



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

Processo nº 10935.000937/2010-78
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1102-001.307 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de março de 2015
Matéria IRPJ
Recorrente PEGASUS INDUSTRIA DE PEÇAS PARA MOTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, situações inocorrentes no caso.

JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. COMPETÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

O julgamento em primeira instância compete às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

Demonstrado nos autos que os fatos que deram origem à tributação estão perfeitamente descritos no trabalho fiscal, e que o contribuinte, por sua vez, defendeu-se plenamente, demonstrando saber exatamente as razões de autuação, restam descaracterizadas as alegações de cerceamento de direito de defesa.

INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE DILIGÊNCIA/PERÍCIA. NULIDADE DE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA.

Cabe à autoridade julgadora determinar ou não a realização de diligências ou perícias, podendo indeferir as que considerar prescindíveis, desde que o faça fundamentadamente, sem que isto caracterize qualquer violação do legítimo direito de defesa do contribuinte.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas são incompetentes para apreciar arguições de inconstitucionalidade de lei regularmente editada, tarefa privativa do Poder Judiciário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

PESSOA JURÍDICA EXCLUÍDA DO SIMPLES. TRIBUTAÇÃO.

A pessoa jurídica excluída do Simples sujeitar-se-á, a partir do período em que ocorrerem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

Sujeita-se ao arbitramento do lucro o contribuinte que deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

RECEITA BRUTA APURADA. LIVROS FISCAIS. DEDUÇÕES E ABATIMENTOS.

É legítimo o lançamento levado a efeito pela fiscalização federal fundamentado em provas colhidas em livros fiscais de escrituração obrigatória perante a legislação tributária de outro ente federativo. Incumbe ao contribuinte o ônus da prova da existência de outras deduções da receita bruta, além daquelas constatadas pelo fisco na análise dos referidos livros.

CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS/PASEP E COFINS. LUCRO ARBITRADO. REGIME CUMULATIVO.

A apuração da da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, no caso de contribuinte sujeito ao lucro arbitrado, deve ser feita na forma do regime cumulativo, tendo por base de cálculo o faturamento, deduzidas as exclusões previstas em lei.

CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS/PASEP E COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS SOBRE AS VENDAS.

Não há previsão legal para a exclusão, da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, do ICMS incidente sobre as vendas próprias, mas tão somente do ICMS devido na condição de substituto tributário.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A prática de ocultar do fisco, mediante a não apresentação ou a apresentação de declaração de valor muito inferior ao do efetivo montante da obrigação tributária principal, para eximir-se de seu pagamento, sem qualquer justificativa pelo contribuinte, constitui fato que evidencia intuito de fraude e implica qualificação da multa de ofício.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e de suspensão do processo, indeferir o pedido de realização de perícia, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Declararam-se impedidos os conselheiros Francisco Alexandre dos Santos Linhares, João Carlos de Figueiredo Neto, e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé – Presidente e Relator.

Participaram do julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, Ricardo Marozzi Gregório, Jackson Mitsui, e Joselaine Boeira Zatorre.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por PEGASUS INDUSTRIA DE PEÇAS PARA MOTOS LTDA, contra acórdão proferido pela 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba – DRJ/CTA, que julgou improcedente a impugnação contra o lançamento de ofício efetuado.

A empresa teve contra si lavrados os autos de infração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ, da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, perfazendo um crédito tributário no montante de R\$ 1.585.174,10, aí já incluídos os juros de mora e a multa de ofício de 150%.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de fls. 34/38, a empresa havia sido excluída da sistemática do Simples, por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/CVL nº 23, de 9 de julho de 2007, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2004 (fl. 8), sujeitando-se, portanto, a partir daquela data, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

A empresa foi intimada a apresentar os livros e documentos de sua escrita comercial e fiscal relativos aos anos de 2006 e 2007, entre eles os Livros Diário e Razão, ou Livro Caixa, conforme o caso, os Livros de Registro de Entradas e de Saídas, e o Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR.

A empresa atendeu apenas parcialmente a solicitação. Em resposta dada em 27.07.2009, afirmou (fls. 14, sic):

“Os Livros Diários e Razões, não estão sendo enviados uma vez que a contabilidade não se encontra regular, por motivo de discussão da empresa sob a forma de tributação.”

Considerando que os Livros de Registro de Entradas e de Saídas denotavam movimentação no período, que não houve a entrega de nenhum tipo de declaração à Receita

Federal referente aos anos em questão e nem tampouco qualquer recolhimento de imposto de renda, tornou a intimar a empresa a apresentar os referidos livros contábeis, bem como a apurar o IRPJ pelas regras do Lucro Real Trimestral e a apresentar o Livro de Apuração do Lucro Real – LALUR (fls. 15 a 17).

A empresa respondeu (fls. 19, sic):

“... por motivos de inteira responsabilidade da empresa, não temos como cumprir as exigências contidas no presente termo de intimação fiscal ora em pauta.”

A fiscalização, então, arbitrou o lucro da contribuinte, apurando a sua receita a partir dos lançamentos constantes dos Livros de Registro de Saídas e de Apuração do ICMS apresentados, considerando as vendas e respectivas devoluções, e aplicando o percentual de 9,6%, vez que a atividade da empresa era de “Indústria de Peças e Acessórios para Motocicletas e Similares”.

A multa aplicada foi de 150%, em razão do evidente intuito de sonegar os tributos devidos.

Inconformada, a contribuinte apresentou impugnação ao feito fiscal (fls. 83 a 143), alegando, em síntese, o que segue:

- o pedido da fiscalização, para que apresentasse a escrituração contábil em condições de apurar o lucro real trimestral no prazo de vinte dias, é um pedido impossível e abusivo;
- os valores arbitrados não correspondem com a realidade de mercado da recorrente, nem condizem com a realidade de nenhuma empresa comercial ou industrial;
- esse tipo de arbitramento sacrifica direitos da recorrente e o auto de infração padece de ilegalidade;
- a empresa impetrou o Mandado de Segurança nº 2009.70.04.000117-3, na 1ª Vara Federal de Umuarama/PR, para discutir os efeitos da exclusão do Simples, sendo inaplicável a retroatividade;
- uma vez deferida a segurança, o presente auto de infração perderá seu objetivo e finalidade;
- a fiscalização teria que aguardar o julgamento da exclusão para lavrar os autos de infração;
- o levantamento fiscal é incorreto, pois não levou em conta as bonificações a clientes e vendas canceladas;
- o PIS e a COFINS foram apurados na forma cumulativa, mas o próprio fisco afirmou que a apuração deveria ser pelo lucro real trimestral, em que o PIS e a COFINS são não cumulativos;
- o auto de infração é nulo, pela ineficácia da intimação do sujeito passivo;

- os efeitos retroativos do Ato Declaratório Executivo DRF/CVL nº 23 são ilegais;
- o lançamento é nulo, em razão de o agente fiscal, de forma simplória e facilitada, ter aferido o quantum debeat a partir da simples análise dos livros fiscais de mercadorias;
- a prova emprestada não figura, jamais, como prova plena do fato jurídico em sentido estrito;
- o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS;
- os autos são nulos por falta de demonstração do enquadramento legal a ser contestado, caracterizando cerceamento de defesa, bem como por falta de indicação dos motivos de fato;
- os autos são nulos por terem sido lavrados fora do local do domicílio do sujeito passivo;
- os autos são nulos por falta de habilitação técnica do fiscal, que não é bacharel em contabilidade;
- a taxa Selic, como indexadora de débitos tributários, é inconstitucional;
- a multa de ofício não poderia ser aplicada no patamar de 150%, por não ter havido reincidência;
- o dispositivo que permite a duplicidade da multa foi revogado pela Lei nº 11.488/07;
- a multa aplicada é confiscatória, viola os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, e outros que aponta;
- no caso em tela não existiu sonegação ou fraude;
- se a multa de ofício não for afastada, deve ser reduzida para o patamar de 50%, nos termos da nova redação do art. 44, da Lei nº 9.430/96, em virtude da alteração feita pela Medida Provisória nº 351, de 22/01/2007;
- se a multa de ofício não for afastada, deve ser reduzida para o patamar máximo de 30%, conforme a jurisprudência dominante;
- entendendo o julgador não ter competência para julgar a inconstitucionalidade de norma, deveria suspender o processo e levar a questão ao judiciário para que se manifeste sobre a matéria, de modo a preservar o contraditório e a ampla defesa;
- para que se tenha a verdade real é imprescindível nos autos a realização de perícia, para a qual indica perito e onze quesitos a serem respondidos.

Finaliza requerendo a insubsistência do lançamento, em razão das nulidades e das razões de mérito aduzidas, ou senão a realização da perícia para a correta aferição dos

valores devidos, bem como o cancelamento das multas aplicadas ou sua redução aos percentuais indicados, ou, ainda, a suspensão do processo e envio ao judiciário, no caso de o julgador entender não ter competência para julgar a inconstitucionalidade de norma.

A DRJ/CTA, por meio do Acórdão nº 06-35.143, de 6 de janeiro de 2012, rejeitou as preliminares de nulidade e de cerceamento do direito de defesa, indeferiu o pedido de perícia, e julgou improcedente a impugnação. A ementa encontra-se assim redigida:

“Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 2006, 2007

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

NULIDADE. ATOS PRIVATIVOS DE CONTADOR OU DE AUDITOR-CONTÁBIL. AUDITOR-FISCAL. COMPETÊNCIA.

A competência do Auditor-Fiscal para o lançamento inclui o exame de livros e documentos contábeis, atividade que não se confunde com o exercício das profissões de contador ou de auditor-contábil, cujas atribuições estão especificadas em legislação federal própria.

AUTO DE INFRAÇÃO. CIÊNCIA. NOTIFICAÇÃO PESSOAL. SÓCIO ADMINISTRADOR Legal e eficaz a intimação relativa a auto de infração, efetuada da forma pessoal, provada com a assinatura da sócia administradora da empresa autuada.

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. LOCAL DA LAVRATURA.

O auto de infração deve ser lavrado no local de verificação da falta, que pode ser o estabelecimento do infrator, a repartição fiscal, ou outro local, não ensejando, por conseguinte, a nulidade do lançamento *ex officio* lavratura de auto de infração fora do estabelecimento do contribuinte.

VENDAS ESCRITURADAS NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. OMISSÃO DE RECEITA. PROVA DIRETA.

Constitui prova direta de omissão de receita a constatação de vendas escrituradas no Livro Registro de Apuração do ICMS e não declaradas à Receita Federal.

RECEITAS ESCRITURADOS. LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. PROVA Os valores registrados e atestados como verídicos ao fisco estadual, mediante declaração firmada no Livro Registro de Apuração do ICMS, fazem prova de receitas da empresa.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DO ENQUADRAMENTO LEGAL e INFRAÇÕES AUTUADAS.

Inexiste cerceamento do direito de defesa nem se encontra inquinado de vício o feito, se o crédito tributário lançado apurado em conformidade com a legislação de regência informada nos autos de infração, os fatos que ensejaram o lançamento estão

claramente descritos e constam do processo todas as informações necessárias ao exercício do contraditório.

SUSPENSÃO DOS AUTOS E ENVIO PARA O PODER JUDICIÁRIO Não há previsão legal para que o julgador administrativo, por não possuir competência para julgar ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação, suspenda por esse motivo o curso do processo e o encaminhe ao Poder Judiciário para decisão, sendo prerrogativa do contribuinte socorrer-se junto a este último.

PERÍCIA DESNECESSÁRIA.

Inexistindo a necessidade de realização de perícia face à clareza das provas contidas nos autos, nega-se o pedido.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2006, 2007

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. DOLO.

Considerando-se a intenção dolosa de ocultar os fatos geradores da obrigação tributária, aplica-se multa de ofício qualificada de 150% sobre os correspondentes impostos e contribuições sociais exigidos.

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL. LEGALIDADE.

O percentual de multa qualificada aplicável é aquele determinado expressamente em lei.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

Aplicam-se juros de mora por percentuais equivalentes à taxa Selic por expressa previsão legal.

LEGISLAÇÃO. EXAME DA VALIDADE, LEGALIDADE E/OU CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA O julgador da esfera administrativa deve limitar-se a aplicar a legislação vigente, restando, por disposição constitucional, ao Poder Judiciário a competência para apreciar inconformismos relativos à sua validade, legalidade ou constitucionalidade.

INTERPRETAÇÃO MAIS BENIGNA DA LEI TRIBUTÁRIA EM CASO DE DÚVIDAS, ART. 112 DO CTN.

Se, diante das provas contidas nos autos, inexistem dúvidas quanto à prática de infração tributária e à penalidade aplicável ao caso, não há que se falar em interpretação mais favorável, pois o lançamento é ato administrativo vinculado.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

LUCRO ARBITRADO. PERCENTUAL. INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

A apuração do lucro real mensal apurado por estimativa e do lucro presumido de empresa industrial e comercial se fazem pela aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta e, no caso do arbitramento, tal percentual é acrescido de vinte por cento, resultando em nove por cento e seis décimos.

BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DE RECEITAS FINANCEIRAS. IPI. VENDAS PARA O EXTERIOR No que tange às receitas financeiras, IPI, vendas para o exterior cuja dedução pleiteia, é evidente que não foram incluídas na receita bruta se esta foi apurada a partir do livro RAICMS que, conforme as descrições das operações, se referem a vendas de produção do estabelecimento, para o mercado interno.

BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DE DEVOLUÇÕES DE VENDAS E MERCADORIAS DEVOLVIDAS.

As devoluções de vendas e as mercadorias devolvidas foram excluídas da base de cálculo e descontos incondicionais não foram identificados nem o contribuinte apresentou provas dos mesmos, para que pudessem ser deduzidos da base de cálculo.

IRPJ. CSLL. LUCRO ARBITRADO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO.

Apenas na situação em que este tributo é cobrado do comerciante adquirente, na qual o vendedor é depositário, no regime de substituição tributária a teor do parágrafo único do art. 31 da Lei nº 8.981, de 1995, é que o ICMS pode ser deduzido da receita bruta para a apuração do lucro presumido ou arbitrado.

PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO.

Somente é dedutível da base de cálculo do PIS e Cofins o ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

PIS. COFINS, LUCRO ARBITRADO.

Permanecem sujeitas às normas da legislação da contribuição para o PIS/Pasep e Cofins vigentes anteriormente à instituição da incidência não - cumulativa as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro arbitrado.

PIS, COFINS, CSLL. DECORRÊNCIA.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.”

Cientificada desta decisão em 13.02.2012, conforme AR de fls. 584, e com ela inconformada, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 14.03.2012, fls. 586 a 658, no qual, em síntese, reprisa os argumentos expostos na inicial e acrescenta ainda, o seguinte:

- o julgamento deveria ser suspenso até o julgamento definitivo do Mandado de Segurança nº 2009.70.04.000117-3;
- o julgamento deveria ser suspenso até o julgamento final da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 18 pelo Supremo Tribunal Federal, na qual se discute a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins;
- a decisão recorrida deve ser declarada nula por falta de competência do agente para proferi-la, pois tal ato é privativo do ocupante do cargo de Delegado da Receita Federal.

Na sessão de dezembro de 2012 o julgamento foi sobrestado em vista do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, em razão de a matéria “inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins” encontrar-se em julgamento no STF, pela ADC-18, sem decisão definitiva até aquele momento.

Com a revogação dos citados parágrafos do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, retornam os autos à presente pauta de julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Preliminares de suspensão do julgamento

Conforme relatado, tendo em vista a revogação dos §§ 1º e 2º do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, a despeito de o STF não ter ainda proferido decisão definitiva na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18, na qual se discute a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, não há mais motivos para o sobrestamento do julgamento, que era um dos pleitos da recorrente, e que fora anteriormente acolhido por meio da Resolução 1102-000.134.

Com relação à suspensão do julgamento até que se aguarde o julgamento definitivo do Mandado de Segurança nº 2009.70.04.000117-3, cumpre fazer os seguintes registros, após consultas feitas às páginas eletrônicas da Justiça Federal do Paraná, do TRF-4, do STJ e do STF.

Do relatório da decisão judicial de primeira instância, extraio o seguinte excerto, para conhecimento do pedido (grifos acrescidos):

“Trata-se de ação proposta por BIG MOTOS COMÉRCIO DE PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA MOTOS LTDA e PEGASUS INDÚSTRIA DE PEÇAS PARA MOTOS LTDA - ME em face da UNIÃO-FAZENDA NACIONAL, com pedido, inclusive em sede de antecipação de tutela, de declaração de nulidade do processo administrativo em que foi declarada a sua exclusão do SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - e, conseqüentemente, a anulação do ato declaratório de exclusão, bem como do respectivo auto de infração.

Transcrevo o pedido em seus exatos termos: “(...)Seja confirmada a liminar concedida (tutela antecipada) e julgar procedente o pedido das autoras para declarar a nulidade do ato declaratório nº 22 e 23/2007 (anexos) por não terem obedecido o devido processo legal (contraditório) em desfavor das autoras e ,

conseqüente, declarar a nulidade dos créditos tributários constantes dos autos de infração nº 10.935.003344/2007-68 (Lucro Arbitrado), Auto de Infração DEBCAB nº 37.171.390-0 (Contribuição Previdenciária - falta de retificação da GFIP - em razão da exclusão do SIMPLES), Auto de Infração DEBCAB nº 37.171.391-9 (Contribuição Previdenciária - Valores de GFIP não alterados), Auto de Infração DEBCAB nº 37.171.389-7 (Diferenças de Contribuições Previdenciárias em razão do desenquadramento do SIMPLES), em nome da primeira Autora, **e também os Auto de nº 10.935.003340/2007-80 (Lucro Arbitrado), advindo em razão exclusão do SIMPLES e auto de Infração DEBCAB nº 37.143.732-6 (cobranças de contribuições previdenciárias - de 01/2004 a 07/2007) relativos a segunda autora**, referentes à diferença entre o recolhimento tributário normal e o recolhimento pelo SIMPLES, apurada nas anos calendários de janeiro de 2004 a julho de 2007, frente a afronta ao princípio do contraditório, consubstanciado na falta do devido processo legal".

Sustentam, em suma, a nulidade dos Atos Declaratórios nº 22/2007 e nº 23/2007, por ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois primeiro veicularam sua exclusão do SIMPLES e só depois abriram prazo para defesa. Mencionam a necessidade de indicação, no ato fiscal, de todos os dispositivos legais infringidos, sob pena de nulidade. Afirmam que a referida exclusão, sem prévia oportunidade para defesa, também configura ofensa à proporcionalidade, à razoabilidade e à moralidade pública, bem como abuso de direito."

Analísado o pedido, foi proferida a seguinte decisão:

"Ante o exposto, resolvo o mérito do processo, com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil, julgando TOTALMENTE IMPROCEDENTE o pedido das autoras."

Em 21/09/2010 foi proferida decisão pelo TRF-4, negando provimento, por unanimidade, à apelação. O TRF-4 também inadmitiu os Recursos Extraordinário e Especial.

O STF, em 12/05/2012 e 28/11/2013 negou seguimento ao recurso extraordinário, com baixa definitiva dos autos em 14/02/2014.

O STJ, em 05/12/2011 (decisão republicada em 08/02/2013), não conheceu do recurso especial. Após sucessivos agravos e embargos, o acórdão transitou em julgado em 18/11/2013.

Portanto, não há quaisquer óbices ao prosseguimento do julgamento.

Nulidades

Aduz a recorrente que a decisão recorrida deve ser declarada nula por falta de competência do agente para proferi-la, pois tal ato seria privativo do ocupante do cargo de Delegado da Receita Federal, e transcreve ementa de acórdão do extinto 3º Conselho dos Contribuintes que afirma tal atividade ser privativa dos ocupantes do cargo de Delegado da Receita Federal de Julgamento.

Não lhe assiste razão.

Desde a edição da Medida Provisória n.º 2.113-30, de 26/04/2001, o art. 25 do Decreto n.º 70.235/1972 – PAF, que rege o processo administrativo fiscal, tem a seguinte redação:

Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete:

I - em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal; (Redação dada pelo art. 64 da Medida Provisória n.º 2.113-30, de 26/04/2001 – atual Medida Provisória n.º 2.158-35, de 24/08/2001)

Somente nas redações anteriores do referido artigo é que tal competência era privativa dos Delegados da Receita Federal (redação original) ou dos Delegados da Receita Federal de Julgamento (redação dada pela Lei nº 8.748/1993). O acórdão recorrido foi proferido em 6 de janeiro de 2012.

Com relação às alegações de nulidade envolvendo o ato de exclusão do Simples, ou os efeitos desta exclusão (irretroatividade dos efeitos do ato, necessidade de aguardar o julgamento da exclusão para lavrar os autos de infração, perda de objetivo e finalidade do auto de infração ao ser deferida a segurança), são questões que ou não estão sequer em julgamento no presente processo administrativo (o ato de exclusão do Simples em si) ou se encontram superadas com o trânsito em julgado do Mandado de Segurança nº 2009.70.04.000117-3 ou ainda de outro Mandado de Segurança que a seguir será comentado, em que tais razões foram aduzidas, tendo o Poder Judiciário se manifestado contrariamente às pretensões da recorrente.

Nada obstante, aparentemente os autos de infração discutidos no presente processo administrativo não fizeram parte *direta* da discussão judicial, uma vez que lavrados posteriormente ao citado Mandado de Segurança. De fato, o relatório da sentença judicial menciona apenas o processo 10935.003340/2007-80, que também versaria sobre o arbitramento dos lucros da recorrente em anos anteriores.

De qualquer sorte, portanto, ainda que se entenda que o pronunciamento judicial não importe renúncia à instância administrativa, nos termos da Súmula CARF nº 1, abaixo transcrita, à alegação recursal de necessidade de se aguardar o julgamento definitivo da exclusão para se lavrar os autos de infração opõe-se a Súmula CARF nº 77, também abaixo transcrita:

“Súmula CARF nº 1

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Súmula CARF nº 77

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.”

E à alegação de irretroatividade dos efeitos do ato de exclusão (que foi editado em 9 de julho de 2007), há que se observar, em primeiro lugar, que tais efeitos são expressamente regulados pela Lei nº 9.317/1996, no seu art. 15. E, no caso, os efeitos do ato retroagiram a 1º de janeiro de 2004. O lançamento nos presentes autos abrange os anos de 2006 e 2007.

Ademais, conforme esclarecimento contido no voto da decisão recorrida, a contribuinte também impetrou o Mandado de Segurança nº 2007.70.05.003406-3/PR (não citado pela própria contribuinte nos presentes autos), no qual pleiteou, entre outras coisas, a suspensão dos efeitos do ADE nº 23/2007 quanto à sua retroatividade para fins de exclusão do Simples, a concessão de segurança para determinar a ilegalidade/nulidade do ADE nº 23/2007, e o cancelamento em definitivo do auto de infração do citado processo administrativo 10935.003340/2007-80. E, conforme registrou a decisão recorrida, o referido Mandado de Segurança teve a sua baixa definitiva em 31/07/2008, após ter sido a liminar indeferida, e a sentença de mérito proferida ter sido inteiramente desfavorável às suas pretensões. Assim, a retroatividade dos efeitos da exclusão (ainda que em relação a outros anos, que não 2006 e 2007) foi julgada definitivamente pelo Poder Judiciário de modo desfavorável à recorrente.

Por fim, conforme registrou a decisão recorrida, a exclusão do Simples em si (que, conforme já dito, sequer faz parte do presente processo administrativo), foi objeto do Mandado de Segurança nº 2007.70.05.003406-3/PR, o que importa, portanto, renúncia à instância administrativa com relação a esta matéria, nos termos da já transcrita Súmula CARF nº 1.

A recorrente aduz ainda outras nulidades, a saber:

- a) nulidade do lançamento, por ter sido aferido o *quantum debeatur* a partir da simples análise dos livros fiscais de mercadorias;
- b) nulidade do lançamento por falta de demonstração do enquadramento legal a ser contestado, caracterizando cerceamento de defesa, bem como por falta de indicação dos motivos de fato;
- c) nulidade do lançamento por terem os autos de infração sido lavrados fora do local do domicílio do sujeito passivo;
- d) nulidade do lançamento por falta de habilitação técnica do fiscal, que não é bacharel em contabilidade.

Cediço que, nos termos do PAF, Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. Eventuais erros ou equívocos na apuração dos tributos, ou no enquadramento dos fatos à hipótese tributária prevista na norma, devem ser enfrentados como matéria de mérito, mas não importam a nulidade da autuação.

Noutro giro, verifico que os autos de infração contém todos os requisitos formais exigidos, e que os fatos estão adequadamente descritos, tendo a recorrente demonstrado compreendê-los, defendendo-se contra as imputações que lhe foram feitas.

Afastam-se, assim, as nulidades alegadas em ‘a’ e ‘b’.

A nulidade alegada em ‘c’ é afastada pela seguinte súmula:

“Súmula CARF nº 6

É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.”

E a nulidade alegada em ‘d’ é afastada pela seguinte súmula:

“Súmula CARF nº 8

O Auditor Fiscal da Receita Federal é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.”

Por fim, registre-se que não houve a renovação da alegação feita em sede de impugnação, no sentido da nulidade do lançamento em razão da suposta ineficácia da intimação do sujeito passivo, a qual, de qualquer sorte, já foi adequadamente refutada pela decisão recorrida.

Afastadas todas as nulidades alegadas, prossegue-se no exame das demais alegações.

Pedido de perícia/diligência

Aduz a recorrente ser necessária a realização de perícia, em face da complexidade da matéria, que demandaria o exame por pessoas especializadas, e que impedir a realização da prova pericial seria o mesmo que retirar da recorrente seu direito de ampla defesa.

Não lhe assiste razão.

O procedimento pericial pressupõe a pesquisa de fatos por pessoas de reconhecido saber, habilidade e experiência, visando à solução de dúvidas que não possam ser resolvidas pelo julgador a partir de provas documentais que podem ser acostadas aos autos. Portanto, a perícia deve ser indeferida quando o fato probante puder ser demonstrado pela juntada de documentos por parte do interessado, a quem incumbe a prova.

Ademais, é pacífico na jurisprudência do CARF que as diligências e perícias constituem instrumentos postos à disposição do julgador para auxiliá-lo na formação do seu livre convencimento, se entendê-las necessárias, de sorte que não caracteriza qualquer violação do legítimo direito de defesa do contribuinte o indeferimento fundamentado do pedido por ele formulado.

Neste sentido, os seguintes precedentes:

Acórdão 101-92.105, Relator Sebastião Rodrigues Cabral, sessão de 03/06/1998:

I.R.P.J. – PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DIREITO DE DEFESA. CERCEAMENTO. INOCORRÊNCIA. — A realização de perícia ou diligência, em regra, visa a produção de provas ou a coleta de elementos que permitam ao julgador formar, livremente, sua convicção a propósito dos fatos apurados. O indeferimento de pedido formulado pelo sujeito passivo não implica nulidade do Ato Administrativo, por não configurado cerceamento do direito de defesa.

Acórdão 103-20.379, Relatora Mary Elbe Gomes Queiroz Maia, sessão de 13/09/2000:

REJEIÇÃO A PEDIDO DE DILIGÊNCIA — INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA – Não se configura ofensa ou violação do legítimo direito de defesa da contribuinte a rejeição a pedido de diligência quando a autoridade julgadora considerá-lo prescindível por os elementos constantes dos autos serem suficientes para que se proceda ao respectivo julgamento, desde que a decisão indique os fundamentos táticos e legais que motivaram a decisão e sejam plenamente assegurados o devido processo legal e prestigiados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Acórdão 104-23061, Relator Pedro Paulo Pereira Barbosa, sessão de 06/03/2008:

PAF - DILIGÊNCIA - CABIMENTO - A diligência deve ser determinada pela autoridade julgadora, de ofício ou a requerimento do impugnante, quando entendê-la necessária. Deficiências da defesa na apresentação de provas, sob sua responsabilidade, não implicam na necessidade de realização de diligência com o objetivo de produzir essas provas.

Pelos mesmos motivos acima percorridos, entendendo estarem presentes todos os elementos necessários à convicção deste relator, e tampouco havendo nas questões postas a julgamento qualquer matéria cuja complexidade demande conhecimento especializado de que não disponha este colegiado, também concluo ser desnecessária a realização de diligência ou perícia para a adequada solução da lide.

Ilegalidades e inconstitucionalidades

Todas as alegações que digam respeito a supostas inconstitucionalidades da lei, ou ilegalidades, em razão de suposta abusividade ou de violação a outros direitos do contribuinte, ou a princípios constitucionais, devem ser de plano rejeitadas, em face da impossibilidade de apreciação de tais questões na esfera administrativa, nos termos da seguinte súmula:

“Súmula CARF nº 2:

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

Corolário desta súmula, as leis tributárias devem simplesmente ser aplicadas pelo julgador administrativo ao caso concreto.

E este entendimento está absolutamente consolidado no âmbito do CARF, não tendo qualquer procedência, portanto, o pedido da recorrente para que, no caso de se considerar o julgador administrativo incompetente para apreciar tais questões, o processo administrativo deveria ser suspenso, e o próprio julgador deveria levar essas questões ao judiciário para que este se manifestasse sobre a matéria.

Afastam-se, portanto, os seguintes argumentos do contribuinte, tendo-se em conta que os procedimentos seguiram o quanto prescrito em lei:

- de que o pedido da fiscalização para que apresentasse a escrituração contábil em condições de apurar o lucro real trimestral no prazo de vinte dias seria um pedido impossível e abusivo;
- de que os valores arbitrados não corresponderiam à realidade de mercado;
- de que o arbitramento levado a efeito sacrificaria direitos da recorrente;
- de que a multa aplicada seria confiscatória e violaria diversos princípios;
- de que a taxa Selic, como indexadora de débitos tributários, seria inconstitucional.

Mérito

No mérito, aduz a recorrente que o levantamento fiscal seria incorreto, pois não teria levado em conta as bonificações a clientes e vendas canceladas.

Aduz também que a prova emprestada não constituiria, jamais, prova plena do fato jurídico.

Entretanto, conforme já relatado ao norte, a fiscalização arbitrou o lucro da contribuinte, apurando a sua receita a partir dos lançamentos constantes dos Livros de Registro de Saídas e de Apuração do ICMS apresentados, tendo considerado as vendas e respectivas devoluções ali registradas.

Assim, acaso houvesse quaisquer outros valores que devessem ser deduzidos da receita assim apurada pela fiscalização, incumbiria à fiscalizada trazer as provas que embasassem as suas alegações. Contudo, a recorrente nada trouxe aos autos, apenas meras alegações, desacompanhadas de qualquer prova, limitando-se a requerer perícia para a correta apuração dos valores (pedido o qual já foi ao norte rejeitado).

Não procede, igualmente, o argumento relativo à alegada “prova emprestada”, mesmo porque não se trata, no caso, de nenhuma prova “emprestada”, senão de apuração direta, pelo fisco, a partir de elementos constantes da escrituração fiscal da própria recorrente, ainda que a referida escrituração seja aquela exigida pela legislação tributária de outro ente federativo.

Ademais, cediço que o fisco pode-se valer das mais diversas formas para obter os dados necessários ao lançamento de ofício, podendo fazer uso tanto de provas diretas quanto indiretas, quanto de presunção legal.

Não há nenhum óbice, portanto, à utilização de informações constantes de livros escriturados pelo próprio contribuinte por obrigação legal decorrente da legislação tributária estadual. Neste sentido é a jurisprudência do CARF, consubstanciada nas ementas a seguir transcritas:

Acórdão nº 101-96387, relator José Ricardo da Silva, sessão de 18/10/2007:

IRPJ – LANÇAMENTO DE OFÍCIO – APURAÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS COM BASE EM INFORMAÇÕES PRESTADAS AO FISCO ESTADUAL – PROVA EMPRESTADA – É legítimo o lançamento levado a efeito pela fiscalização federal fundamentado em provas colhidas em informações prestadas ao Fisco Estadual.

Acórdão nº 103-23588, relator Antonio Bezerra Neto, sessão de 15/10/2008:

PROVA EMPRESTADA. FASE OFICIOSA. ADMISSIBILIDADE.

As provas obtidas do Fisco Estadual na fase de fiscalização são admissíveis no processo administrativo fiscal, por serem submetidas a novo contraditório e não prejudicarem o direito de defesa do contribuinte.

Acórdão nº 107-08467, relator Natanael Martins, sessão de 23/02/2006:

IRPJ – LANÇAMENTO DE OFÍCIO – APURAÇÃO - PROVA EMPRESTADA – As informações sobre as vendas informadas para o Fisco Estadual podem ser aproveitadas no lançamento de tributos federais quando a contribuinte se recusa a apresentar seus livros e documentos contábeis.

Sem qualquer procedência a alegação de irregularidade na utilização do regime cumulativo para a apuração do PIS e da COFINS, em oposição ao regime não cumulativo, que deveria ter sido aplicado.

O regime cumulativo é aquele expressamente previsto em lei no caso de empresas submetidas ao lucro arbitrado, como é o caso concreto.

E o recurso ao arbitramento dos lucros, no caso, encontra-se plenamente justificado, uma vez que a empresa não apresentou à fiscalização os livros da escrituração comercial e fiscal necessários à apuração do lucro por qualquer uma das outras formas possíveis de tributação.

O pleito de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS também deve ser rejeitado.

A este respeito, assim dispõe a Lei nº 9.718/1998, em seus artigos 2º e 3º:

“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;”

Conforme transcrição acima, fica claro que, na receita bruta para fins de apuração do PIS e da COFINS, no que diz respeito ao ICMS, só não se inclui o ICMS por substituição, mas não o ICMS incidente sobre as vendas.

Este conceito de receita bruta, aliás, está em perfeita consonância com o conceito de receita bruta desde há muito consagrado pela legislação do imposto de renda, ora consolidada no artigo 224 do RIR/99, e que possui a seguinte redação:

“Art. 224. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia (Lei nº 8.981, de 1995, art. 31).”

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 (Lei nº 8.981, de 1995, art. 31, parágrafo único).”

Os impostos “não cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário”, pela própria redação do dispositivo, compreendem, por exemplo, na legislação federal, o IPI, e na legislação estadual, o ICMS cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

De se ressaltar, ainda, que este conceito também foi adotado pela legislação da CSLL, a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 9.249/95.

Trata-se, portanto, de um conceito adotado, de forma coerente e consistente, pela legislação de todos os tributos federais discutidos nos presentes autos.

Na verdade, o ICMS incidente sobre as vendas, ao ser subtraído da receita bruta, dá origem à receita *líquida*, consoante conceito consagrado na legislação tributária desde há muito tempo, a teor do disposto no art. 12 do Decreto Lei nº 1.598/77:

“Art 12 - A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

§ 1º - A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas.”

Em conclusão, não há qualquer previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Multa qualificada

Com relação à multa, aduz a recorrente, em síntese, que:

- a multa de ofício não poderia ser aplicada no patamar de 150%, por não ter havido reincidência;
- o dispositivo que permite a duplicidade da multa foi revogado pela Lei no 11.488/07;
- no caso em tela não existiu sonegação ou fraude;
- se a multa de ofício não for afastada, deve ser reduzida para o patamar de 50%, nos termos da nova redação do art. 44, da Lei no 9.430/96, em virtude da alteração feita pela Medida Provisória no 351, de 22/01/2007;
- se a multa de ofício não for afastada, deve ser reduzida para o patamar máximo de 30%, conforme a jurisprudência dominante;

O conjunto dos fatos, contudo, conduz à conclusão da correção do procedimento fiscal de qualificar a multa de ofício.

Conforme bem sintetizou a decisão recorrida, não apenas houve a falta de apresentação de qualquer tipo de declaração à Receita Federal referente aos anos-calendários 2006 e 2007, discutidos nos presentes autos, como também sequer houve a apresentação de qualquer tipo de declaração com relação aos anos anteriores de 2004 e 2005, conforme restou demonstrado no aqui já citado processo administrativo nº 10935.003340/2007-80, e também no ano de 2003 (processo administrativo nº 10935.003339/2007-55).

Tampouco houve o recolhimento de qualquer tributo devido nos períodos fiscalizados, nada obstante a vultosa receita omitida apurada pelo fisco, que, em todos os anos referidos, extrapolou o limite admitido para que a empresa permanecesse no Simples.

A circunstância de o contribuinte apresentar-se reiteradamente omissos com relação às declarações de rendimentos, ou de apresentá-las com valores zerados ou muito inferiores ao do efetivo montante de suas receitas auferidas, e, por consequência, de suas obrigações tributárias devidas, sem qualquer justificativa plausível, denota a intenção dolosa do contribuinte de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária federal, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, prática esta definida como sonegação à luz do art. 71 da Lei nº 4.502/64, o que implica a qualificação da multa de ofício.

Este é o entendimento majoritário assente neste Conselho, consoante as ementas a seguir transcritas da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, bem como precedente desta própria Turma de julgamento:

Acórdão 9101-00.362, relatora Karem Jureidini Dias, sessão de 01/10/2009:

“MULTA QUALIFICADA DE 150%. A aplicação da multa qualificada pressupõe a comprovação inequívoca do evidente intuito de fraude, nos termos do art. 44, inciso II, da Lei nº 9430/96, vigente à época. O fato de o contribuinte ter apresentado ao fisco federal, de forma reiterada, declaração com valores significativamente menores do que o apurado a partir de documentação obtida junto ao fisco estadual, bem como ter omitido receitas para se manter no regime do SIMPLES, legitima a aplicação da multa qualificada.”

Acórdão 9101-00.417, relatora Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, sessão de 03/11/2009:

“MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. Cabível quando o Contribuinte presta declaração, em três anos consecutivos, com os valores zerados, não apresenta DCTF nem realiza qualquer pagamento. Este conjunto de fatos demonstra a materialidade da conduta, configurado o dolo específico do agente evidenciando não somente a intenção mas também o seu objetivo.”

Acórdão 1102-000.916, sessão de 07 de agosto de 2013, relator Antonio Carlos Guidoni Filho:

MULTA DE OFÍCIO. A prática de ocultar do fisco, mediante a não apresentação ou a apresentação de declaração de valor muito inferior ao do efetivo montante da obrigação tributária principal, para eximir-se de seu pagamento, sem qualquer justificativa pelo contribuinte, constitui fato que evidencia intuito de fraude e implica qualificação da multa de ofício, nos termos do art. 71 da Lei n. 4.502/64.

A alegação de que o dispositivo que permitiria a “duplicidade” da multa teria sido revogado pela Lei nº 11.488/07 é completamente desprovido de fundamento.

A referida lei não instituiu, majorou, ou revogou a penalidade aplicada aos fatos aqui descritos, mas tão somente realocou as penalidades, que já se encontravam previstas desde a edição original da Lei nº 9.430/1996, entre os incisos e os parágrafos do seu artigo 44.

Os pleitos de que a multa de ofício deveria ser reduzida, ou para 50%, nos termos da nova redação do art. 44, da Lei nº 9.430/96, dada pela Medida Provisória nº 351, de 22/01/2007, ou para 30%, nos termos da “jurisprudência dominante”, também devem ser rejeitados.

A citada Medida Provisória nº 351/2007, destaque-se, é a que foi posteriormente convertida na Lei nº 11.488/07. A multa de 50% a que se refere a recorrente nada tem a ver com a hipótese dos autos. Conforme dito, a multa de 150% nos casos de fraude, sonegação e conluio, sempre teve expressa previsão legal, desde a redação original da Lei nº 9.430/1996. O que houve, ao longo do tempo, foram apenas realocações, entre os incisos e os parágrafos do seu artigo 44, da penalidade em questão.

Deve ser mantida, portanto, a multa qualificada.

Processo nº 10935.000937/2010-78
Acórdão n.º **1102-001.307**

S1-C1T2
Fl. 21

Conclusão

Pelo exposto, rejeito as preliminares de nulidade e de suspensão do processo, indefiro o pedido de realização de perícia, e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator