



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

Processo n° 10932.000077/2005-35
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-001.286 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 5 de junho de 2019
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL
Recorrente REAL CENTER MATERIAIS P CONSTRUCAO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

ANOS-CALENDÁRIO 2002 E 2003

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Descabe cogitar da nulidade do lançamento quando a exigência fiscal foi lavrada por pessoa competente e sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis à constituição do crédito tributário.

JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA

CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA.

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

REGIME DE TRIBUTAÇÃO. LUCRO REAL. MUDANÇA DE OPÇÃO.

Não havendo a contribuinte manifestado sua opção pelo regime de tributação pelo lucro presumido de acordo com as disposições regulamentares, não pode a autoridade autuante efetivar essa opção, modificando inclusive a intenção assentada pela contribuinte em DIPJ. Não comprovado definitivamente o recolhimento das contribuições (CSLL, PIS e COFINS) é de manter-se o lançamento

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO - MULTA DE OFÍCIO.

Correta a formalização de ofício, mediante auto de infração e com a penalidade específica de 75%, do tributo não espontaneamente confessado e não recolhido.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC

É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora em percentual superior a 1%. A partir de 01/01/1995 os juros de mora serão equivalentes a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em rejeitar a preliminar suscitada no recurso e, no mérito, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Sergio Abelson- Presidente.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sergio Abelson (presidente), Andrea Machado Millan, André Severo Chaves e Jose Roberto Adelino da Silva.

Relatório

Trata o presente processo de recurso voluntário contra o acórdão 12.009 - 3a Turma da DRJ/CPS que negou provimento à impugnação, apresentada pela ora recorrente.

Peço a devida vênica para transcrever o relatório, constante do acórdão da DRJ:

Trata-se de impugnação ao auto de infração de fls. 337/342 (v. II) relativo a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), lavrado contra a contribuinte em epígrafe, formalizando crédito tributário no montante de R\$ 13.579,42, incluídos principal, juros de mora calculados até 31/08/2005 e multa de ofício no percentual de 75%.

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, concluímos ação fiscal para verificação da regularidade fiscal do contribuinte supra quanto ao IRPJ, relativo ao período de apuração de MARÇO/1999 a DEZEMBRO/2003, e demais verificações obrigatórias quanto aos tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, referente ao período de apuração de JULHO/1999 a MAIO/2004.

Salientamos que as infrações apuradas a título de IRPJ estão sendo tratadas no processo administrativo nº 10932000079/2005-24, o presente processo refere-se tão somente às infrações apuradas decorrentes do procedimento de "verificações obrigatórias " relativas à CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido), conforme constatações a seguir relatadas:

1) O contribuinte foi excluído do SIMPLES, mediante Ato Declaratório nº 136.232, de 09/01/1999, por 'apresentar pendências da empresa e/ou sócios junto ao INSS e à PGFN , produzindo seus efeitos a partir de 01/03/1999 (fls. 6). Inconformado com este ato requereu a Revisão de Exclusão do Simples, objeto da processo administrativo nº 13819.001565/2003- 92 (fl. 5 a 13), a qual foi considerada improcedente (fl 7). Em 04/12/2003 tomou ciência da intimação para, no prazo de 30 dias, entregar todas as declarações de Imposto de Renda ainda não prescritas, adotando o lucro presumido, real ou arbitrado...; entregar as DCTF em atraso; bem como foi informado que os pagamentos efetuados na forma do SIMPLES (cód. 6106) poderão ser objeto de pedido de restituição ou compensação pelo programa PER/DCOMP' (fls. 10 a 12), Em 20/01/2004, após o transcurso do

prazo para cumprimento da intimação (30 dias), foi constatado que o contribuinte não procedeu à sua regularização quanto aos débitos, entrega das DIPJ e DCTF (fl. 13), motivo pelo qual foi considerado improcedente o pedido de Revisão de Exclusão do Simples;

2) Em 14/06/2004 iniciamos a fiscalização no contribuinte supra e, preliminarmente, constatamos que ainda não havia cumprido a intimação da qual tomou ciência em 04/12/2003 nos autos do processo administrativo nº 13819.001565/2003-92, especialmente quanto à entrega das DIPJ e DCTF para os períodos posteriores a 01/03/1999 (fls. 24);

3) O contribuinte foi intimado em 08/07/2004 a apresentar as DIPJ, DCTF, Balanço Patrimonial, Livros Diário, Razão, Registro de Entradas/Saídas e Apuração do ICMS referentes aos anos-calendário de 1999 a 2003 (fls. 14). Entretanto, em 29/07/2004 o contribuinte solicitou prazo até 23/08/2004 para dar cumprimento a esta intimação Úls. 16). Em 04/08/2004 procedemos a nova intimação sendo-lhe solicitado o preenchimento dos disquetes denominados 'Informações à SRF' fls. 15). Em 13/09/2004, o contribuinte solicitou nova dilação de 30 dias para apresentação dos livros contábeis/fiscais, pois alegou que os mesmos estavam sendo encadernados fls. 28). Em 13/10/2004, após o transcurso do novo prazo solicitado, e em 20/10/2004, o contribuinte foi reintimado a cumprir as intimações lavradas em 08/07/2004 e 04/08/2004 (fls. 30 a 32), vindo a cumpri-las parcialmente em 30/11/2004 (fls. 33). Destaco que até a presente data o contribuinte não entregou as DCTFs dos anos calendário de 2000 a 2003 (fl. 324).

4) Em consulta aos sistemas da SRF verificamos que o contribuinte efetuou pagamento de tributos somente sob a forma do SIMPLES e protocolizou pedido de compensação destes pagamentos no processo administrativo nº 13819.002429/2004-09 (fls 326 a 333).

5) Assim, considerando que o contribuinte optou e permaneceu indevidamente no regime de tributação SIMPLES e, em face de sua exclusão desse regime, não promoveu sua regularização em tempo hábil, conforme determinado em intimação lavrada em 04/12/2003 nos autos do processo administrativo nº 13819.00165/2003-92 de Revisão de Exclusão do Simples e ainda, considerando as apurações efetuadas relativa ao não pagamento da CSLL escriturada e informada na DIPJ às fls. 129 e 175 (após regularização extemporânea do seu regime de escrituração para lucro real) e nos Demonstrativos de Resultados Úls. 277 a 323), porém persistindo a não apresentação de DCTF, constatamos que o contribuinte incorreu nas seguintes infrações:

CSLL - Diferença apurada entre o valor escriturado e o pago (verificações obrigatórias): embora o contribuinte não tenha entregado suas DCTF 's, parte das "Receitas de Vendas" foi escriturada no livro Diário e informada na DIPJ e DRE mensal, sendo que tais valores determinaram a apuração de base de cálculo da CSLL devida, porém constatamos que não houve seu pagamento. Assim, em face dos artigos 247 e 841 do RIR/99, procedemos ao presente lançamento de ofício.

Em razão de seus objetivos, a presente ação fiscal se ateve à verificação do cumprimento das obrigações tributárias relativas à Contribuição social sobre o Lucro Líquido- CSLL, restritas às "Verificações Obrigatórias" referentes ao período de JULHO/1999 a MAIO/2004, (...)

3. Cientificada da autuação em 29/09/2005 (fl. 340), a atuada postou a impugnação de fls. 345/422 e documentação de páginas seguintes na qual alega em síntese e fundamentalmente que:

3.1. Preliminarmente, alega nulidade do auto de infração por conta do que entende ser a sua ilegal exclusão do universo do regime de tributação pelo SIMPLES. Relata a empresa, inicialmente, haver optado pelo SIMPLES em 01/01/1999, sendo desse sistema excluída em 01/03/1999. Irresignada com a exclusão, diz ter protocolado, em 05/03/1999, “Solicitação de Revisão de Vedação/Exclusão à opção pelo SIMPLES”. Como decorrência desse ato, a seu ver, teria ocorrido a suspensão dos efeitos do ato de exclusão, na forma disposta no artigo 151, III, do Código Tributário Nacional. Acrescenta que durante o mencionado período de suspensão, teria aderido ao Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, parcelando os débitos existentes junto à União Federal e ao INSS, parcelamento que é causa suspensiva da exigibilidade dos débitos tributários. Com base nessa situação, conclui não mais existir a causa motivadora da exclusão da contribuinte do SIMPLES, restando nulo o ato de exclusão. Nessa ordem de idéias, se não existe a alegada causa de exclusão do SIMPLES, não pode a Impugnante dele ser excluída, e não pode a mesma ser tributada pelo Lucro Real com base em tal exclusão, pelo que o Auto de Infração aqui hostilizado não pode subsistir, sob pena de estar subvertendo as disposições legais aplicáveis à espécie, com todos as terríveis conseqüências que daí advém.

3.2. Ainda em sede de preliminar, alega equívoco na apuração da base de cálculo pela inclusão de valores referentes a cheques depositados na conta corrente da autuada, mas que não foram compensados por insuficiência de fundos. Acrescenta que a autoridade autuante, erroneamente, considerou na base de cálculo ainda os lançamentos no crédito e no estorno, bem como na segunda apresentação, como estaria demonstrado em planilha. Assim, boa parte da base de cálculo adotada no que concerne à suposta omissão de receitas diz respeito a receitas que não se realizaram, pois tratam-se de cheques depositados e não compensados. Argumenta, em resumo, pela nulidade do auto de infração por ofensa ao princípio da legalidade que deve nortear os atos administrativos. Diz que o art, S49 do RIR/1999 estabelece expressamente. que. os depósitos bancários somente poderão ser caracterizados como omissão de receita quando o titular da conta de depósitos não comprovar a respectiva origem. Nesse contexto, afirma que a origem dos valores depositados na conta bancária da Impugnante está documentalmente comprovada, inclusive com a juntada a estes autos de cheques que foram devolvidos e, como tal, não podem integrar a base de cálculo;

3.3. a nulidade do auto de infração também se evidenciaria pela ausência dos requisitos formais de validade. Entende não ser possível verificar de onde foram retiradas as informações que deram origem à peça atacada. Opina tratar-se de documentos apócrifos, eis que desprovidos do rigor técnico indispensável à sua regularidade. Diz haver nos autos um mero Demonstrativo de Fiscalização, onde o impugnado se limita a apresentar números sem, no entanto, ao menos indicar a origem dos mesmos. Argumenta ser indispensável, para a validade do ato administrativo, a prova da ocorrência dos fatos jurídico-tributários alegados, situação que considera não configurada na espécie;

3.4. em uma outra vertente de sua defesa, a autuada contesta a autuação com base no lucro real argüindo, inicialmente, que, sendo ilegal sua exclusão do regime do SIMPLES, a autuação deveria ser pautada por esse regime. Depois, argüi que, fosse obedecido o regime de tributação pelo lucro presumido, a exação imposta seria bem menos gravosa. Insistir na exigência com base no lucro real seria, a seu ver, afrontar o princípio à vedação do confisco, violar o direito de propriedade e insultar as diretrizes da capacidade contributiva e da isonomia, garantidas pela Constituição. No caso dos autos, ressalta, a impugnante fez a opção pelo lucro real sob muita pressão, pois havia sido excluída do SIMPLES e sofria, ao mesmo tempo, procedimento de fiscalização que resultou na autuação aqui atacada. (...) A opção da Impugnante pelo regime tributário do Lucro Real - que lhe é mais gravoso z deve,

pois, ser relativizada, sob pena de ferimento a um princípio constitucional que, como visto a exaustão, é soberano;

3.5. em longo arrazoado, argumenta que a base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, em resumo, coincide com a base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, incidindo ambas as exações sobre o lucro, o que caracterizaria dupla tributação sobre o mesmo fato gerador, dado lugar à ilegal e inconstitucional ocorrência de bis in idem, devendo-se expungir do auto de infração a pretensão da impugnada de fazer incidir, de forma concomitante, IRPJ e CSLL sobre o mesmo fato gerador;

3.6. no que se refere à imposição de multas, diz a autuada que a autuação em tela envolve a aplicação de multa punitiva e de multa moratória. Entende que somente a ocorrência de afronta à legislação tributária pode fundamentar a imposição de penalidades. No caso em tela, a contribuinte não teria violado lei tributária alguma, como teria ficado exaustivamente demonstrado. Diz que vinha recolhendo reiteradamente os tributos no âmbito do SIMPLES, fato que, tornando-se costume, atestaria sua boa-fé, devendo-se afastar a aplicação das multas, sob pena de afronta ao inciso III, art. 100 do Código Tributário Nacional. Contesta o percentual das multas impostas, argüindo ainda não terem sido comprovados os requisitos necessários à aplicação da penalidade fixada em 75%, vislumbrando nesses índices ainda inconstitucionalidade por caracterização de confisco;

3.7. do mesmo argumento acima se vale para ver afastada a aplicação dos juros de mora até 31/12/2005: nestas condições, atestada a boa-fé da impugnante que só veio a tomar conhecimento de que, supostamente, deveria recolher os tributos sob outra sistemática que não a do SIMPLES quando da sua intimação acerca do ato aqui hostilizado, de modo que os juros e a atualização monetária só podem passar a incidir a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao do ato administrativo aqui atacado. Cita acórdão do STJ a apoiar sua tese.

3.8. em extenso arrazoado, contesta a fluência da taxa Selic a título de juros de mora, índice que considera inconstitucional por ter caráter de remuneração de capital, por não ter sido definida em lei, por resultar na prática de anatocismo. A seu ver os juros de mora deveriam ficar no patamar de 1% ao mês, nos termos do art. 161 do CTN.

Cientificada em 15/08/2006 (fl 1103), a recorrente apresentou o recurso voluntário em 30/08/2006 (fl 1049)

Voto

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva - Relator

Inconformada, a recorrente apresentou o Recurso Voluntário, tempestivo, que apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, previstos no Decreto 70.235/72, e, portanto, dele eu a conheço.

A recorrente, em seu recurso, alega, essencialmente, as mesmas razões apontadas em sua impugnação, as quais, apenas para nortear o voto, resumo a seguir:

2.1.2 Da Análise de Matéria Constitucional em Julgamento Administrativo

requer seja revista a decisão aqui hostilizada, analisando esta Corte toda a matéria de fato e de direito invocada na Impugnação, inclusive aquelas de índole constitucional, sob pena de afronta e negativa de vigência aos artigos 5º, LV e 150, I, ambos da Constituição Federal de 1988, aos artigos 96 e 97, ambos do Código Tributário Nacional e aos artigos 10, 12, 16 e 31, todos do Decreto nº 70.325/1972.

2.1.3 Da Nulidade do Auto de Infração - I: ilegalidade da exclusão da Impugnante do SIMPLES

2.1.4 Equívoco na apuração da base de cálculo: a inclusão de valores não efetivamente realizados (cheques não compensados e devolvidos), e a conseqüente afronta ao princípio da legalidade.

Analisando o lançamento realizado pelo impugnado, percebe-se que o mesmo agregou, à base de cálculo apurada, valores referentes a cheques (cópias anexas) depositados na conta corrente da Impugnante e que não foram compensados, por insuficiência de fundos.

E fez mais: considerou os lançamentos no crédito e no estorno, bem como na segunda apresentação, como demonstrado na planilha anexa.

Assim, grande parte da base de cálculo adotada no que concerne à suposta omissão de receitas diz respeito a receitas que não se realizaram, pois se trata de cheques depositados e não compensados.

Com base neste argumento pede a nulidade do auto de infração.

Continuando:

2.1.5 Nulidade do Auto de Infração - II: a ausência dos requisitos formais de validade do ato.

Assim, conclui as suas preliminares, passando ao mérito:

2.2.1 LUCRO REAL VS SIMPLES: a anulação da causa de exclusão do SIMPLES enseja a continuidade da tributação nesta modalidade.

2.2.2 LUCRO REAL VS LUCRO PRESUMIDO: a obrigatoriedade da incidência menos gravosa ao contribuinte, em respeito ao princípio constitucional do não-confisco.

2.2.3 IRPJ/CSLL: a impossibilidade da dupla tributação sobre um mesmo fato gerador.

2.2.4 - Multas

Cita jurisprudência não vinculante.

2.2.8 Juros e Atualização Monetária

2.2.8.1 Da incidência de juros e atualização monetária somente a partir de 1º de janeiro de 2006.

Assim, se mantido o Auto de Infração aqui atacado, os juros e a correção monetária devem incidir somente a partir de 1º de janeiro de 2006, excluindo-se a incidência destes, portanto, das competências referente aos anos de 2000 a 2005, sob pena de afronta e negativa de vigência ao quanto dispõe o inciso III do artigo 100 do Código Tributário Nacional.

2.2.8.2 -Exclusão da taxa SELIC

Por fim, requer:

ANTE AO EXPOSTO, tendo em vista a existência de arrolamento de bens, levado a efeito por ordem da DRF autuadora quando do encerramento da ação fiscal, REQUER seja dado o devido seguimento ao presente recurso voluntário total, eis que plenamente atendida a exigência constante da Instrução Normativa nº 264, de 24 de dezembro de 2002.

Em preliminar, REQUER seja revista a decisão aqui hostilizada, analisando esta Corte toda a matéria de fato e de direito invocada na Impugnação, inclusive aquelas de índole constitucional, sob pena de afronta e negativa de vigência aos artigos 5º, LV e 150, I, ambos da Constituição Federal de 1988, aos artigos 96 e 97, ambos do Código Tributário Nacional e aos artigos 10, 12, 16 e 31, todos do Decreto nº 70.325/1972.

Ainda em sede preliminar, REQUER a reforma da decisão:

a) seja reconhecida e declarada a nulidade do Auto de Infração aqui hostilizado, com a extinção de todos os seus efeitos, eis que o mesmo, estando baseado na exclusão da Impugnante do SIMPLES, não pode subsistir, pois o ato de exclusão é plenamente ilegal, tendo, inclusive, sido mortalmente alvejado pelo parcelamento dos débitos no âmbito do REFIS, sob pena de afronta e negativa de vigência ao quanto dispõe os artigos 9º, XV, e 13, II, a, ambos da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e ao artigo 151, III e VI, do Código Tributário Nacional;

b) em função da não comprovação pelo Recorrido da ocorrência do fato imponible que alega, seja declarado nulo de pleno direito o Auto de Infração aqui vergastado, determinando o imediato arquivamento do mesmo, com a anulação de todos os seus efeitos, sob pena de afronta e negativa de vigência ao quanto dispõe o artigo 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999;

c) aplicando o quanto prevêm o artigo 53 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, o artigo 145, III, do Código Civil de 1916, o artigo 166, IV, do Código Civil de 2002 e a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, determinar a anulação e o arquivamento do Auto de Infração aqui hostilizado, como resultado da inobservância do disposto no artigo 849 do RIR, eis que a pretensão de efetivar, em face do impugnante, tributação sem lastro legal afronta, de maneira cabal, O Princípio da Legalidade Tributária, previsto no artigo 150, I, da Constituição Federal de 1988, e confirmado pelo artigo 9º, I, do Código Tributário Nacional ou, alternativamente, deve ser retificado o Auto de Infração aqui hostilizado, retirando-se da base de cálculo o valor referente aos cheques depositados e não compensados, eis que os mesmos não chegaram a integrar a receita da Impugnante, sob pena de afronta aos dispositivos legais recém relacionados.

Na hipótese de serem superadas as preliminares acima apresentadas, a Recorrente REQUER, no mérito, a reforma da decisão, para que:

c) seja reconhecido e declarado o direito da Recorrente de ser tributada de acordo com a sistemática do SIMPLES, desconsiderando-se a tributação pelo Lucro Real, observando-se tal fato para o estabelecimento da base de cálculo e incidência das respectivas alíquotas, eis que o ato de exclusão da mesma do SIMPLES foi anulado pelo desaparecimento de sua causa, não podendo mais surtir efeitos, sob pena de se estar sonhando à Recorrente o direito de usufruir do benefício legal ao qual faz jus, em afronta e negativa de vigência ao quanto dispõe a Lei nº 9.317, de 5

de dezembro de 1996, assim como ao artigo 151, III e VI, do Código Tributário Nacional;

d) seja desconsiderada a opção da Recorrente pelo regime de tributação pelo Lucro Real, fazendo incidir, sobre o período objeto da autuação aqui atacada, a sistemática de apuração pelo Lucro Presumido, sob pena de afronta ao princípio constitucional que veda a tributação com caráter confiscatório, primado este pelos princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade e da igualdade, em negativa de vigência ao quanto dispõem os artigos 5º, capute inciso XXII, 145, § 1º e 150, II e IV, todos da Constituição Federal de 1988.;

e) seja expungida do Auto de Infração aqui hostilizado a pretensão da Recorrida de ver incidindo, sobre a espécie, de forma concomitante, o IRPF e a CSLL, sob pena de estar-se permitindo a dupla tributação de um mesmo fato gerador, afrontando, assim, o quanto dispõe o artigo 195, I, da Constituição Federal de 1988, e os artigos 187, da Lei nº 6.404/1976; 2º, da Lei nº 7.689/1988; 2º, da Lei nº 7.856/1989; 44, da Lei nº 8.382/1991; 38, da Lei nº 8.541/1992; e 57, da Lei nº 8.981/1995;

f) seja expungida a aplicação da multa punitiva aplicada pelo Recorrida, eis que não ocorreu infração a qualquer dispositivo legal, o torna injustificável o sancionamento da Recorrente, pela inexistência de ilicitude, assim como, considerando o fato de que a Recorrente durante todo o período, agiu de boa-fé, seguindo orientação oficial da autoridade-- fazendária do "Estado" do Rio Grande do Sul; segundo a qual a atividade da Recorrente estava sujeita, à incidência da boa-fé, deve ser igualmente expungida a multa de mora, igualmente sob pena de afronta e negativa de vigência ao quanto dispõe o inciso III do artigo 100 do Código Tributário Nacional, ou, se entendido de modo diverso, que sejam as multas aplicadas no percentual de 150% reduzidas até o patamar mínimo previsto, ou seja, 75%, mais razoável do que o pretendido pelo Recorrida, eis que da forma como veiculado nos autos não se trata de multas, mas sim, de verdadeiro confisco, o que afronta e nega vigência às disposições dos artigos 5º LIV e 150 IV, ambos da Constituição Federal de 1988;

g) na hipótese de ser mantido o Auto de Infração aqui atacado, os juros e a correção monetária devem incidir somente a partir de 1º de janeiro de 2006, excluindo-se a incidência destes, portanto, das competências referente aos anos de 2000 a 2005, sob pena de afronta e negativa de vigência ao quanto dispõe o inciso III do artigo 100 do Código Tributário Nacional.

Por fim, REQUER a exclusão, da pretensão fiscal ora atacada, da incidência da Taxa SELIC, sob pena de afronta e negativa de vigência ao quanto dispõe os artigos 161, § 1º, e 167, § único, ambos do Código Tributário Nacional, e os artigos 5º caput, 150 e 192, § 3º, todos da Constituição Federal de 1988.

Todos os argumentos apresentados pela recorrente foram devidamente analisados pela DRJ, assim, com base no artigo 50, da Lei 9.784/99 e parágrafo 3º, ao artigo 57, do RICARF, peço a devida vênua, para reproduzir (parcialmente), o voto da DRJ, por com ele concordar integralmente:

6. Sobressai da leitura da impugnação que é reiterado o apelo da autuada à arguição de que vários dos fundamentos do auto de infração não se sustentariam por se chocarem contra dispositivos legais hierarquicamente superiores.

7. De se observar que não cabe a esta esfera administrativa julgadora pronunciar-se a respeito de inconstitucionalidade de dispositivos legais ou ilegalidades de atos normativos. Tal apreciação compete ao Poder Judiciário,

devendo esta instância monocrática jungir-se às regras que a vinculam procedendo ao exame do ato administrativo de forma a afiançar sua estrita legalidade.

8. No âmbito desse julgamento administrativo, cabe tão-somente verificar se o ato praticado pelo agente do fisco está ou não conforme a legislação tributária, sem emitir juízo acerca da legalidade ou da constitucionalidade das normas jurídicas que embasaram o ato.

9. Esta sempre foi a orientação emanada dos Órgãos Centrais da Administração, como exarado no Parecer Normativo CST n.º 329/70 que, a despeito de ser editado anteriormente à atual Constituição, utiliza fundamentos que ainda permanecem válidos. Extrai-se do citado parecer o seguinte trecho:

a arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites da sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

10. Relembre-se que a atividade administrativa de lançamento, tanto na constituição do crédito tributário como também no julgamento administrativo de sua validade, é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142 e § único do CTN). Especificamente em relação à atividade julgadora, a Portaria MF n.º 258, de 24 de agosto de 2001, determina, em seu artigo 7º, que os julgadores das Delegacias da Receita Federal de Julgamento (DRJ) observem as normas legais e regulamentares, bem como o entendimento da Secretaria da Receita Federal expresso em atos tributários e aduaneiros.

11. Essa vinculação do agente administrativo somente deixa de prevalecer quando a norma em discussão já tiver sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Este, aliás, é o entendimento manifestado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Parecer PGFN/CRE/n.º 948, de 02 de julho de 1998) acerca da disposição contida no Decreto n.º 2.346, de 10 de outubro de 1997.

12. Resulta daí que, no âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe, tão somente, verificar se o ato praticado pelo agente do Fisco está, ou não, conforme a legislação, sem emitir juízo da legalidade ou constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato. Para que não reste dúvida quanto a esse posicionamento, traz-se à colação um excerto do Parecer PGFN/CRF n.º 439, de 6 de abril de 1996, à consulta formulada pelo Secretário da Receita Federal a propósito das seguintes questões (fl 1101):

...

13. Nessa linha, o art. 77 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, autoriza o Poder Executivo Federal a disciplinar questões em face de inconstitucionalidades declaradas pelo STF. E referida disciplina veio a lume por meio do Decreto n.º 2.346, de 10 de outubro de 1997, do qual trasladam-se os seguintes trechos:

...

14. De todo o exposto, resta concluir, que esta Turma de Julgamento não está apta a, de forma original, avaliar a constitucionalidade dos fundamentos do ato contra o qual a contribuinte manifesta inconformidade, isto é, não pode aduzir juízo sobre a constitucionalidade de enquadramentos legais apontados no auto de infração. O mesmo se diga a propósito da legalidade daqueles fundamentos, porquanto

questionamentos sobre legalidade levam, mediamente, a questionamentos sobre constitucionalidade

15. Esse entendimento é pacífico na jurisprudência administrativa, como exemplifica o Acórdão nº 202-15001, de 13/08/2003, do E. Primeiro Conselho de Contribuintes, cuja ementa é a seguinte:

...

18. Acresça-se, ainda, que a Portaria MF 103, de 23/04/2002, inseriu o artigo 22A nos Regimentos da Câmara Superior de Recursos Fiscais e dos Conselhos de Contribuintes, aprovados pela Portaria MF nº 55, de 16/03/1998, vedando que seja afastada a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor, em virtude de inconstitucionalidade, que não tenha sido anteriormente reconhecida, na forma e pelas autoridades dispostas em seu parágrafo único. Por decorrência, se aqueles órgãos de instância administrativa superior estão impedidos de apreciar questão de inconstitucionalidade, a mesma conclusão é de ser adotada para a instância inferior. r

19. Nesse sentido, as argumentações fundadas na inconstitucionalidade e na ilegalidade de dispositivos normativos não poderão prosperar nesta esfera administrativa.

20. Delineada a fronteira de competência deste colegiado, passa-se à análise das questões preliminares.

NULIDADE - ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

21. A autuada inaugura sua defesa postulando a nulidade do auto de infração em razão de que entendeu ser ilegal sua exclusão do regime de tributação pelo SIMPLES. A empresa invoca a suspensão dos efeitos do ato de exclusão do SIMPLES datado de 01/03/1999, uma vez que teria protocolado “Solicitação de Revisão de Vedação/Exclusão à opção pelo SIMPLES”, bem como teria aderido ao Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, parcelando os débitos existentes junto União Federal e ao INSS, motivadores do ato de exclusão.

22. Em primeiro lugar, é necessário esclarecer que a questão da exclusão da contribuinte do universo de tributação pelo simples é matéria que já foi tratada administrativamente no âmbito do processo 13819.00156S/2003-92, tendo sido inclusive indeferida a SRS apresentada como comprova o despacho decisório reproduzido à fl. 7. A discussão acerca da exclusão do contribuinte do âmbito da tributação pelo SIMPLES é, portanto, matéria alheia ao objeto dos presentes autos.

23. Não obstante, apenas a título de esclarecimento, vale dizer que eventual SRS apresentada contra ato de exclusão do simples, não tem o condão de suspender a exigibilidade e débitos tributários que tenham motivado o ato de exclusão. Veja-se que o art. 151 do CTN invocado pela autuada confere a suspensão da exigibilidade apenas à impugnação e aos recursos cujo objeto seja a cobrança de créditos tributários, o que não ocorre no caso do processo administrativo nº 13819.00156S/2003-92 em que o ato atacado, a exclusão da sistemática do SIMPLES, não formaliza crédito. A interpretação urdida pela impugnante, inclusive, não é autorizada pelo art. III CTN que estabelece a leitura literal da legislação que disponha sobre suspensão de crédito tributário como é o caso do art. 151 daquele mesmo diploma legal.

24. Por fim, importa salientar que acaso a contribuinte tenha efetivamente regularizado suas pendências fiscais, pelo parcelamento autorizado no REFIS, e enquadrando-se nas condições para se submeter ao regime de tributação pelo SIMPLES, poderá, a seu critério, formalizar nova opção.

25. Não há, desse modo, ilegalidade ou vício de nulidade no auto de infração em

NULIDADE - Equívoco NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO E FALTA DE APRESENTAÇÃO DE PROVAS PELO FISCO

26. Ainda no campo das nulidades, a impugnante alega que a autoridade fiscal equivocou-se na apuração da base de cálculo pela inclusão de valores referentes a cheques depositados na conta corrente da autuada, mas que não foram compensados por insuficiência de fundos. Acrescenta que a autoridade autuante, erroneamente, ainda considerou na composição do montante tributável os lançamentos destes cheques devolvidos tanto por ocasião do crédito em conta corrente como do seu estorno e da segunda apresentação. Contesta ainda a forma do procedimento fiscal ao argumentar que o art. 849 do Regulamento do Imposto de Renda, de 1999 estabelece expressamente que os depósitos bancários somente poderão ser caracterizados como omissão de receita quando o titular da conta de depósitos não comprovar a respectiva origem, o que não teria ocorrido no caso em tela pois a origem dos valores depositados na conta bancária da Impugnante está documentalmente comprovada, inclusive com a juntada e esses autos de cheques que foram devolvidos e, como tal, não podem integrar a base de cálculo.

27. A argumentação acima resumida vincula-se mais propriamente à matéria tratada no âmbito do processo administrativo nº 10932000079/2005-24, em que os depósitos bancários, inclusive os efetuados mediante cheques, foram considerados como oriundos de receitas omitidas.

28. A autuação tratada nos presentes autos, como sobressai da leitura do Termo de Constatação e Verificação (fls. 335.- item 5) decorre da simples confrontação entre os valores da CSLL apurados pela própria impugnante em sua DIPJ, não confessados em DCTF e não pagos. A apuração da CSLL devida foi da lavra da própria contribuinte e consta das fls. 129 e 175 e nos DRE de fls. 277 a 323, sendo incompatível a argumentação de erro na apuração da base de cálculo por parte da autoridade administrativa ou ainda a alegação de que o autuante não teria reunido as provas da infração eis que a apuração da base de cálculo competiu ao próprio sujeito passivo, não cabendo, também sob este aspecto, cogitar-se de nulidade do auto de infração.

LUCRO REAL X LUCRO PRESUMIDO

29. Contesta a contribuinte que, uma vez excluída do regime de tributação pelo SIMPLES, deveria o Fisco lançar os tributos devidos com base na apuração pelo regime do Lucro Presumido eis que o lançamento tomado com base no sistema do Lucro Real resultou em exação mais gravosa.

30. Em primeiro lugar, importante salientar que, uma vez excluída do Simples, essa forma de tributação não poderia prevalecer em ação levada de ofício, como pretendeu dizer a interessada. Importante registrar ainda que a submissão do contribuinte ao regime de tributação pelo regime do lucro presumido é fruto de opção que não compete à autoridade administrativa. Confirma-se a redação do art. 26 da Lei nº 9.430, de 1996, que trata da matéria:

Lei nº 9.430, de 1996:

Art. 26. A opção pela tributação com base no lucro presumido será aplicada em relação a todo o período de atividade da empresa em cada ano-calendário.

§1º A opção de que trata este artigo será manifestada com o pagamento da primeira ou única quota do imposto devido correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano-calendário.

§2º A pessoa jurídica que houver iniciado atividade a partir do segundo trimestre manifestará a opção de que trata este artigo com o pagamento da primeira ou única quota do imposto devido relativa ao período de apuração do início de atividade.

§ 3º A pessoa jurídica que houver pago o imposto com base no lucro presumido e que, em relação ao mesmo ano-calendário, alterar a opção, passando a ser tributada com base no lucro real, ficará sujeita ao pagamento de multa e juros moratórios sobre a diferença de imposto paga a menor.

§4º A mudança de opção a que se refere o parágrafo anterior somente será admitida quando formalizada até a entrega da correspondente declaração de rendimentos e antes de iniciado procedimento de ofício relativo a qualquer dos períodos de apuração do respectivo ano-calendário.

31. Vale dizer que a contribuinte, ciente da decisão de exclusão do regime de tributação pelo Simples já em 1999 (fl. 6/7), não promoveu a opção pelo regime do lucro presumido em relação ao ano-calendário subsequente ao da exclusão, 2000, persistindo, mesmo estando excluída do SIMPLES, em se submeter à tributação por aquele regime. Acresça que em intimação copiada à fl. 10, a fiscalizada foi instada a apresentar as declarações de Imposto de Renda ainda não prescritas, adotando os regimes do Lucro Presumido, Real ou Arbitrado. Tais declarações foram reunidas a partir da fl. 41 e em todas elas, o regime de tributação escolhido é o do lucro real.

32. Nesse contexto, não merece reparo o procedimento fiscal quando fixou o montante do crédito tributário devido sob os parâmetros da tributação com base no lucro real. Frise-se que a argumentação que busca ferir o procedimento fiscal com fundamento em ofensas a princípios constitucionais, como já abordado, não é de competência desta esfera de julgamento administrativo.

INCONSTITUCIONALIDADE DA CSLL - MESMO FATO GERADOR Do IRPJ

33. Ainda que já se tenha fincado acima os limites da competência desta esfera administrativa, sendo-lhe defeso manifestar-se sobre questões que versam sobre alegações de inconstitucionalidades de leis ou atos normativos, importa dizer que a questão sobre a constitucionalidade da Lei nº 7.689, de 1988, em seus vários aspectos, já foi há muito resolvida pelo Poder Judiciário que viu inconstitucional apenas o art. 8º daquela lei que tratava da vigência a partir do resultado apurado em 31/12/1988, cuja aplicação foi inclusive suspensa pela Resolução nº 11, de 1995, do Senado Federal.

MULTA DE OFÍCIO

34. No tocante à imposição da multa de ofício, e somente ela foi aplicada, não tendo sido imposta multa moratória como colocou a atuada, a tese de defesa da atuada apóia-se sobre dois esteios fundamentais. De um lado, aponta, em resumo, o caráter confiscatório da penalidade. Sobre essa argumentação, como já mencionado, não pode se manifestar a autoridade julgadora eis que a conduta do Fisco tem escora no art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996.

35. Também não socorre a atuada o chamamento ao art. 100, III do CTN, ao alegar que o reiterado recolhimento dos tributos no âmbito do SIMPLES, teria se tornado costume e atestaria sua boa-fé. Ora, o inciso III do artigo citado é expresso ao relacionar, como, componente das normas complementares da legislação

tributárias as práticas reiteradas observadas pelas autoridades administrativas, o que evidentemente não se configura no caso. De outro lado, desde 1999 com a edição do ato de Exclusão do SIMPLES teve a autuada ciência da oposição da Administração Tributária ao recolhimento dos tributos com base no SIMPLES. No mesmo sentido não vigora a argumentação que pretende ver aplicados juros de mora somente a partir de 2006.

JUROS DE MORA - TAXA SELIC

36. Quanto ao questionamento a respeito da utilização da taxa SELIC para cálculo dos juros de mora, além da incompetência da autoridade administrativa para cogitar de inconstitucionalidade e/ou invalidade de lei, é sabido que o Código Tributário Nacional, em seu artigo 161, outorga à lei a faculdade de estipular os juros de mora incidentes sobre os créditos não integralmente pagos no vencimento, estabelecendo o parágrafo 1º do referido artigo que os juros serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês, se não for fixada outra taxa. E a taxa SELIC tem previsão de aplicabilidade no artigo 13 da Lei nº 9.065, de 1995, e nos artigos 6º, parágrafo 2º, 61, parágrafo 3º, da Lei 9.430/96.

37. Acrescente-se que, atualmente, a cobrança dos juros de mora em percentuais fixos é injustificável, pois, no mercado financeiro, busca-se o capital onde for menos oneroso. Portanto, em matéria tributária, a exigência dos juros de mora com base em taxas flutuantes aos níveis de mercado atua como fator dissuasório da inadimplência fiscal ao impedir que o particular, como meio de fugir das taxas de mercado, utilize o expediente de atrasar o cumprimento de suas obrigações tributárias e, por conseguinte, de se beneficiar à custa do Erário Público. Assim expressa o Acórdão 1º CC nº 108-06.513, de 22/05/01:

“JUROS DE MORA - TAXA SELIC ~ É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora em percentual superior a 1%. A partir de 01/01/1995 os juros de mora serão equivalentes a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC. ”

38. Por outro lado, ao contrário do que entende a contribuinte, a aplicação da taxa Selic como juros de mora, no campo tributário, é aceita pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como nos faz ver, inclusive, voto do Ministro Franciulli Netto no RESP 462202/SP, de 18/09/2003:

...A Primeira Seção deste egrégio Superior Tribunal de Justiça, na assentada de 14.05.2003, consolidou o entendimento no sentido da aplicação da Taxa SELIC, na restituição/compensação de tributos. a partir da data da entrada em vigor da lei que determinou sua incidência no campo tributária, conforme dispõe o artigo 39 da Lei n. 9.250/95 (Embargos de Divergência no Recurso Especial nº399. 497/CS, da relatoria do Ministro Luiz Fux) ”

A recorrente pugna pela redução da multa de 150% para 75%. Na verdade, não houve o agravamento da multa para 150%, a multa aplicada foi exatamente a de 75%, conforme se pode, inclusive, depreender do próprio recurso voluntário (demonstrativo na fl 1117, renumerada para 1108).

Quanto às arguições de inconstitucionalidades de normas, acrescento ao arrazoado da DRJ que este CARF não é competente para discuti-las, consoante a súmula 2, a seguir:

Súmula CARF nº 2:

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

Assim, rejeito as preliminares suscitadas nos autos, para no mérito, negar provimento ao presente recurso.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva