



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

Processo nº 16408.001188/2006-64
Recurso nº 179.399 Voluntário
Acórdão nº 1201-00.427 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de fevereiro de 2011
Matéria IRPJ e outros
Recorrente Gimenis José de Souza & Cia Ltda ME
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2003, 2004, 2005, 2006

INCONSTITUCIONALIDADE

Em momento algum a defesa contestou os fundamentos fáticos que levaram a autoridade fiscal ao arbitramento do lucro. Toda a sua linha de argumentação combate os fundamentos de direito, no caso, a própria lei que estabelece o arbitramento do lucro, cuja aplicação é obrigatória pelo CARF em razão de sua incompetência para declarar a inconstitucionalidade de leis. Pelos mesmos fundamentos não pode ser acatada a inconstitucionalidade da multa, nem o percentual da alíquota da Cofins.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Claudemir Rodrigues Malaquias - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Claudemir Rodrigues Malaquias (Presidente), Antonio Carlos Guidoni Filho, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Marcelo Cuba Netto, Natanael Vieira dos Santos, Rafael Correia Fuso.

Relatório

DA AUTUAÇÃO E DA IMPUGNAÇÃO

Abaixo tomo de empréstimo o relatório elaborado pela autoridade julgadora de primeiro grau acerca das referidas peças de acusação e defesa:

1- O presente processo tem origem no Auro de Infração de fls. 07/21, lavrado pela Delegacia da Receita Federal em Ponta Grossa - PR, do qual o interessado acima identificado foi intimado às fls. 07, em 21/12/2006, consubstanciando a exigência do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, referente aos anos calendários de 2002, 2003, 2004 e 2005, no valor R\$ 1.025.894,52, além das autuações decorrentes referentes à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, às fls. 22/35, no valor de R\$ 503.042,81, a Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, às fls. 36/48, no valor de R\$ 302.757,06, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, às fls. 49/61, no valor de R\$ 1.445.546,80, todos acrescidos da multa de 75% e encargos moratórios.

2- ENQUADRAMENTO LEGAL

IRPJ - Arts. 530, inciso I e 532 do RIR/99.

CSLL – Art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; Arts. 19 e 20 da Lei nº 9.249/95; Art. 29 da Lei nº 9.430/96; Art. 6º da Medida Provisória nº 1.858/99 e reedições e art. 37 da Lei nº 10.637/02.

PIS – Arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 7/70; Arts. 2º, inciso I, 8º, inciso I, e 9º, da Lei nº 9.715/98; Arts. 2º e 3º, da Lei nº 9.718/98; Art. 2º, inciso I, alínea “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto 4.524/02.

COFINS – Art. 1º da Lei Complementar nº 70/91; Arts 2º, 3º e 8º, da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99 e suas reedições; com as alterações da Medida Provisória nº 1.858/99 e suas reedições; Arts. 2º, Inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e 51 do Decreto nº 4.524/02.

3- DA DESCRIÇÃO DOS FATOS

3.1 - ARBITRAMENTO – FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS E DOCUMENTAÇÃO CONTÁBIL E FISCAL.

3.2- Conforme registra o Termo de Verificação Fiscal de fls.03/06, a fiscalização teve início em 23/10/2006, conforme

documentos de fls. 67 e 68/71, onde foi solicitado ao interessado, que fosse disponibilizado os livros e a sua documentação contábil e fiscal, tendo como consequência o seguinte:

a) em virtude do fato acima, o interessado protocolou expediente em 13/11/2006 (doc.fls.75), informando que no ato estava entregando parte da documentação (parte da DCTF, DACON, Livro de Apuração de ICMS) solicitando porém mais prazo para a entrega de parte da documentação solicitada, o qual foi concedido até 30/11/2006;

b) em 29/11/2006 (doc. fls. 76), o interessado informou que não foi possível recuperar os arquivos magnéticos de sua contabilidade e que tinha extraviado os livros solicitados em mudança de endereço;

c) em 06/12/2006 através da intimação n.º 796/2006 (doc.fls.72/74), foi reiterado o pedido para apresentação dos livros fiscais obrigatórios, além de informar ao interessado que caso os mesmos não fossem apresentados, seria autuado em conformidade com artigo 530 do RIR/99 (arbitramento);

d) em 11/12/2006 o interessado protocolou expediente (doc. fls. 77), reiterando que não possuía os livros fiscais e nem tinha condições de recuperar as informações;

e) assim, em virtude dos fatos relatados e, em conformidade com a legislação vigente, passou-se a autuação com base no arbitramento do lucro.

f) verificou-se com base nos sistemas informatizados e nas declarações entregues, que o interessado apresentou DIRPJ, DACON e DCTF com informações divergentes como faz prova a planilha de fls. 62;

g) utilizou-se os valores registrados nos livros de inventário de ICMS (fls. 80/193) para apurar o faturamento tributável nos anos calendário de 2002, 2003 e 2004, e as informações constantes da GIA para o faturamento do ano calendário de 2005, uma vez que para o dito ano a referida escrituração não foi apresentada. No cálculo se deduziu as emissões de notas fiscais para transferência entre filiais e a matriz, além das devoluções de vendas ocorridas no período, conforme se demonstra nas planilhas de fls. 63/66;

h) a Lei nº 10.925 de 23 de julho de 2004 em seu art 1º, preceitua que a partir de agosto de 2004, sobre as receitas brutas de venda no mercado interno, dentre outros, de adubos, fertilizantes, defensivos agropecuários e corretivos de solo, as alíquotas do PIS e COFINS ficam reduzidas a ZERO. Porém no caso em questão, quando o interessado faria jus a utilização desta alíquota para os produtos que elenca, por não possuir mais documentação fiscal, ficou impossível para o fisco apurar sobre quais montantes das receitas brutas encontradas incidiriam as referidas contribuições e sobre quais não incidiriam. Levando isto em conta, se utilizou as alíquotas

respectivamente de 0,65 e 3 % para os casos de arbitramento previsto na legislação em vigor, desconsiderando portanto a alíquota prevista na referida lei;

i) também não foram considerados nos cálculos do PIS e COFINS o possível crédito existente, por não existirem os livros fiscais para conferência, nem mesmo as notas fiscais de entrada para análise;

j) o artigo 27 da Lei nº 9.430 de 1996, por sua vez preceitua as regras para arbitramento nos casos de perda de livros;

k) apurou-se que o interessado não mais se encontra em atividade, não possuindo mais espaço físico para funcionamento, e o antigo sócio foi encontrado no endereço de uma outra empresa que possui desde 2003, cuja razão social é AGS AGROPECUÁRIA, situada na Rua Dona Waldomira da Silva Isaac, nº 74 - Santana do Itararé, com sede em São Paulo.

4- DA IMPUGNAÇÃO

4.1- Cientificado das autuações referentes ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS em 21/12/2006 respectivamente às fls. 07, 22, 36 e 49, o interessado apresentou impugnação às fls. 666/695, alegando, em síntese que:

- o regime de apuração do lucro arbitrado é aplicado coercitivamente e punitivamente pelo fisco;*
- o chamado auto-arbitramento só é admitido quando a receita bruta não é conhecida;*
- no caso de receita bruta conhecida, aplicam-se sobre a receita bruta os mesmos percentuais utilizados no lucro presumido, acrescidos de 20%;*
- a Constituição Federal de 1988, veda a utilização de tributo com efeito de confisco;*
- além desta garantia a Constituição determina a observância do princípio da capacidade contributiva, segundo o qual, sempre que for possível, os impostos serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte;*
- como o imposto de renda e a contribuição social incidem sobre o lucro, devem conforme o citado princípio constitucional serem graduados de acordo com a capacidade contributiva do autuado;*
- não se pode admitir a tributação com base na presunção de lucro, calculado com base na receita bruta, pois isto, é negar vigência ao referido princípio constitucional;*
- o caput do artigo 43 do CTN estabelece que a hipótese de incidência do imposto sobre a renda é a aquisição da*

disponibilidade econômica ou jurídica da renda e de proventos;

- *o citado artigo foi modificado pela LC nº 104/2001;*
- *o parágrafo 3º do art 42 da Lei nº 9.430, de 1996, estatui que, para os fins de se determinar a receita omitida, os créditos serão analisados individualmente;*
- *esse comando se verteu no sentido de que fossem analisadas as circunstância de cada crédito, buscando averiguar a plausibilidade de ter ocorrido, em cada um deles, o fato indispensável ao surgimento da obrigação tributária e o auferimento de rendas;*
- *o autuante, deve, até pela experiência empírica, ter em mente que ninguém vive em um mundo ideal onde todas as operações e gastos são documentados e registrados, como deveria ocorrer na contabilidade de uma empresa;*
- *pequenas divergência devem ser relevadas, desde que as ocorrências analisadas como um conjunto se apresentem de forma harmônica;*
- *pela situação de insolvência que se encontra, não é difícil perceber que o interessado não auferiu renda alguma, ao contrário teve prejuízos enormes;*
- *o autuante aplicou uma presunção legal, baseado em um evento inserido em uma realidade logicamente compreensível, porém, é necessário que realmente o interessado tenha auferido renda;*
- *pode se observar pela declaração de IRPJ que o seu lastro econômico está longe disso, indicando o patrimônio modesto que possui;*
- *não é cabível a exigência de imposto;*
- *é absurda a afirmação de não se considerar nos cálculos do PIS e COFINS o possível crédito existente, por não existirem os livros fiscais para conferência, nem mesmo as notas fiscais de entrada para serem analisadas;*
- *no direito civil a compensação vem regida pelo artigo 368 do Código Civil;*
- *portanto devem ser abatidos da autuação, os créditos existentes e não considerados pelo fisco;*
- *ao lavrar o auto de infração, o autuante não levou em consideração o fato de já existirem lançamentos inscritos em dívida ativa e em fase de cobrança a título de PIS e COFINS, e está na verdade cobrando em duplicidade os tributos em questão;*

- *além dos valores já recolhidos através de DARF, existem outros valores ainda em aberto inscrito em dívida ativa, pendentes junto a PGFN, cuja inscrição espelha exatamente os mesmos períodos;*
- *esses valores apesar de não terem sido pagos, encontravam-se já lançados em dívida ativa, e lá continuam sendo cobrados, mas apesar disso, o autuante ao fazer os cálculos do arbitramento não os levou em conta, e por essa razão cobra duas vezes os mesmos tributos, e pior, acrescidos de uma multa de 75%;*
- *o mesmo imposto e ou contribuição não pode ser exigido duas vezes, com formas de apuração diferente, ou seja de modo normal declarado pelo interessado e também pelo sistema de arbitramento;*
- *portanto, não pode haver duas formas de lançamento simultaneamente, e por essa razão, o interessado tem direito ao abatimento dos valores já lançados, uma vez que os mesmos já estão sendo cobrados;*
- *o direito de compensar é decorrência natural da garantia dos direitos de crédito, combinada com o princípio constitucional da isonomia;*
- *não há dúvidas, portanto, de que o interessado tem direito à compensação dos valores já lançados anteriormente, mas lançados em duplicidade no presente auto de infração;*
- *a COFINS exigida com alíquota de 3% é indevida;*
- *o PIS é disciplinado pelo artigo 239 da Constituição Federal e pela Lei Complementar nº 07/70, enquanto a COFINS, é disciplinada pela Lei Complementar nº 70/91;*
- *as contribuições em questão sofreram alterações no ano de 1998, advindas da Lei nº 9.718/98;*
- *entre as principais alterações introduzidas pela Lei nº 9.718/98, destaca-se a inconstitucionalidade dos artigos 3º e 8º da citada lei;*
- *o artigo 3º que equiparou o faturamento a receita bruta, enquanto o artigo 8º majorou a alíquota da COFINS de 2% para 3%;*
- *após a publicação da citada lei, em 28/11/1998, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 20, em 15/12/1998, que previu a autorização constitucional para o aumento já anteriormente criado;*
- *claramente se vê que a Lei nº 9.718/98, foi publicada antes da Emenda Constitucional que a permitiria;*

- *o entendimento do STF é de que não há como se falar em constitucionalidade posterior a publicação da lei;*
- *isso é o mesmo que inverter a ordem natural das coisas;*
- *não há, como se pretender que norma ainda pendente de regulamento processual a ser elaborado, possa ser dotada de efeitos retroativos e possa alcançar a situações pretéritas;*
- *dessa forma, se chega a conclusão que a lei em questão não tinha amparo legal para vigorar;*
- *por todo o exposto, a alíquota de 3% da COFINS não pode ser exigida até pelo menos dezembro de 2003, mas tão somente pela alíquota de 2%, pois a lei nº 9.718 de 1998, feriu a hierarquia das leis;*
- *o arbitramento do lucro, somado a uma multa de 75% não pode ser outra coisa a não ser confisco, ferindo ao princípio que o norteia;*
- *o confisco deve ser entendido como violação abrupta e arbitrária ao direito de propriedade;*
- *apesar de o lançamento, ato que constitui o crédito tributário ser ato vinculado, está ele sujeito aos controles da legalidade e constitucionalidade, tal qual todo ato administrativo;*
- *ante ao exposto, requer o cancelamento das autuações.*

5- A competência para julgamento deste processo foi transferida para esta DRJ, de conformidade com o disposto na Portaria RFB nº 340/2008 de 28/02/2008.

*6- Em face das alegações do interessado quanto à existência de débitos referentes ao PIS e a COFINS, já confessados e inscritos em dívida ativa, constarem também da lide ora em análise, foi confeccionada às fls. 722, a **RESOLUÇÃO nº 234**, solicitando a **DRF-PONTA GROSSA – PR** a apuração dos fatos alegados.*

*7- Foi proferida resposta às fls. 731, informando que os débitos nº 90 6 05 020778-66 (COFINS) e 90 7 05 003135-47 (PIS) foram inscritos na **DAU** em 16/05/2005, ou seja, antes do início do procedimento fiscal, e tiveram origem nas **DCTF** apresentadas às fls. 725/730, constando também do arbitramento. Já as inscrições sob o nº 90 6 03 016610-84 (COFINS) e 90 7 03 006271-81 (PIS) referem-se a débitos dos períodos de apuração 08/2000 a 12/2001, que não foram abrangidos pelo Auto de Infração em questão.*

DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU

A decisão recorrida (fls. 732 a 743) deu provimento parcial à defesa apenas para excluir da exigência valores relativos ao PIS e à Cofins previamente confessados em DCTF, conforme ementa abaixo transcrita:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

Ementa:

ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS.

A falta de apresentação da escrituração, na hipótese de pessoa jurídica tributada com base no Lucro Real, justifica o arbitramento do lucro.

BASE DE CÁLCULO. RECEITAS DECLARADAS.

As receitas declaradas ao fisco estadual podem servir de base para apuração do lucro arbitrado.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO.

O afastamento da aplicação de lei ou ato normativo, pelos órgãos judicantes da Administração Fazendária, está necessariamente condicionado à existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal declarando a sua inconstitucionalidade.

Não compete à Autoridade Administrativa se pronunciar sobre a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de lei, pois essa competência foi atribuída pela Constituição Federal, em caráter privativo, ao Poder Judiciário.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

TRIBUÇÃO REFLEXA

Subsistindo a matéria tributária que gerou o lançamento de IRPJ, objeto do processo matriz, igual sorte colhe o que tenha sido formalizado por mera decorrência daquele.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

PIS E COFINS.

INSUFICIÊNCIA NO RECOLHIMENTO.

Na apuração dos valores devidos devem ser deduzidos os valores confessados espontaneamente.

Conforme decidido pelo STF é constitucional o aumento da alíquota da COFINS de 2% para 3%.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O sujeito passivo apresentou recurso voluntário, às fls. 755 a 782, mediante o qual repisou (na verdade, reproduziu literalmente) exatamente os argumentos já trazidos na impugnação.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

Antes de nos debruçarmos sobre o objeto da lide, cumpre-me reafirmar o que já destaquei no relatório. O recurso voluntário de fls. 755 a 782 é, na verdade, uma cópia praticamente exata da impugnação de fls. 666 a 695.

A defesa, em momento algum, combateu qualquer dos fundamentos da decisão recorrida. Resumiu-se apenas a reproduzir *ipsis litteris* o que já havia apresentado na reclamação inicial. Recorreu inclusive em relação àquilo que já havia ganho – a exclusão das parcelas de PIS e de Cofins constituídas por meio da entrega de DCTF –, matéria que, portanto, deixo de conhecer.

Aparenta-me que o recurso foi “confeccionado” sem que tenha sido realizada uma leitura ao menos superficial da decisão.

Tecidas essas considerações, passamos à análise dos demais pontos.

Arbitramento

Em momento algum a defesa contestou os fundamentos fáticos que levaram a autoridade fiscal ao arbitramento do lucro. Toda a sua linha de argumentação combate os fundamentos de direito, no caso, a própria lei que estabelece o arbitramento do lucro. O trecho abaixo da peça de defesa é ilustrativo:

Se o imposto de renda e a contribuição social incidem sobre o lucro, e por princípio constitucional, devem ser graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, não se pode admitir a tributação com base na presunção de lucro, calculado com base na receita bruta, pois isto, é negar vigência ao princípio constitucional.

Ora, poderia tecer um sem par de argumentos pela legitimidade do arbitramento, mas, nos limites de uma decisão de órgão administrativo, basta um: o

arbitramento é modalidade de aferição da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro estabelecido por lei. Desse modo, todos os argumentos aduzidos pela defesa são, expressa ou implicitamente, atinentes a controle de constitucionalidade e, segundo a Súmula CARF nº 2, de aplicação obrigatória:

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

Confisco e alíquota da Cofins

Pelas mesmas razões – incompetência desse Colegiado para analisar questões atinentes a controle de constitucionalidade –, as alegações da defesa de que o valor dos tributos, acrescido da multa de 75%, atinge um patamar confiscatório, bem como a inconstitucionalidade da alíquota de 3% da alíquota da Cofins, não devem prosperar.

Uma vez que este Conselho pode (na verdade, deve) afastar a aplicação de lei, cuja inconstitucionalidade já tenha sido reconhecida por decisão plenária do STF, vale observar, quanto à alíquota da Cofins, que há decisão do pleno do Tribunal Excelso pela inconstitucionalidade de parte da dicção da Lei nº 9.718/98, mas apenas em relação à base de cálculo.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator