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

Processo nº 10835.002766/2004-00
Recurso nº 164.011 Voluntário
Acórdão nº 1101-00.184 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de agosto de 2009
Matéria IRPJ E OUTRO - Ex(s): 2000 a 2005
Recorrente GRUPO EDUCACIONAL ADAMANTINENSE S/C LTDA.
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

DECADÊNCIA - O direito da Fazenda Pública de realizar o lançamento, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, está previsto no art. 150 do CTN, sendo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

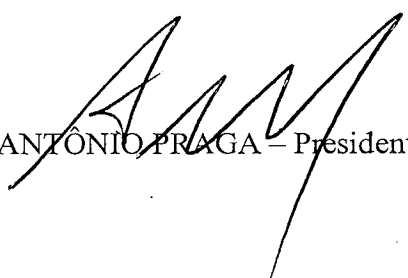
DECADÊNCIA - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - Declarada a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, pelo Supremo Tribunal Federal (súmula vinculante nº 8 - DOU de 20 de junho de 2008), cancela-se o lançamento no qual não foi observado o prazo quinquenal previsto no Código Tributário Nacional.

PRELIMINAR DE NULIDADE – Somente ensejam nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

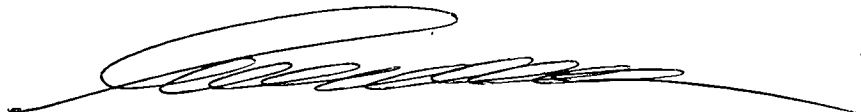
ARBITRAMENTO - o arbitramento de receitas tem fundamento quando a documentação do contribuinte restar imprestável para a apuração da base de cálculo do tributo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade, e DAR provimento PARCIAL ao recurso voluntário, tão somente para reconhecer a decadência do crédito tributário relativo aos dois primeiros trimestres de 1999, em relação ao IRPJ e CSLL, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


ANTÔNIO PRAGA – Presidente





ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO - Relator

Editado em:

06 NOV 2009

Participaram da Sessão d Julgamento os conselheiros: Antonio Praga (Presidente), Alexandre da Fonte Filho (Vice-Presidente), Aloysio Jose Percinio da Silva, Jose Ricardo da Silva, Nelson Losso Filho (Substituto Convocado), Edwal Casoni (Substituto Convocado).

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário de fls. 482/521, interposto pela contribuinte contra decisão da DRJ em Ribeirão Preto/SP, de fls.460/466, que julgou procedentes os lançamento de IRPJ e CSLL de fls. 225/255, dos quais a contribuinte tomou ciência em 27.09.2004.

O crédito tributário objeto do presente processo administrativo foi apurado no valor de R\$ 712.727,66, já incluídos juros e multa de ofício de 75%. O lançamento tem origem no arbitramento de receitas, sob o fundamento de que a escrituração mantida pela contribuinte é imprestável para a determinação do lucro real, em virtude da ausência de balanços patrimoniais levantados trimestralmente, em consonância com a legislação de regência.

Segundo Termo de Verificação de Infração de fls. 209/210, de acordo com o processo administrativo 10835.000176/99-51 (anexo), a contribuinte foi excluída do SIMPLES, através do Ato Declaratório nº 108.410, por exercer atividade econômica não permitida para opção, com efeitos a partir 01.03.1999. A contribuinte impugnou o referido ato que, no entanto, foi mantido pelo Conselho de Contribuintes.

Afirmou que, em 01.01.2004, a contribuinte ingressou com Ação Declaratória nº 2004.61.22.000515-7, com pedido de tutela antecipada, para declarar o seu direito de permanecer no SIMPLES. A liminar foi indeferida em 05.04.2004. A contribuinte interpôs agravo de instrumento, em 18.05.2004, que encontra-se pendente de julgamento perante o Tribunal Regional Federal.

Em decorrência da exclusão, a contribuinte foi intimada a apresentar os balanços patrimoniais trimestrais, relativos ao período de março/1999 a dezembro de 2003. Em resposta, a contribuinte apresentou os livros Diário com balanços anuais. Informou que mesmo excluída do SIMPLES em março/1999, permaneceu realizando os recolhimentos com base no SIMPLES. Posteriormente intimada, a contribuinte apresentou a escrituração contábil do período de janeiro a junho de 2004, sem o levantamento de balanços trimestrais, como determina a legislação, razão pela qual realizou o presente lançamento, com o arbitramento.

A contribuinte apresentou impugnação às fls. 265/299. Em suas razões, afirmou que não foram considerados os recolhimentos realizados pelo SIMPLES, havendo, assim, um enriquecimento ilícito do Estado.

Defendeu a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 10.034/2002. Afirmou que a Constituição prevê tratamento diferenciado a todas as microempresas e empresas de pequeno porte. Não cabia a legislação infraconstitucional reduzir o benefício previsto na



Constituição, indicando quais empresas iriam se beneficiar do tratamento diferenciado de tributação.

A Lei nº 10.034/2002, ao determinar a majoração de 50% da alíquota exclusivamente para as escolas violou o princípio da razoabilidade, isonomia e capacidade contributiva. Ademais, a Constituição determina ser dever do Estado o incentivo à educação.

Defendeu o percentual da multa de ofício aplicada, por afronta aos princípios da proporcionalidade e não-confisco. Por fim, defendeu a ilegalidade da aplicação da taxa SELIC.

A DRJ julgou procedente o lançamento, às fls. 460/466. Em suas razões, inicialmente, afirmou que a infração apurada não foi contestada pela contribuinte, razão pela qual é considerada como não impugnada, nos termos do Decreto nº 70.235/72.

Com relação ao arrazoadado sobre o direito da contribuinte permanecer n SIMPLES, tal matéria foi objeto de exame no processo administrativo referente à exclusão do sistema, que concluiu, em decisão administrativa em última instância, que a contribuinte não tinha direito a optar por aquele regime de tributação no período fiscalizado.

Quanto à inconstitucionalidade das normas que regem o SIMPLES, não compete à esfera administrativa apreciar a arguição e declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade de lei, competência atribuída em caráter privativo ao Poder Judiciário.

Com relação à multa de ofício e juros aplicados, igualmente, encontram-se em conformidade com a legislação vigente, sendo, portanto, aplicável ao presente caso.

Por fim, a respeito do pedido da contribuinte, no sentido de que fosse considerados os recolhimentos efetuados pelo SIMPLES no mesmo período, afirmou que cabe à contribuinte a formalização de pedido de compensação ou restituição perante a Secretaria da Receita Federal.

A contribuinte, devidamente intimada da decisão em 29.08.2007, conforme faz prova o AR de fls. 479, interpôs, tempestivamente, o recurso voluntário de fls. 482/521, em 28.09.2007. Em suas razões, suscitou a decadência do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 27.09.1999.

Defendeu, ainda, a impossibilidade de arbitramento do lucro, no presente caso, aplicável apenas nos casos em que a apuração com base no lucro presumido não for possível. O Fisco tinha todos os documentos necessários e pertinentes para calcular os tributos no regime do lucro presumido, não estando tipificada nenhuma das hipóteses prevista para o arbitramento das receitas.

Defendeu a impossibilidade da aplicação da multa de ofício de 75% que, quando aplicada juntamente com o arbitramento de receitas, acarreta a dupla punição.

Afirmou que não restou comprovado nos autos que a contribuinte atuava no ensino de 2º Grau, motivação da sua exclusão do SIMPLES, acarretando o cerceamento do direito de defesa da contribuinte. Acrescentou que o seu pedido de perícia foi indeferido, impossibilitando a apuração das receitas decorrentes de cada área de atuação e, por conseguinte, acarretou a nulidade do lançamento.



Por fim, ratificou as alegações de sua impugnação.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

A contribuinte suscitou a decadência do crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos até 28/09/1999.

Conforme disposto no parágrafo quarto do artigo 150 do CTN, ocorre o lançamento por homologação quando a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade administrativa, a qual, tomando conhecimento da atividade assim exercida, expressamente a homologa. Inexistindo essa homologação expressa, ocorrerá ela no prazo de 05 (cinco) anos, a contar do fato gerador do tributo.

Assim, no lançamento por homologação, o contribuinte apura o montante e efetua o recolhimento do tributo de forma definitiva, independentemente de ajustes posteriores. O referido artigo tem o seguinte teor:

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 à 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.

Ressalte-se que, nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, ocorrido o fato gerador, já nasce para o sujeito passivo a obrigação de apurar e pagar o mesmo, sem qualquer participação do sujeito ativo, que, de outra parte, já tem o direito de investigar a regularidade dos procedimentos adotados pelo sujeito passivo, independentemente de qualquer informação ser-lhe prestada, e independentemente do pagamento realizado pelo contribuinte. O contribuinte não deve aguardar o pronunciamento da administração para saber da existência, ou não, da obrigação tributária, pois esta já está delimitada e prefixada na lei, que impõe ao sujeito passivo o dever do recolhimento do imposto em questão.

Com relação ao termo inicial da obrigação principal, observe-se que, na hipótese de arbitramento, o período de apuração é trimestral, de modo que a cada trimestre será apurada a tributação definitiva do período, devendo ser esse o termo inicial para contagem do prazo decadencial, na hipótese do artigo 150, § 4º do CTN.



Conforme apurado pela fiscalização, no período em questão, embora excluída do SIMPLES, a contribuinte efetuou recolhimento dos tributos como base naquele regime de tributação. Não obstante, em que pese o entendimento de que o art. 150, § 4º do CTN somente se aplicaria quando houver antecipação do imposto devido, esclareça-se que a obrigação tributária decorre diretamente da lei. Conforme indicado no *caput* do art. 150 do CTN, o que se homologa é a própria atividade do contribuinte, independentemente de qualquer ato, informação ou pagamento realizado por este.

Ocorrido o fato gerador do tributo, nasce a obrigação tributária, não dependendo, a constituição do crédito tributário, via lançamento, da manifestação posterior do contribuinte ou de outro responsável tributário. Ou seja: o crédito tributário é constituído, pelo lançamento, em razão e a partir da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, resultante da atividade do contribuinte, e não da antecipação ou não do pagamento. Se o tributo foi apurado e pago, será homologado o lançamento. Se não foi nem apurado nem pago, será igualmente realizado o lançamento, considerando as características do fato gerador, ocorrido em razão da atividade do contribuinte.

Dessa feita, condicionar o início da contagem do prazo decadencial à antecipação do pagamento devido pelo contribuinte seria admitir a interferência deste no nascimento da obrigação decorrente da lei, em contrariedade com a própria natureza do instituto da decadência, que se trata de prazo que não se sujeita à interrupção ou suspensão.

Assim, tendo em vista que o auto de infração somente foi lavrado em 29/09/2004, entendo que, à época, já teria ocorrido a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativo ao 1º e 2º trimestres do ano-calendário 1999, conforme disposto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Quanto à CSLL, não obstante a Lei nº 8.212/91 prever prazo decadencial de dez anos para a constituição de crédito tributário relativo às contribuições sociais, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 146, III, “b”, reserva à Lei Complementar dispor sobre a decadência em matéria tributária, nos seguintes termos:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Em decorrência, tendo em vista a natureza tributária das contribuições sociais, aplica-se a esses tributos o prazo decadencial constante no Código Tributário Nacional, recebido como Lei Complementar pela Constituição Federal de 1988, e não aquele prazo constante no art. 45 da Lei nº 8.212/91.

Corroborando com esse entendimento, os ministros do STF decidiram, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991, editando a Súmula vinculante nº 8, nos seguintes termos:

Súmula Vinculante nº 8



“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

A CSLL é tributo sujeito ao regime do lançamento por homologação, de modo que o prazo decadencial para a constituição dos respectivos créditos tributários é de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, razão pela qual, pelas mesmas razões expostas anteriormente em relação ao IRPJ, à época do lançamento, já teria ocorrido a decadência do direito de constituição do crédito tributário de CSLL relativo ao 1º e 2º trimestres do ano-calendário 1999.

Sobre a nulidade do lançamento suscitada pela recorrente, observe-se o que dispõe o Decreto nº 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

No presente caso, contudo, todos os atos e termos do processo administrativo foram lavrados por autoridade competente, tendo sido oportunizado ao contribuinte todos os meios de defesa.

A discussão sobre a exclusão da contribuinte do SIMPLES não é objeto do presente processo administrativo, mas do processo nº 10835.000176/99-51 (anexo), onde houve decisão definitiva do Conselho de Contribuinte, determinando a sua exclusão do regime simplificado de pagamento de tributos.

Segundo o art. 142 do CTN, é dever da autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. O lançamento atende a todos esses requisitos.

Quanto ao pedido de diligência, observa-se que o requerimento da contribuinte não atende aos requisitos estabelecidos no art. 16, IV do Decreto nº 70.235/72, devendo ser considerado não formulado, nos termos do § 1º do mesmo dispositivo. Ademais, no presente caso, tal diligência é prescindível, uma vez que constam nos autos elementos suficientes para a formação do convencimento deste colegiado.



Com relação ao arbitramento das receitas, a motivação do lançamento foi a ausência de balanços trimestrais, o que teria impossibilitado a apuração do lucro real da contribuinte. A fundamentação legal do auto de infração é o art. 530, II, do Decreto nº 3.000/99, que dispõe o seguinte:

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):

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;

No presente caso, conforme consignado no Termo de Verificação Fiscal, a contribuinte apresentou os livros diário com balanços anuais, enquanto que a Fiscalização entendeu aplicável o arbitramento, em razão da ausência de balanços trimestrais.

Segundo o art. 530 acima transcrito, o arbitramento de receitas tem fundamento, dentre outras hipóteses, quando a documentação do contribuinte contiver deficiência que a torne imprestável para a apuração do lucro real, no caso, trimestral. Em que pese a existência dos balanços anuais, estes apenas indicam o valor consolidado em dezembro de cada ano, não permitindo a apuração trimestral do lucro real da contribuinte, conforme fls. 134/177.

Com relação ao ano-calendário 2004, do mesmo modo, o lançamento foi realizado sob o fundamento de que a documentação apresentada pela contribuinte não indicava a apuração de balanços trimestrais. A autoridade fiscal concluiu pela imprestabilidade dos documentos apresentados. Neste caso, as demonstrações em questão não constam dos autos, inexistindo, assim, elementos para afastar o arbitramento.

Em sua impugnação, a contribuinte não contestou a infração apurada, tendo sido, inclusive, considerada como matéria não impugnada, nos termos do Decreto nº 70.235/72. Desse modo, as questões de mérito, ante a ausência de prequestionamento, não serão analisadas. Ademais, as alegações da contribuinte referem-se à impossibilidade de exclusão SIMPLES que, como dito, não são objeto do presente lançamento.

Em relação aos preceitos constitucionais ditos violados, esclarecemos que não cabe à esfera administrativa apreciar a constitucionalidade das leis, competência exclusiva do Poder Judiciário. Assim, não cabe à esfera administrativa afastar a aplicação de norma vigente, entendimento manifestado através da Súmula nº 02 do Primeiro Conselho de Contribuintes, de aplicação cogente, nos seguintes termos:

Súmula 1ª CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.



Quanto à multa de ofício aplicada, dita penalidade está prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96, norma plenamente vigente, não cabendo à esfera administrativa afastar a sua aplicação. Segundo o art. 142 do CTN, a atividade do lançamento é obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Do mesmo modo, os juros à taxa SELIC estão previstos no art. 13 da Lei nº 9.065/95 e sua aplicação, igualmente, já foi objeto de Súmula deste Conselho, conforme transcrito a seguir:

Súmula 1º CC nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Isto posto, VOTO no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário, para reconhecer a decadência do crédito tributário relativo aos dois primeiros trimestres de 1999, em relação ao IRPJ e CSLL, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.


ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO - Relator

