



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

Processo nº	19515.004901/2010-89
Recurso nº	944.017Voluntário
Acórdão nº	1302-000.981-3^a Câmara / 2^a Turma Ordinária
Sessão de	12 de setembro de 2012
Matéria	IRPJ E REFLEXOS
Recorrente	COMERCIAL FLOP TEC LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

Ementa:

DO ARBITRAMENTO DE LUCRO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL.

Correta a medida fiscal de arbitramento do lucro na forma do art. 530, inciso III, do RIR, se verificada omissão e ausência de justificativa do recorrente em apresentar ou permitir o acesso do agente de fiscalização aos documentos previstos no art. 251 do RIR.

EXCLUSÕES PREVISTAS PELA LEGISLAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. RECEITA BRUTA.

Pela leitura do artigo 532 c/c o artigo 224, ambos do RIR, é possível a exclusão da receita bruta para o arbitramento do lucro: as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o IPI e o ICMS ST. Entretanto, não há que se falar em exclusões da receita bruta quando inexistentes valores a serem excluídos. Em virtude da apuração do lucro por arbitramento, o ônus da prova incumbia ao Recorrente.

PROVA EMPRESTADA.

A utilização de informações prestadas pelo próprio sujeito passivo ao Fisco Estadual por convênio de cooperação não se configura como prova emprestada.

DA MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE. SÚMULA N. 2 DO CARF. A apresentação de DIPJ e DCTF zeradas, quando no mesmo período o Recorrente auferiu receita bruta caracteriza sonegação dolosa, sendo cabível a aplicação de multa de ofício qualificada em 150%, nos termos do art. 44 da Lei n. 9.430/96. A alegação de que a multa de ofício qualificada em 150% sobre o valor do tributo é inconstitucional por violar os princípios constitucionais do não confisco, da proporcionalidade, da moralidade, e da

razoabilidade, exige a análise de constitucionalidade da lei tributária. A Súmula nº 2 do CARF veda a análise de constitucionalidade da lei tributária, não podendo o CARF se pronunciar sobre a matéria.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

LUIZ TADEU MATOSINHO MACHADO – Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

MARCIO RODRIGO FRIZZO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Paulo Roberto Cortez, Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, Andrada Marcio Canuto Natal, Eduardo de Andrade, Marcio Rodrigo Frizzo.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por COMERCIAL FLOP TEC LTDA, em face do acórdão nº16-32.655 da DRJ-SP1, no processo administrativo nº 19515.004901/2010-89.

Referido processo trata-se de lançamento de ofício de tributos federais, relativamente aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2006, incluindo o principal, multa de ofício e juros de mora atualizados até 30/12/2010, efetuados por meio dos Autos de Infração lavrados em 13/01/2011 (fls. 94 a 120) nos seguintes valores:

- i) Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, no valor de R\$ 1.318.837,79 (fs. 94/97);
- ii) Programa de Integração Social – PIS, no valor de R\$ 377.816,93 (fs. 102/105);
- iii) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no valor de R\$ 1.743.771,25 (fs. 110/113);
- iv) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, no valor de R\$ 625.422,31 (fs. 117/120).

O lançamento tributário foi efetuado mediante arbitramento do lucro, tendo em vista que, embora por diversas vezes, a recorrente fora intimado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração (fs. 11/13, 73/74, 75/76), a mesma não os apresentou.

Com base no Convênio ICMS CONFAZ nº 144 e Convênio RFB nº 0237, a Autoridade Fiscal da Receita Federal do Brasil solicitou junto à Secretaria da Receita Estadual as Guia de Informação e Apuração de ICMS – GIA's declaradas pelo Recorrente, e com base nelas arbitrou o lucro da mesma e apartir dele, o lançamento dos mencionados tributos.

A recorrente tomou ciência dos lançamentos em 28/01/2011, por edital afixado em 13/01/2011 e desafixado em 31/01/2011 (fs. 123), e o sócio responsável foi cientificado por via postal em 17/01/2011 (fl. 122). Inconformada, a recorrente apresentou impugnação em 08/02/2011 (fs. 125 a 142), tendo suas alegações sintetizadas pela DRJ – São Paulo, nestes termos:

IMPUGNAÇÃO

a) o auto de infração não tem validade jurídica porque a fiscalização ignorou os preceitos e conceitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência judicial, efetuando a somatória das notas fiscais de venda, relacionadas nas GIAs, supondo o Registro de Saídas, ignorando os impostos não-cumulativos (PIS e COFINS), o IPI e o ICMS substituição tributária cobrados nas referidas operações comerciais, os custos e despesas arcados pela impugnante e as deduções previstas na legislação do imposto de renda;

b) “o arbitramento do lucro é medida extrema que exige motivação e somente pode ser utilizada quando da ausência absoluta de outros elementos suficientes para apuração do lucro real”; e “com base na legislação de regência, para que a autoridade fiscal arbitre o lucro, deverá

antes averiguar a escrituração fiscal, investigando elementos concretos que permitam a apuração do lucro real”;

c) o lançamento é confessadamente presuntivo e presunção não pode servir de base para lançamentos tributários;

d) “o ônus é da Fiscalização, não sendo suprível, nem invertida a obrigação com meras suspeitas, suposições e ilações”;

e) “os custos das mercadorias vendidas estão devidamente comprovados nos livros fiscais”;

f) a Constituição Federal de 1988 autoriza a União a cobrar imposto de renda sobre acréscimo patrimonial e não a tributar o somatório de toda a receita bruta auferida pela empresa, como se para auferi-la não tivesse havido nenhum dispêndio de despesa ou custo, o que significaria tributar o próprio patrimônio e não o lucro;

g) “no presente caso constata-se dualidade das formas de lançamento, sendo a primeira como receita operacional de venda de mercadorias e a Segunda como ‘outras receitas’, esclareceu que a expressão ‘outra receitas’ se refere a descontos obtidos nas aquisições de mercadorias, não podendo incidir sobre a base de cálculo para apuração do lucro arbitrado”;

h) “a autoridade autuante se valeu de suposta omissão de receita, contudo já conheciam os lançamentos no livro de registro de entrada e saída apresentados pela empresa Impugnante, fato que o obrigaria a proceder a autuação com base no lucro presumido, e não no arbitrado como fizeram”;

i) a prova obtida junto ao Fisco Estadual, sem que a impugnante dela conhecesse, constitui prova emprestada, ensejadora de nulidade do procedimento, conforme entendimento pacificado pelo CARF, além de não sustentar a exigência na esfera federal, cabendo à fiscalização reunir elementos que configurem certeza ao lançamento;

j) “no guerreado Auto de Infração a Impugnada utilizou como base de cálculo do PIS e Cofins, a suposta receita bruta mensal arbitrada, ou seja, mais uma vez desconsiderando completamente a legislação Pátria, não correspondendo com a verdade os valores apurados e aplicados no referido auto de infração”;

k) o regime não cumulativo do PIS e da COFINS não pode ser restringido, devendo ser garantido ao contribuinte o direito de compensar na apuração das referidas contribuições, o montante de PIS e COFINS relativo às operações anteriores, sem as restrições ao crédito impostas pelas Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03;

l) a multa aplicada acima de 30% do tributo devido viola a vedação ao confisco, prevista no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal, que apesar de se referir apenas a tributo, se aplica também à multa, de acordo com jurisprudência e doutrina citadas; e

m) “a multa, enquanto obrigação tributária, é acessória e nessa condição, não pode ultrapassar o principal” e

deve obedecer aos princípios da moralidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da capacidade contributiva.

A Primeira Turma de Julgamento da DRJ-SP1 manteve integralmente o lançamento, proferindo o Acórdão nº 16-32.655, de 14/07/2011 (fs. 191/204), com a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

O decidido quanto à infração que, além de implicar o lançamento de IRPJ implica o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) também se aplica a estes outros lançamentos naquilo em que for cabível.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2006, 30/06/2006, 30/09/2006, 31/12/2006.

LUCRO REAL. ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. NÃOAPRESENTAÇÃO. ARBITRAMENTO.

A pessoa jurídica optante pelo lucro real que não apresenta os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal à autoridade fiscalizadora deve ter o seu lucro calculado pelo método arbitramento.

OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período base a que corresponder a omissão.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO (PIS E COFINS).

Data do fato gerador: 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DOLO. MULTA. 150%.

Em lançamento de ofício é devida multa qualificada de 150% calculadas sobre a totalidade ou diferença do tributo que não foi pago ou recolhido quando demonstrada a presença de dolo na ação ou omissão do contribuinte.

Impugnação improcedente

Crédito Tributário Mantido

O Recorrente tomou ciência da decisão de primeira instância em 03/01/2012, por edital afixado em 19/12/2011 e desafixado em 04/01/2012 (fl. 230), e o sócio responsável foi cientificado por via postal em 23/12/2011 (fl. 231), tendo interposto o presente recurso voluntário em 06/01/2012 (fs. 232/251). Na oportunidade, repetiu integralmente os argumentos trazidos na impugnação:

- a) *O auto de infração não tem validade jurídica porque a fiscalização ignorou os preceitos e conceitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência judicial, efetuando a somatória das notas fiscais de venda, relacionadas nas GIAs, supondo o Registro de Saídas, ignorando os impostos não-cumulativos (PIS e COFINS), o IPI e o ICMS substituição tributária cobrados nas referidas operações comerciais, os custos e despesas arcados pela impugnante e as deduções previstas na legislação do imposto de renda;*
- b) *“o arbitramento do lucro é medida extrema que exige motivação e somente pode ser utilizada quando da ausência absoluta de outros elementos suficientes para apuração do lucro real”; e “com base na legislação de regência, para que a autoridade fiscal arbitre o lucro, deverá antes averiguar aescrituração fiscal, investigando elementos concretos que permitam a apuração do lucro real”;*
- c) *o lançamento é confessadamente presuntivo e presunção não pode servir de base para lançamentos tributários;*
- d) *“o ônus é da Fiscalização, não sendo suprível, nem invertida a obrigação com meras suspeitas, suposições e ilações”;*
- e) *“os custos das mercadorias vendidas estão devidamente comprovados nos livros fiscais”;*
- f) *a Constituição Federal de 1988 autoriza a União a cobrar imposto de renda sobre acréscimo patrimonial e não a tributar o somatório de toda a receita bruta auferida pela empresa, como se para auferi-la não tivesse havido nenhum dispêndio de despesa ou custo, o que significaria tributar o próprio patrimônio e não o lucro;*
- g) *“no presente caso constata-se dualidade das formas de lançamento, sendo a primeira como receita operacional de venda de mercadorias e a Segunda como ‘outras receitas’, esclareceu que a expressão ‘outra receitas’ se refere a descontos obtidos nas aquisições de mercadorias, não podendo incidir sobre a base de cálculo para apuração do lucro arbitrado”;*
- h) *“a autoridade autuante se valeu de suposta omissão de receita, contudo já conheciam os lançamentos no livro de registro de entrada e saída apresentados pela empresa Recorrente, fato que o obrigaria a proceder a autuação com base no lucro presumido, e não no arbitrado como fizeram”;*
- i) *a prova obtida junto ao Fisco Estadual, sem que a Recorrente dela conhecesse, constitui prova emprestada, ensejadora de nulidade do procedimento, conforme entendimento pacificado pelo CARF, além de não sustentar a exigência na esfera federal, cabendo à fiscalização reunir elementos que configurem certeza ao lançamento;*

- j) “no guerreado Auto de Infração a Recorrida utilizou como base de cálculo do PIS e Cofins, a suposta receita bruta mensal arbitrada, ou seja, mais uma vez desconsiderando completamente a legislação Pátria, não correspondendo com a verdade os valores apurados e aplicados no referido auto de infração”;*
- k) o regime não cumulativo do PIS e da COFINS não pode ser restrinido, devendo ser garantido ao contribuinte o direito de compensar na apuração das referidas contribuições, o montante de PIS e COFINS relativo às operações anteriores, sem as restrições ao crédito impostas pelas Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03;*
- l) a multa aplicada acima de 30% do tributo devido viola a vedação ao confisco, prevista no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal, que apesar de se referir apenas a tributo, se aplica também à multa, de acordo com jurisprudência e doutrina citadas; e*
- m) “a multa, enquanto obrigação tributária, é acessória e, nessa condição, não pode ultrapassar o principal” e deve obedecer aos princípios da moralidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da capacidade contributiva.*

É o relatório.

Voto

Conselheiro Márcio Rodrigo Frizzo

O recurso voluntário apresentado é tempestivo e dele conheço.

1. DAS ALEGAÇÕES DE MERITO**1.1 Do Arbitramento do Lucro**

A recorrente pretende que seja declarado nulo o arbitramento do lucro utilizado para o lançamento do IRPJ e reflexos, argumentando que a autoridade tributária não excluiu as deduções previstas pela legislação do imposto de renda.

Antes de analisar as deduções previstas pela legislação do imposto de renda, passo à análise da possibilidade de arbitramento do lucro da recorrente no caso concreto, nos termos do art. 530, III, do RIR.

Trata-se de empresa que optou pela apuração do IRPJ trimestralmente pelo lucro real (fl. 14). E, em decorrência da apuração do lucro real, advém a obrigação acessória de manter a escrituração com observância das leis comerciais e fiscais:

Art.251. A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 7º).

Parágrafo único. A escrituração deverá abranger todas as operações do contribuinte, os resultados apurados em suas atividades no território nacional, bem como os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior (Lei nº 2.354, de 29 de novembro de 1954, art. 2º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 25).

Não o fazendo, ou colocando qualquer empecilho ao acesso da autoridade a tais documentos, outra via não há senão a adoção da medida eleita pela autoridade fiscal em apreço (lucro arbitrado).

O Recorrente foi intimado por inúmeras vezes a apresentar a documentação aludida no dispositivo, veja-se:

- 1) *Em 06/01/2010 – Termo de Início de Fiscalização (fl. 05), cientificado por meio do Edital 193/2009 (fl. 08);*
- 2) *Em 04/01/2010 – Termo de Início de Fiscalização (fl. 08), cientificado o sócio por via postal (fl. 12);*
- 3) *Em 01/02/2010 – Termo de Intimação Fiscal (fl. 73), cientificado por via postal (fl. 74);*
- 4) *Em 12/04/2010 – Termo de Intimação Fiscal (fl. 75), cientificado por via postal (fl. 76).*

Entretanto, compulsando o presente processo, verifico que a recorrente não apresentou a documentação requisitada, e também não apresentou qualquer manifestação ou justificativa de não atender à obrigação acessória de tolerar a fiscalização.

Não houve apresentação dos livros fiscais obrigatórios, conforme se constata no Termo De Fiscalização, folhas 87:

Do Arbitramento do Lucro

Apesar de regularmente intimado e re-intimado a apresentar os livros comerciais e fiscais, até a presente data nada foi apresentado. De acordo com o Art. 530, inciso III do RIR/99:

"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;

Considerando que o contribuinte não apresentou, até a presente data, os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, procederemos ao ARBITRAMENTO DO LUCRO DE OFÍCIO, considerando como Receita Bruta conhecida os valores declarados em GIA à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

Assim, deve ser descartada a alegação de que a autoridade tributária deveria averiguar a escrituração fiscal, afinal, o Recorrente foi intimado por diversas vezes a apresentar a escrituração fiscal para que a autoridade tributária pudesse apurar o lucro real, entretanto, o mesmo não apresentou, e nem justificou a não apresentação.

Destarte, não restou alternativa à autoridade fiscal senão proceder com o arbitramento do lucro, conforme permissivo do art. 530, inciso III, do RIR, veja:

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;

Não obstante, a recorrente não impugnou o valor da receita bruta arbitrada.

Ademais, não haveria como prestar esclarecimentos acerca da diferença apurada entre a receita bruta arbitrada com base nas GIAS's do ICMS (fls. 49/72) e aquela constante em DIPJ 2007 – ano-calendário 2006 (fls. 14/43), pelo simples fato da documentação federal ter sido entregue zerada. (tanto DIPJ quanto DCTF).

Ainda que se admita a possibilidade de a mesma prestar esclarecimentos acerca da diferença apurada entre a receita bruta arbitrada com base nas GIA's do ICMS (fls. 49/72) e aquela constante em DIPJ 2007 – ano-calendário 2006 (fls. 14/43), a recorrente sequer demonstra pretensão de contribuir para a aproximação máxima à *verdade material*. Não foram juntados documentos ou outras provas que interferissem na apuração do valor do lucro arbitrado.

Veja-se que o princípio da eventualidade decorrente da teoria geral do direito processual existe não só para fornecer ao julgador teses alternativas, mas igualmente de oferecer subsídios para se aproximar ao máximo da verdade material dos fatos, e não meramente suposições nos termos da inconformidade da recorrente, tanto em impugnação quanto em recurso voluntário.

Reita-se, a recorrente não apresentou qualquer documento ou meio para apurar a receita bruta ou descharacterizar a metodologia utilizada pela fiscalização, restando assim a única alternativa disponível em lei, qual seja a adotada pela fiscalização (arbitragem do lucro, nos termos do art. 530, inciso III, do RIR).

Se mesmo diante da autuação fiscal o Recorrente não se viu estimulado a apresentá-los, tão pouco justificar a impossibilidade de fazê-lo, correta a medida fiscal de arbitramento de lucro e lançamento tributário na forma do art. 537, do RIR.

Art. 537. Verificada omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 532 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24).

Portanto, verifico que a autoridade tributária agiu corretamente em arbitrar o lucro da recorrente (art. 530, inciso III, do RIR/99).

1.2 Das Exclusões Previstas pela Legislação do Imposto de Renda

A recorrente alega que o fisco não considerou as deduções (despesas e custos, e vendas canceladas e impostos não cumulativos) previstas pela legislação do imposto de renda para apuração da receita bruta e da base de cálculo do Lucro Arbitrado. Assim requer a nulidade do auto de infração.

Primeiramente vamos analisar quanto ao abatimento dos custos e despesas. Para esta análise temos que analisar qual a base de cálculo do IRPJ por lucro arbitrado:

Art. 532. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, § 11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento (Lei nº 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I). (RIR/99)

Em segundo plano passamos a analisar qual a base de cálculo da CSLL:

Art. 20. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, devida pelas pessoas jurídicas que efetuarem o pagamento mensal a que se referem os arts. 27 e 29 a 34 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, e pelas pessoas jurídicas desobrigadas de escrituração contábil, corresponderá a doze por cento da receita bruta, na forma definida na legislação vigente, auferida em cada mês do ano-calendário, exceto para as pessoas jurídicas que exerçam as atividades a que se refere o inciso III do § 1º do art. 15, cujo percentual corresponderá a trinta e dois por cento. (Lei nº. 9.249/1995)

Assim, para a determinação da base de cálculo:

- do IRPJ por lucro arbitrado utiliza-se o coeficiente de 9,6% sobre a receita bruta conhecida;
- da CSLL utiliza-se o coeficiente de 12% sobre a receita bruta conhecida.

Já o restante (90,4% para o IRPJ e 88% para a CSLL) da receita bruta já foi desconsiderado a título de quaisquer custos, despesas e encargos pela legislação tributária.

Portanto, no caso concreto, destaco que para a determinação da base de cálculo do IRPJ por lucro arbitrado e da CSLL foram utilizados os coeficientes corretos

(legais), quais sejam, 9,6% e 12%, respectivamente (fls. 90 e 114), nos termos da legislação tributária, inexistindo assim qualquer tributação sobre o patrimônio como alegado pela recorrente.

Ademais, em terceiro plano passamos a analisar o conceito de “Receita Bruta”:

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).

A recorrente pretende excluir vários itens do conceito de “receita bruta”, porém, conforme supra fundamentado, estes itens (custos, despesas, PIS e COFINS) não são “descontados” para efeito da receita bruta no lucro arbitrado, isso se constata pela simples leitura do art. 532 c/c o art. 224, ambos do RIR, porém existe uma exceção que está prevista no parágrafo único do art. 224 do RIR, qual seja:

- a) Vendas canceladas;*
- b) Descontos incondicionais concedidos;*
- c) Impostos não cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário.*

Portanto, passo a manifestar detalhadamente sobre cada hipótese de exceção acima elencada.

1.2.1 Da Exclusão do Item “a” – Vendas Canceladas

Não há que se falar em exclusão das vendas canceladas, afinal, conforme o Anexo ao Termo de Verificação Fiscal (fl. 89), para a apuração da receita bruta a autoridade fiscal utilizou as seguintes Códigos Fiscais:

- 5.102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros – saída para o Estado;*
- 6.102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros – saída para outros Estados;*
- 6.403 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto – saída para outros Estados.*

Porém em contra partida analisando as guias de informação e apuração do ICMS – Código Fiscal de Operação e Prestação Entradas (fls. 61/72), verifico que inexistem qualquer código de devoluções nos meses de janeiro a dezembro de 2006 – período de apuração do IRPJ.

Colaciono a relação dos Códigos Fiscais de Operações e Prestações (CFOP) de devolução (vendas canceladas):

1.200 – DEVOLUÇÕES DE VENDAS DE PRODUÇÃO PRÓPRIA, DE TERCEIROS OU ANULAÇÕES DE VALORES

1.201- Devolução de venda de produção do estabelecimento.

Classificam-se neste código as devoluções de vendas de produtos industrializados pelo estabelecimento, cujas saídas tenham sido classificadas como “Venda de produção do estabelecimento”.

1.202- Devolução de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros.

Classificam-se neste código as devoluções de vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, que não tenham sido objeto de industrialização no estabelecimento, cujas saídas tenham sido classificadas como “Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros”.

1.203 - Devolução de venda de produção do estabelecimento, destinada à Zona Franca de Manaus ou Áreas de Livre Comércio.

Classificam-se neste código as devoluções de vendas de produtos industrializados pelo estabelecimento, cujas saídas foram classificadas no código “5.109 - Venda de produção do estabelecimento, destinada à Zona Franca de Manaus ou Áreas de Livre Comércio”.

1.204 – Devolução de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, destinada à Zona Franca de Manaus ou Áreas de Livre Comércio.

Classificam-se neste código as devoluções de vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, cujas saídas foram classificadas no código “5.110 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, destinada à Zona Franca de Manaus ou Áreas de Livre Comércio”.

1.205 – Anulação de valor relativo à prestação de serviço de comunicação.

Classificam-se neste código as anulações correspondentes a valores faturados indevidamente, decorrentes de prestações de serviços de comunicação.

1.206 – Anulação de valor relativo à prestação de serviço de transporte.

Classificam-se neste código as anulações correspondentes a valores faturados indevidamente, decorrentes de prestações de serviços de transporte.

1.207 – Anulação de valor relativo à venda de energia elétrica.

Classificam-se neste código as anulações correspondentes a valores faturados indevidamente, decorrentes de venda de energia elétrica.

1.208 – Devolução de produção do estabelecimento, remetida em transferência.

Classificam-se neste código as devoluções de produtos industrializados pelo estabelecimento, transferidos para outros estabelecimentos da mesma empresa.

1.209 – Devolução de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, remetida em transferência.

Classificam-se neste código as devoluções de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, transferidas para outros estabelecimentos da mesma empresa.

2.200 - DEVOLUÇÕES DE VENDAS DE PRODUÇÃO PRÓPRIA, DE TERCEIROS OU ANULAÇÕES DE VALORES**2.201 – Devolução de venda de produção do estabelecimento.**

Classificam-se neste código as devoluções de vendas de produtos industrializados pelo estabelecimento, cujas saídas tenham sido classificadas como “Venda de produção do estabelecimento”.

2.202 – Devolução de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros.

Classificam-se neste código as devoluções de vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, que não tenham sido objeto de industrialização no estabelecimento, cujas saídas tenham sido classificadas como “Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros”.

2.203 – Devolução de venda de produção do estabelecimento, destinada à Zona Franca de Manaus ou Áreas de Livre Comércio.

Classificam-se neste código as devoluções de vendas de produtos industrializados pelo estabelecimento, cujas saídas foram classificadas no código “6.109 - Venda de produção do estabelecimento, destinada à Zona Franca de Manaus ou Áreas de Livre Comércio”.

2.204 – Devolução de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, destinada à Zona Franca de Manaus ou Áreas de Livre Comércio.

Classificam-se neste código as devoluções de vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, cujas saídas foram classificadas no código “6.110 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, destinada à Zona Franca de Manaus ou Áreas de Livre Comércio”.

2.205 - Anulação de valor relativo à prestação de serviço de comunicação.

Classificam-se neste código as anulações correspondentes a valores faturados indevidamente, decorrentes de prestações de serviços de comunicação.

2.206 - Anulação de valor relativo à prestação de serviço de transporte.

Classificam-se neste código as anulações correspondentes a valores faturados indevidamente, decorrentes de prestações de serviços de transporte.

2.207 - Anulação de valor relativo à venda de energia elétrica.

Classificam-se neste código as anulações correspondentes a valores faturados indevidamente, decorrentes de venda de energia elétrica.

2.208 - Devolução de produção do estabelecimento, remetida em transferência.

Classificam-se neste código as devoluções de produtos industrializados pelo estabelecimento, transferidos para outros estabelecimentos da mesma empresa.

2.209 - Devolução de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, remetida em transferência.

Classificam-se neste código as devoluções de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, transferidas para outros estabelecimentos da mesma empresa.

Como exemplo, colaciono a GIA ICMS – CFOP Entradas, mês de referência:

02/2006 (fl. 62):

CFOPs Entradas							
Contribuinte	CNPJ		CNAE	Regime	Substituição Tributária	Responsável pelo Envio /Categoria	
COMERCIAL FLOR TEC LTDA - EPP.	117.160.976.118		07.692.823/0001-74	4672-9/00	RPA	Não	JOSE VALMI BRITO / Contabilista
Normal	Referência		Protocolo	Controle	Controle Conta Fiscal	Data Entrega	
	02/2006	22220494	97732939	97747646		10/03/2006 11:27:10	

CFOP	Valores Contábeis	ICMS - Valores Fiscais				Outros Impostos			
		Operações com crédito de imposto		Operações sem crédito do imposto					
		Base de Cálculo	Imposto Creditado	Isentas / Não tributadas	Outras				
Entradas ou aquisições de prestação de serviços do Estado									
1.101 a 1.126 - Compra para industrialização, comercialização ou prestação de serviços									
1.102	377.450,00	377.450,00	67.941,00	0,00	0,00	0,00	0,00		
SubTotal	377.450,00	377.450,00	67.941,00	0,00	0,00	0,00	0,00		
Entradas ou aquisições de prestação de serviços dos outros Estados									
2.101 a 2.126 - Compra para industrialização, comercialização ou prestação de serviços									
2.102	2.459.268,90	2.459.268,90	295.112,27	0,00	0,00	0,00	0,00		
SubTotal	2.459.268,90	2.459.268,90	295.112,27	0,00	0,00	0,00	0,00		
Total	2.836.718,90	2.836.718,90	363.053,27	0,00	0,00	0,00	0,00		

Portanto, o lançamento tributário está correto, pois inexistem valores a serem excluídos a título de vendas canceladas, razão pela qual não há que se falar em exclusão de vendas canceladas da receita bruta. A mesma situação fica configurada nos demais meses.

1.2.2Da Exclusão do Item “b” – Descontos Incondicionais Concedidos

Não há que se falar em exclusão de descontos incondicionais concedidos, pois a recorrente comprovou a existência de tais descontos, ante a não apresentação da escrituração contábil e fiscal. Em virtude do arbitramento (presunção legal), o ônus da prova incumbia à recorrente.

Quanto ao ônus da prova, é o entendimento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

PRESUNÇÃO LEGAL, ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. A instituição de uma presunção pela lei tributária transfere ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido pela lei não aconteceu em seu caso particular. LUCRO REAL. CONTRIBUINTE OPTANTE, FALTA DE ESCRITURAÇÃO. ARBITRAMENTO. A pessoa jurídica, optante da apuração do imposto pelo Lucro Real, que não apresenta os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal à autoridade fiscalizadora deve ter o seu lucro calculado pelo método arbitrado. [...] (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Segunda Câmara/Primeira Seção de Julgamento, Processo n. 19515.002884/2005-88, Acórdão n. 1201-00.227, Recurso Voluntário, Relator: REGIS MAGALHÃES SOARES DE QUEIROZ, Sessão em 09.03.2010).

Portanto, o lançamento tributário está correto, pois inexistem valores a serem excluídos a título de descontos incondicionais concedidos, razão pela qual não há que se falar em exclusão de tais descontos da receita bruta.

1.2.3 Da Exclusão do Item “c” – IPI e ICMS Substituição Tributária

Os tributos a serem excluídos são o IPI e o ICMS substituição tributária, quando o contribuinte for o responsável pela retenção.

No caso em tela, a atividade da empresa é comércio de equipamentos de informática, aparelhos eletrodomésticos, materiais, máquinas e equipamentos de uso doméstico ou empresarial (fl. 144 – Cláusula III, da alteração contratual da empresa).

Como é atividade comercial, há por regra a não incidência do IPI, cabendo à recorrente provar qualquer diferença a esta regra. Sendo assim não há valor de IPI a excluir por falta de provas da recorrente e em virtude de ser tributo atípico na atividade comercial.

No tocante a exclusão do ICMS ST, na condição de substituto tributário, esta obrigação em regra geral é atribuída também a estabelecimentos industriais ou comerciais, quando adquirem o produto de outro estado não sujeito a substituição tributária e o Recorrente não prova tal condição, mas mesmo assim em diligência perante as Guias de Informação e Apuração do ICMS – Código Fiscal de Operação e Prestação Saídas (fls. 49/60) verifico que inexistem valores de ICMS retidos por substituição tributária na condição de substituto. Veja-se.

Como exemplo, colaciono a GIA ICMS – CFOP Saídas, mês de referência: 08/2006 (fl. 56):

CFOP - Saídas														
Contribuinte		ICMS - Valores Fiscais		Imposto Retido por Substituição Tributária		Outros Impostos								
CFOP	Valores Contábeis	Operações com débito do imposto	Operações sem débito do imposto	Substituto	Substituído									
		Base de Cálculo	Imposto Debitado											
Saídas ou aquisições de prestação de serviços do Estado														
5.101 a 5.125 Vendas de produção própria ou de terceiros														
5.102	541.269,88	541.269,88	97.428,58	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00						
5.901 a 5.949 Outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços														
5.905	1.661.629,01	0,00	0,00	0,00	1.661.629,01	0,00	0,00	0,00						
5.910	3.229,57	3.229,57	581,34	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00						
SubTotal	2.206.128,46	544.499,45	98.009,92	0,00	1.661.629,01	0,00	0,00	0,00						
Saídas ou aquisições de prestação de serviços de outros Estados														
6.101 a 6.125 Vendas de produção própria ou de terceiros														
6.102	357.371,08	352.343,92	38.305,92	5.027,16	0,00	0,00	0,00	0,00						
6.401 a 6.415 Saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária														
6.403	218.669,94	201.573,61	18.107,06	17.096,33	0,00	0,00	0,00	0,00						
SubTotal	576.041,02	553.917,53	56.412,98	22.123,49	0,00	0,00	0,00	0,00						
Total	2.782.169,48	1.098.416,98	154.422,90	22.123,49	1.661.629,01	0,00	0,00	0,00						

Portanto, o lançamento tributário está correto, pois inexistem valores a serem excluídos a título de IPI e ICMS ST, razão pela qual não há que se falar em exclusão de IPI e ICMS ST da receita bruta. Nos demais meses a situação fática é a mesma.

1.3 Da Prova Emprestada

Em relação à prova da receita omitida (GIA's apresentadas ao Fisco Estadual), a recorrente alega que não teve conhecimento antes dos lançamentos. Alega ainda

que se trata de prova emprestada que ensejaria a nulidade do procedimento; que a referida prova não sustenta a exigência na esfera federal, cabendo à fiscalização reunir elementos que configurem certeza ao lançamento.

Primeiramente, dispõe o art. 199 do Código Tributário Nacional:

“Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio”.

Destarte, amparado no Convênio ICMS CONFAZ nº 144, de 13.12.02 e Convênio RFB nº 2337, de 30.05.2008, a Autoridade Fiscal obteve junto à Secretaria do Estado da Fazenda de São Paulo as mencionadas GIA's - Guias de Informação e Apuração do ICMS (fl. 49/72), e com base nelas e no permissivo do art. 530, inciso III do RIR, arbitrou o lucro do Recorrente, tendo em vista que o Recorrente não apresentou a escrituração contábil e fiscal requerida, e nem justificou a falta de apresentação, mesmo tendo sido intimado por inúmeras vezes.

É o entendimento desta 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento que a utilização de informações prestadas pelo próprio sujeito passivo ao Fisco Estadual por convênio de cooperação não se configura como prova emprestada:

[...] PROVA EMPRESTADA. Não ocorre a denominada prova emprestada quando não há utilização de prova produzida em outro processo. No caso presente, para o ano-calendário 2001, ocorreu a utilização de informações prestadas pelo próprio sujeito passivo ao Fisco Estadual, conforme previsão em convênio de cooperação. [...] (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Terceira Câmara/Primeira Seção de Julgamento, Processo n. 10830.007752/2007-67, Acórdão n. 1302-00.302, Recurso Voluntário, Relator: MARCOS RODRIGUES DE MELLO, Sessão em 20.05.2010).

Ademais, cumpre salientar que os autos de infração estão pautados em informações fornecidas pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, originalmente prestadas pela própria recorrente, e são suficientes para dar certeza e liquidez ao crédito tributário e que se constituem em prova direta da omissão de receitas.

É o entendimento desta 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento que é correta a tributação de receitas não declaradas ao fisco federal, apuradas a partir do Livro de Registro de Saídas e da Declaração e Apuração Mensal do ICMS:

ASSUNTO: [...] OMISSÃO DE RECEITAS. É correta a tributação de receitas não declaradas ao Fisco Federal, apuradas a partir do Livro de Registro de Saídas e da Declaração e Apuração Mensal do ICMS DMA.PROVA. RECEITA INFORMADA EM LIVROS FISCAIS E DECLARADA AO FISCO ESTADUAL. A receita informada em livros fiscais, ainda que para fins de declaração do ICMS ao fisco estadual, pode ser utilizada como base de cálculo para o lançamento do Simples, tendo em vista a presunção de veracidade da escrituração fiscal. [...] (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Terceira Câmara/Primeira Seção de Julgamento, Processo n. 10530.003531/2008-85, Acórdão n. 1302-000.491, Recurso Voluntário, Relator: EDUARDO DE ANDRADE, Sessão em 22.02.2011).

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso voluntário, pois a utilização de informações prestadas pelo próprio sujeito passivo ao Fisco Estadual por convênio de cooperação não se configura como prova emprestada; e as mesmas informações são suficientes para dar certeza e liquidez ao crédito tributário.

1.4 Lançamentos Reflexos

Os lançamentos relativos à CSLL, COFINS e PIS, objetos do presente processo constituem reflexos da exigência pertinente ao IRPJ. Pelos fundamentos delineados no presente voto, restou mantida a total exigência do crédito tributário apurado. Desta forma, tendo os lançamentos em questão se pautado nos estritos limites da legislação de regência, corretamente o crédito tributário apurado em relação à CSLL, COFINS e PIS, dado seu caráter reflexivo.

1.4.1 Da Correta Apuração do PIS e da COFINS

O Recorrente alega que a autoridade fiscal erroneamente utilizou como base de cálculo do PIS e da COFINS a receita bruta mensal arbitrada e que o regime não cumulativo do PIS e da COFINS não pode ser restringido, devendo ser observado para a apuração do PIS e da COFINS.

É correta a utilização do valor da receita omitida na determinação da base de cálculo para o lançamento tributário do PIS e da COFINS, conforme dispõe o art. 24, § 2º, da Lei n. 9.249/1995:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

[...]

§ 2º O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep e das contribuições previdenciárias incidentes sobre a receita.

Ademais, é correta a utilização das alíquotas de 0,65% para PIS e de 3% para COFINS do regime cumulativo, pois, as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro arbitrado não estão sujeitos às regras do regime não cumulativo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 8º, II, da Lei n. 10.637/2002 e do art. 10, II, da Lei n. 10.833/2003:

Art. 8º Permanecem sujeitas às normas da legislação da contribuição para o PIS/Pasep, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 6º:

[...]

II – as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado

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;

1.5 Da Aplicação da Multa de Ofício correspondente a 150% do Valor do Tributo.

O Recorrente alega que a multa de ofício de 150% sobre o valor do tributo deve ser afastada, sendo declarada nula, em razão de ilegalidade e inconstitucionalidade por ofensa aos princípios constitucionais do não confisco, da proporcionalidade, moralidade e razoabilidade.

A aplicação da multa de ofício teve como base legal o artigo 44, inciso II, da Lei n. 9.430/1996 (com a redação anterior da alteração legislativa da Lei n. 11.488/2007), *in verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

[...]

II – cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Insta destacar que o disposto no art. 71 da Lei n. 4.502/1964 é causa ensejadora para a aplicação de multa de ofício qualificada em 150%, *in verbis*

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Com o advento da Lei n. 11.488/2007, a multa de ofício qualificada em 150% se manteve, nos termos do art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei n. 9.430/1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

[...]

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964,

independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Assim, a aplicação da multa de ofício qualificada em 150% é legal.

No caso concreto, o Recorrente apresentou a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica 2007 do ano-calendário 2006 (fls. 14/43) e Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais do 1º e 2º semestre de 2006 (fls. 45/48) zeradas; entre tanto, auferiu receita bruta conforme Anexo ao Termo de Verificação Fiscal (fl. 89).

Ressalto que somente mantendo a multa majorada em virtude ambas as declarações terem sido entregues em branco, ou zerada (IRPJ e DCTF), caso em que estando qualquer delas corretamente preenchida e informado ao fisco, afastaria tal multa em relação a parte informada.

Porém neste caso, no ano de 2006, o Recorrente auferiu receita bruta, entretanto, apresentou DIPJ e DCTF zerada à administração pública federal, quando na verdade tinha operações comerciais a serem declaradas, ou seja, dolosamente omitiu renda, tendo evidente intuito de impedir o conhecimento da autoridade fiscal federal da ocorrência do fato gerador do IRPJ, do CSLL, do PIS e da COFINS.

Portanto, trata-se de evidente caso de fraude, pois a recorrente prestou falsa declaração à autoridade fiscal tendo em vista que apresentou ambas as declarações (DIPJ e DCTF) zeradas ao mesmo tempo.

Logo, constato a presença de sonegação dolosa por parte da recorrente, razão pela qual é cabível e legal a aplicação de multa de ofício qualificada em 150%.

Quanto a análise de inconstitucionalidade da aplicação da multa de ofício qualificada em 150% por ofensa aos princípios constitucionais do não confisco, da proporcionalidade, da moralidade, e da razoabilidade, transcrevo a Súmula n. 2 do CARF:

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

Assim, incompetente é o CARF para analisar se a multa de ofício de 150% sobre o valor do tributo imposto é abusiva e confiscatória, violando princípios constitucionais.

Portanto, nego provimento ao recurso.

2. CONCLUSÕES

Ante ao exposto, voto no sentido negar provimento ao recurso voluntário interposto, mantendo-se as exigências do IRPJ e das contribuições sociais: CSLL, PIS e COFINS, nos termos do relatório e voto.

(assinado digitalmente)

Márcio Rodrigo Frizzo - Relator

CÓPIA