



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

Processo n° 15563.000173/2007-12
Recurso n° 164.838 Voluntário
Acórdão n° 1102-00.268 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de agosto de 2010
Matéria IRPJ - Ex(s): 2002 a 2004
Recorrente CINATEMA DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
Recorrida 6a. TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

EMENTA: PEDIDO GENÉRICO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. ART. 16, DO DECRETO N.º 70.235/72. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO.

- Não configura cerceamento do direito de defesa o indeferimento do pedido de perícia, quando formulado sem a obediência dos requisitos do art. 16, do Decreto n.º 70.235/72

DECADÊNCIA. § 4º, DO ART. 150, DO CTN.

- O prazo decadencial aplicável aos tributos submetidos ao lançamento por homologação é quinquenal e o termo inicial para a sua contagem é a data do fato gerador. Inteligência do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional.

REGIME DO LUCRO PRESUMIDO.

- A opção pelo regime do lucro presumido inviabiliza a dedução de custos e despesas operacionais.

ARBITRAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 530 RIR/90

- Legal o arbitramento quando imprestáveis os documentos do contribuinte e não apresentados livros obrigatórios à fiscalização.

COFINS. PIS. BASE DE CÁLCULO. §1º, DO ART. 3º, DA LEI Nº 9.718/98. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 1º, DO DECRETO N.º 2.346/97.

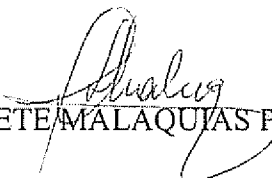
- Os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º, da Lei n.º 9718/98 autorizam o cancelamento da exigência tributária, consoante determina o art. 1º, do Decreto n.º 2.346/97.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA. COMPETÊNCIA DO CARF.
SÚMULA N.º 2

- Consoante Súmula n.º 2, do CARF, falece competência ao Colegiado para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reconhecer a decadência do IRPJ e da CSLL relativos ao fato gerador ocorrido em 31 de março de 2002 e do PIS e da COFINS referentes aos fatos geradores ocorridos em 31 de março de 2002, 30 de abril de 2002 e 31 de maio de 2002, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO - Presidente.


SILVANA RESCIGNO GUERRA BARRETTO - Relator.

EDITADO EM:

Participaram, do julgamento os Conselheiros Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente da Turma), João Carlos de Lima Júnior (Vice Presidente), José Sergio Gomes (Relator), Silvana Rescigno Barreto (Relatora), Marco Antonio Pires, (Suplente Convocado) e Frederico de Moura Theophilo.

Relatório

A Recorrente sofreu a lavratura de Autos de Infração relativos ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, relativos aos anos-calendário de 2002 a 2004, sob a alegação de omissão de receitas da atividade, correspondente aos valores informados na DIPJ retificadora no ano de 2004, e de omissão de receitas da revenda de mercadorias apurada com base nas DIPJ's dos anos-calendário de 2002 e 2003.

A Autoridade Fiscal, para apuração do crédito tributário, efetuou o arbitramento do lucro, justificando sua conduta na imprestabilidade da escrita fiscal da Recorrente.

Cientificada do lançamento, a Recorrente apresentou Impugnação, aduzindo, em síntese, que:

- apesar de apresentados todos os seus livros fiscais e declarações retificadoras, a autoridade fiscal teria apresentado apenas seus extratos bancários que demonstrariam apenas um lado da operação – venda – sem observar as compras que geraram despesas, devidamente contabilizadas;

- os artigos 145, inciso I, §1º; 153, III, da Constituição Federal e os artigos 43 e 44, do CTN, apenas autorizariam a tributação do IRPJ sobre a riqueza produzida, apurada na forma da legislação;

- a autoridade fiscal teria sido violado o princípio da capacidade contributiva, ao desconsiderar os valores pagos na aquisição das mercadorias comercializadas;

- desconsiderar saídas do caixa da Recorrente, além de desnaturar o conceito de renda e de violar o princípio da capacidade contributiva, ensejaria tributação sobre o patrimônio, o que seria vedado pelo art. 150, inciso IV, da Constituição Federal;

- o não reconhecimento dos valores pagos na aquisição de mercadorias que comercializa ensejaria afronta aos ditames que regem o princípio da verdade material;

- a base de cálculo do PIS e da COFINS utilizada pela autoridade administrativa seria inconstitucional porquanto exigidas contribuições sobre receitas financeiras;

- a modificação do conceito de faturamento determinada pela Lei n.º 9.718/98 afrontou o art. 110, do CTN

- O STF, em 09 de novembro de 2005, quando do julgamento do RE357.950/RS, julgou inconstitucional o artigo 195, I, da Constituição Federal;

- A Lei n.º 9.718/98 seria totalmente nula, por afronta aos arts. 195, I e 239, da CF/88;



- A multa aplicada seria confiscatória, em desrespeito ao art. 150, IV, da CF/88;

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro manteve o lançamento procedente em parte, nos seguintes termos:

i) indeferido o pedido de perícia, por não terem sido observados os requisitos do art. 16, IV, do Decreto n.º 70.235/72;

ii) apesar de intimada e reintimada para apresentar todos os seus livros e documentos contábeis e fiscais, a Recorrente apresentou apenas os Livros de Entrada e de Saída de mercadorias e o Livro de Registro de Apuração do ICMS, o que autorizou o arbitramento do lucro, com base no art. 47, III, da Lei n.º 8.981/95;

iii) a receita que serviu de cálculo para o arbitramento do lucro foi informada pela própria interessada nas DIPJ's de 2003 e 2004 e utilizado o coeficiente de 9,6% sobre as receitas brutas declaradas, tendo em vista tratar-se de receitas provenientes de revenda de mercadorias, o que autoriza a manutenção do lançamento com base na omissão de receitas operacionais;

iv) a omissão de receitas apurada com os valores informados pela autuada na DIPJ do exercício de 2005, rechaçada sob o entendimento de que teriam sido analisados apenas os extratos bancários, também deve subsistir porquanto o lançamento se deu pela forma de tributação pelo lucro presumido, aplicando-se o percentual de 8% sobre a receita auferida, o que afasta a apropriação de todos os custos e despesas operacionais necessários à atividade da empresa;

v) demonstrada a ocorrência do fato gerador do IRPJ, conforme art. 43, do CTN;

vi) as alegações de inconstitucionalidade de norma é incumbência do Judiciário e extrapola a competência do órgão administrativo julgador;

vii) deve ser reduzida a multa qualificada de 150%, em razão da ausência do evidente intuito de fraude por parte da Recorrente;

viii) precluso o direito da Recorrente de apresentar novas provas, conforme determina o art. 15, do Decreto n.º 70.235/72;

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário repetindo as razões postas na Impugnação e acrescentando, em síntese, que:

· o indeferimento do pedido de realização de perícia ensejaria afronta aos incisos LIV e LV, do art. 5º, da Constituição Federal;

· os créditos tributários anteriores a 11 de junho de 2002 estariam extintos, em razão do transcurso do prazo decadencial;

· a decisão recorrida teria desvirtuado o conceito de renda e o princípio da capacidade contributiva, ao impedir a apropriação de custos e despesas operacionais, ainda que o regime de apuração tenha sido o do lucro presumido;

· teriam sido desrespeitados os artigos 43 e 44, do CTN e os artigos 153, III e 145, §1º, da CF/88

É o relatório.



Voto

Conselheiro SILVANA RESCIGNO GUERRA BARRETO

O recurso é tempestivo, passo a apreciá-lo.

Insurge-se a Recorrente contra lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, em razão da constatação de omissões de receitas da atividade, correspondente aos valores informados pela autuada como receita bruta na DIPJ retificadora do exercício de 2005 e omissões de receitas de vendas de mercadorias, apurada através de arbitramento, a partir das DIPJ's dos anos calendários de 2002 e 2003.

Preliminarmente, a Recorrente pugna pela nulidade da decisão da DRJ, sob o entendimento de que seu direito de defesa teria sido cerceado, quando indeferido o pedido de realização de perícia. Contudo, irretorquível o entendimento daquele órgão julgador, no sentido de que deve ser indeferido o pleito, quando o interessado não cumpra os requisitos impostos pelo art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72, *verbis*:

"Art. 16. A impugnação mencionará. ()

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16."

Além de prescindível a perícia diante das provas carreadas aos autos capazes de firmar o convencimento dos julgadores, não há como subsistir pleito genérico, sob pena de afronta à norma acima transcrita, especialmente quando se observa que foi oportunizado ao contribuinte o direito de Impugnação e enfrentados todos os argumentos trazidos à baila.

No que tange ao pedido de reconhecimento do transcurso do prazo decadencial, assiste razão à Recorrente porquanto cientificada da lavratura dos autos de infração em 11 de junho de 2007 (fl. 310), e lançados tributos cujos fatos geradores ocorreram antes de junho de 2002, em descompasso com o §4º, do art. 150, do CTN, *verbis*:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. ()



§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação "

Este Colendo Conselho tem entendimento já consolidado no sentido de que é quinquenal o prazo decadencial, contado da ocorrência do fato gerador, desde que não caracterizado o intuito de fraude, conforme evidencia a recente ementa a seguir transcrita, *verbis*:

"IRPJ. NÃO COMPROVADO O EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. APLICAÇÃO DO ART 150 DO CTN. LANÇAMENTO FORMALIZADO CINCO ANOS APÓS A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. DECADÊNCIA. Comprovado pela contribuinte a ausência de fraude ou dolo, a regra para aplicação do prazo decadencial se dá pelo art 150 do CTN, desta forma notificada a contribuinte cinco anos após a ocorrência do fato gerador, correta a decisão que declarou a decadência do direito de lançar CSLL. AUSÊNCIA DA INTIMAÇÃO POR EDITAL. ARBITRAMENTO. NÃO CABIMENTO. Deverá a fiscalização proceder a intimação por edital quando não for possível localizar o contribuinte com as intimações por "AR". Ilegítima a apuração da contribuição devida por arbitramento motivado pela recusa de apresentação de livros e documentos fiscais e contábeis quando o contribuinte não for devidamente intimado " (Recurso 145845, Rel. Conselheira Albertina Silva Santos de Lima, Acórdão 107-09071)

Por força de imperativo legal e da constatação de inoccorrência de fatos concretos que tipificassem a conduta da Recorrente como dolosa, conforme reconhecido na decisão recorrida, foram alcançados pela decadência o IRPJ e a CSLL relativos ao fato gerador ocorrido em 31 de março de 2002, e o PIS e a COFINS referentes aos fatos geradores ocorridos em 31/03/02, 31/04/02; 31/05/02.

Passo a análise das infração de omissão de receitas da atividade, correspondente aos valores informados pela autuada na sua DIPJ Retificadora do exercício de 2005 como receitas brutas e constato que não merece reparos a decisão da DRJ, porquanto, apesar de ter optado pela tributação com base no lucro presumido, a Recorrente quer se valer de deduções inaplicáveis ao regime, cuja premissa básica é a aplicação de percentual sobre a receita bruta auferida.

Os custos e despesas operacionais incorridos poderiam ser deduzidos para fins de IRPJ, com observância da legislação comercial e fiscal, caso a Recorrente fosse optante pelo lucro real.

Demonstrado que a receita bruta apurada e utilizada para cálculo do tributo obedeceu a definição do art. 31, da Lei n.º 8.981/95 e diante da ausência de demonstração de equívoco por parte da autoridade fiscal ou do contribuinte quando da apresentação de informações fiscais, mantenho o lançamento.

Yb

Da mesma forma, também restou demonstrada a prática da segunda infração apontada, qual seja, omissão de receita de vendas de mercadorias nos exercícios de 2003 e 2004, e justificado o arbitramento diante da imprestabilidade da escrita fiscal da Recorrente.

O art. 530, do RIR/99 expressa as hipóteses em que é permitido o arbitramento e, entre elas, constato a ausência de apresentação de livros e a imprestabilidade da escrita, exatamente a hipótese ora versada, *verbis*:

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

I-o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal,

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

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

b)determinar o lucro real,

III-o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527,

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

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

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

A conduta da autoridade fiscal, mantida pela DRJ, tem respaldo na determinação dos artigos 15 e 16, da Lei nº 9.249/95, que estabelecem a forma de arbitramento quando constatada a ausência de livros e documentos do contribuinte, *verbis*:

"Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de



I - um inteiro e seis décimos por cento, para a atividade de revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural;

II - dezesseis por cento:

a) para a atividade de prestação de serviços de transporte, exceto o de carga, para o qual se aplicará o percentual previsto no caput deste artigo;

b) para as pessoas jurídicas a que se refere o inciso III do art. 36 da Lei nº 8 981, de 20 de janeiro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 da referida Lei,

III - trinta e dois por cento, para as atividades de

Ja) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares e de auxílio diagnóstico e terapia, patologia clínica, imagenologia, anatomia patológica e citopatologia, medicina nuclear e análises e patologias clínicas, desde que a prestadora destes serviços seja organizada sob a forma de sociedade empresária e atenda às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa;

b) intermediação de negócios;

c) administração, locação ou cessão de bens imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza,

d) prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring).

§ 2º No caso de atividades diversificadas será aplicado o percentual correspondente a cada atividade.

§ 3º As receitas provenientes de atividade incentivada não comporão a base de cálculo do imposto, na proporção do benefício a que a pessoa jurídica, submetida ao regime de tributação com base no lucro real, fizer jus.

§ 4º O percentual de que trata este artigo também será aplicado sobre a receita financeira da pessoa jurídica que explore atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para a revenda, quando decorrente da comercialização de imóveis e for apurada por meio de índices ou coeficientes previstos em contrato.

Art. 16 O lucro arbitrado das pessoas jurídicas será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta, quando conhecida, dos percentuais fixados no art. 15, acrescidos de vinte por cento." (grifos acrescidos)

Para rechaçar o lançamento das contribuições para o PIS e a COFINS, a Recorrente defende a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.718/98, asseverando que não poderia

incidir sobre a totalidade da receitas auferidas, invocando julgamento do Supremo Tribunal Federal referente ao Recurso Extraordinário nº 357.950/RS, que julgou inconstitucional o §1º, do art. 3º, daquela norma.

Contudo, a Recorrente não demonstrou a existência de receitas financeiras tributadas pelo PIS e pela COFINS e o auto de infração lançou tributos sobre receita operacional omitida de revenda de mercadorias, o que prejudica as genéricas alegações.

Finalmente, no que tange às demais alegações de afrontas a comandos constitucionais, deixo de apreciá-las, com espeque no entendimento consolidado no âmbito desse Conselho Administrativo, nos exatos termos da súmula que a seguir transcrevo, *verbis*:

"SÚMULA Nº 2 do CARF. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

Em face do exposto, dou parcial provimento ao Recurso Voluntário para reconhecer a decadência do IRPJ e da CSLL relativos ao fato gerador ocorrido em 31 de março de 2002 e do PIS e da COFINS referentes aos fatos geradores ocorridos em 31 de março de 2002, 30 de abril de 2002 e 31 de maio de 2002.

É como voto.


SILVANA RESCIGNO GUERRA BARRETO