



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

Processo nº 10932.000134/2010-43
Recurso nº 888.110 Voluntário
Acórdão nº 1201-00.612 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de novembro de 2011
Matéria IRPJ e outros
Recorrente Pedalando Distribuidora de Peças para Bicceltas LTDA
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2007

INCONSTITUCIONALIDADE

Não compete a órgãos administrativas o controle de constitucionalidade de leis.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, AFASTAR as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Claudemir Rodrigues Malaquias - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Claudemir Rodrigues Malaquias (Presidente), Marcelo Baeta Ippolito (Suplente Convocado), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Marcelo Cuba Netto, Regis Magalhães Soares Queiroz e João Carlos de Lima Júnior.

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

Autenticado digitalmente em 30/03/2012 por MILANNE DA SILVA ALVES NUNES, Assinado digitalmente em 30

/07/2012 por GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MEND, Assinado digitalmente em 31/07/2012 por CLAUDEMIR ROD

RIGUES MALAQUIAS

Impresso em 01/08/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

DA AUTUAÇÃO E DA IMPUGNAÇÃO

Abaixo tomo de empréstimo parte do relatório elaborado pela autoridade julgadora de primeiro grau acerca das referidas peças de acusação e defesa inaugural:

Em Termo de Verificação e Constatação Fiscal de fls. 93/95, datado de 26/04/2010, o Fisco relata o resumo de todo o procedimento havido e as irregularidades que entendeu configuradas, destacando-se, naquilo que se insere nos presentes autos:

i) que, "trata esta ação fiscal de procedimento de auditoria do IRPJ, opção de apuração na forma do Simples, referente ao ano calendário de 2006, especialmente quanto à operação de verificação da movimentação financeira incompatível com a receita declarada em DIPJ/Simples";

ii) que, "decorridos todos os prazos concedidos, constatamos que o contribuinte não havia apresentado quaisquer dos livros e documentos solicitados e assim em 12/08/2009 lavramos mais um Termo de Constatação e Reintimação Fiscal renovando a reintimação para sua apresentação, bem como reiterando a advertência quanto as consequências de sua não apresentação (fls. 11)";

iii) que, "em função do exposto em 19/08/2009 solicitamos e fomos autorizados pelo Sr. Delegado desta Delegacia as Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira do contribuinte endereçadas a todos os bancos e sobre todas as contas em que o mesmo manteve movimentação durante o ano de 2006 (extratos) (fis 12 a 25)";

iv) que "recebidas as informações dos bancos, estas foram processadas para que se expurgasse a movimentação que de pronto mostrassem não ser receitas, tais como as transferências entre contas da mesma titularidade, devolução de cheques, etc",

v) que, "o resultado foi organizado por data, valor e histórico em planilhas que denominamos "Crédito — Síntese" nas quais foram listadas as entradas remanescentes, referindo-as por banco, agência e conta";

vi) que, "estas planilhas foram, então, anexadas a um Termo de Intimação Fiscal datado e cuja ciência deu-se em 29/10/09 no qual intimamos o contribuinte a esclarecer a origem daquelas entradas remanescentes com o suporte de documentos hábeis e idôneos que lhes dessem sustentação (fls. 27 a 61)";

vii) que a contribuinte novamente não atendeu, impondo-se a emissão de novo Termo de Constatação e Reintimação Fiscal em

30/11/2009, de forma a reintimar a fiscalizada a apresentar o solicitado ao longo da ação fiscal, sob pena de lançamento de ofício, sem prejuízo de outras cominações legais;

viii) que, "lavramos um último Termo de Constatação e Intimação Fiscal reiterando todas as solicitações anteriores em 16/12/2009, com ciência na mesma data, que mais uma vez teve vencido o novo prazo concedido sem que o contribuinte até o presente momento tivesse apresentado quaisquer dos livros e/ou documentos solicitados e sem que também apresentasse qualquer justificativa que legitimasse tais ações (fls. 64 e 65)";

ix) que, "na sequência, em função do exposto tornamos efetivas as seguintes medidas":

a) "representação ao Sr. Delegado da DRF/SBC com a exposição dos motivos acima descritos para que fosse promulgado o Ato Declaratório que excluísse o contribuinte do SIMPLES [a partir do ano calendário de 2006]";

b) "o Sr. Delegado concordando com a exposição de motivos promulgou o Ato Declaratório Executivo nº3 de 12/02/2010, que foi publicado no Diário Oficial da União de 17/02/2010;

c) que "comunicamos, então, ao contribuinte tal fato que a ele deu seu conhecimento em 24/02/2010 (fls. 91)";

d) que "nada restou a esta fiscalização que o lançamento em Auto de Infração do Imposto de Renda do ano calendário de 2006 e seus reflexos na modalidade do Lucro Arbitrado, uma vez que não recebemos os livros e documentos do contribuinte que nos possibilitassem a verificação de seus registros contábeis...".

x) que as receitas do contribuinte e assim as bases dos mencionados Autos foram determinadas de acordo com as informações constantes da DIPJ/Simples/retificadora, consideradas "receitas conhecidas" (denominada "Receita Operacional Omitida/Prestação de Serviços Gerais") e o montante da movimentação financeira, após expurgos realizados, subtraindo, ainda, as receitas conhecidas, chegando-se ao que se denominou "Depósitos Bancários de Origem não Comprovada";

xi) que, para maior compreensão, foram elaboradas três planilhas, anexas ao Termo de Verificação e Constatação Fiscal, demonstrando os cálculos realizados e juntadas às fls.96/98.

DOS AUTOS DE INFRAÇÃO LAVRADOS

Os autos de infração relativos ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, foram lavrados em 26/04/2010, formalizado e protocolizado o processo administrativo pertinente e estão juntados às fls. 99/134.

A ciência da contribuinte fez-se em 26/04/2010, por procurador devidamente habilitado, conforme instrumento de fls. 03.

Consta existência de arrolamento de bens (Processo Administrativo nº 10932.000.138/2010-21).

DA IMPUGNAÇÃO

Ciente da conclusão do procedimento fiscal e da lavratura dos autos de infração, a contribuinte, em 24/05/2010, mediante procurador constituído, apresentou a Impugnação de fls. 138/164, juntando, ainda, documento de fls. 165.

Na peça impugnatória a defesa faz, inicialmente, um resumo dos fatos que entendeu ocorridos durante o curso da ação fiscal, já enveredando pelos trilhos que adotaria ao longo de sua peça impugnatória.

Em preliminares, sustenta:

1) NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO

Para embasar sua tese, alega ter sido "extrapolado o prazo máximo para a conclusão dos trabalhos", posto que "a fiscalização foi iniciada no dia 15 de maio de 2009, através do MPF, sendo que o Sr. fiscal concluiu suas atividades em 26 de abril de 2010, conforme termo de encerramento das atividades fiscalizatórias".

Ainda segundo a defesa, "passaram-se 11 meses sem que o MPF fosse prorrogado e o contribuinte tivesse ciência formal de sua prorrogação".

Diz que o contribuinte deve ter ciência por escrito do ato administrativo prorrogando a fiscalização por tempo igual a 60 dias. "Como não foi cumprida a tal determinação não pode prosperar este auto de infração".

Cita atos legais e normativos e colaciona jurisprudência.

2) NÃO APLICAÇÃO DE TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO ÀS EPP

Diz a defesa haver necessidade de tratamento diferenciado e indispensável às EPP, por força dos artigos 170 e 179 da Constituição.

Assim, entende que a fiscalização deve ser feita em forma de "dupla visita nas fiscalizações trabalhistas e previdenciárias", ou seja, "procede a uma visita inicial, constata o erro e dá certo prazo para que o contribuinte regularize a situação. A partir daí é que a empresa, se não atendeu a solicitação de regularização, deve ser autuada".

Que a Lei nº 9.841/99 define que as fiscalizações previdenciária e trabalhista prestarão, prioritariamente, orientação à microempresa e à empresa de pequeno porte (artigo 12).

E conclui "primeiro a orientação e depois a lavratura do auto de infração, motivo pelo qual requer a nulidade do presente auto de infração" (fls. 151).

No mérito, assevera:

1) A EMPRESA NÃO É OPTANTE PELO SIMPLES

Diz a defendente que "quando da constituição da empresa, a mesma foi enquadrada como Empresa de Pequeno Porte — EPP. Em momento algum o contribuinte optou pela inscrição no SIMPLES".

*Expôs que **NUNCA FEZ A OPÇÃO** pelo SIMPLES e que a Receita Federal não poderia enquadrar, de ofício, a empresa nesta sistemática, pois se trata de ato de vontade formal do contribuinte.*

Que uma coisa é ser "participante de EPP" para obter tratamento trabalhista e previdenciário diferenciado; outra situação é optar pelo SIMPLES, na forma da IN SRF nº 355/2003.

Argumenta que "o Sr. Fiscal ao enquadrar a empresa, de ofício, no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, sem o consentimento deste, infringiu o Princípio da Legalidade".

Que, "ato administrativo sem previsão legal é ilegal e não tem o condão de criar tributação e sim regulamentar lei. Portanto, está eivado do vício da ilegalidade, não podendo prosperar em sua totalidade o auto de infração. Assim, vem requerer a total improcedência do auto de infração".

2) FUNDAMENTAÇÃO LEGAL EQUIVOCADA

Alega a impugnante que o tratamento tributário da contribuinte é o de uma empresa "normal" e que sua tributação deve ser pelo Lucro Real, Presumido ou Arbitrado e que a empresa registrada como EPP tem privilégios como o da "dupla visita", concessão de empréstimos bancários, etc, sendo seu regime de tributação normal, por sua própria opção.

Diz estranhar a fundamentação legal adotada e que teve como base a legislação do SIMPLES (Lei nº 9.317/96), que ela (fundamentação legal) é que dá o condão à fiscalização de lançar o crédito tributário, devendo existir nexo causal entre a presunção de receita (depósito bancário) e a lei, a qual prevê a cobrança tributária.

Afirma que o depósito bancário em si não tem relevância alguma se não houver lei que determine a obrigação do pagamento do tributo, o fato gerador, a base de cálculo.

Menciona que o auto de infração lavrado é confuso, ofendendo ao artigo 10, incisos III e IV do Decreto-lei (sic) nº 70.235/72 (que transcreve), dificultando o exercício da defesa.

Apresenta jurisprudência do CARF para sustentar sua tese de que a errônea fundamentação legal leva a vício insanável, impondo o cancelamento dos autos de infração.

3) FATO GERADOR DA CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL É A FOLHA DE PAGAMENTO E NÃO FATURAMENTO

Pontifica estar "completamente equivocado o Sr. Fiscal que efetuou o cálculo da Contribuição para a Seguridade Social com base no faturamento da empresa".

Que, o 'fato gerador para a cobrança da Contribuição para a Seguridade Social é a existência de funcionários e a base de cálculo é a folha de pagamento dos funcionários e pró-labore da direção, dentre outros, conforme determina o artigo 22 da Lei 8.212/91" (transcreve o indigitado artigo).

Diz, ainda: "se no auto de infração não foi apurado o fato gerador nem a base de cálculo da Contribuição para a Seguridade Social, simplesmente não é devida", e que o Sr. Fiscal "quer cobrar o tributo sobre o faturamento, quando deve calcular com base na folha de pagamento dos funcionários".

Prossegue dissertando sobre os conceitos de fato gerador, concluindo (para o caso concreto):

- fato gerador: existência de funcionário = remuneração paga via folha;

- base de cálculo: 20% + 3% sobre o fato gerador (folha de pagamento);

- base legal: art. 22 da Lei 8.212/91.

Assim, diz a defesa, "no auto de infração não está descrito nenhum dos três elementos acima citados (fato gerador + base de cálculo + base legal), portanto a exigência relativa à Contribuição p/ a Seguridade Social é indevida, motivo pelo qual vem requerer a improcedência do lançamento relativo ao tributo em tela no valor de R\$ 715.010,90".

Por fim, contesta a existência das irregularidades apontadas, reafirma todos os tópicos da peça impugnatória e requer o acolhimento das argumentações de forma a se decidir pela improcedência da autuação, declarando a nulidade dos Autos de Infração e subsequente cancelamento dos mesmos.

DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU

A decisão recorrida (fls. 176 a 189) negou provimento à impugnação nos seguintes termos de sua ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

Documento assinado digitalmente conforme a Lei nº 11.343-2006 e a Lei nº 12.403-2001

Autenticado digitalmente em 30/03/2012 por MILANNE DA SILVA ALVES NUNES, Assinado digitalmente em 30/07/2012 por GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MEND, Assinado digitalmente em 31/07/2012 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS

Impresso em 01/08/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Nulidade. Inexistência.

Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais, inclusive com a prorrogação oportuna do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) e não havendo prova de violação das disposições contidas no art. 142 do CTN e artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, não há que se falar em qualquer nulidade.

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2006

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Regime Tributário.

As Leis nos 9.317/96 e 9.841/99, embora se refiram às microempresas e empresas de pequeno porte, têm objetivos diferentes. Enquanto a primeira cuida do regime de tributação das empresas que se enquadrem nas condições nela previstas, a segunda propõe-se a facilitar a constituição e o funcionamento das microempresas e das empresas de pequeno porte, de modo a assegurar o fortalecimento de sua participação no processo de desenvolvimento econômico e social.

Confirmada a opção da contribuinte pela sistemática do SIMPLES (Lei 9.0317/96), submete-se a empresa às normas tributárias previstas no referido diploma legal, inclusive a escrituração dos livros obrigatórios.

Assunto: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2006

COFINS. Fato Gerador. Base de Cálculo.

A COFINS, criada pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, tem como finalidade, na forma da letra "b", do inciso I, do artigo 195, da Constituição Federal, financiar a seguridade social. Seu fato gerador e base de cálculo estão definidos no artigo 2º, da referida LC nº 70/91, não se confundindo com as normas insertas no artigo 22, da Lei nº 8.212/91.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

Ano-calendário: 2006

Omissão De Receitas. Depósitos Bancários De Origem Não Comprovada.

A Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de receitas com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Arbitramento. Cabimento.

Comprovado que a autuada foi regularmente excluída do regime do SIMPLES, por descumprimento das normas relativas ao referido sistema de tributação e que não apresentou, à fiscalização, os livros de escrituração obrigatórios, correto o procedimento do Fisco em arbitrar seu lucro, na forma do artigo 530, do Regulamento do Imposto de Renda vigente (Decreto nº 3000/99).

Tributação Reflexa. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS

Na medida em que as exigências reflexas têm por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do imposto de renda, a decisão de mérito prolatada naquele constitui prejudgado na decisão dos autos de infração decorrentes.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O sujeito passivo apresentou recurso voluntário, às fls. 198 a 202, mediante aduziu as razões que se seguem.

Incompetência do órgão julgador. Como o auto de infração foi lavrado pela Delegacia da Receita Federal de São Bernardo do Campo, somente o delegado da referida unidade poderia apreciar a impugnação nos termos dos artigos 24 e 25, I, do Decreto nº 70.235/72.

Lançamento é nulo em razão de não se ter aplicado o tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte. No caso, a fiscalização deveria ter sido empreendida na sistemática de dupla visita, sendo a primeira apenas de caráter de orientação.

A presunção legal de omissão de receita com base em depósitos bancários é inconstitucional.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

A alegação de incompetência da unidade julgadora de primeiro grau não tem pertinência. A defesa se pautou em legislação, há muito tempo revogada.

A dicção legal relativamente ao artigo 24, inciso I, do Decreto nº 70.235/72 reproduzida pela defesa é a seguinte:

Art. 25. O julgamento do processo compete:

I - em primeira instância:

a) aos Delegados da Receita Federal, quanto aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda;

Todavia, a alínea foi substituída pela Lei nº 8.748/93. Abaixo, transcrevemos a sua redação atual:

a) aos Delegados da Receita Federal, titulares de Delegacias especializadas nas atividades concernentes a julgamento de processos, quanto aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal

Desse modo, há quase 20 (vinte) anos a competência legal para apreciação das reclamações em primeiro grau do contencioso administrativo fiscal é das Delegacias de Julgamento.

A alegação de que a Fiscalização não atendeu ao tratamento diferenciado dispensado pela Constituição Federal às empresas de pequeno porte, ao não proceder segundo a sistemática da dupla visita, também não procede.

A norma constitucional citada possui caráter programático. Qualquer diferenciação de tratamento dispensado aos pequenos deve se dar nos termos da lei. É a lei que estabelece a diferença de tratamento, seus limites e condições.

Na época dos fatos, não havia previsão legal de dupla visita da fiscalização tributária e, mesmo atualmente, apesar de a Lei Complementar nº 123/06 estabelecer a referida sistemática de fiscalização em seu artigo 55, logo a seguir, o parágrafo 4º estabelece que não será aplicada ao “processo administrativo fiscal relativo a tributos”.

Já com relação à alegação de inconstitucionalidade da presunção legal de omissão de receita com base em depósitos não comprovados, aplica-se a Súmula CARF nº 2, de caráter vinculante para este órgão de julgamento:

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

Processo nº 10932.000134/2010-43
Acórdão n.º **1201-00.612**

S1-C2T1
Fl. 221

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por rejeitar as preliminares suscitadas para, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário por não conhecer as razões de inconstitucionalidade aduzidas.

(assinado digitalmente)

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes - Relator