



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

Processo nº 10935.000937/2010-78
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1102-000.134 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 6 de dezembro de 2012
Assunto IRPJ.
Recorrente PEGASUS INDUSTRIA DE PEÇAS PARA MOTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, sobrestar o julgamento à luz do art. 62-A do Anexo II, do RICARF, e do § único do art. 1º da Portaria CARF nº 1, de 03.01.2012, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Declarou-se impedida de votar, a Conselheira Silvana Rescigno Guerra Barretto.

Documento assinado digitalmente.

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Albertina Silva Santos de Lima, Antonio Carlos Guidoni Filho, João Otávio Oppermann Thomé, Silvana Rescigno Guerra Barretto, José Sérgio Gomes, e Francisco Alexandre dos Santos Linhares.

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 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. INDUSTRIA 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 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.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

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

Dentre as alegações recursais, constata-se o pleito da recorrente pela suspensão do julgamento até o julgamento final da ADC nº 18 pelo Supremo Tribunal Federal, na qual se discute a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da da Cofins.

Nos termos do disposto no art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, com as alterações da Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010, bem como no disposto nos artigos 1º e 2º da Portaria CARF nº 001, de 03 de janeiro de 2012, deve ser sobrestado o julgamento dos recursos em tramitação no CARF, sempre que o STF tenha determinado o sobrestamento do julgamento dos recursos extraordinários que versem sobre a mesma matéria, até que transite em julgado a decisão proferida pelo STF nos termos do art. 543-B do CPC – Código de Processo Civil.

Os dispositivos citados estão abaixo transcritos:

Regimento Interno do CARF

“Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.”

Portaria CARF nº 001, de 03 de janeiro de 2012

“Art. 1º. Determinar a observação dos procedimentos dispostos nesta portaria, para realização do sobrestamento do julgamento de recursos em tramitação no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, em processos referentes a matérias de sua competência em que o Supremo Tribunal Federal - STF tenha determinado o sobrestamento de Recursos Extraordinários - RE, até que tenha transitado em julgado a respectiva decisão, nos termos do art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.

Parágrafo único. O procedimento de sobrestamento de que trata o caput somente será aplicado a casos em que tiver comprovadamente sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal - STF o sobrestamento de processos relativos à matéria recorrida, independentemente da existência de repercussão geral reconhecida para o caso.

Art. 2º Cabe ao Conselheiro Relator do processo identificar, de ofício ou por provocação das partes, o processo cujo recurso subsuma-se, em tese, à hipótese de sobrestamento de que trata o art. 1º.

§ 1º No caso da identificação se verificar antes da sessão de julgamento do processo:

I – o conselheiro relator deverá elaborar requerimento fundamentado ao Presidente da respectiva Turma, sugerindo o sobrestamento do julgamento do recurso do processo;

II – o Presidente da Turma, com base na competência de que trata o art. 17, caput e inciso VIII, do Anexo II do RICARF, determinará, por despacho:

a) o sobrestamento do julgamento do recurso do processo; ou

b) o julgamento do recurso na situação em que o processo se encontra.

§ 2º Sendo suscitada a hipótese de sobrestamento durante a sessão de julgamento do processo, o incidente deverá ser julgado pela Turma, que poderá:

I – decidir pelo sobrestamento do processo do julgamento do recurso, mediante resolução; ou

II – recusar o sobrestamento e realizar o julgamento do recurso.”

Nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC-18, em que está sob o crivo do STF a análise da inclusão ou não do ICMS sobre as vendas efetuadas na base de cálculo do PIS e da COFINS, foi deferida a medida cautelar, nos termos do voto do relator, Min. Menezes Direito, para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. A ementa está assim redigida:

“Medida cautelar. Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. COFINS e PIS/PASEP. Base de cálculo. Faturamento (art. 195, inciso I, alínea “b”, da CF). Exclusão do valor relativo ao ICMS.

1. O controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstando o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário.

2. Comprovada a divergência jurisprudencial entre Juízes e Tribunais pátrios relativamente à possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, cabe deferir a medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98.

3. Medida cautelar deferida, excluídos desta os processos em andamentos no Supremo Tribunal Federal.”

Pelo exposto, tendo em vista o sobrestamento, pelo STF, dos processos que versam sobre esta matéria, e o fato de que ainda não foi sequer proferida decisão nos autos da ADC-18, nos termos do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, e da Portaria CARF nº 001, de 03 de janeiro de 2012, deve o julgamento do presente processo ser sobrestado até que transite em julgado a decisão que vier a ser proferida pelo STF na referida Ação Declaratória de Constitucionalidade.

É como voto.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator