



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

Processo nº 10855.003677/2006-04
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1103-00.435 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de março de 2011
Matéria IRPJ e reflexos
Recorrente Caetano de Tatuí Materiais para Construção Ltda
Recorrida Fazenda Nacional

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002

Ementa: SIMPLES. EXCLUSÃO. A existência de sócio com participação superior a 10% do capital de outra pessoa jurídica cumulada com receita bruta global acima do limite legal caracteriza condição excludente do regime do Simples, com efeitos a partir do mês seguinte ao da ocorrência da condição.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir as parcelas do crédito tributário correspondente aos períodos de apuração de junho a dezembro de 2002, vencido o Conselheiro Mário Sérgio Fernandes Barroso.

ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mário Sérgio Fernandes Barroso, Marcos Shigueo Takata, Gervásio Nicolau Recketenvald, Eric Moraes de Castro e Silva, Hugo Correia Sotero (Vice-presidente) e Aloysio José Percínio da Silva (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 14-18.888/2008 (fls. 960), da 5ª Turma da DRJ/Ribeirão Preto-SP.

O lançamento, relativo a fatos geradores de todos os meses do ano-calendário 2002, foi assim descrito no relatório da decisão recorrida:

“Contra empresa acima identificada foram lavrados autos de infração que lhe exigiram Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$ 34.452,18, Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) de R\$ 34.452,18, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de R\$ 53.922,00; Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) de R\$ 107.844,02 e Contribuição para a Seguridade Social (INSS) de R\$ 223.486,44 (fls. 539/591), acrescidos de juros de mora e multa de ofício de 75%, cuja capitulação legal acha-se descrita nos termos de apuração respectivos. A imposição tributária deu-se no âmbito do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

O lançamento tributário acha-se calcado em omissão de receitas, com base em depósitos bancários não escriturados e insuficiência de recolhimento, esta decorrente do reenquadramento da receita oferecida pela contribuinte à tributação, em face da mudança da base de cálculo dos tributos, obtida com o acréscimo dos depósitos bancários.

Segundo consta do Termo de Constatação Fiscal (fls. 537/538), o procedimento iniciou-se a partir da comprovação de que houve movimentação financeira da pessoa jurídica em conta de depósitos de sócio da interessada, corroborada pelo cotista, senhor Jonas Caetano Filho em declaração na qual afirmou que os depósitos da pessoa jurídica eram carreados para a conta da pessoa física (fls. 222/224).

Após proceder ao cotejo entre os depósitos efetuados e o que fora contabilizado, a autoridade fiscal elaborou relação dos créditos cuja origem não fora comprovada, ao mesmo tempo em que intimou a contribuinte a manifestar-se acerca do que havia sido constatado (fls. 477/532). Em resposta a contribuinte apresentou o expediente acostado sob fl. 533 em que informou que toda a movimentação bancária decorreu de vendas de mercadorias.

Constam dos autos planilhas com demonstrativo mensal dos créditos bancários havidos nas contas de pessoa física e pessoa jurídica que serviram de base para apuração da receita omitida, base de cálculo para o lançamento, após ter sido deduzida a receita declarada (fls. 534/536).

Conforme dão conta as cópias das Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) que a contribuinte, inicialmente optante pela tributação na sistemática do Simples, alterou a forma de tributação para a

modalidade de Lucro Presumido a partir de 01/06/2002, durante o ano-calendário. Segundo deixou consignado a autoridade tributária, a contribuinte alterou a sistemática de tributação pelo fato de que seu sócio, senhor Jonas Caetano Filho procedeu a abertura de outra empresa, denominada Caetano de Boituva Materiais para Construção Ltda., CNPJ 05.081.777/0001-41, da qual participa com 50%. Conforme assentou, a alteração não se poderia dar no decorrer do ano-calendário, fato que ensejou o lançamento na modalidade de Simples.

Procedeu a autoridade fiscal ao arrolamento da pessoa jurídica, protocolizado sob nº 10855.003678/2006-41 (fls. 592/593).”

A contribuinte apresentou uma impugnação para cada auto de infração (fls. 597, 656, 715, 774 e 863).

A turma de primeira instância julgou a exigência procedente, por unanimidade, assim resumindo a decisão:

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

ANO-CALENDÁRIO: 2002

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. SIMPLES.

As pessoas jurídicas optantes do SIMPLES, deverão calcular o seu valor com base na receita bruta, na forma disciplinada na Lei nº 9.317/96 e legislação superveniente. Cobram-se através de lançamento de ofício as importâncias correspondentes a depósitos bancários cuja origem não fora comprovada.

PARTICIPANTE. EXCLUSÃO. OPÇÃO. EFEITOS.

Os efeitos da exclusão de empresa participante do Simples que tenha optado por afastar-se do sistema operam-se a partir do ano-calendário subsequente.

DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO.

Mantém-se a exigência decorrente da diferença verificada entre os valores demonstrados nas Declarações DIPJ e os valores escriturados nos Livros Contábeis, quando os elementos de fato ou de direito apresentados pelo contribuinte não forem suficientes para infirmar os valores lançados pela Fiscalização.

MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS. LANÇAMENTO PROCEDENTE.

Correto o lançamento fundado na ausência de comprovação da origem dos depósitos bancários, por constituir-se de presunção legal de omissão de receitas, expressamente autorizada pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Arguições de inconstitucionalidade refogem à competência da instância administrativa, salvo se já houver decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, hipótese em que compete à autoridade julgadora afastar a sua aplicação.”

Cientificada da decisão em 04/06/2008 (fls. 971), a contribuinte interpôs o recurso no dia 2 do mês seguinte (fls. 975).

Antes de “adentrar no bojo da presente situação de tensão jurídico-dialética”, informou que interpôs apenas um recurso, tendo em vista a existência de uma única decisão de primeira instância abrangendo as cinco impugnações ofertadas.

Preliminarmente, alegou (i) impossibilidade de exigência dos tributos pelas normas do Simples, (ii) incompetência da Receita Federal para fiscalizar e cobrar contribuições sociais previdenciárias inerentes ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e (iii) cerceamento do direito de defesa.

No mérito, contestou as alíquotas utilizadas no lançamento para apuração da contribuição previdenciária destinada ao INSS e destacou o “evidente caráter confiscatório” da multa imposta.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, Relator

O recurso foi apresentado por parte legítima, tempestivamente, além de reunir os demais pressupostos de admissibilidade. Deve, portanto, ser conhecido.

Inicialmente, registre-se o descabimento, no âmbito do julgamento administrativo tributário, do exame de alegações relativas a suposta inconstitucionalidade de lei vigente, de vez que se trata de matéria privativa do Poder Judiciário, nos termos do art. 102 da Constituição da República, restando examinar-se, tão-somente, a conformidade do ato de lançamento à legislação tributária aplicável.

Esse é o entendimento consubstanciado em Súmula deste Conselho:

“Súmula CARF nº 2. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Entretanto, apenas em caráter informativo, sabe-se que o princípio constitucional da vedação ao confisco é dirigido aos tributos em geral, não se aplicando às multas *ex officio*.

O entendimento de que o art. 150, IV, da Constituição da República abrange as multas, como defende a recorrente, não encontra respaldo na nossa doutrina tributária. Segundo a lição de Hugo de Brito Machado¹:

“Em síntese, qualquer que seja o elemento de interpretação ao qual se dê ênfase, a conclusão será contrária à aplicação do princípio do não-confisco às multas fiscais. Se prestigiarmos o elemento literal, temos que o art.150, inciso IV, refere-se apenas aos tributos. O elemento teleológico não nos permite interpretar o dispositivo constitucional de outro modo, posto que a finalidade das multas é exatamente desestimular as práticas ilícitas. O elemento lógico-sistêmico, a seu turno, não leva a conclusão diversa, posto que a não-confiscatoriedade dos tributos é garantida para preservar a garantia do livre exercício da atividade econômica, e não é razoável invocar-se qualquer garantia jurídica para o exercício da ilicitude.”

A preliminar de impossibilidade de apuração do crédito tributário segundo as normas do Simples se confunde com o próprio mérito do lançamento. Dessa forma, deve ser examinada no contexto do enfrentamento do mérito e não como preliminar de nulidade do lançamento.

A alegação de cerceamento do direito de defesa não constitui questão a ser enfrentada neste julgamento, uma vez que aborda mera especulação de suposto vício, de mudança de fundamentação da exigência, que seria promovida por este Colegiado, determinando a apuração do crédito tributário pelo regime de tributação do lucro presumido, conforme se percebe no arrazoado da recorrente:

“Reforçando a necessidade de INTEGRAL ANULAÇÃO destes lançamentos de ofício, a simples reforma destes atos/procedimentos administrativos implicará em violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório (decorrência lógica da apuração dos tributos da Recorrente, através do lucro presumido, a partir de junho/2002, sem abrir-lhe novo prazo de defesa), sendo salutar a modificação dos fundamentos que embasam a exigência fiscal, garantindo a Recorrente o direito de manifestar-se (contraditório) sobre os novos fundamentos quantitativos da presente autuação (agora apurados através do lucro presumido), com todos os meios e garantias de uma defesa eficaz (ampla defesa), guardando, por conseguinte, observância plena ao princípio constitucional do devido processo legal.”

Bem se percebe que o texto faz referência a suposta situação futura e não a fato efetivamente ocorrido no transcurso do processo. Em suma, trata-se de mera ilação, estranha ao presente litígio.

A recorrente contestou a competência da RFB para fiscalizar e arrecadar contribuições previdenciárias destinadas ao INSS.

¹ “Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988”, Dialética, 4ª edição, página 107.

Argumentou que o art. 33 da Lei 8.212/91, vigente na época dos fatos, atribuía ao INSS a competência para administrar tais contribuições. A exceção ocorria apenas no âmbito do Simples, nos termos do art. 17 da Lei 9.317/96.

Como, no seu entendimento, a tributação pelo Simples seria equivocada, devendo se dar pelo regime do lucro presumido, faltaria competência à RFB para exigir a contribuição ao INSS.

Repete-se aqui o equívoco da recorrente quando da preliminar de cerceamento do direito de defesa.

Na verdade, inexistente questão a ser enfrentada, tendo em vista que os autos de infração tratam de exigência do Simples, inexistindo qualquer lançamento sob as normas do lucro presumido.

Passando ao exame de mérito, os autos revelam que a contribuinte requereu exclusão do Simples em 1º/06/2002, após a constituição da pessoa jurídica Caetano de Boituva Materiais para Construção Ltda, ocorrida em 28/05/2002, que tem como detentor de mais de 10% do capital social o Sr. Jonas Caetano Filho, também sócio da recorrente.

A situação descrita, de sócio com participação superior a 10% do capital de outra pessoa jurídica cumulada com receita bruta global acima do limite anual previsto pelo art. 2º, II, da Lei 9.317/1996 (R\$ 1.200.000,00) caracteriza condição excludente do Simples, conforme estipulado pelo inciso IX do mesmo dispositivo legal. A receita bruta global representa a soma das receitas brutas das pessoas jurídicas das quais o sócio comum participa.

Prevê ainda a referida lei, no seu art. 13, II, a exclusão do regime mediante comunicação obrigatória da contribuinte na hipótese de ocorrência da condição descrita no parágrafo anterior, cujos efeitos dar-se-ão a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, segundo a redação do art. 15, II, vigente na época dos fatos, dada pela Lei 9.732/1998.

A turma recorrida entendeu que a exclusão do Simples se deu por opção da contribuinte e não pela ocorrência de situação que ensejasse exclusão obrigatória, tendo em vista que a receita bruta informada na DIPJ não teria excedido o limite legal. Dessa forma, a condição excludente – existência de sócio com participação superior a 10% do capital de outra pessoa jurídica cumulada com receita bruta global excedente ao limite – não teria ocorrido.

Observe-se o texto do voto condutor do acórdão refutado:

“Pela análise do texto legal conclui-se que somente pode-se verificar a exclusão do sistema quando a receita bruta superar o teto respectivo, que no caso presente, conforme relatado antes, é de R\$ 1.200.000,00. Embora tenha ocorrido uma das hipóteses impeditivas de permanência, isto é, participação com mais de 10% no capital de outra empresa, a outra, de superação da receita bruta, não se verificou, conforme atesta a DIPJ entregue pela contribuinte, que registra receita de R\$ 587.097,01 (fl. 04) até o mês de maio/2002. Assim, por dedução lógica, não se trata de exclusão obrigatória, o que afasta a possibilidade de surtir efeitos a partir do mês subsequente.” (destaquei)

Como consequência da interpretação adotada na decisão contestada, a exclusão surtiria efeitos a partir do ano-calendário seguinte, segundo determina o art. 15, I, da lei ora examinada.

Defendeu a recorrente a exclusão obrigatória (art. 13, II, “a”), cujos efeitos dar-se-iam já a partir do mês subsequente, nos termos do art. 15, II, em razão dos novos valores das suas receitas, recalculadas de ofício pela autoridade fiscal acrescidas das omissões apuradas, resultando em excesso ao limite legal.

De tal forma, o lançamento deveria ser cancelado por ter o crédito tributário calculado segundo as normas do Simples, desconsiderando a sua opção pelo lucro presumido.

Rejeitou a utilização pela autoridade fiscal de dois valores distintos de receita bruta no mesmo procedimento: o valor constante da DIPJ para fins de manutenção no Simples no ano-calendário 2002 e o valor acrescido das omissões para quantificação do crédito tributário constituído.

Nas suas palavras, “ou prevalece a RECEITA BRUTA declarada pela Recorrente à época (nesse caso não existiria, por óbvio, motivo para as respectivas autuações), ou prevalece a RECEITA BRUTA encontrada pela Fiscalização (e, nesse caso, mais do que certa a exclusão da Recorrente do sistema SIMPLES e, portanto, inválida a Autuação que utilizou essa sistemática para o cálculo dos tributos)”.

A apuração da receita omitida não foi contestada pela contribuinte. Inexiste, portanto, controvérsia acerca desse aspecto do lançamento.

Com efeito, a autoridade fiscal, ao realizar o lançamento *ex officio*, deve fazê-lo conforme o comando art. 142 do CTN:

“Art. 142. Compete privativamente à 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.”

Procedendo de acordo com o comando legal mencionado, a autoridade fiscal considerará, forçosamente, todos os aspectos relacionados à “matéria tributável”. Quaisquer acréscimos de receita identificados na investigação fiscal serão utilizados para todos os seus efeitos legais, a exemplo da interferência na base de cálculo tributável.

Não pode fugir à regra a observância dos limites do Simples para fins de novo enquadramento ou exclusão do sistema, assim como ocorre por ocasião do atingimento de valores que obrigam ao adicional do IRPJ, como consequência de acréscimos à base de cálculo apurados em procedimento fiscal.

No caso concreto, a receita bruta da recorrente, já computada a parcela omitida, importou em R\$ 2.012.251,14, acumulada até maio/2002, segundo consta do demonstrativo integrante do TVF (fls. 539).

Com efeito, vê-se que já em maio a condição excludente havia se implantado, constituída da existência de sócio com participação superior a 10% do capital de outra pessoa jurídica cumulada com receita bruta global excedente ao limite legal.

Nessa situação, a exclusão surte efeitos “a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão”, segundo a redação do art. 15, II, vigente na época dos fatos, dada pela Lei 9.732/1998, conforme já noticiado neste voto.

Assim, considerando maio/2002 como mês da exclusão, já a partir de junho do mesmo ano-calendário a contribuinte não mais poderia ser tributada pelo Simples.

Conclusão

Pelo exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso para excluir as parcelas do crédito tributário correspondente aos períodos de apuração de junho a dezembro de 2002.

Sala das Sessões, em 30 de março de 2011.

ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA