/07	R\$ 433.150,05		433.150,05
ago/07	R\$ 87.205,00		87.205,00
set/07	R\$ 263.460,72		263.460,72
out/07	R\$ 256.650,02		256.650,02
nov/07	R\$ 245.370,00	R\$ 360.320,00	605.690,00
dez/07	R\$ 2.270.530,00	R\$ 5.313.903,87	7.584.433,87
	R\$ 11.221.151,18	R\$ 28.127.960,50	30.446.597,67

27. Sendo assim, as receitas apuradas e declaradas nas relações de vendas realizadas e em sua GIA's - GUIAS DE INFORMAÇÕES E APURAÇÃO DO ICMS serão tributados como OMISSÃO DE RECEITAS CARACTERIZADA POR RECEITA OPERACIONAL OMITIDA, com tributação pelo Lucro Arbitrado.

28. Desta forma, conclui-se que houve omissão de receitas operacional, proveniente de revenda de combustíveis (álcool carburante), nos montantes e períodos já relacionados, conforme o disposto nos artigos 532 e 537 do Regulamento do Imposto de Renda RIR/99.

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

MULTA MAJORADA

29. Devido à falta de atendimento as diversas intimações lavradas por esta fiscalização federal, o percentual da multa de ofício foi aumentado de metade, conforme previsto no Art. 44, inciso I, parágrafo 2º da Lei 9.430/96, para casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, das intimações.

CONCLUSÃO

30. A presente fiscalização restringiu-se as apurações demonstradas neste termo, relativas ao ano-calendário de 2007, ficando ressalvado o direito da Receita Federal do Brasil de verificar com maior profundidade outros aspectos referentes ao cumprimento das obrigações tributárias relativas a esses impostos nos mencionados períodos.

31. A fim de atender à determinação efetuada no Mandado de Procedimento Fiscal no. 08.1.04.00-2008-00947-4 e cumprindo o disposto no Parágrafo Único do art. 142 do Código Tributário Nacional (Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), foram lavrados Autos de Infrações para cobrança dos créditos tributários decorrente das infrações constatadas, acima mencionadas, sendo este termo parte integrante do mesmo juntamente com seus demonstrativos e anexos.

32. E, para constar e surtir todos os efeitos da lei, foi lavrado o presente Termo, em três vias de igual forma e teor, assinado pela Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil e pelo sujeito passivo ou, seu representante legal, que neste ato recebe uma das vias.”

As infrações foram enquadradas nos seguintes dispositivos legais:

- IRPJ:

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

001 – Receita Operacional Omitida (Atividade Não Imobiliária) – Revenda de Álcool Carburante: Arts. 532 e 537 do RIR/99;

002 - Receita Operacional Omitida (Atividade Não Imobiliária) – Revenda de Combustíveis Derivados de Petróleo: Arts. 532 e 537 do RIR/99

- PIS:

001 – PIS – Alíquotas Diferenciadas – Álcool Carburante – Falta/Insuficiência de Recolhimento do Pis: Arts. 2º, inciso I, alínea “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22, 39 e 53, inciso I, do Decreto nº 4.524/02.

- COFINS:

001 – COFINS – Alíquotas Diferenciadas – Álcool Carburante – Falta/Insuficiência de Recolhimento da COFINS: Arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 39 e 53, inciso I, do Decreto nº 4.524/02.

- CSLL:

001 – CSLL Sobre Omissão de Receita: Arts. 2º e §§ da Lei nº 7.689/88; art. 24 da Lei nº 9.249/95; art. 29 da Lei nº 9.430/96; art. 37 da Lei nº 10.637/02.

A interessada foi cientificada dos autos de infração em 29/09/2010. Inconformada, apresentou, por intermédio de seu representante legal, em 29/10/2010, impugnação de fls. 216/245, acompanhada de documentos de fls. 246/294.

Após breve resumo dos fatos, adentrando no mérito da questão, requer a improcedência do auto de infração, por afronta ao conceito de renda e proventos de qualquer natureza, com a tributação do patrimônio, dada a não consideração dos custos.

Alega que o procedimento fiscal ofendeu o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, bem como os princípios da reserva legal e da vedação da utilização de tributo com efeito de confisco, “pela tributação da não-renda”. Fundamenta-se no art. 43

do CTN, arts. 5º, II, 150, I, e 153, III, § 2º, I, da CF/88, bem como na doutrina que transcreve.

Diz que, no caso em questão, foram colacionados valores lançados, mas como a impugnante é optante pelo lucro real, tem direito à apuração por essa sistemática (adições, deduções e exclusões). Acusa, ainda, que não se demonstrou a matéria tributável, nem tampouco o cálculo do imposto devido.

E que “*tendo incidido sobre a totalidade dos valores constantes das guias de informações e apuração do ICMS, sem levar, inclusive, em consideração qualquer custo da atividade da impugnante, tendo incidido sobre a totalidade das pretensas receitas, em valores superiores ao lucro líquido, configura tributação sobre o patrimônio e não sobre a renda, o que afronta o princípio da capacidade tributária e do não-confisco*”.

Em outra frente de defesa, volta-se para as exigências do Pis e da Cofins, abordando a tributação monofásica.

Argumenta que, relativamente aos combustíveis derivados do petróleo, a partir de fevereiro de 1999, foi instituída a substituição tributária também para o Pis e a Cofins, com base no art. 4º da Lei nº 9.718, de 1998, concentrando-se a tributação no início da cadeia de comercialização.

E continua, em suas palavras:

“31. Outrossim, o governo Federal inventou o inusitado Regime Monofásico ou Concentrado através da Medida Provisória 1991-15, em 10 de março de 2000, incorporando as parcelas do PIS e da Cofins devidas pela Refinaria, Distribuidora e Consumidor Final no preço ex-Refinaria, cuja vigência deu-se a partir de 1 de julho de 2000, e apressou-se em transformá-la em lei.

32. Paralelamente, através da EC 33/2001, apressou-se em possibilitar *tributabilidade* do PIS/Cofins sobre derivados de petróleo, alterando na Constituição Federal a palavra “tributo” para “imposto” (art. 155, § 3º), eliminando de vez a antiga restrição constitucional que impedia a incidência tributária.

33. Essa complexa engenharia tributária merece cuidadoso detalhamento. Preliminarmente, é preciso conhecer a cadeia de comercialização dos combustíveis derivados de petróleo após o seu refinamento, o denominado *Downstream*.

34. Para facilitar o entendimento, tomou-se como hipótese especificamente o Óleo Diesel, que percorre o seguinte caminho comercial: Refinaria de Petróleo (R) => Distribuidora de Combustíveis (D) => Revendedor Varejista (V) => Consumidor Final (CF).

35. A operação de (R) para (D) é considerada como sendo operação (a) sobre a qual incide o PIS/Cofins de 3,65%. De (D) para (V), operação (b), PIS/Cofins de 3,65% e finalmente de (V) para (CF), operação (c), PIS/Cofins de 3,65%. Da Refinaria ao Consumidor Final, ocorrem ou deveriam ocorrer três operações: (a) = 3,65%; (b) = 3,65% e (c) = 3,65%.

36. Saliente-se que a carga tributária total (R+D+V) dessas contribuições não corresponde simplesmente a 3,65% x 3, pois uma incide cumulativamente sobre a outra e também sobre uma determinada margem bruta. Então temos: operação (a) Parcela “x” = 3,65%; operação (b) Parcela “y” = 4,15%; e, operação (c) Parcela “z” = 4,72%, totalizando 12,52%.

37. Referidos valores foram incorporados ao preço do Óleo Diesel a partir de 1 de julho de 2000, através da Portaria Interministerial nº 199/2000, que passou de R\$ 0,3858 para R\$ 0,4311, sem que isso significasse quaisquer aumentos de preços ou tributos.

38. Ocorre que até 30 de junho de 2000, o Consumidor Final que adquirisse combustíveis diretamente de Distribuidoras de Combustíveis estava autorizado pelo art. 6º da IN-SRF nº 06/99 a recuperar a denominada parcela “z” de 4,72%, em razão da determinação insculpida no § 7º do art. 150 da CF/88, isto é, fato gerador presumido e não realizado.

39. Observe-se que no regime tributário “a”, a carga tributária total de **12,52%** era cobrada antecipadamente por substituição tributária (no início da cadeia), incluindo, para efeito de cobrança, a operação (c). Especificamente, no caso concreto de venda direta do Distribuidor para Consumidor Final, não ocorrida, portanto, a respectiva parcela “z” era restituída (por compensação), imediata e preferencialmente.

40. A partir do novo regime tributário “b”, a **mesma** carga tributária total de **12,52%** foi incorporada ao preço ex-Refinaria, incluindo as contribuições correspondentes à incidência na venda a varejo (vide art. 6º - IN-SRF 6/99), com a garantia do Ministério da Fazenda de que tudo continuaria igual.

41. Essa garantia do Ministério da Fazenda, debatida à exaustão na Câmara dos Deputados, possibilitou a aprovação do Projeto de Lei n. 2.985/2000, convertido na Lei 9.990/2000, que alterou as alíquotas de PIS/Cofins sobre o Óleo Diesel de 3,65% para **12,52%** (incidência monofásica – Lei 9.990/2000), sem que isso significasse qualquer aumento de alíquota ou imposto.

42. Adicionalmente não é a existência ou ausência de Instrução Normativa, isto é, de dispositivo apenas regulamentar que legitima ou descaracteriza determinado crédito tributário. É a lei “*stricto sensu*” e sua correta interpretação, no caso em tela, a Medida Provisória 1991-15, de 10 de março de 2000, que estabeleceu em seu artigo 46 a eficácia das modificações introduzidas no art. 4º da Lei 9.718/98. A partir de 1º de julho de 2000, três meses depois, foi reeditada sob o nº 1991-18, para modificar as alíquotas anteriormente estabelecidas. As novas alíquotas foram então repetidas pela Lei 9.990/2000, de 21 de julho de 2000, publicada no Diário Oficial da União em 24/07/2000.

43. O novo regime de tributação nada mais é, tecnicamente, do que uma continuação do regime vigente até 30 de junho de 2000, não podendo, portanto, ser enquadrado no § 4º do artigo 149 da CF/88, que assim determina: “*A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez*”. (gn).

(...)

45. Assim sendo, conforme exaustivamente demonstrado, há que se concluir, forçosamente, que a impugnante é detentora de créditos que sequer foi considerado pela fiscalização, não podendo prosperar a presente autuação sem que sejam considerados tais créditos.”

Continua, agora, acerca da tomada de créditos.

Diz que, na sistemática monofásica, a tributação é concentrada no produtor ou importador e as etapas seguintes da cadeia são tributadas com alíquota zero. E que, na sistemática não-cumulativa, é possibilitado aos contribuintes o crédito em relação a alguns dos insumos e custos, conforme arts. 3º das Leis nºs 10.637, de 2002, e

10.833, de 2003, concluindo, ainda, que referido dispositivo, em seu § 2º, indica a impossibilidade da tomada de crédito relativamente a bens e serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, razão pela qual, quando efetivamente tributada a receita, não há de se obstar o crédito pelo adquirente.

Acrescenta que o art. 16 da Medida Provisória nº 206, de 2004, segundo o qual as vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota zero ou não-incidência, não impedem a manutenção dos créditos, pelo vendedor, veio esclarecer a legislação então vigente. E salienta que tal normativo é meramente interpretativo, como consta de sua exposição de motivos.

Retoma a sistemática monofásica, dizendo que os produtos submetidos a tal apuração foram elencados no art. 2º, § 1º, das Leis nº 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003. E que a aquisição para revenda de produtos cuja receita esteja sujeita à incidência monofásica não dá direito à tomada de crédito, conforme art. 3º, I, b, da citada legislação.

Aduz ser a norma coerente, por manter distinção entre as sistemáticas monofásica e não-cumulativa, distinção esta a qual foi, inclusive, prestigiada na exposição de motivos da Medida Provisória nº 66, de 2002, quando ficou consignado que “*sem prejuízo de convivência harmoniosa com a incidência não cumulativa do PIS/Pasep, foram excluídos do modelo, em vista de suas especificidades [...] os contribuintes tributados em regime monofásico*”.

Ressalta, contudo, que, com o advento da Lei nº 11.033, de 2004, a vedação ao creditamento constante dos artigos 3º, I, b, das Leis nº 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, foi revogada, possibilitando a tomada de crédito por parte dos contribuintes tributados pela sistemática monofásica. Cita doutrina e jurisprudência.

Conclui, assim, que a impugnante possui o direito ao crédito na sistemática monofásica e o seu aproveitamento na apuração do Pis e da Cofins devidos, não considerado na presente autuação.

Na sequência, passa a abordar a não-cumulatividade.

Nesse sentido, disserta acerca do princípio regido na CF/88, relativamente ao ICMS e IPI, conforme artigos 153, IV, § 3º, II, e 155, II, § 2º, concluindo que “*a sistemática da não cumulatividade concebida para o IPI e o ICMS possui como finalidade a neutralização da incidência em cascata, através da técnica de compensação de débitos com créditos*”.

E emenda que “*o critério quantitativo do PIS e da COFINS diz respeito à “totalidade das receitas auferidas”, que é fenômeno relacionado à pessoa do contribuinte (empresa jurídica), não possuindo qualquer identidade com algum fenômeno circulatório, traço característico originário do IPI e do ICMS*”.

Continua, em suas palavras:

“69. A não-cumulatividade do PIS e da COFINS é operacionalizada redução da base de cálculo, com a respectiva dedução de créditos relativos às contribuições que foram recolhidas sobre bens e/ou serviços objeto de faturamento em etapas anteriores.

70. O regime não-cumulativo das referidas contribuições não pode ser restringido, pois os contribuintes têm direito ao crédito das contribuições exigidas anteriormente, como forma de minorar a carga tributária sobre o faturamento, tão prejudicial para as empresas instaladas no País.

71. O Texto Supremo autorizou a existência de 2 (dois) regimes para a COFINS, o cumulativo e o não-cumulativo, o que foi observado pela legislação ordinária, que também abarcou o PIS.

72. Ainda que o legislador ordinário tenha certa flexibilidade para estabelecer a não-cumulatividade para determinados contribuintes, utilizando como critério diferenciador o setor de atividade econômica, a concessão desta deve obedecer rigorosamente o princípio da isonomia e o da capacidade contributiva.

73. Com efeito, a utilização do benefício da não-cumulatividade por determinados contribuintes em detrimento de outros em situações equivalentes, é critério discriminador que esbarra nos referidos princípios.

74. De plano, chama a atenção o fato de que na legislação de regência da não-cumulatividade, a alíquota do PIS aumentou de 0,65% para 1,65% e a da COFINS de 3% para 7,6%, em que o contribuinte tem o direito de deduzir da base de cálculo das contribuições incidentes sobre os bens e serviços adquiridos.

75. Do exame atento do art. 3º caput e parágrafo 1º das Leis nº 10.637 e 10.833, verifica-se que estas leis adotaram uma sistemática em que as contribuições incidem sobre a totalidade da receita auferida pela pessoa jurídica, com o desconto de créditos através da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo, relativamente a determinados custos, encargos e despesas estabelecidos taxativamente.

76. Contudo, inexiste “meia” não-cumulatividade, como quer fazer parecer a legislação em comento. Uma vez definido o setor de atividade econômica, o contribuinte tem o direito irrestrito de compensar todos os custos que culminaram na obtenção das receitas auferidas.

77. Assim, conclui-se pela existência de créditos que não foram deduzidos, via não cumulatividade, na apuração da base de cálculo, restando prejudicada a presente atuação.”

Passa a questionar a multa.

Conceitua a multa, dizendo que tem caráter de pena, incluindo-se a multa administrativa, acrescentando que a penalidade possui valor econômico. Distingue a multa fiscal moratória da multa de lançamento de ofício e faz remissão ao art. 150, IV, e art. 5º, LIV, ambos da CF/88, para concluir que a questão imposta consiste em determinar os parâmetros os quais permitam fixar teto às multas, tanto moratórias quanto de lançamento de ofício.

Nesse sentido, busca os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da capacidade contributiva, dizendo não fazer sentido aplicar multa de lançamento de ofício no percentual máximo, nos casos em que a atuação do contribuinte se enquadre juridicamente em outra classe menos severa de punição. Cita doutrina e jurisprudência.

Argumenta que não é qualquer atraso no pagamento dos tributos, ou suposta alegação de débito destes, que deve legitimar a previsão de multa exacerbada, no patamar de 75%, quando a inflação anual gira em torno de 4,4%.

E que “*nem mesmo a sonegação de determinado tributo, fato este tentado incidir pela fiscalização, mas não subsumido à espécie, justificaria a apenação de uma multa que exproprie desarrazoadamente o sujeito passivo de parcela de seu patrimônio desproporcional à hipotética infração alegada*”.

Diz que sempre atendeu aos termos de intimação, se não apresentando de imediato os documentos exigidos, sempre se dirigiu à fiscalização solicitando prorrogação de prazo. E que nenhum prejuízo pode ser imputado ao fisco, porquanto à fiscalização foi dada continuidade em 10 de fevereiro de 2010 e encerrada em 29 de setembro de 2010.

Nestes termos, afirma que é ilegal a majoração em 50% da multa de ofício aplicada e, ainda, que é ilegal a própria multa de 75%, também aplicada no auto de infração em lide, por ter caráter confiscatório e, portanto, malferir o disposto no art. 150, IV, da CF/88.

Cita mais doutrina, no sentido de a multa não poder ter caráter confiscatório, e alega ser perfeitamente cabível a sua redução em nome dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de conformidade com orientação do Supremo Tribunal Federal – STF no RE 91.707/MG, cuja ementa transcreve, seguida da transcrição de outras decisões do judiciário.

No que concerne aos juros de mora, aponta a ilegalidade da taxa Selic.

Diz que a Selic tem característica de juro remuneratório, e não moratório, e, como tal, sua aplicação, como encargo tributário da União, malferir o disposto no art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional – CTN, e no art. 192, § 3º, da CF/88. Transcreve decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ (RESP 291257, em 23/04/2002, Rel: Ministra Eliana Calmon).

Argumenta que não se trata somente de inconstitucionalidade manifesta, mas também de quebra de hierarquia das leis, “vez que a Lei ordinária nº 9.065/1995 não poderia ter alterado o Código Tributário Nacional, aprovado pela Lei nº 5.172/66, porém com **status** de lei complementar, à teor da Emenda Constitucional nº 01”.

Entende ser indubitosa a necessidade de excluir da verba de juros de mora a incidência da taxa Selic, tudo por uma questão de economia processual.

Por fim, alega a improcedência das tributações reflexas, reportando-se às soluções de divergência COSIT. Em suas palavras:

“112. Em março de 2005, a Coordenação-Geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal, órgão que tem por objeto homogeneizar a interpretação da legislação tributária no âmbito da SRF, expediu dois Pareceres (Soluções) de Divergência, para a DRJ/RJO II, relativamente à lavratura de lançamentos reflexos ou decorrentes, quando a autuação principal o foi por arbitramento do lucro na pessoa jurídica.

113. Prova de que estes pareceres têm a ver com Solução de Divergência é o *site* em que estão inseridos: www.receita.fazenda.gov.br, legislação, e mentários, processos de consulta, COSIT., **Sol. Divergência**.

114. Os pareceres se referem as improcedências dos reflexos de PIS e COFINS, quando o regime de tributação no IRPJ foi o lucro arbitrado. Por extensão, a CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, também improcede, por analogia – artigo 108, I, CTN. Senão, vejamos:

“Parecer nº 15, de 11/03/2005.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. LANÇAMENTO DE IRPJ E DE CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. RELAÇÃO DE DECORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA. O lançamento do IRPJ com base no lucro arbitrado não enseja

por si só o lançamento da contribuição para o PIS. Afastando-se a relação de decorrência entre essa contribuição e o referido imposto. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SOLUÇÃO.” (Grifos acrescidos)

“Parecer nº 16, de 11/03/2005.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. LANÇAMENTO DE IRPJ E DE COFINS. RELAÇÃO DE DECORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA. O lançamento de IRPJ com base no lucro arbitrado não enseja por si só o lançamento da Cofins, afastando-se a relação de decorrência entre essa contribuição e o referido imposto. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SOLUÇÃO.”

115. Lembramos, a bem da verdade, que os pareceres da COSIT, em essência são congêneres às Soluções de Divergência, e como tal, devem ser observados pelas Autoridades Julgadoras, por constituírem “as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição a que a lei atribua eficácia normativa; práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas”, conforme aduzem os incisos II e III, do artigo 100, do CTN.”

Encerra requerendo a total improcedência da autuação, em função das razões apresentadas, bem como por violação do princípio da legalidade, da capacidade contributiva e pela tributação do patrimônio ou da não renda.

A decisão recorrida está assim ementada:

Omissão de Receita. Matéria não Impugnada. Preclusão. Consolida-se administrativamente a matéria que na o tenha sido expressamente impugnada, operando-se em relação a ela a preclusão processual.

Arbitramento do Lucro. Falta de apresentação de livros e documentos. A não apresentação da escrituração obrigatória para o optante do Lucro Real, bem como dos documentos atinentes às suas operações, autoriza o arbitramento do lucro. Nos percentuais de apuração do lucro arbitrado já se consideram os custos inerentes à atividade desenvolvida.

Multa de Lançamento de Ofício. Agravamento. Falta de Atendimento à Intimação. Para a imposição da multa de ofício com agravamento em 50% de seu percentual original é preciso que a “falta de atendimento” tenha caráter de omissão total, ou seja, a contribuinte não forneça qualquer informação, ou procrastine as respostas, sempre de modo a dificultar o procedimento do Fisco; ou, ainda, forneça as informações e respostas evasivamente, sem qualquer conteúdo, em evidente intuito de obstaculizar a ação fiscal.

Juros de Mora à Taxa Selic. O crédito tributário não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Inconstitucionalidade. Instâncias Administrativas. Competência. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade

e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do fisco.

Tributação Reflexa. CSLL. PIS. COFINS Lavrado o Auto principal, devem também ser lavrados os Autos reflexos, nos termos do art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, devendo as exigências reflexas seguirem a mesma orientação decisória daquela da qual decorrem.

Omissão de Receita. Arbitramento do Lucro. Tributação Reflexa de Pis e Cofins. A omissão de receita enseja a apuração de todos tributos e contribuições subtraídos à tributação, entre os quais se destacam o Pis e a Cofins, porque incidentes sobre o faturamento, entendido como a receita bruta da pessoa jurídica, sendo irrelevante, à espécie, a metodologia de cálculo adotada para a determinação do lucro da pessoa jurídica.

Impugnação procedente em Parte. Crédito Tributário Mantido em Parte.

Cientificada da aludida decisão em 9/2/2011 (AR de fl. 224), a contribuinte apresentou recurso voluntário em 11/03/2011 (fls. 247 e seguintes), no qual contesta as conclusões do acórdão recorrido, repisa as alegações da peça impugnatória e, ao final, requer o provimento nos seguintes termos:

III - PEDIDO

75.

Desse modo, pede-se:

- a) o reconhecimento da decadência do direito de lançar, para o IRPJ e a CSLL, em função de tratar-se de lançamento por homologação, nos termos do §4º do art. 150 do CTN, eis que a presente autuação refere-se ao ano-calendário de 2004, portanto há mais de 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador;
- b) que seja totalmente cancelada a multa de ofício aplicada, em face das razões apresentadas, ou mantido o voto do relator no que tange à majoração dessa multa;
- c) que a presente autuação efetivada com o escopo de constituir o crédito tributário correspondente ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, seja considerada totalmente improcedente, em função das razões apresentadas, bem como por violação princípio da legalidade, da capacidade contributiva e pela tributação do patrimônio ou da não renda.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos legais e regimentais para sua admissibilidade, dele conheço.

De igual forma, conheço do recurso de ofício, haja vista a exoneração de crédito tributário em valor acima de R\$ 1.000.000,00.

Conforme relatado, trata-se de procedimento reflexo ao processo 10830.017460/2009-02 (relativo aos anos-calendário 2004 a 2006) que, à unanimidade de votos, foi julgado procedente na 1ª. Turma desta 4ª. Câmara da 1ª em 15/08/2011 (acórdão 1401-00.652).

Vejam as ementas e os fundamentos do voto condutor do aludido acórdão da lavra do ilustre conselheiro Antonio Bezerra Neto:

Ementas

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS. Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do auto de infração, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, restam insubsistentes as alegações de nulidade do auto de infração e do procedimento Fiscal.

(...)

VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS. CONFRONTO DECLARADO/ESCRITURADO. E devido pela pessoa jurídica os tributos apurados em sua escrituração fiscal e demonstrada na DIPJ, que não tenha sido objeto de recolhimento e nem de confissão em DCTF.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF nº 2)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade, AFASTAR a decadência e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(...)

VOTO CONDUTOR

Preliminar de Nulidade

Preliminarmente, a Recorrente requer a nulidade dos autos de infração porque não se demonstrou a matéria tributável, como o cálculo do tributo devido; tributou o patrimônio e não a renda e feriu o princípio da legalidade.

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

(...)

Por conseguinte, considera-se nulo o ato, se praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não tendo se caracterizado quaisquer das situações, pois não se põe em dúvida a competência do autor, nem há que se falar em preterição do direito de defesa, vez que os fatos apurados foram descritos com o respectivo enquadramento legal (fls. 04 e 14), com o respectivo detalhamento do cálculo dos tributos devidos e levados ao conhecimento da autuada e tendo a interessada se defendido através da peça impugnatória e recurso voluntário acostados aos autos.

Ademais, cabe salientar que o trabalho fiscal se pautou por várias intimações feitas à contribuinte, ao longo do período em que esteve sob fiscalização, não se vislumbrando quaisquer atos ou omissões do autuante que tivessem obstaculizado sua produção de provas.

Ao contrário, foram-lhe concedidas todas as oportunidades possíveis para se defender.

Acrescentes-e que, quando muito, em se admitindo o fato da autoridade lançadora ter cometido algum engano com relação à matéria de fato ou de direito no que concerne ao lançamento, tratar-se-ia então também de questão de mérito e não de preliminar de nulidade. E como ficará bem demonstrado mais adiante, nem mesmo isso aconteceu.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

(...)

MÉRITO

Conforme relatado, o IRPJ e CSLL lançados em razão da divergência entre valores declarados (DCTF) e escrituração contábil e DIPJ, resultando na falta de recolhimento e declaração em DCTF, nos anos-calendário 2004 e 2006, conforme discriminado no Descrição dos Fatos e Enquadramento legal de fls. 04 e 14.

De fato, a interessada nada informou de tributação do IRPJ e CSLL nas DCTF nos períodos fiscalizados, muito embora tenha demonstrada essa apuração nas correspondentes DIPJ e na escrituração contábil/fiscal.

Estando as informações consideradas pelo Fisco declaradas como confissão de dívida (DCTF) e na respectiva escrituração contábil/fiscal, válidos são os fundamentos da autuação, sendo descabida, portanto, a alegação de falta de demonstração da matéria tributável, uma vez que os referidos tributos foram apurados e demonstrados pela própria contribuinte.

Como os tributos foram exigidos conforme apurados pela própria pessoa jurídica com base no resultado auferido, constante de sua escrituração, onde se presume já considerados as despesas e custos correlatos às receitas auferidas, não socorre a sua argumentação de que o fisco desrespeitou os princípios constitucionais da legalidade, capacidade contributiva e que tributou patrimônio e não a renda.

Ainda no que se refere a sua alegação de que vários princípios constitucionais foram feridos, entre os quais ainda destaca o princípio da vedação do confisco, cabe salientar que a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza, inclusive no que respeita à graduação da penalidade diante do procedimento adotado pelo contribuinte, sendo vedado ao julgador administrativo a negação de vigência e eficácia do preceito legal válido e vigente. Tal prática encontra óbice, inclusive na Súmulas nº 2 do CARF, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.* (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).

Por todo o exposto, rejeito a preliminar de nulidade, afasto a decadência, e, no mérito, nego provimento ao recurso.

Registre-se que desde a peça impugnatória, a recorrente não se pronunciou acerca da omissão de rendimentos, propriamente dita. Em sua defesa, a contribuinte questiona a forma de tributação do resultado apurado pelo Fisco (arbitramento), a penalidade aplicada e os juros cobrados à taxa Selic, além da incidência reflexa, bem como o direito ao crédito, relativamente às contribuições ao Pis e à Cofins, matérias que foram adequadamente enfrentadas na decisão de 1ª instância, bem como no acórdão 1401-00.652 (principal).

No que tange a matéria que ensejou o **recurso de ofício, exclusão do “agravamento da multa em 50%”**, entendo que está correta a decisão de 1ª instância. Isso porque a exigência da multa de ofício com agravamento em 50% de seu percentual original (75% ou 150%), é cabível nos casos de ausência total de atendimento, por parte do sujeito passivo, das intimações emitidas pela fiscalização no curso do procedimento investigativo. Tal qual asseverou a ilustre julgadora “*é preciso que a “falta de atendimento” tenha caráter de omissão total, ou seja, a contribuinte não forneça qualquer informação, ou procrastine as respostas, sempre de modo a dificultar o procedimento do Fisco; ou, ainda, forneça as informações e respostas evasivamente, sem qualquer conteúdo, em evidente intuito de obstaculizar a ação fiscal. Em suma, para que se promova o agravamento da multa, na forma do artigo 44, § 2º, I, da Lei nº 9.430/1996 (redação vigente), há de existir claro prejuízo ao desenvolvimento da ação fiscalizatória.*”

De fato, no prosseguimento da auditoria, a interessada foi diversas vezes intimada pela fiscalização, ocasiões nas quais atendeu parcialmente ao quanto solicitado, o que levou ao arbitramento dos lucros. Logo, não é aplicável o agravamento da penalidade ao caso concreto, pois, a fiscalizada apresentou documentos e respostas no curso do procedimento, ainda que mínimos, a saber: as planilhas de vendas, as próprias GIA's fornecidas ao fisco estadual, documentos tomados como base de confrontação para a constatação de omissão de receitas.

Repise-se que especificamente quanto às divergências entre as GIA's e os valores das vendas informados à fiscalização, a interessada afirmou, na resposta datada de 13/09/2010, que “*tal fato está sendo analisado pela empresa para possíveis correções em relação às entregas de informações realizadas no período para finalização dos processos envolvidos*”, requerendo dilação do prazo para atendimento (fls. 158).

Repito: foi justamente a falta de apresentação dos livros contábeis e fiscais solicitados que ensejou o procedimento do arbitramento do lucro.

Portanto, não se vislumbra mesmo que a falta do cumprimento total das intimações tenha causado prejuízo ao procedimento de auditoria, a ensejar o agravamento da penalidade ao patamar de 112,50%, razão pela qual correta a redução ao percentual de 75%.

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade e negar provimento aos recursos de ofício e voluntário.

(assinado digitalmente)

Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira