



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

Processo nº 16707.000338/2010-24
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-001.786 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de abril de 2012
Matéria Auto de Infração
Recorrente POTY CIMENTO E COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA
Recorrida DRJ/Recife (PE)

Assunto: PIS/PASEP E COFINS

Ano-calendário: 2006

Ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NEGATIVA DE DILIGÊNCIA. FALTA DE MOTIVO PARA ANULAR DECISÃO DA DRJ.

A realização diligência será deferida somente se o julgador entende-la necessária. Uma vez negado o pedido com fundamentação, não há razão para anular o acórdão recorrido.

PIS E COFINS. ALÍQUOTAS QUANDO O LUCRO É ARBITRADO.

Quando o lucro do sujeito passivo for arbitrado, as alíquotas do PIS e da COFINS não serão as das leis anteriores às nº 10.637/2002 e nº 10.833/03, respectivamente.

DILIGÊNCIA PREJUDICIAL AO RECORRENTE. PRINCÍPIO *NON REFORMATIO IN PEJUS*.

Quando a realização de diligência causar prejuízo à Recorrente, ela deverá ser indeferida, em respeito ao Princípio *Non Reformatio in Pejus*.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **4ª câmara / 1ª turma ordinária** do terceira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS - Presidente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 25/05/2012 por JEAN CLEUTER SIMOES MENDONCA, Assinado digitalmente em 28 /05/2012 por JULIO CESAR ALVES RAMOS, Assinado digitalmente em 25/05/2012 por JEAN CLEUTER SIMOES MENDONCA

Impresso em 26/06/2012 por ELAINE ALICE ANDRADE LIMA

JEAN CLEUTER SIMÕES MENDONÇA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Alves Ramos (Presidente), Fernando Marques Cleto Duarte, Jean Cleuter Simões Mendonça, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Odassi Guerzoni Filho e Ângela Sartori.

Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração (2/9) lavrado pela DRF/Natal em desfavor da Contribuinte acima identificada, o qual verificou falta/insuficiência de recolhimento de COFINS e do PIS.

Irresignada, a Contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 131/160) alegando em síntese que houve aplicação de multas cumulativas sobre fato único; que a sanção imposta constitui verdadeiro confisco tributário e, ainda que fosse o caso da imposição da penalidade, não caberia aplicação de multa de 75% sobre cada valor mensal apurado através de arbitramento.

A DRJ/Recife julgou improcedente a impugnação apresentada, mantendo integralmente os créditos tributários exigidos no Auto de Infração, conforme se pode inferir da ementa do acórdão prolatado, fls. 264/278, *in verbis*:

“INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. A falta ou insuficiência de recolhimento da contribuição constitui infração que autoriza a lavratura do competente auto de infração, para a constituição do crédito tributário.

BASES DE CÁLCULO E VALORES DA CONTRIBUIÇÃO EXIGIDOS. Sobre as bases de cálculo, que correspondem às receitas brutas mensais da contribuinte, aplica-se a alíquota prevista em lei, subtraindo-se dos valores das contribuições apurados aqueles já recolhidos mediante pagamento.

MULTA DE OFÍCIO DE 75%. ALEGAÇÃO DE CARÁTER CONFISCATÓRIO. O princípio do não-confisco, constitucionalmente expresso, refere-se aos tributos e não às sanções, além de dirigir-se ao legislador e não à Administração Pública. Aplica-se, pois, a multa de ofício de 75% sobre o tributo apurado em lançamento de ofício, não havendo previsão legal para reduzi-la para 20%, percentual previsto em lei para a multa de mora.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIAR. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância de legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos normativos regularmente editados.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS. As decisões administrativas proferidas pelos órgãos colegiados não se constituem em normas gerais, poste que inexistente lei que lhes atribua eficácia normativa, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquele objeto da decisão.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVA E PEDIDO DE PERÍCIA. Nos termos do artigo 15 do Decreto, de 1972, cumpre ao

contribuinte instruir a peça impugnatória com todos os documentos que se fundamentar e que comprovem as alegações de defesa.

Deve ser indeferido o pedido de perícia que não contiver os requisitos estabelecidos pelo inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, e quando dos autos do processo constarem os elementos necessários à formação da livre convicção do julgador”.

A Contribuinte foi intimada do acórdão da DRJ em 17/03/2011, fls. 280, e interpôs Recurso Voluntário em 18/04/2011, às fls. 281/294, alegando, em síntese, o seguinte:

1. A autuação foi confiscatória por não observar a realidade da empresa;
2. Foi utilizada a técnica do Arbitramento, tomando-se por base alíquotas do lucro presumido e não do lucro real, do qual a empresa é optante;
3. Há necessidade da anulação da decisão da DRJ pelo indeferimento do pedido de perícia, que, sem motivação, contraria os princípios da Verdade Material e do Dever de Investigação, impedindo que se comprove a inexistência de irregularidade que justifique a autuação;
4. O ônus da prova é incumbência do próprio ente tributante, sendo insustentável o lançamento sem suporte em provas, utilizando simplesmente a presunção de um alto volume de vendas.

Por fim, a Recorrente pede seja conhecido e totalmente provido o Recurso interposto para:

I – Reformar a decisão do 1º grau e tornar sem efeito o Auto de Infração;

II- Reconhecer o balanço patrimonial apresentado;

III – Reduzir o arbitramento até os limites do comprovado através do balanço patrimonial;

IV- Reduzir a multa para 20%.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jean Cleuter Simões Mendonça

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual, dele tomo conhecimento.

A autoridade fiscal efetuou lançamento do PIS e da COFINS, por arbitramento, sob fundamento de que a Recorrente, após intimada por mais de uma vez, não teria apresentado todos os documentos e livros solicitados.

Em sua defesa, a Recorrente alega a anulação do acórdão da DRJ, por não ter sido apreciado o pedido de diligência; irregularidade na arbitração do lucro, por ter base o lucro presumido e não o lucro real; e multa confiscatória. Resumindo a essas, as matérias a serem analisadas.

1. DA ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO DA DRJ.

A diligência é medida de exceção, a qual deve ser deferida por critério subjetivo do julgador, quando este entender que ela é necessária para se chegar à verdade material.

A realização diligência está prevista no art. 18, do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

*Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de **ofício ou a requerimento do impugnante**, a realização de diligências ou perícias, **quando entendê-las necessárias**, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, *in fine*. (grifo nosso)*

Pelo dispositivo, infere-se que o julgador pode determinar a diligência a requerimento da parte ou de ofício, mas apenas quando entendê-la necessária.

A diligência deve ser requerida pela parte, em conformidade com o art. 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235/72, que assim dispõe:

*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

O §1º, do art. 16, também do Decreto nº 70.235/72, faz a seguinte ressalva:

§ 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.

Analisando o acórdão da DRJ, conclui-se que aquela instância fundamentou a negativa do pedido de diligência, afirmando que o pedido da Recorrente não preenchia os requisitos do inciso IV, do art. 16, do Decreto nº 70.235/72 e que os elementos contidos nos autos eram suficientes para formar o convencimento do julgador.

A Recorrente cometeu o mesmo equívoco em seu Recurso Voluntário. Apesar apresentado doutrina acerca da importância da prova pericial, não demonstrou a necessidade dessa prova para este processo, nem deixou claro que tipo de perícia pretendia que fosse realizada.

Portanto, não há razão para anular o acórdão recorrido, nem para deferir a realização de perícia.

2. DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

O auditor fiscal aplicou para a COFINS a alíquota de 3% e a Recorrente alega que está incorreta, pois esta seria uma alíquota de lucro presumido e não de lucro real.

O arbitramento do lucro é técnica para se chegar ao valor do tributo devido, quando isso não é possível por outros documentos, em razão da inexistência desses ou da falta de apresentação pelo contribuinte.

No caso em tela, o arbitramento se deu com fundamento no inciso III, do art. 530, do Decreto 3.000, de 26 de março de 1999 – Regulamento do Imposto de Renda de 1999, que assim determina:

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):

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;

Então, como se vê, o lucro do arbitramento é possível quando o sujeito passivo deixa de cumprir a obrigação acessória de manter os livros contábeis em dia ou de apresentá-los quando exigidos pelo auditor fiscal, quando não é possível aferir o lucro real da pessoa jurídica.

Na verdade, o lucro arbitrado, o lucro presumido e o lucro real não se confundem, eles são categorias diferentes, conforme art. 44, do CTN.

A escolha pelo lucro real ou presumido gera reflexo na forma de apuração da COFINS, pois, se o contribuinte recolher a sistemática do lucro presumido, sua COFINS será apurada em conformidade com a Lei nº 9.718/98, cuja alíquota é de 3%. Caso a opção seja pelo lucro real, a apuração da COFINS será não-cumulativa, com a aplicação da Lei nº 10.833/2003, com alíquota de 7,6%. Desse modo, a aplicação da alíquota de 3% no auto de infração estaria realmente incorreta, não obstante, o art. 10º, inciso II, da Lei nº 10.833/03, assim dispõe:

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

*II - as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido **ou arbitrado**; (grifo nosso)*

A lei anterior disposta no dispositivo citado acima é a Lei nº 9.718/98, que, em seu artigo 8º (que não é aplicável em caso de lucro arbitrado) dispõe que a alíquota é de 3%. Em outras palavras, não se aplica ao lucro arbitrado a alíquota de 3%, de modo que está correta a Recorrente, sendo correta aplicação da alíquota do lucro presumido, disposta no art. 2º, da Lei nº 10.833/03, ou seja, 7,6%.

No tocante ao PIS, o lançamento foi feito com a alíquota de 0,65%. Para essa contribuição, a opção pelo lucro real ou presumido também causa reflexo na alíquota aplicada. Quem é optante do lucro real, está sujeito ao PIS não-cumulativo, cuja alíquota é de 1,65%, nos termos do art. 2º, da Lei nº 10.637/2002. A alíquota de 0,65% está prevista no art. 8º, inciso I, da Lei nº 9.715/98 e o art. 8º, inciso II, da Lei nº 10.637/2002 determina que as pessoas jurídicas que tiverem o IRPJ lançado pelo lucro arbitrado terão o cálculo do PIS com base em leis anteriores, ou seja, 0,65%, da Lei nº 9.715/98.

Assim sendo, em atendimento a esse princípio do *Non Reformatio in Pejus*, nego a realização de diligência.

3. DA MULTA

Alega a recorrente que a multa tem caráter confiscatório, portanto deveria ser reduzida para 20%.

O Princípio do Não-confisco é um princípio constitucional, logo, o afastamento da multa seria com base em inconstitucionalidade, o que não é permitido em face da falta de competência do CARF como disposto expressamente na Súmula nº 02, *in verbis*:

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

Portanto, estando a multa baseada em norma com vigor pleno, não cabe ao CARF afastá-la com base em inconstitucionalidade.

Ex positis, nego provimento ao Recurso Voluntário interposto, mantendo o lançamento efetuado em sua integralidade.

É como voto.

Jean Cleuter Simões Mendonça - Relator