



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

Processo n° 10935.721712/2011-30
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.512 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de dezembro de 2013
Matéria IRPJ
Recorrente PROGRESSO CONSTRUÇÕES E SERVICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE DE NORMAS. AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIAR.

Os percentuais da multa de ofício, exigíveis em lançamento de ofício, são determinados expressamente em lei, não dispondo as autoridades administrativas de competência para apreciar a constitucionalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

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.

SIGILO BANCÁRIO. ACESSO A DADOS BANCÁRIOS. DISPENSA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

Descabe alegar quebra de sigilo bancário sob o argumento de ausência de autorização judicial, eis que a legislação tributária autoriza o fisco ao acesso direto aos dados bancários junto às instituições financeiras.

VIOLAÇÃO DO SIGILO FISCAL. USO DE DADOS DE DIRF. DEVER DE PRESTAR INFORMAÇÕES.

Descabe alegar violação do sigilo fiscal pelo uso de dados informados em DIRFs, pelas fontes pagadoras, eis que a legislação tributária permite ao fisco obter informações de interesse fiscal junto a qualquer pessoa física e jurídica, excetuando apenas aquelas que devam guardar segredo, em razão de profissão, o que justifica a obrigação de informação de valores de retenção, pelas fontes pagadoras.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

EXCLUSÃO DA CSLL DA APURAÇÃO DO LUCRO REAL E DE SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. INADMISSIBILIDADE.

Por expressa vedação legal, é indevida a exclusão da CSLL da apuração do lucro real e de sua própria base de cálculo, não dispondo as autoridades administrativas de competência para apreciar a legalidade ou a constitucionalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico.

LUCRO PRESUMIDO. OMISSÃO DE RECEITAS. NOTA FISCAL NÃO ESCRITURADA

É legítimo o lançamento com base em valor contido em nota fiscal, não escriturada, com respectivo faturamento confirmado pelo tomador do serviço.

LUCRO PRESUMIDO. ALÍQUOTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM GERAL.

Deve o Fisco efetuar o lançamento com base em diferenças de alíquota, quando a empresa qualifica prestação de serviços em geral (32%) como se fossem receitas de construção para empreitada global (8%).

LUCRO PRESUMIDO. DIFERENÇAS ENTRE VALORES ESCRITURADOS E DECLARADOS.

Correto o lançamento com base em diferenças de base de cálculo, entre os valores escriturados e os declarados, sem justificativas pelo contribuinte.

PIS. COFINS. CSLL. DECORRÊNCIA. LANÇAMENTO REFLEXO.

Versando sobre as mesmas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento reflexo alusivo ao PIS, Cofins e CSLL o que restar decidido no lançamento do IRPJ.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/1998, QUE AMPLIAVA O CONCEITO DE FATURAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE RECEITAS NÃO COMPREENDIDAS NO CONCEITO DE FATURAMENTO ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PREVIAMENTE À PUBLICAÇÃO DA EC Nº 20/98.

A base de cálculo do PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Inadmissível o conceito ampliado de faturamento contido no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, uma vez que referido dispositivo foi declarado inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2010, 2011

IRRF. DIFERENÇAS ENTRE VALORES ESCRITURADOS E DECLARADOS.

Cabível o lançamento do IRRF, com base em diferenças de base de cálculo, entre os valores escriturados e os declarados, sem justificativas pelo contribuinte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado .

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Carlos Pelá, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

Progresso Construções e Serviços Ltda recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 2ª Turma da DRJ Curitiba/PR, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Trata o processo de autos de infração de IRPJ e reflexos, dos anos calendários 2007 a 2010, bem como de IRRF dos períodos 2010 e 2011. Também foi lavrado processo de representação fiscal para fins penais, sob o número 10935.721713/2011-84, apensado ao presente, conforme termo de fl. 912.

Do auto de infração de IRPJ (fls. 821/832):

exige o recolhimento de R\$ 278.977,30 de imposto e R\$ 209.232,92 de multa de lançamento de ofício, além dos encargos legais. O lançamento resultou de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias da interessada, em que foram apuradas as seguintes infrações, relatadas no Termo de Verificação Fiscal, de fls. 873/883:

Receitas da Atividade – IRPJ sobre receita omitida da construção para empreitada global: nos períodos de 09/2008. Enquadramento legal nos arts. 3º § 1º, 15, § 1º, da Lei nº 9.249, de 26/12/1995; arts. 1º e 25, inciso I e II da Lei nº 9.430, de 27/12/1996; artigos 518 e 528 do RIR/1999. Multa de 75%;

Aplicação indevida de coeficiente de determinação do lucro: nos períodos de 09/2009 e 12/2009. Enquadramento legal nos arts. 3º § 1º, 15, § 1º, da Lei nº 9.249, de 26/12/1995; arts. 1º e 25, inciso I da Lei nº 9.430, de 27/12/1996; artigos 224, 518, 519 e 841 do RIR/1999. Multa de 75%;

Diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado: nos períodos de 06/2007, 09/2007, 03/2008, 06/2008, 12/2008, 03/2009, 06/2009, 09/2009, 12/2009, 03/2010, 06/2010, 09/2010 e 12/2010. Enquadramento legal nos arts. 3º § 1º, 15, § 1º, da Lei nº 9.249, de 26/12/1995; arts. 1º e 25, inciso I da Lei nº 9.430, de 27/12/1996; artigos 224, 518, 519 e 841 do RIR/1999. Multa de 75%;

Do auto de infração de CSLL (fls. 833/842):

Exige o recolhimento de R\$ 59.237,96 de imposto e R\$ 44.428,42 de multa de lançamento de ofício, além dos encargos legais. Foram apuradas as seguintes infrações, relatadas no Termo de Verificação Fiscal, de fls. 873/883:

Falta de recolhimento de CSLL sobre receitas omitidas: no período de 09/2008. Enquadramento legal nos arts. 1º, 2º e §§ da Lei 7.689, de 15 de dezembro de 1988; artigos 20 e 24 da Lei nº 9.249 de 26/12/1995; artigo 22 da Lei nº 10.684 de 30/05/2003; artigo 29 da Lei nº 9.430 de 27/12/1996; e artigo 37 da Lei nº 10.637 de 30/12/2002. Multa de 75%;

Apuração incorreta da CSLL: no período de 09/2009 e 12/2009. Enquadramento legal nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 7.689, de 15 de dezembro de 1988; artigos 20 da Lei nº 9.249 de 26/12/1995; artigo 22 da Lei nº 10.684 de 30/05/2003; artigo 29 da Lei nº 9.430 de 27/12/1996; e artigo 37 da Lei nº 10.637 de 30/12/2002. Multa de 75%;

Diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado: no período de 06/2007, 09/2007, 03/2008, 06/2008, 12/2008, 03/2009, 06/2009, 09/2009, 12/2009, 03/2010, 06/2010, 09/2010 e 12/2010. Enquadramento legal nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 7.689, de 15 de dezembro de 1988; artigos 20 da Lei nº 9.249 de 26/12/1995; artigo 22 da Lei nº 10.684 de 30/05/2003; artigo 29 da Lei nº 9.430 de 27/12/1996; e artigo 37 da Lei nº 10.637 de 30/12/2002. Multa de 75%;

Do auto de infração do PIS (fls. 843/853):

Exige o recolhimento de R\$ 27.696,21 de imposto e R\$ 20.772,08 de multa de lançamento de ofício, além dos encargos legais. Foram apuradas as seguintes infrações, relatadas no Termo de Verificação Fiscal, de fls. 873/883:

PIS – Falta/Insuficiência de recolhimento de PIS: nos períodos de 08/2008, 08/2009, 09/209 e 12/2009. Enquadramento legal nos arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 7, de 07 de setembro de 1970; artigo 8º, inciso I, da Lei nº 9.715, de 25/11/1998; artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998; artigo 24, § 2º, da Lei nº 9.249 de 26/12/1995; artigos 2º, inciso I, alínea "a", 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524 de 17/12/2002. Multa de 75%;

PIS – Diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado: nos períodos de 04/2007, 08/2007, 09/2007, 01/2008, 03/2008 a 12/2008, 01/2009 a 04/2009, 06/2009, 10/2009, 07/2010 e 04/2011. Enquadramento legal nos arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 7, de 07 de setembro de 1970; artigo 8º, inciso I, da Lei nº 9.715, de 25/11/1998; artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998; artigo 24, § 2º, da Lei nº 9.249 de 26/12/1995; artigos 2º, inciso I, alínea "a", 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524 de 17/12/2002. Multa de 75%;

Do auto de infração da Cofins (fls. 854/865):

Exige o recolhimento de R\$ 128.056,57 de imposto e R\$ 96.042,35 de multa de lançamento de ofício, além dos encargos legais. Foram apuradas as seguintes infrações, relatadas no Termo de Verificação Fiscal, de fls. 873/883:

Cofins – Falta/insuficiência de Cofins: nos períodos de 08/2008, 08/2009, 09/209 e 12/2009. Enquadramento legal no artigo 1º da Lei Complementar nº 70 de 30/12/1991, artigos 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718 de 27/11/1998; artigo 24, § 2º, da Lei nº 9.249 de 26/12/1995; artigo 18 da Lei nº 10.684 de 30/05/2003; artigos 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524 de 17/12/2002. Multa de 75%.

Cofins – Diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado: nos períodos de 04/2007, 08/2007, 09/2007, 01/2008, 03/2008 a 12/2008, 01/2009 a 04/2009, 06/2009, 10/2009, 07/2010 e 04/2011. Enquadramento legal no artigo 1º da Lei Complementar nº 70 de 30/12/1991, artigos 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718 de 27/11/1998; artigo 24, § 2º, da Lei nº 9.249 de 26/12/1995; artigo 18 da Lei nº 10.684 de 30/05/2003; artigos 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524 de 17/12/2002. Multa de 75%.

Do auto de infração de IRRF (fls. 866/870):

Exige o recolhimento de R\$ 57.301,99 de imposto, R\$ 42.976,49 de multa de ofício, além de encargos legais. Foram apuradas as seguintes infrações, relatadas no Termo de Verificação Fiscal, de fls. 873/883:

Diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado: nos períodos de 10/2010, 01/2001 a 04/2011. Enquadramento legal no art. 70, inciso I, “d”, da Lei nº 11.196, de 21/11/2005; art. 149 do CTN; artigos 2º, 6º inciso II da IN RFB nº 974, de 27/11/2009; artigos 1º, 2º, 6º inciso II da IN RFB nº 1.110, de 24/12/2010; art. 841 do Decreto 3.000, de 26 de março de 1999 – RIR/99. Multa de 75%;

Das Impugnações apresentadas

Apresentou o contribuinte, tempestivamente, a impugnação de fls. 919/942, acompanhada dos documentos de fls. 943/948, que se resume a seguir:

Quebra do sigilo bancário.

Alega que foi oportunizada pela fiscalização a apresentação dos extratos, todavia a solicitação, de forma genérica e o prazo exíguo oportunizado para apresentação daqueles, resultou tão somente na disposição ao fisco, dos extratos do Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Banco Itaú;

Sobre as demais contas, explica que os bancos quais foram solicitados os extratos, não proporcionaram a tempo a informação, motivo da demora na resposta;

Argumenta que em nenhum outro momento foram solicitados novamente outros documentos relativos a demais contas da empresa, tão somente a intimação fiscal de nº 01, tendo para o cumprimento desta, 20 dias; e que, a intimação acima descrita, fora entregue em data de 10/06/2011, tendo como vencimento do dia 04/07/2011;

Justifica que, ciente da não apresentação de todos os documentos, protocolou em data de 12/07/2011; e que, ao receber a intimação de nº 4, como ainda não dispunha dos documentos necessários e demonstrando boa fê, colaboração e respeito a autoridade fiscalizadora, necessário se fez que se expedisse solicitação de prazo, da qual não obteve resposta.

Esclarece que o pedido de dilação de prazo de entrega de documentos relativamente ao termo de nº 04, também se referiu as demais solicitações, sendo o pedido expresso e de fácil entendimento no segundo parágrafo do documento;

Observa que, não tendo recebido qualquer resposta em relação ao prazo requerido, considerou-se o deferimento deste, qual se tornou inócuo, pois em data de 22/07/2011, tomou-se conhecimento da expedição RMF - Requerimento de Informação Sobre Movimentação Bancária, diretamente ao Banco Bradesco, o que demonstra que o fisco já era conhecedor das informações protegidas pelo sigilo, somente bastava a formalização da obtenção da informação;

Entende que a falta de resposta e ciência da decisão do prazo requerido para apresentação dos documentos, prejudica e expõe de forma dolosa a exposição do sigilo

bancário da empresa pela Delegacia da Receita Federal, e de acordo com conhecimento jurisprudencial, emanado pelo Supremo Tribunal Federal, ante a remissão contida no artigo 58, § 3º, da Lei Maior;

Sobre a possibilidade de quebra de sigilo bancário pela Delegacia da Receita Federal, cita doutrina que entende ser inconstitucional tal possibilidade, com base no direito ao sigilo bancário, mas também há os que defendam a possibilidade da quebra, embasados na jurisprudência, desde que acompanhada de autorização judicial;

Cita decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), dando provimento a um Recurso Extraordinário (RE 389808) em que se questiona o acesso da Receita Federal a informações fiscais da empresa, sem fundamentação e sem autorização judicial. Por cinco votos a quatro, os ministros entenderam que não pode haver acesso a esses dados sem ordem do Poder Judiciário;

Quebra do sigilo fiscal

Menciona que, às fls 661 e seguintes do processo administrativo, encontram-se juntadas o "DOSSIÊ INTEGRADO", quais dão conta às operações financeiras das empresas contratantes em relação a empresa fiscalizada;

Sustenta que toda empresa ou cidadão tem o direito à sua privacidade garantida constitucionalmente, e somente o Poder Judiciário tem o poder de permitir a quebra do sigilo por parte do Fisco, sob pena de menosprezar a função jurisdicional específica cometida ao Poder Judiciário. Com relação a esta necessidade de proteção à privacidade humana, não podemos deixar de considerar o acesso a informação fiscal, mesmo por parte do agente público, pois é correto afirmar que a quebra sigilo fiscal do contribuinte, não pode ser utilizada como instrumento de busca generalizada, sem indícios concretos, para investigar a situação financeira da empresa;

Cita o art. 3º da RFB nº 11.371 de dezembro de 2007, que dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos administrados pela Receita Federal do Brasil;

Conclui que a solicitação da relação de pagamentos declarados em DIRF's pelos clientes/tomadores de serviços da empresa fiscalizada e juntados ao Processo Administrativo pela Delegacia da Receita Federal e que serviram de principal elemento para a lavratura do Auto de Infração trata-se de uma DILIGÊNCIA. Por este fato, irregular o modo de obtenção do documento assim como seu uso para arbitrar a receita, sendo que o procedimento correto para obtenção deste é a expedição de MPF-D - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - DILIGÊNCIA, devidamente assinado pelo Delegado da Receita Federal do Brasil;

Improcedência pela não exclusão do valor da CSLL da base de cálculo do IRPJ

Explica que é pessoa jurídica sujeita à tributação pelo lucro presumido, e veio, sempre, seguindo a legislação em vigor, procedendo aos ajustes necessários (adições e exclusões) à correta apuração da base de cálculo do imposto de renda; e que, até o dia 31.12.96, procede-se a dedução do valor correspondente à Contribuição Social sobre o lucro, da sua própria base de cálculo e também da do imposto de renda;

Menciona que, no entanto, à partir de 01 de janeiro de 1997, tal prática não mais foi possível, em virtude das disposições da Lei 9.316 de 22 de novembro de 1.996, que alterando a legislação do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro, vem (de forma absolutamente contrária aos preceitos constitucionais) ocasionando grave incremento à carga tributária que pesa sobre a impugnante;

Conclui que passa a ser indedutível a Contribuição Social sobre o Lucro, prevista constitucionalmente no inciso I do artigo 195, e instituída pelo artigo 2º da Lei 7.689/88, tanto da sua própria base de cálculo, como da base de cálculo do importo de renda, e que tal fato reflete diretamente na diferença do IRPJ exigida através do presente auto de infração;

Assevera que, embora não exista em nosso sistema tributário, qualquer dispositivo que de forma expressa vede a indedutibilidade da Contribuição Social sobre o lucro da sua própria base de cálculo, é absurdo pensar na possibilidade de tal inclusão, posto que, flagrante a alteração promovida no conceito de lucro;

Contesta a impossibilidade de se proceder a dedução da referida Contribuição, da sua própria base de cálculo, e também da base de cálculo do Imposto de Renda, que agride até mesmo os mais elementares princípios constitucionais tributários, e de forma expressa, afronta o artigo 43 do Código Tributário Nacional e também os artigos 146, inciso III, alínea "a" e 145, § 1o, ambos da Constituição Federal, razão pela qual o presente auto de infração, que exige o recolhimento de IRPJ deve ser julgado totalmente improcedente;

Multa confiscatória.

Insurge-se contra a multa aplicada pelo auto de infração, que se apresenta em montante incompatível com os dispositivos legais e constitucionais pertinentes, sendo absolutamente inconstitucional, razão pela qual deve ser extirpada da presente medida fiscal;

Alega que a multa viola o art. 150, IV da CF/88, bem como o princípio da razoabilidade, previsto no art. 2º da Lei nº 9.874/99;

Cita doutrina e jurisprudência;

Aduz que a imposição de sanções não deve ser tomada de maneira deliberativa pelo fisco, como a concretização do poder de coagir/punir do Estado. O que de fato deve ocorrer é a ciência de que a sanção visa a preservação da ordem, a tranqüilidade da sociedade, a reparação do dano e, em especial, quanto ao poder público, coagir o contribuinte, de maneira regulamentada, a trazer sua participação para que as normatizações e obrigações sejam satisfeitas;

Defende que as sanções corretivas constituem penalidades apenas incidentes sobre infrações formais, onde não tenha havido falta de recolhimento do tributo ou flagrante sonegação fiscal, o que não é o caso, haja vista a espontaneidade na declaração dos valores devidos pela empresa;

Ao final, requer a exclusão da multa ao percentual de 75%, permanecendo o entendimento do Poder Judiciário, qual seja, tão somente a aplicação de multa de 20% sobre os valores originários;

Taxa Selic

Entende que a taxa SELIC não se presta à utilização como equivalente aos juros moratórios incidentes sobre os débitos de natureza fiscal, seja por que carente de legislação que a institua (contrariando assim o disposto no artigo 161, § 1º do CTN) ou ainda, porque sua natureza é de juros remuneratórios e não moratórios, contrariando uma vez mais o dispositivo da Lei Complementar (CTN), norma de hierarquia superior à que traz a taxa SELIC como aplicável aos débitos de natureza fiscal (Lei Ordinária - lei 9.065/95);

Faz um histórico demonstrando a inexistência de legislação definidora da taxa Selic;

Conclui que não há uma correta definição do SELIC e nem tão pouco traz a lei os critérios para que se chegue à correta fixação do seu percentual. Podendo, em última análise, variar ao "sabor do credor", o que vem sendo inadmitido pelo STJ;

Cita o CTN, Lei Complementar que dispõe que a taxa de juros moratórios será de um por cento ao mês, se a lei não dispuser de forma diversa. Pois bem, a norma do art. 161, § 1º do CTN, em tudo coadunava com a do Texto Constitucional. Não há legislação que, pelo menos de forma direta, regulamente a questão da SELIC; no entanto, na remota possibilidade de aceitar-se a lei nº 9.065, em seu artigo 13, como a forma supletiva da regulamentação, ainda assim, temos que o texto Constitucional estatui que somente Lei Complementar deverá dispor sobre a regulamentação do sistema financeiro e, dentre estas funções, está a de dispor acerca das taxas de juros. Pois bem, a Lei nº 9.065/95 é lei ordinária, portanto, novamente não se enquadrando, pelo menos formalmente, nas exigências da Carta Magna;

Discorre sobre a aplicação de taxa remuneratória como juros moratórios;

Foram apresentadas impugnações separadas para a CSLL (fls. 949/972), com o seguinte arrazoado, naquilo que difere em relação à impugnação contra o IRPJ:

Majoração da base de cálculo da CSLL de 12% para 32% para prestadores de serviço – Lucro Presumido

Afirma que a Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, resultado da conversão em Lei da Medida Provisória nº 107, de 10 de fevereiro de 2003, além de ter instituído o PAES (Parcelamento Especial de Débitos ou "Novo Refis"), promoveu também o aumento da carga tributária para as empresas prestadoras de serviços que optam pela apuração do imposto de renda pelo regime de lucro presumido, vez que majorou a base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido para estes contribuintes de 12% para 32% da sua receita bruta;

Explica que a antiga redação do art. 20 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, antes das alterações trazidas pela Lei nº 10.684/03, determinava, indiscriminadamente, para todas as empresas submetidas ao regime de apuração do IR pelo lucro presumido, que a base de cálculo da CSLL correspondia a 12% da receita bruta da pessoa jurídica;

Prossegue argumentando que, considerando o universo dos contribuintes desobrigados a escrituração contábil, dentre eles os que optaram pela apuração do Imposto de Renda pelo lucro presumido, este artigo, em sua redação antiga, não fazia nenhuma distinção,

adotando uma base de cálculo única para a CSLL: doze por cento da receita bruta; e que, de outra sorte, o art. 22 da Lei nº 10.684/03 alterou a redação do art. 20 da Lei 9.249/95;

Acrescenta que, com a mudança, a Lei passou a diferenciar os contribuintes, criando bases de cálculo distintas entre os desobrigados a escrituração contábil. Como regra geral, manteve a base de cálculo de 12% (doze por cento) da receita bruta, mas, praticamente a triplicou, fixando-a então em 32% (trinta e dois por cento) da receita bruta para os contribuintes que reúnem, simultaneamente estas duas características: i) desnecessidade de escrituração contábil que engloba, em especial, aqueles que optaram pela apuração do IR pelo lucro presumido; e, ii) enquadram-se dentre as pessoas jurídicas que exercem as atividades a que se refere o art. 15, § I o, inciso III, da Lei 9.249/952;

Conclui que praticamente todos os serviços, exceto os hospitalares, ou estão expressamente descritos ou encaixam-se na previsão de "serviços em geral"; e que, por tais razões, impugna-se também o presente auto de infração;

Foram apresentadas impugnações separadas para o PIS (fls. 979/1002), com o seguinte arrazoado, naquilo que difere em relação às impugnações anteriores:

Inconstitucionalidades das modificações de base de cálculo pela Lei 9.718/98

Ressalta que, até a edição da Emenda Constitucional 20/98, não havia autorização constitucional para a incidência de contribuições sobre receitas (principalmente sobre a totalidade de receitas, como dispôs a Lei 9.718/98);

Sustenta que uma coisa é o "faturamento", tal e qual previa a LC 07/70, outra é a "totalidade das receitas" (como prevê a Lei 9.718/98). A LC 07/70, fixava como base de cálculo do PIS o faturamento mensal da empresa. O faturamento, de acordo com a Legislação do Imposto de Renda e com o artigo 3º da Lei 9.715/98 compreende a receita oriunda da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia. Assim, quaisquer outras receitas ficam excluídas da incidência da contribuição;

Conclui que tudo aquilo que não é decorrente da receita bruta de venda de mercadorias ou de serviços de qualquer natureza, não é faturamento. Conseqüentemente, sobre tais valores não poderiam ser exigidas contribuições (pelo menos não com base no art. 195,1 - redação original). A Lei 9.718/98 conceitua como faturamento a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas (art. 3o). Ora, ao tentar fazer incidir a contribuição sobre a totalidade das receitas, mesmo com as exclusões de que trata o §2º do art. 3º, acabou por alargar o conceito de faturamento para receitas que extrapolam aquelas decorrentes da venda de mercadorias e serviços. Acabou por fazer incidir a contribuição, exemplificativamente, sobre as variações monetárias ativas (variações cambiais, atualização de contratos ativos, etc.) e sobre as receitas financeiras (aplicações financeiras, juros recebidos em mútuos, descontos recebidos de clientes por antecipação de pagamento, etc).

Descreve que, ainda que pouco menos de um mês após a publicação da Lei 9.718/98 tenha sido editada a EC 20/98, não há como se admitir o fenômeno da recepção. Este, com o devido respeito, pressupõe que a norma a ser recepcionada pelo Texto Constitucional

novo esteja de acordo com o Texto anterior, o que, como demonstrado, definitivamente não é o caso;

Explica que, como o art. 195, I da Constituição Federal de 1988, previa, em seu texto original, que a Contribuição Social devida pelo empregador incidiria somente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro, não se referindo à totalidade das receitas, conclui-se que a norma esculpida no §1º do art. 3º da Lei 9.718/98 foi além do que o dispositivo constitucional permitia. Evidente, portanto, a inconstitucionalidade da Lei 9.718/98, no que tange à modificação da base de cálculo procedida;

Destaca o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que, em decisão plenária, no julgamento do RE 357.950, que declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, em face do disposto no artigo 195, I, da Carta Magna, com redação anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 11 de dezembro de 1998.;

Sustenta que a exigência no presente auto de infração padece de clara ilegalidade e inconstitucionalidade, de acordo com o pacífico posicionamento dos tribunais superiores, motivo pelo qual merece ser afastada;

Foram apresentadas impugnações separadas para a Cofins (fls. 1008/1034), em teor idêntico ao do PIS.

Foram apresentadas impugnações separadas para o IRRF (fls. 1041/1061), em teor idêntico aos anteriores.

Da Decisão de Primeira Instância

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 06-36.499 (fls. 1.069-1.091) de 19/04/2012, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento. A decisão foi assim ementada.

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE. PERCENTUAL. LEGALIDADE. Os percentuais da multa de ofício, exigíveis em lançamento de ofício, são determinados expressamente em lei, não dispondo as autoridades administrativas de competência para apreciar a constitucionalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. A utilização da taxa Selic como juros moratórios decorre de expressa disposição legal.

SIGILO BANCÁRIO. ACESSO A DADOS BANCÁRIOS. DISPENSA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. Descabe alegar quebra de sigilo bancário, sob alegação de ausência de autorização judicial, eis que a legislação tributária autoriza ao fisco o acesso direto aos dados bancários junto às instituições financeiras.

VIOLAÇÃO DO SIGILO FISCAL. USO DE DADOS DE DIRF. DEVER DE PRESTAR INFORMAÇÕES. Descabe alegar violação do sigilo fiscal pelo uso de dados informados em DIRFs, pelas fontes pagadoras, eis que a legislação tributária permite ao fisco obter informações de interesse fiscal junto a qualquer pessoa física e jurídica, excetuando apenas aquelas que devam guardar segredo, em razão de profissão, o que justifica a obrigação de informação de valores de retenção, pelas fontes pagadoras.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

EXCLUSÃO DA CSLL DA APURAÇÃO DO LUCRO REAL E DE SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. INADMISSIBILIDADE. Por expressa vedação legal, é indevida a exclusão da CSLL da apuração do lucro real e de sua própria base de cálculo, não dispondo as autoridades administrativas de competência para apreciar a legalidade ou a constitucionalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico.

LUCRO PRESUMIDO. OMISSÃO DE RECEITAS. NOTA FISCAL NÃO ESCRITURADA. Correto o lançamento com base em valor contido em nota fiscal, não escriturada, com respectivo faturamento confirmado pelo tomador do serviço.

LUCRO PRESUMIDO. ALÍQUOTA INCORRETA. Correto o lançamento baseado em diferenças de alíquota, quando a empresa qualifica prestação de serviços em geral (32%) como se fossem receitas de construção para empreitada global (8%).

LUCRO PRESUMIDO. DIFERENÇAS ENTRE VALORES ESCRITURADOS E DECLARADOS. Correto o lançamento com base em diferenças de base de cálculo, entre os valores escriturados e os declarados, sem justificativas pelo contribuinte.

PIS. COFINS. CSLL. DECORRÊNCIA. LANÇAMENTO REFLEXO. Versando sobre as mesmas ocorrências fáticas, aplica-se ao lançamento reflexo alusivo ao PIS, Cofins e CSLL o que restar decidido no lançamento do IRPJ.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011

BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.718/98 PELO STF. CONTROLE DIFUSO. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO. Correto lançamento de PIS e da Cofins com base na Lei 9.718/98, objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo STF na via incidental, eis que referido recurso extraordinário é desprovido de efeito erga omnes, em face da inexistência de Resolução do Senado Federal visando a suspender a execução da indigitada lei.

Processo nº 10935.721712/2011-30
Acórdão n.º 1402-001.512

S1-C4T2
Fl. 1.323

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 2010, 2011

IRRF. DIFERENÇAS ENTRE VALORES ESCRITURADOS E DECLARADOS. Correto o lançamento do IRRF, com base em diferenças de base de cálculo, entre os valores escriturados e os declarados, sem justificativas pelo contribuinte.”

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 27/04/2012 (A.R. de fl. 1.098) a interessada interpôs recursos voluntários em 25/05/2012 (fls. 1.099-1.136, 1.141-1.178, 1.183-1.220, 1.225-1.266, 1.271-1.305) onde repisa os argumentos apresentados em sua impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Da preliminar de quebra do sigilo bancário.

Alega a Recorrente que seria inconstitucional a quebra do seu sigilo bancário pela Delegacia da Receita Federal, por meio do Requerimento de Informação Sobre Movimentação Bancária (RMF) dirigido ao Banco Bradesco S/A.

Cita decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), dando provimento ao Recurso Extraordinário nº 389808 em que se questiona o acesso da Receita Federal a informações fiscais da empresa, sem fundamentação e sem autorização judicial.

Pede a nulidade do lançamento.

Importante ressaltar, inicialmente, que nenhuma infração apurada pela autoridade fiscal foi feita com base em documentos bancários, conforme se verá na apreciação do mérito.

Ainda assim, entendo não haver nulidade ocasionadas pelo procedimento de obtenção de dados bancários da Recorrente.

Isso porque, no âmbito do processo administrativo fiscal, as hipóteses de nulidade são taxativamente previstas nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

“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.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (Grifou-se).

Nesses termos, o cerceamento do direito de defesa somente pode ser cogitado em face de despachos e decisões. Sendo o auto de infração um ato administrativo, a declaração de nulidade somente pode ser suscitada em caso de lavratura por pessoa incompetente. Possíveis irregularidades, incorreções e omissões cometidas no auto de infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Especificamente quanto às alegações de quebra de sigilo bancário, entendo que o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, abaixo transcrito, condiciona o acesso do Fisco aos dados bancários somente à existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e que tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Por fim, quanto à alegação de inconstitucionalidade da base legal para a quebra do sigilo bancário, ressalto que essa instância administrativa não é o foro adequado para discussões a respeito de ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis legitimamente inseridas no ordenamento jurídico pátrio, por absoluta falta de competência das autoridades administrativas a essa função.

Nesse sentido, o caput do artigo 62 do Anexo II do Regimento Interno do do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria nº 256/2009, veda “[...] aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”.

As exceções estão elencadas no parágrafo único do referenciado artigo, dentre as quais se destaca a que trata a hipótese objeto de seu inciso I, qual seja, afastar preceito “que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal”, o que não se coaduna com a espécie trazida pela defesa em seu recurso.

Entendo, portanto, não haver necessidade de autorização judicial para que os bancos enviem as informações quando requisitadas pelo fisco.

Da preliminar de quebra do sigilo fiscal

Ainda em sede preliminar, argumenta a defesa irregularidades na quebra do sigilo fiscal. Menciona que às fls 661 e seguintes encontra-se juntado o "DOSSIÊ INTEGRADO" que dá conta às operações financeiras das empresas contratantes em relação a empresa fiscalizada.

Sustenta que toda empresa ou cidadão tem o direito à sua privacidade garantida constitucionalmente e somente o Poder Judiciário tem o poder de permitir a quebra do sigilo por parte do Fisco, sob pena de menosprezar a função jurisdicional específica cometida ao Poder Judiciário.

Com relação a esta necessidade de proteção à privacidade humana, não podemos deixar de considerar o acesso a informação fiscal, mesmo por parte do agente público, pois é correto afirmar que a quebra sigilo fiscal do contribuinte, não pode ser utilizada como instrumento de busca generalizada, sem indícios concretos, para investigar a situação financeira da empresa.

Cita o art. 3º da IN RFB nº 11.371 de dezembro de 2007, que dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos administrados pela Receita Federal do Brasil.

Conclui que a solicitação da relação de pagamentos declarados em DIRF's pelos clientes/tomadores de serviços da empresa fiscalizada e juntados ao Processo Administrativo pela Delegacia da Receita Federal e que serviram de principal elemento para a lavratura do Auto de Infração trata-se de uma DILIGÊNCIA.

Por este fato, irregular o modo de obtenção do documento assim como seu uso para arbitrar a receita, sendo que o procedimento correto para obtenção deste é a expedição de MPF-D - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - DILIGÊNCIA, devidamente assinado pelo Delegado da Receita Federal do Brasil.

Também aqui entendo insubsistentes os argumentos trazidos pela Recorrente.

O Fisco utilizou-se de dados das fontes pagadoras, informados em DIRFs, anexadas às fls. 661/677, para apurar divergências na base de cálculo de tributos declarados pelo contribuinte. Tratam-se de informações que se encontram à disposição da RFB, não configuram violação ao sigilo fiscal.

A discussão nesse ponto insere-se no tema do poder de polícia da Administração Tributária. Nesse sentido, o CTN, em seu art. 197, autoriza o Fisco a intimar qualquer entidade para a obtenção de informações de interesse fiscal, ressalvando apenas as situações em que o intimado deva observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Disciplinando essa autorização, o legislador autorizou o auditor fiscal, através dos artigos 927 e 928 do RIR/99, a obter informações junto a qualquer pessoa física ou jurídica, sob pena de multa. Confirmam-se os dispositivos citados:

CAPÍTULO II

OBRIGATORIEDADE DE PRESTAR INFORMAÇÕES

Seção I

Prestação de Informações à Secretaria da Receita Federal

Subseção I

Disposições Gerais

Art. 927. Todas as pessoas físicas ou jurídicas, contribuintes ou não, são obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos exigidos pelos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional no exercício de suas funções, sendo as declarações

tomadas por termo e assinadas pelo declarante (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º).

Art. 928. Nenhuma pessoa física ou jurídica, contribuinte ou não, poderá eximir-se de fornecer, nos prazos marcados, as informações ou esclarecimentos solicitados pelos órgãos da Secretaria da Receita Federal (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 123, Decreto-Lei nº 1.718, de 27 de novembro de 1979, art. 2º, e Lei nº 5.172, de 1966, art. 197).

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, também, aos Tabeliães e Oficiais de Registro, às empresas corretoras, ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, às Juntas Comerciais ou repartições e autoridades que as substituírem, às caixas de assistência, às associações e organizações sindicais, às companhias de seguros e às demais pessoas, entidades ou empresas que possam, por qualquer forma, esclarecer situações de interesse para a fiscalização do imposto (Decreto-Lei nº 1.718, de 1979, art. 2º).

§ 2º Se as exigências não forem atendidas, a autoridade fiscal competente cientificará desde logo o infrator da multa que lhe foi imposta (art. 968), fixando novo prazo para o cumprimento da exigência (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 123, § 1º).

§ 3º Se as exigências forem novamente desatendidas, o infrator ficará sujeito à penalidade máxima, além de outras medidas legais (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 123, § 2º).

§ 4º Na hipótese prevista no parágrafo anterior, a autoridade fiscal competente designará funcionário para colher a informação de que necessitar (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 123, § 3º).

§ 5º Em casos especiais, para controle da arrecadação ou revisão de declaração de rendimentos, poderá o órgão competente exigir informações periódicas, em formulário padronizado (Decreto-Lei nº 1.718, de 1979, art. 2º, parágrafo único).

É com base nessa autorização que os contribuintes são obrigados a informar valores de retenção, através de DIRF, que se constitui em obrigação acessória e independente de expedição de MPF para sua obtenção.

Rejeito, pois, as preliminares de nulidade do lançamento suscitadas pela Recorrente.

Do mérito

A empresa foi submetida à ação fiscal, com procedimento de verificações preliminares (período 07/2006 a 04/2011), e fiscalização propriamente dita para nos anos calendários 2008 e 2009. Nos períodos analisados, o contribuinte era optante pelo lucro presumido, e atuava no ramo de construção civil por empreitada global, além de prestação de serviços em geral.

A auditoria resultou na identificação de três infrações à legislação do IRPJ: i) omissão de receitas de construção para empreitada global; ii) aplicação indevida de coeficiente de determinação do lucro; iii) diferença entre o valor escriturado e o declarado.

Propugna a Recorrente pela total improcedência dos lançamentos. Passo à análise de cada uma das infrações e argumentações de defesa.

Da omissão de receitas de construção para empreitada global

A infração foi detectada pontualmente, e se refere à nota fiscal de nº 547, emitida em 29/08/2008 contra a Prefeitura Municipal de Quedas do Iguaçu, conforme fl. 678.

Apurou o Fisco que o tomador do serviço confirmou a transação, tendo inclusive quitado a fatura, conforme fls. 679/682. Como tal receita não foi escriturada pela empresa, entendo correta a autuação de omissão de receitas pela Fiscalização.

Da aplicação indevida de coeficiente de determinação do lucro presumido.

A infração refere-se ao terceiro e quarto trimestres de 2009 e decorre do levantamento incorreto do lucro presumido, composto de receitas de prestação de serviços em geral (alíquota de 32%) como se fossem receitas de construção civil por empreitada global (alíquota de 8%), conforme tabela abaixo:

ITEM	DECLARADO PELO CONTRIBUINTE	APURADO PELA FISCALIZAÇÃO
Construção civil por empreitada global	R\$ 2.820.316,57	R\$ 1.732.084,26
Prestação de serviços	R\$ 663.594,97	R\$ 1.754.227,07
TOTAL	R\$ 3.483.911,54	R\$ 3.486.311,33

O levantamento foi feito mediante análise de todas as notas fiscais emitidas pela empresa no período, conforme Anexo IV (fls. 895/899).

Constatada a irregularidade, o Contribuinte foi intimado a prestar esclarecimentos, pelo Termo de Intimação Fiscal de fls. 463/485. Como não houve resposta, procedeu o Fisco à autuação correspondente às diferenças de alíquotas.

Em sua defesa a Recorrente sequer contesta o trabalho feito pela fiscalização, o que leva à conclusão de que havia classificado boa parte de suas receitas de forma equivocada, apurando IRPJ a menor, mediante uso de percentual mais reduzido para a obtenção do lucro presumido (8% ao invés de 32%). Também nesse ponto entendo correta a autuação.

Da diferença entre o valor escriturado e o declarado

A infração foi apurada mediante comparação entre os valores escriturados e os declarados, ao longo dos períodos 2007 a 2011. Tendo o Fisco identificado divergências, o

Contribuinte foi intimado a justificá-la, pelo Termo de Intimação de fls. 378/403. Em resposta, fls. 422, respondeu que “os valores apresentados na planilha constante neste item sofrem retenção de acordo com o disposto no art. 30 da Lei 10.833/03, conforme exemplo abaixo demonstrado”. O citado exemplo compõe-se de uma tabela contendo valores retidos, sobre quatro notas fiscais.

A partir dessa resposta, o Auditor Fiscal procedeu aos cálculos dos valores devidos, considerando as retenções informadas pelos tomadores de serviços em suas respectivas DIRFs (fls. 661/677), e chegou aos resultados contidos nas planilhas do Anexo III (fls. 890/894), abaixo resumidos.

TRIBUTO	2007	2008	2009	2010	2011
IRPJ	6.574,75	12.067,87	35.777,74	147.561,48	
CSLL	6.204,15	15.688,50	11.054,06		
PIS	4.032,69	9.777,97	7.345,25	338,26	798,17
COFINS	18.840,15	45.129,12	33.901,17	1.561,19	3.683,84
TOTAL	35.651,74	82.663,46	88.078,22	149.460,93	4.482,01

Em sua defesa, a Recorrente não questiona o procedimento de apuração das bases de cálculo pelo Fisco, apresentando questionamentos pontuais a seguir analisados.

Da dedução da CSLL da base de cálculo do IRPJ

No que se refere ao IRPJ, limitou-se a postular a dedução da CSLL da base de cálculo do IRPJ.

Nesse ponto tenho por descabida a argumentação apresentada. O disposto no art. 1º da Lei nº 9.316, de 22 de novembro de 1996, *in verbis*, é cristalino e oposto ao entendimento da defesa.

Art. 1º O valor da contribuição social sobre o lucro líquido não poderá ser deduzido para efeito de determinação do lucro real, nem de sua própria base de cálculo.

Parágrafo único. Os valores da contribuição social a que se refere este artigo, registrados como custo ou despesa, deverão ser adicionados ao lucro líquido do respectivo período de apuração para efeito de determinação do lucro real e de sua própria base de cálculo.

Quanto às alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade dos dispositivos normativos, cumpre-se esclarecer que a apreciação da ilegalidade ou inconstitucionalidade de normas é de competência privativa do Poder Judiciário.

Nesse sentido a instância administrativa não é foro adequado para discussões a respeito de ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis legitimamente inseridas no ordenamento jurídico pátrio, por absoluta falta de competência das autoridades administrativas a essa função, que é reservada pela Constituição Federal em caráter exclusivo aos juízes e tribunais.

É inócuo, portanto, suscitar tais alegações no âmbito administrativo, pois a autoridade fiscal deve cumprir as determinações legais e normativas de forma plenamente vinculada, não podendo, sob pena de responsabilidade funcional, desrespeitar as normas da legislação tributária, em observância ao art. 142, parágrafo único, do CTN.

Da majoração da base de cálculo da CSLL de 12% para 32% para prestadores de serviço

Quanto ao lançamento da CSLL, argumenta a Recorrente que a Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, resultado da conversão em Lei da Medida Provisória nº 107, de 10 de fevereiro de 2003, além de ter instituído o PAES (Parcelamento Especial de Débitos ou "Novo Refis"), promoveu o aumento da carga tributária para as empresas prestadoras de serviços que optam pela apuração do imposto de renda pelo regime de lucro presumido, vez que majorou a base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido para estes contribuintes de 12% para 32% da sua receita bruta.

Explica que a antiga redação do art. 20 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, antes das alterações trazidas pela Lei nº 10.684/03, determinava, indiscriminadamente, para todas as empresas submetidas ao regime de apuração do IR pelo lucro presumido, que a base de cálculo da CSLL correspondia a 12% da receita bruta da pessoa jurídica.

Prossegue argumentando que, considerando o universo dos contribuintes desobrigados a escrituração contábil, dentre eles os que optaram pela apuração do Imposto de Renda pelo lucro presumido, este artigo, em sua redação antiga, não fazia nenhuma distinção, adotando uma base de cálculo única para a CSLL: doze por cento da receita bruta; e que, de outra sorte, o art. 22 da Lei nº 10.684/03 alterou a redação do art. 20 da Lei 9.249/95.

Acrescenta que, com a mudança, a Lei passou a diferenciar os contribuintes, criando bases de cálculo distintas entre os desobrigados a escrituração contábil. Como regra geral, manteve a base de cálculo de 12% (doze por cento) da receita bruta, mas, praticamente a triplicou, fixando-a então em 32% (trinta e dois por cento) da receita bruta para os contribuintes que reúnem, simultaneamente estas duas características: i) desnecessidade de escrituração contábil que engloba, em especial, aqueles que optaram pela apuração do IR pelo lucro presumido; e, ii) enquadram-se dentre as pessoas jurídicas que exercem as atividades a que se refere o art. 15, § 1º, inciso III, da Lei 9.249/952.

Conclui que praticamente todos os serviços, exceto os hospitalares, ou estão expressamente descritos ou encaixam-se na previsão de "serviços em geral".

Nesse item, a Recorrente limita-se a lamentar sobre a legislação da CSLL. Cabe somente citar os dispositivos, que entendo corretamente aplicados pela fiscalização.

A base de cálculo corresponde a 32% da receita bruta, no caso de prestação de serviço em geral, de acordo com o art. 20 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. A alíquota é de 9%, nos termos do art. 37 da Lei no 10.637, de 30 de dezembro de 2002:

Art. 20. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, devida pelas pessoas jurídicas que efetuarem o pagamento mensal a que se referem os arts. 27 e 29 a 34 da Lei no 8.981, de 20 de janeiro de 1995, e pelas pessoas jurídicas desobrigadas de escrituração contábil, corresponderá a doze por cento da receita bruta, na forma definida na legislação vigente,

auferida em cada mês do ano-calendário, exceto para as pessoas jurídicas que exerçam as atividades a que se refere o inciso III do § 1º do art. 15, cujo percentual corresponderá a trinta e dois por cento.

Art. 37. Relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2003, a alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), instituída pela Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, será de 9% (nove por cento).

Das inconstitucionalidades das modificações de base de cálculo do PIS e da Cofins pela Lei 9.718/98

Quanto ao PIS e a Cofins a Recorrente, em resumo, alega que essas contribuições têm como base de cálculo o faturamento, e que apenas uma nova contribuição, a ser ainda instituída e regulamentada pelo legislador infraconstitucional, poderia ser calculada sobre a receita bruta; e que, se os conceitos de faturamento e receita bruta fossem realmente equivalentes, o legislador constituinte não deveria ter tido o trabalho de editar a Emenda Constitucional n.º 20/98.

Vê-se, nesse caso, que a Recorrente traz aos autos a discussão travada no STF quando do reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Entendeu-se que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento prescrita no art. 195, I, b, da CF, na sua redação original. O aumento da carga tributária daí decorrente foi contestado na justiça, tendo o Poder Judiciário, por diversas vezes, entendido que a amplitude de faturamento referida no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, na redação anterior à Emenda Constitucional – EC nº 20, de 1998, não legitimava a incidência de tais contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas contribuintes, advertindo, ainda, que a superveniente promulgação da EC nº 20, de 1998, publicada no dia 16 de dezembro de 1998, “*não teve o condão de validar a legislação ordinária anterior, que se mostrava originariamente inconstitucional*” (Ag.Reg. RE 546.3273/SP, Rel. Min. Celso Mello).

Assim, entendeu o Poder Judiciário que o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, ao alargar o conceito de faturamento, criara exação nova, assunto que deveria ter sido objeto de lei complementar, por força do disposto no artigo 195, § 4º, c/c artigo 154, inciso I, da Constituição Federal.

Portanto, o alargamento da base de cálculo objeto da Lei nº 9.718, de 27/11/1998 (decorrente da conversão da MP nº 1.724, de 29/10/1998 – antes, ressalte-se, da EC nº 20, de 15/12/1998), estava maculado por vício formal de constitucionalidade.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 390.840/MG, apreciado pelo pleno em 09/11/2005, decidiu no seguinte sentido (relator Ministro Marco Aurélio):

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

Posteriormente, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário no 585.2351/MG, proferido em 10/09/2008 e publicado em 28/11/2008, reconheceu a repercussão geral do tema, conforme ementa do acórdão em tela, que teve a relatoria do Ministro Cezar Peluso:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

Especificamente sobre exame de constitucionalidade de norma, o caput do artigo 62 do Anexo II do Regimento Interno do do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria nº 256/2009, veda “[...] aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”, **admitidas, contudo, as exceções elencadas no parágrafo único do referenciado artigo, dentre as quais a de que trata a hipótese objeto de seu inciso I, qual seja, afastar preceito “que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal”, como na hipótese presente.**

Aliás, segundo o artigo 62A do RICARF (inserido pela Portaria MF nº 586/2010),

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de

Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Além disso, o parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346, de 10/10/1997, dispõe que,

Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei no 9.718/98, o STF entendeu que o PIS e a COFINS somente poderiam incidir sobre as receitas operacionais das empresas, ou seja, aquelas ligadas às suas atividades principais.

Conseqüentemente, não é legítima a exigência da contribuição sobre receitas outras que não as originadas da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, devendo ser excluídos da base de cálculo os montantes decorrentes das rubricas não compreendidas no conceito de faturamento previsto no art. 195, I, "b", na redação originária da Constituição Federal de 1988, previamente à publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Ocorre que a autuação se deu pelo levantamento de receitas exclusivamente da atividade da Autuada, não havendo receitas outras que devam ser excluídas da base de cálculo das contribuições.

Por todo o exposto, entendo descabidas as razões de defesa quanto a esse ponto.

Do IRRF

Na peça recursal contra a exigência de IRRF, a interessada repete os argumentos apresentados nos autos de infração do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

O lançamento do IRRF decorreu também do procedimento de Verificações Preliminares, que consistiu no cotejo entre os valores escriturados e os declarados. Foram apuradas divergências, nos montantes de R\$ 10.063,72 para o ano calendário de 2010, e de R\$ 47.238,27 para 2011, conforme planilhas do Anexo I (fls. 884/885). Os valores referem-se a receitas de código 0561 (IRRF - RENDIMENTO DO TRABALHO ASSALARIADO). O contribuinte foi intimado a justificar as diferenças, pelo Termo de Intimação de fls. 378/403, juntamente com outros questionamentos. Na resposta, às fls. 422/462, a fiscalizada não se manifestou a respeito do IRRF.

Dessa forma, tendo a autuação sido baseada na própria contabilidade da empresa, sem que ela tenha apresentado qualquer justificativa, entendo correta a exigência do IRRF.

Do lançamento da multa de ofício e seu caráter confiscatório.

Ataca a Recorrente a aplicação da multa de 75%.

Esclareço, nesse sentido, que multa de ofício de 75% deve acompanhar os tributos exigidos mediante lançamento de ofício, havendo, para isso, previsão legal disciplinada no art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, a seguir transcrito:

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

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

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

Assim, não pode a Autoridade Fiscal deixar de atentar para o cumprimento das determinações legais e normativas, sob pena de responsabilidade funcional conforme art. 142, parágrafo único, do CTN.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade por confisco, importa compreender, conforme já analisado neste voto, que a apreciação da inconstitucionalidade de normas é de competência privativa do Poder Judiciário.

A instância administrativa não é o foro adequado para discussões a respeito de ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis legitimamente inseridas no ordenamento jurídico pátrio, por absoluta falta de competência das autoridades administrativas a essa função, que é reservada pela Constituição Federal em caráter exclusivo aos juízes e tribunais.

Rejeito, também, o pleito de redução da multa, por falta de previsão legal.

Da taxa Selic

No que tange aos argumentos da Recorrente de que a taxa SELIC seria inaplicável no presente lançamento, cabe observar que a sua utilização está expressamente prevista no artigo 13 da Lei nº 9.065/95, não cabendo à instância julgadora administrativa apreciar a validade da norma.

Ademais, tal matéria já está sumulada neste Conselho (Súmula CARF 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.

Cabível, portanto, a exigência dos juros moratórios calculados com base na taxa SELIC.

Conclusão

Processo nº 10935.721712/2011-30
Acórdão n.º **1402-001.512**

S1-C4T2
Fl. 1.335

À vista do exposto, voto no sentido de afastar as preliminares de nulidade, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário apresentado para manter integralmente as exigências de IRPJ, PIS, Cofins, CSLL e IRRF, com as respectivas multas e juros de mora.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator

CÓPIA