



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

Processo nº 10855.720721/2010-12
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 1201-000.999 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de abril de 2014
Matéria IRPJ E CSLL - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrentes SEALY DO BRASIL LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

LUCRO ARBITRADO.

A falta de apresentação dos livros e documentos contábeis à fiscalização, regularmente intimado o sujeito passivo, dá ensejo à apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social com base nas regras do lucro arbitrado.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

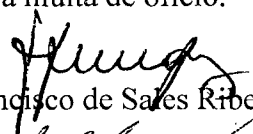
Ano-calendário: 2007, 2008

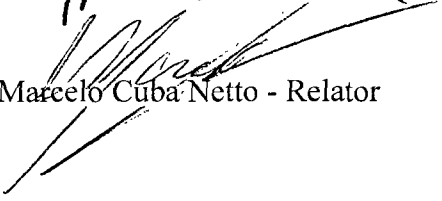
JUROS SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

Por ser parte integrante do crédito tributário, a multa de ofício sofre a incidência dos juros de mora.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao recurso de ofício, e, quanto ao recurso voluntário, por unanimidade de votos, em REJEITAR as preliminares de nulidade do lançamento e, por maioria de votos, em REJEITAR as preliminares de nulidade da decisão recorrida, vencido o Conselheiro Rafael Correia Fuso, que considerou estar presente naquela decisão o alegado *reformatio in pejus*. No mérito, por maioria de votos, acórdão em NEGAR provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Rafael Correia Fuso e Luis Fabiano Alves Penteado que davam parcial provimento ao recurso para afastar os juros sobre a multa de ofício.

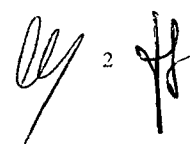

Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz - Presidente


Marcelo Cuba Netto - Relator

EDITADO EM: 30/07/2014

Participaram do presente julgado os Conselheiros: Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Presidente Substituto), Marcelo Cuba Netto, Roberto Caparroz de Almeida, Rafael Correia Fuso, Luis Fabiano Alves Penteado e Joselaine Boeira Zatorre (Suplente Convocada).

2

Two handwritten signatures in black ink, one on the left and one on the right, separated by a small number '2'.

Relatório

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

Por bem descrever os fatos litigiosos de cuida o presente processo, tomo de empréstimo o relatório contido na decisão de primeiro grau:

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo supracitado, segundo consta da descrição dos fatos, foi apurada, nos anos-calendário de 2007 e 2008, omissão de receitas da venda de produtos de fabricação própria e, também, mercadorias adquiridas para revenda, no mercado interno e externo.

Foi arbitrado o lucro, nos termos do art. 530, III do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, (Regulamento do Imposto de Renda – RIR, de 1999), tendo em vista que a contribuinte, sendo intimada, não apresentou os livros e documentos de sua escrituração.

(...)

Consta no relatório fiscal que a contribuinte, tendo sido intimada, não apresentou os livros e documentos de sua escrituração, motivo pelo qual foi arbitrado seu lucro com base na receita declarada à Secretaria da Fazenda/SP.

Segundo aquele relatório, não foram apresentadas as DIPJ dos anos-calendário de 2007 e 2008, e foram apresentadas DCTF e Dacon até o período de outubro de 2007. Informou o autuante que nas DCTF apresentadas não houve declaração de nenhum débito relativo ao IRPJ e CSLL.

Acrescentou o autuante que, tendo em vista o não atendimento das intimações e por ter ficado caracterizada a hipótese prevista no art. 71 da Lei nº 4.506, de 1964, foi aplicada a multa de ofício de 225% e foi feita a representação fiscal para fins penais.

Sendo notificada da autuação, a interessada ingressou com a impugnação de fls. 119 a 171, subscrita pelos gerentes industrial e de controladoria Mário Luiz Fortuna de Moraes e Cláudio César da Silva, respectivamente (fls.6 a 14), alegando:

- *Nulidade da exigência em razão do equívoco na capitulação legal apontada pela fiscalização: a autoridade fiscal deixou de mencionar todos os dispositivos que fundamentam a suposta exigência, em especial aquela que fundamenta a prática de ato doloso e fraudulento hábil a justificar a imposição da multa qualificada, ofendendo o art. 11 do Decreto nº 70.235, de 1972. A fiscalização limitou-se a apontar como fundamento para a caracterização do ato que justifica a imposição da multa de*

ofício qualificada o art. 71 da Lei nº 4.506, de 1964, que sequer guarda relação com a matéria tratada no presente processo. Referido artigo trata da dedução de despesas com aluguéis ou “royalties” para a apuração do rendimento líquido ou do lucro real;

- *O auto de infração, não sendo claro e preciso, prejudica o exercício do direito de defesa e ofende o art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN);*

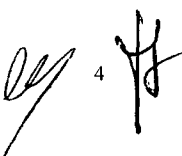
- *O ato administrativo deve observar os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, publicidade e legalidade;*

- *Nulidade do auto de infração em razão da constituição do crédito tributário pela apresentação da DCTF: apresentou as DCTF relativas aos meses de janeiro a outubro de 2007, comunicando à Administração Tributária a existência de débitos de Cofins e PIS, que foram informados como parcialmente em aberto, pois apenas parte foi quitada por meio de pagamento/compensação. Dessa forma, os valores apontados no auto de infração, ainda que não correspondam exatamente ao valor previamente declarado pela impugnante em sua DCTF, foram devidamente constituídos pela entrega da declaração. Não é possível, portanto, a abertura da via processual administrativa, porque não há o que ser discutido, uma vez que o crédito já se encontra formalizado e constituído, bastando a sua inscrição em dívida ativa;*

- *Deve ser afastado o arbitramento, tendo em vista que não se verifica dolo ou intuito fraudulento relativamente ao cumprimento parcial das obrigações acessórias de natureza federal. Quanto apresentou suas DCTF no decorrer do ano-calendário de 2007 já havia informado a apuração pelo lucro real com pagamento de estimativas que, frise-se, podem ser feitas mediante a elaboração de balancetes de suspensão e redução, o que justifica o não recolhimento do IRPJ e CSLL no período, em virtude do prejuízo apurado em 2007 e 2008;*

- *O não atendimento às intimações não tem o condão de afastar as declarações já prestadas à Administração Tributária e que estabelecem a forma de tributação praticada pela impugnante, devendo ser feita a recomposição da apuração das bases já espelhadas pelas DIPJ, exigindo-se apenas os tributos eventualmente devidos e não recolhidos;*

- *Ao apurar o valor devido a título de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, o Fisco deveria ter considerado os valores recolhidos/compensados pela impugnante a título dos mencionados tributos no decorrer dos anos de 2007 e 2008, o que não foi feito. Conforme demonstrado às fls. 132/133, recolheu/compensou, em 2007, o total de R\$ 187.752,83 a título de PIS e R\$ 863.176,02 a título de Cofins. Assim, tais valores devem ser excluídos do principal exigido no auto de infração, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade, eficiência,*

 4

moralidade, previstos no art. 37 da CF, e art. 2º da Lei nº 9.874, de 1997;

- *Ilegitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins. Referida inclusão fere princípios constitucionais da isonomia, capacidade contributiva, do não confisco;*

- *O ICMS deve ser excluído da base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, que utilizam a receita bruta definida no art. 224 do RIR, de 1999;*

- *Houve o incorreto enquadramento legal da multa qualificada no art. 71 da Lei nº 4.506, de 1964, que não guarda qualquer relação com os fatos aqui relatados;*

- *O Fisco aplicou a multa de ofício qualificada, pois a impugnante por dois anos consecutivos não apresentou a DIPJ, deixando de informar suas receitas tributáveis, tendo como consequência a redução da base de cálculo dos tributos devidos. Ao contrário do que afirma a fiscalização, em momento algum buscou reduzir a base de cálculo dos tributos, pois, como se verifica nas referidas declarações, apurava o IRPJ e CSLL com base em balancetes de suspensão e redução, não gerando débitos nos períodos fiscalizados. Quanto ao PIS e à Cofins, procedeu, ainda que de forma extemporânea, à declaração e ao recolhimento dos valores devidos, não havendo que se falar em prática de atos tendentes a reduzir referidas contribuições;*

- *Nunca agiu com dolo ou má-fé, uma vez que informou sua receita auferida ao Fisco Estadual, não havendo que se falar em omissão de receitas, mas, apenas, em descumprimento de obrigações acessórias, as quais, conforme documentos anexos, já foi devidamente apenada quando da apresentação extemporânea de suas declarações;*

- *Não havendo comprovação do intuito de fraude, os fatos devem ser analisados de maneira mais favorável ao contribuinte (art. 112 do CTN), aplicando-se a penalidade de 75%;*

- *O agravamento da multa de ofício é ilegítimo, pois o não atendimento às intimações expedidas enquadram a sua conduta no disposto no art. 530, III, do Decreto nº 3.000, de 1999, e não no art. 959 do referido decreto, que apenas espelha o disposto no art. 44, § 2º, da Lei nº 9.430, de 1996;*

- *A aplicação da multa de 225% acarreta manifesta afronta ao princípio do não confisco, previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal (CF), da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como ao direito de propriedade. Deve ser reduzida 20%;*

- *É indevida a incidência de juros sobre a multa de ofício, tendo em vista que, por definição, se os juros remuneram o credor pela privação do uso de seu capital, eles devem incidir somente sobre o que deveria ter sido recolhido no prazo legal e não foi. A multa*

 5 

não retrata obrigação principal, mas sim encargo que se agrega ao valor da dívida, como forma de punir o devedor;

- É indevida a aplicação da taxa Selic, em razão de sua inconstitucionalidade e ilegalidade. Ela tem natureza remuneratória e desobedece o comando normativo contido no art. 161, § 1º do CTN, por ultrapassar os limites impostos pelo texto normativo citado;*
- Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, dentre eles a juntada de novos documentos, tudo em respeito ao princípio da verdade material;*
- Requer que as intimações sejam efetuadas em nome da impugnante, no endereço constante na presente impugnação.*

Examinadas as razões de defesa, a DRJ de origem decidiu pela parcial procedência da impugnação (fl. 887 e ss.), para afastar parte da exigência da contribuição para o PIS e da Cofins relativa aos fatos geradores ocorridos no ano de 2007, conforme demonstrativo à fl. 895, tendo em vista a apresentação tempestiva de DCTF e DCOMP. Decidiu também reduzir de 225% para 112,5% o percentual da multa aplicada no ano de 2007, sob o argumento de que a apresentação da DCTF não se coaduna com o intuito de fraude mencionado pelo auditor. Tendo em vista a exoneração de tributo e multa e montante superior ao limite de alçada, o órgão de primeiro grau recorreu de ofício de sua decisão.

Irresignada, a contribuinte interpôs recurso voluntário (fl. 18023 e ss.) pedindo, ao final, a reforma da decisão de primeira instância, sob as mesmas razões expostas na impugnação, acrescidas das seguintes:

a) nulidade da decisão de primeiro grau, em virtude de o órgão julgador não haver se manifestado sobre o pedido para que fosse afastada a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, bem como por não haver examinado os documentos trazidos pela contribuinte após a apresentação da impugnação;

b) deve-se afastar integralmente, e não apenas parcialmente, a exigência da contribuição para o PIS e da Cofins dos meses de janeiro a outubro de 2007, tendo em vista que foram elas informadas em DCTF, ainda que em valores não coincidentes com aqueles apurados pela fiscalização;

c) parte dos valores recolhidos ou compensados a título de contribuição para o PIS e de Cofins no ano de 2007 deixaram de ser considerados pelo órgão julgador de primeiro grau, ou foram considerados a menor.

Por fim, requereu a recorrente a realização de diligência ou perícia sobre os documentos juntados aos autos.

Trazidos os autos a julgamento, a Turma decidiu acolher pedido da recorrente para declarar a nulidade da decisão de primeiro grau em razão de a DRJ não haver se pronunciado sobre a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício (fl. 18097 e ss.).

A DRJ de origem julgou novamente o litígio, havendo sanado o vício de nulidade mantendo, pelas razões expostas em seu acórdão, a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício. Além disso, alterou a decisão anterior somente no que toca ao PIS/Cofins dos

6

meses de novembro e dezembro de 2007, mantendo a exigência em razão de haver constatado a falta de apresentação de DCTF para esses períodos. Deu-se nova remessa oficial (fl. 18.205 e ss.).

Por sua vez, intimada da nova decisão, a interessada interpôs recurso voluntário reproduzindo as razões expostas na peça anterior, acrescido dos seguintes argumentos:

a) preliminar de nulidade da decisão da DRJ por haver alterado o fundamento da multa agravada;

b) preliminar de nulidade da decisão da DRJ por *reformatio in pejus* no que concerne ao PIS/Cofins dos meses de novembro e dezembro de 2007.

A recorrente também renovou seu pedido de diligência ou perícia.

Voto

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator.

1) Da Admissibilidade dos Recursos

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

2) Das Preliminares de Nulidade do Lançamento

Pede a interessada seja declarada a nulidade do lançamento, sob as seguintes razões:

a) a fiscalização deixou de apresentar toda a capitulação legal aplicável, em especial aquela que serviu de base para sua acusação de que houve ato doloso e fraudulento, hábil a justificar a imposição da multa qualificada;

b) a declaração dos débitos em DCTF afasta a possibilidade de lançamento de ofício.

No que concerne ao argumento descrito no item “a”, ao contrário do afirmado pela interessada, a capitulação da qualificação da multa de ofício, qual seja, o abaixo transcrito art. 44, I, § 1º, da Lei nº 9.430/96 consta expressamente do auto de infração (fl. 68).

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da

92 7 *ff*

Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

A menção equivocada, contida no relatório fiscal, ao art. 71 da Lei nº 4.506/64, quando o correto seria à Lei nº 4.502/64, não é causa de nulidade do lançamento pois, segundo jurisprudência assente desse Conselho, o erro na capitulação legal da infração, ou mesmo sua ausência, não macula o lançamento se o ilícito houver sido clara e precisamente descrito pela autoridade fiscal, possibilitando assim o pleno exercício do direito de defesa pelo acusado, como ocorreu nos presentes autos.

Quanto ao argumento tratado no item “b” retro, também não assiste razão à recorrente. O fato de existirem débitos declarados em DCTF não é causa de nulidade do lançamento, mas sim de sua improcedência. Ademais, a diferença entre o valor dos tributos informados naquela declaração e o valor apurado pela fiscalização deve necessariamente ser objeto de lançamento de ofício.

3) Das Preliminares de Nulidade da Decisão de 1º Grau

Pede a recorrente seja declarada a nulidade de decisão *a quo*, sob os seguintes argumentos:

a) com vistas a manter a incidência da multa agravada, a DRJ adotou fundamento diverso daquele empregado pelo autor da ação fiscal;

b) houve cerceamento do direito de defesa uma vez que o órgão de primeiro grau recusou-se a examinar a documentação apresentada pela recorrente sob o argumento de que a forma de tributação com base no arbitramento do lucro não pode ser alterada após realizado o lançamento de ofício;

c) a DRJ incorreu em *reformatio in pejus* no que toca ao PIS/Cofins dos meses de novembro e dezembro de 2007, pois manteve a exigência dessas contribuições na nova decisão, ao contrário do decidido no primeiro acórdão.

Pois bem, em relação ao argumento descrito no item “a” retro, é possível observar no relatório fiscal as seguintes considerações (fl. 51 e ss.):

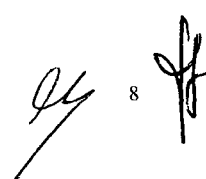
A fiscalizada tomou ciência do termo de início de fiscalização em 20/04/2010, sendo intimada a apresentar arquivos digitais, nos termos da IN SRF nº 086/2007, livros Diário, Razão, Registro de Entradas, Registro de Saídas e LALUR, todos relativos ao período de 01/01/2007 a 31/12/2008. (Grifamos)

(...)

Diante da não apresentação desses livros e documentos, lavramos o Termo de Reintimação nº 01/2010, cuja ciência ocorreu por via postal em 07/06/2010.

Através do Termo de Reintimação nº 02/2010, cuja ciência ocorreu por via postal em 15/07/2010, tentamos, mais uma vez, obter os livros e documentos solicitados desde o termo de início.

8



(...)

Até a lavratura deste relatório, nenhum livro ou documento foi apresentado.

(...)

Tendo em vista que as infrações foram cometidas sob circunstâncias qualificativas, e que houve o desatendimento injustificado das intimações realizadas ao longo do procedimento fiscal, cabe incidência da multa percentual de 225% (duzentos e vinte e cinco por cento) sobre os valores ora lançados de ofício, conforme enquadramento legal mencionado ao final do demonstrativo de multa e juros que integra cada auto de infração. (Grifamos)

(...)

Pelo exame dos três termos de intimação e reintimação acima aludidos é possível constatar que em todos eles a fiscalizada foi instada a apresentar (fl. 3 e ss., fl. 15 e ss. e fl. 19 e ss.):

5 - Arquivos digitais, especificados abaixo, em conformidade com a Instrução Normativa SRF nº 86/2001, segundo os lay-outs definidos no ADE COFIS nº 15/2001 e as alterações do ADE Cofis nº 55/2009.

(...)

Por sua vez a DRJ de origem manteve o agravamento da multa de ofício sob o seguinte fundamento (fl. 18.218):

Com relação ao agravamento da multa em 50%, tem-se que o presente caso se enquadra perfeitamente nas hipóteses previstas nos incisos II e III do § 2º acima transcrito, ou seja, sendo intimada a contribuinte não apresentou os arquivos digitais em conformidade com a IN SRF nº 86, de 2001. Já o arbitramento do lucro está associado à falta de apresentação dos livros contábeis e fiscais solicitados nas várias intimações efetuadas à contribuinte e que não foram atendidas.

Dessa forma, tendo ocorrido a hipótese claramente descrita na lei, deve-se manter o agravamento da multa de ofício em 50%, tal como previsto no § 2º acima.

Portanto, como se observa acima, não ocorreu a inovação alegada pela recorrente.

Em relação ao argumento descrito no item “b” retro, melhor sorte não assiste a interessada. Realmente, em razão da absoluta falta de apresentação de todos os livros e documentos que lhe foram exigidos, a contribuinte teve seu lucro arbitrado. Em assim sendo, de acordo com jurisprudência mansa e pacífica deste Conselho, os livros e documentos apresentados após a lavratura do auto de infração são imprestáveis para afastar a tributação com base no lucro arbitrado, daí porque a falta de seu exame não importa cerceamento do direito de defesa.

Por fim, em relação ao argumento descrito no item “c” retro, deve-se dizer que, declarada a nulidade da decisão de primeiro grau, caberá à DRJ apreciar novamente todo o litígio, podendo inclusive decidir de maneira diversa questões que não ensejaram a declaração de nulidade. Não há no âmbito do processo administrativo fiscal respaldo jurídico para adoção da assim chamada *reformatio in pejus* indireta.

4) Do Pedido de Diligência

A interessada pleiteia a realização de diligência ou perícia com vistas ao exame dos documentos por ela juntados à peça impugnatória.

Tal providência, conforme se depreende, serviria para comprovar a regularidade de sua escrituração fiscal e, por conseguinte, promover-se a apuração dos tributos com base no lucro real.

Entretanto, conforme já explicado no capítulo anterior deste voto, o arbitramento do lucro é forma de determinação do lucro real e da CSLL, não se sujeitando à alteração após realizado o lançamento de ofício.

Em assim sendo, reputa-se prescindível a realização de diligência ou perícia porque, ainda que reste constatada a regularidade da escrita fiscal, não há como modificar-se, após o lançamento, a forma de tributação adotada pela autoridade.

5) Do Arbitramento do Lucro

O lucro da contribuinte, relativamente aos anos de 2007 e 2008, foi determinado segundo as regras do lucro arbitrado tendo vista que, apesar de haver sido intimada e por duas vezes reintimada para a tanto, a fiscalizada deixou de apresentar ao auditor os livros e documentos de sua escrita comercial e fiscal. Segundo o autor da ação fiscal, da data da ciência ao termo de início da fiscalização, em 20/04/2010, até a data da lavratura do auto de infração, em 26/10/2010, nenhum dos livros ou documento solicitados foi apresentado pelo sujeito passivo.

Alega a defesa ser ilegítimo o arbitramento do lucro, tendo em vista que ao apresentar suas DCTFs relativas ao ano de 2007, comunicou à Administração que estava apurando lucro real anual, e levantando balancetes mensais de suspensão e redução do imposto, daí porque o não atendimento às intimação não tem o condão de afastar as declarações já prestadas.

Diz ainda que transmitiu ao fisco estadual informações sobre sua atividade, informações essas que foram levadas em conta pelo auditor para promover o lançamento ora combatido.

Por fim, afirma que tais fatos comprovam que sua intenção nunca foi fraudar o erário, daí porque, quando muito, ao invés do arbitramento, a contribuinte deveria ser responsabilizada pelo pagamento de eventuais tributos em aberto e eventuais descumprimento de obrigações acessórias.

Pois bem, sobre a determinação do IRPJ com base no lucro arbitrado o art. 530, III, do RIR/99 assim prescreve:

Art.530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

(...)

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;

(...)

Isso posto, segundo essa norma, é desimportante para sua incidência o fato de o sujeito passivo haver apresentado DCTF, de ter prestado informações ao fisco estadual ou mesmo de não ter agido fraudulentamente. Para sua incidência basta a falta de apresentação dos livros e documentos de sua escrituração comercial e fiscal quando houver sido regularmente intimado para tanto, tal como se verificou no caso dos presentes autos.

6) Da Inclusão do ICMS nas Bases de Cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins

Alega a recorrente ser incabível a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do IRPJ, da CSLL, da contribuição para o PIS e da Cofins, já que o imposto estadual não pode ser qualificado como receita bruta ou como faturamento.

No caso de arbitramento do lucro as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL são determinadas a partir da receita bruta, cujo conceito para este fim encontra-se estabelecido no art. 31 da Lei nº 8.981/95, *in verbis*:

Art. 31. 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

Parágrafo único. Na receita bruta, não se incluem as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não-cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário.

Da mesma forma, na hipótese de arbitramento do lucro, as bases de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins são apuradas de forma cumulativa a partir do faturamento, cujo conceito para este fim é o prescrito nos abaixo transcritos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718/98:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

(...)

Isso posto, de acordo com texto expresso de lei, o ICMS (exceto aquele pago por substituição tributária, ao qual a recorrente não fez menção em seu recurso), por não ser um imposto cobrado destacadamente do preço pago pelo adquirente, faz parte das bases de cálculo do imposto de renda e das contribuições sob exame.

Em assim sendo, o argumento da defesa somente poderia ser acolhido em caso de declaração de inconstitucionalidade das normas acima referidas, matéria acerca da qual esse Conselho não detém competência para se pronunciar, a teor do disposto em sua Súmula nº 2 bem como no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, senão vejamos:

Súmula CARF nº 2: (DOU de 09/12/2010)

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

Decreto nº 70.235/72:

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

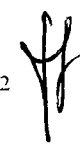
7) Da Multa de Ofício e dos Juros de Mora

O autor da ação fiscal impôs, com base no art. 44, § 2º, II, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, multa de ofício agravada em razão da falta de apresentação dos arquivos a que se refere o art. 11 da Lei nº 8.218/91, regulado pela Instrução Normativa SRF nº 86/2007.

Ademais, com base no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, qualificou a multa imposta em razão de entender estar caracterizado o evidente intuito de fraude por parte do sujeito passivo.

A DRJ de origem manteve a qualificadora em relação aos fatos geradores ocorridos no ano de 2008, afastando-a quanto ao ano de 2007, período esse que será abordado no capítulo referente ao recurso de ofício.

A recorrente, por sua vez contesta a imposição das multas mantidas sob os seguintes argumentos:

 12 

- a) que nunca teve a intenção de fraudar o fisco, e que a falta de entrega da DIPJ e das DCTFs relativas ao ano de 2008 não é causa para qualificação da multa;
- b) como a falta de apresentação dos livros e documentos ensejou o arbitramento do lucro, tal fato não poderia servir também de base ao agravamento da multa;
- c) a multa aplicada revela-se confiscatória.

Quanto aos juros de mora, alega ser ilegal o emprego da taxa Selic em seu cálculo, bem como sua incidência sobre a multa de ofício.

Pois bem, relativamente à qualificação da multa de ofício, entendo que a prestação das informações ao fisco estadual sobre a vultosa receita auferida no ano de 2008 (mais de R\$ 19.000.000,00) e a sonegação dessa informação ao fisco federal, acrescida da falta de apresentação dos livros à fiscalização e pela falta de apresentação espontânea da respectiva DIPJ, DCTFs e Dacon, é suficiente para provar o evidente intuito da contribuinte em ocultar do fisco federal a ocorrência dos fatos geradores dos tributos lançados de ofício.

Relativamente ao agravamento da multa, diante da falta de apresentação dos arquivos a que se refere o art. 11 da Lei nº 8.218/91, regulado pela Instrução Normativa SRF nº 86/2007, é de se dizer que o art. 44, § 2º, II, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, abaixo transcrito, não deixa dúvida sobre o seu cabimento:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Renumerado da alínea "b", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

Quanto à alegação de que a multa revela-se confiscatória, tal argumento levaria à discussão da constitucionalidade do art. 44 da Lei nº 9.430/96, matéria que, como demonstrado no capítulo anterior deste voto, este Conselho não detém competência para se manifestar.

No que concerne ao emprego da taxa Selic no cálculo dos juros de mora a Súmula nº 4 deste Conselho, de observância obrigatório por parte de seus membros, assim prescreve:

Súmula CARF nº 4 (DOU de 09/12/2010):

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

Por fim, em relação à incidência dos juros de mora sobre a multa aplicada melhor sorte não assiste razão à defesa.

Isso porque a multa de ofício é parte integrante do crédito tributário, sobre o qual incidem os juros de mora. É o que estabelece o art. 161 do CTN, *in verbis*:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

(...)

Esse é também o entendimento do STJ sobre o assunto, conforme de observa na abaixo transcrita ementa ao AgRg no REsp 1335688/PR (DJe de 10/12/2012):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS DE MORA SOBRE MULTA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

1. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido de que: "É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário." (REsp 1.129.990/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/9/2009). De igual modo: REsp 834.681/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/6/2010.

2. Agravo regimental não provido.

Embora essa decisão não possua efeito vinculante perante este Conselho, é importante ressaltar que o STJ vem reiteradamente admitindo a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício em decisões proferidas por ambas as Turmas de sua Primeira Seção.

8) Do Recurso de Ofício

A DRJ de origem afastou a qualificação da multa de ofício em relação aos fatos ocorridos no ano de 2007 sob o seguinte argumento:

Ocorre, entretanto, que a contribuinte apresentou em 2007 (antes do início do procedimento fiscal) as DCTF dos meses de janeiro a outubro daquele ano, como se pode ver às fls. 869 a 879. Assim, quanto àquele ano-calendário, cai por terra a justificativa para qualificação da multa amparada na intenção da fiscalizada de impedir o conhecimento pela Receita Federal

dos valores das operações realizadas e de reduzir a base de cálculo dos tributos devidos.

Todavia, a meu juízo, a apresentação da DCTF, por si só, não se traduz em fato capaz de afastar a qualificação da multa. Há que se perquirir sobre os demais fatos presentes no caso concreto.

Assim é que, no caso sob exame, apesar de haver declarado ao fisco estadual haver auferido receitas no ano de 2007 em montante superior a R\$ 35.000.000,00, não apresentou a respectiva DIPJ antes do início da ação fiscal mesmo passados mais de um ano e meio do prazo estabelecido na legislação.

É de se reconhecer, entretanto, que conforme afirmado no relatório fiscal, além da DCTF foi também apresentada a Dacon do ano de 2007.

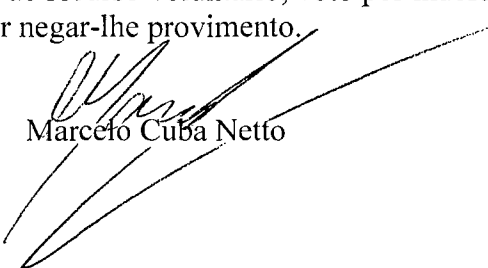
Diante do exposto, entendo restar dúvida razoável acerca do evidente intuito do sujeito passivo em ocultar do fisco a ocorrência dos fatos geradores dos tributos no ano de 2007, razão pela qual deve-se manter a decisão da DRJ neste ponto.

Também foi objeto de recurso de ofício as parcelas do PIS/Cofins devidos em 2007 objeto de informação em DCTFs apresentadas antes de iniciado o procedimento fiscal.

Também aqui deve-se manter a decisão *a quo* haja vista que os débitos espontaneamente informados em DCTF constituem confissão de dívida, não se submetendo a lançamento de ofício.

9) Conclusão

Tendo em vista todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício e, quanto ao recurso voluntário, voto por indeferir as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, por negar-lhe provimento.


Marcelo Cuba Netto