



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

Processo nº 10945.001540/2008-60
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1801-001.895 – 1ª Turma Especial
Sessão de 11 de março de 2014
Matéria Simples
Recorrente CENTRAL AÇO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2004

NULIDADE.

No caso de o enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento não há que se falar em nulidade do ato em litígio.

PRODUÇÃO DE PROVAS. ASPECTO TEMPORAL.

A peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses de defesa e instruída com os todos os documentos em que se fundamentar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais.

DEVER DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELO LANÇAMENTO.

Cabe ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, na atribuição do exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil em caráter privativo, no caso de verificação do ilícito, constituir o crédito tributário, cuja atribuição é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

SIMPLES.OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A pessoa jurídica optante pelo Simples fica sujeita à presunção legal de omissão de receita caracterizada pelos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

A pessoa jurídica fica sujeita à presunção legal de omissão de receita caracterizada pelos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

SIGILO BANCÁRIO.

Havendo previsão legal e procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelo órgão fiscal tributário não constitui quebra do sigilo bancário, mas de mera transferência de dados protegidos às autoridades obrigadas a mantê-los no âmbito do sigilo fiscal.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. DEVER FUNCIONAL.

No caso de a pessoa jurídica optante incorrer em hipótese legal de vedação e não comunicar espontaneamente o fato, há exclusão de ofício mediante emissão do termo pela autoridade competente, sob pena de responsabilidade funcional. Não pode optar pelo Simples a pessoa jurídica que obtenha receita bruta acima do limite legal.

MULTA DE OFÍCIO PROPORCIONAL e MULTA DE OFÍCIO PROPORCIONAL QUALIFICADA.

A multa de ofício proporcional é uma penalidade pecuniária aplicada em razão de inadimplemento de obrigações tributárias apuradas em lançamento direto com a comprovação da conduta culposa.

Aplica-se a Súmula 25 do CARF para afastar a qualificação da multa de ofício quando, no auto de infração, restar consignado a ocorrência de mera incompatibilidade entre os rendimentos escriturados e declarados pelo contribuinte com sua movimentação financeira.

DECADÊNCIA. TERMO INICIAL

Em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo decadencial se rege pela regra do inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional se comprovada a conduta qualificada pelo dolo, pela fraude ou pela simulação.

JUROS DE MORA.

Tem cabimento a incidência de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Selic sobre débitos tributários não pagos nos prazos legais.

DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA.

Somente devem ser observados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para os quais a lei atribua eficácia normativa.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário. Vencidas as Conselheiras Carmen Ferreira Saraiva (relatora) e

Maria de Lourdes Ramirez que mantinham a multa qualificada. Designado o Conselheiro Alexandre Fernandes Limiro para redigir o voto vencedor.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora

(assinado digitalmente)

Alexandre Fernandes Limiro – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Maria de Lourdes Ramirez, Alexandre Fernandes Limiro, Carmen Ferreira Saraiva, Leonardo Mendonça Marques, Luiz Guilherme de Medeiros Ferreira e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

Autos de Infração

I - Contra a Recorrente acima identificada foi lavrado o Auto de Infração às fls. 483-461, com a exigência do crédito tributário no valor de R\$30.025,16, a título de Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), juros de mora, multa de ofício proporcional e multa de ofício proporcional qualificada, apurado no regime tributário do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), referente ao período de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2003, em conformidade com o Termo de Verificação Fiscal, fls 424-470.

O lançamento fundamenta-se nas infrações que se seguem:

Item 1 – Omissão de receitas de depósitos bancários não escriturados, cuja apuração foi efetivada a partir do cotejo entre os valores creditados:

- na conta-corrente nº 10093-3 da agência nº 1373 do Banco do Brasil S/A, fls. 177-190;

- na conta-corrente nº 02348-6 da agência nº 3710 do Banco Itaú S/A, fls. 191-245;

- na conta-corrente nº 739-0 da agência nº 4343-5 do Sicoob S/A, fls. 246-245-297;

- na conta-corrente nº 0673-13-001156-1 da agência nº 0673 do Banco Banespa S/A, fls. 79-86; e

- na conta-corrente nº 4156.003- 273-3 da agência nº 4156 da Caixa Econômica Federal S/A, fls. 87-176.

Em relação a esses valores a Recorrente titular, regularmente intimada, não comprovou a origem dos recursos utilizados nas operações bancárias mediante documentação hábil e idônea coincidente em datas e valores, de acordo com os extratos bancários apresentados pelas instituições financeiras, em atendimento às Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), fls. 09-18 e as informações constantes na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – Simples (DSPJ – Simples), do período de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2003, fls. 386-421.

Item 2 – Insuficiência de recolhimento decorrente da aplicação incorreta da alíquota incidente sobre a receita bruta, conforme dados informados nas Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica – Simples (DSPJ – Simples) do período de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2003, fls. 386-421.

Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, § 2º do art. 2º, alínea “a” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998 e art. 186, art. 188 e art. 199 do Regulamento do Imposto de Renda constante no Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR, de 1999).

Em decorrência de serem os mesmos elementos de provas indispensáveis à comprovação dos fatos ilícitos tributários foram constituídos os seguintes créditos tributários pelos lançamentos formalizados neste processo:

II - O Auto de Infração às fls. 462-500 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$30.025,16 a título de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), juros de mora, multa de ofício proporcional e multa de ofício proporcional qualificada. Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: alínea “b” do art. 3º da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973, bem como o inciso I do art. 2º, art. 3º e art. 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 14 de dezembro de 1995, § 2º do art. 2º, alínea “b” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 1996 e ainda art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

III – O Auto de Infração às fls. 501-509 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$52.300,12 a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), juros de mora, multa de ofício proporcional e multa de ofício proporcional qualificada. Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: art. 1º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, bem como o § 2º do art. 2º, alínea “c” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 1996 e ainda art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

IV – O Auto de Infração às fls. 510-518 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$104.600,40 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), juros de mora, multa de ofício proporcional e multa de ofício proporcional qualificada. Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, § 2º do art. 2º, alínea “d” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 1996 e ainda art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

V - O Auto de Infração às fls. 519-527 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$192.152,17 a título de Contribuição para a Seguridade Social (INSS), juros de

mora, multa de ofício proporcional e multa de ofício proporcional qualificada. Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: § 2º do art. 2º, alínea “f” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 1996 e ainda art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

Exclusão do Simples

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) foi excluída de ofício a partir de 01.01.2004 mediante o Ato Declaratório Executivo DRF/FOZ/PR S/N de 04.06.2008, por auferir receita bruta acima do limite legal de receita bruta no ano-calendário de 2003 (art. 2º e inciso II do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996), fls. 539-543. A Recorrente foi cientificada em 09.06.2008, fl. 544.

Instauração do Litígio

Cientificada em 26.05.2008, fl. 501, a Recorrente apresenta as impugnações em 13.06.2008, fls. 546-980.

Tece esclarecimentos sobre a ação fiscal informando que se dedica à “exploração do ramo de comércio de produtos siderúrgicos, metalúrgicos, sucata de ferro, aço e outros metais, materiais de construção, eletrodomésticos, confecções, gêneros alimentícios, produtos manufaturado, implementos e máquinas agrícolas”.

Em relação à decadência de o Erário proceder ao lançamento de ofício, suscita que:

O próprio auto de infração é bem claro e consigna sem nenhuma dúvida os exercícios em aberto.

Ocorre, entretanto, que já decorreram mais de 05 (cinco) anos do efetivo direito de lançamento de algumas destas parcelas supostamente devidas, restando o suposto crédito tributário fulminado pela decadência.

Isto porque, os agentes fiscais somente em 21/05/2008 lavraram o presente auto de infração, que foi encaminhado ao contribuinte via correios/AR no dia 25/05/2008.

No entanto, de acordo com o Código Tributário Nacional, os agentes fiscais dispunham de cinco anos para efetuar o lançamento do crédito tributário, a contar da ocorrência do fato gerador . [...]

Com base nestas orientações, resta cristalino que não é mais lícito a constituição ou a cobrança de créditos tributários sobre alguns fatos geradores ocorridos nos exercícios objeto deste Auto de Infração porquanto alcançados pela decadência, razão pela qual a presente preliminar deve ser julgada totalmente procedente ra o especial de afastar a cobrança dos períodos decaídos.

Atinente à deficiência de fundamentação, diz que:

No quadro "enquadramento legal" (fls. 441 e 442), os agentes fiscais aplicaram as alíquotas para o IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e INSS sem atentar para a nova redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006, que alterou substancialmente as alíquotas aplicadas pelo auto de infração impugnado. [...]

Levando em conta que o auto de infração fora lavrado posteriormente a entrada em vigor da Lei nº 11.307/2006, deveria, necessariamente, fundamentar-se nas novas alíquotas trazidas pela referida lei.

Assim, não se pode negar, com o máximo respeito, que a deficiência acima apontada prejudicou sobremaneira o direito de defesa do contribuinte, na medida em que não fora lavrado uni auto de infração fundamentado corretamente. [...]

Dessa forma, requer, com o máximo respeito, seja declarado nulo o auto de infração impugnado em atenção ao artigo 59 do Decreto 70.235/1972.

No que se refere à total improcedência do Auto de Infração por não permitir a exclusão do valor da CSLL da base de cálculo do IRPJ, menciona que:

A Impugnante 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.

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.

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. [...]

Desta forma, passa a ser indedutível a Contribuição Social sobre o Lucro, prevista constitucionalmente no inciso 1 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 imposto de renda.

Tal fato reflete diretamente na diferença do IRPJ exigida através do presente auto de infração.

Embora não exista em nosso sistema tributária, qualquer dispositivo que de forma expressa vede a indedutibilidade da [CSLL] da sua própria base de cálculo, é absurdo pensar na possibilidade de tal inclusão, posto que, flagrante a alteração promovida no conceito de lucro.

Assim, a impossibilidade de se proceder a dedução da [CSLL], da sua própria base de cálculo, e também da base de cálculo do [IRPJ] da, 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. [...]

Sabe-se que nem todas as despesas podem ser retiradas da formação da base de cálculo do Imposto de Renda, no entanto, há que se diferenciar as espécies; unia despesa que constitua mera liberalidade do contribuinte, ocasionada por exemplo

pela construção de benfeitorias meramente voluptuárias, e alheias à atividade da empresa, não deve ser deduzida. Aqueles desembolsos que do ponto de vista econômico não correspondam ao conceito de despesas, também não merecem abatimento. No entanto, existem despesas, e os tributos são os melhores exemplos destas, que são impostas às empresas, e que não constituem (e nem poderiam) liberalidade do contribuinte, merecendo, portanto, dedução, para efeito de formação de base de cálculo do [IRPJ], sob pena de se estar tributando quantia que não mais se encontra disponível ao contribuinte e sim ao fisco. [...]

Desta forma, não pode prevalecer a exigência que se está a impor à impugnante, por ofender, entre outras tantas previsões legais, a regra-matriz do Imposto de Renda, o conceito constitucional e complementar de renda ou lucro para as pessoas jurídicas.

No que tange à inconstitucionalidade das modificações das bases de cálculo do PIS e da Cofins previstas na Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, sustenta que:

Todavia, evidentemente, a exigência de contribuições sobre receitas só passou a ser possível após a edição Emenda Constitucional nº 20/98. Antes não havia esta previsão legal.

Se previsão houvesse, não seria necessária a edição de Emenda Constitucional ampliando a possibilidade de incidência da contribuição, que antes era sobre o faturamento e agora é sobre o faturamento ou a receita. [...]

É evidente, portanto, que até que venham a ser editadas as leis que irão dispor sobre as contribuições que trata o art. 195 da CF, podem ser exigidas as contribuições anteriormente definidas em lei, como é o caso da [CSLL] (Lei 7.689/88), mas desde condizentes com o Texto Constitucional até então vigente.

Todavia, isso não se aplica às contribuições criadas de forma inconstitucional, como é o caso da contribuição sobre receitas, criada pela Lei 9.718/98, antes da autorização constitucional expressa na Emenda nº 20/98.

Logo, tendo em vista a inconstitucionalidade da Lei 9.718/98, tendo em vista a ausência de Lei posterior à EC 20/98 criando contribuição sobre todas as receitas, conclui-se que [o PIS e a Cofins] não é devido pela Impugnante.

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).

Com o devido respeito, unia coisa é o "faturamento", outra é a "totalidade das receitas" (como prevê a Lei 9.718/98).

Atinente à proibição da exigência de tributos com efeitos confiscatórios e o princípio da razoabilidade da tributação argui que:

A proibição, percebe-se, encontra-se no próprio texto Constitucional em detrimento de disposições infra-constitucionais que tentam, de forma "disfarçada" tributar aquilo que não está disponível ao contribuinte, e sim ao fisco, conforme já exposto. [...]

Mas, não é apenas, quanto ao conceito básico da vedação da tributação confiscatória, que se refere diretamente à apropriação pelo fisco do patrimônio (ou

de parte dele) do contribuinte, que a doutrina e a jurisprudência vem interpretando a norma constitucional. [...]

Desta forma, a alteração na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social, e a conseqüente inclusão de despesa, como parcela tributável, constitui afronta direta à regra constitucional proibitória da tributação confiscatória, ou como querem alguns, "princípio da razoabilidade da tributação". [...]

Pertinente à ofensa ao art. 146 da Constituição Federal, procura demonstrar que:

Permanecendo a regra da Lei 9.316/96, ter-se-á, conforme demonstrado, clara tributação de despesas, o que ocasionará um encargo muito maior à impugnante, e frise-se, tal encargo absolutamente desprovido de legalidade. [...] Tributou-se valores que não estavam disponíveis ao contribuinte, e sim ao Fisco, o que eleva a carga tributária, e o faz de forma absolutamente desprovida de legalidade.

No que diz respeito ao conceito de renda para as pessoas jurídicas, destaca que:

Desta maneira, percebe-se que lucro, é sempre algo positivo, é sempre um acréscimo, não há que se negar tal característica.

São, portanto, os valores devidos (recolhidos) como tributos, despesas necessárias. E despesa necessária, é aquela em que não há escolha, há que se efetuar o respectivo pagamento, como no caso dos tributos; ninguém escolhe pagá-los, apenas o faz, porque a lei assim impõe.

Não há que se falar, portanto, que o que não configura lucro, ao contrário, é o mais perfeito exemplo de despesas, passa a ser considerado acréscimo, porque a lei (ordinária) assim o quer. Ora, a tributação desta forma, vai além do razoável, estando o legislador a pretender tributar diretamente a capacidade econômica do contribuinte, prática fustigada pelo nosso ordenamento jurídico. [...]

É por total ofensa ao conceito e à norma constitucional e complementar, que não podem prevalecer as determinações da Lei nº 9.316/96, motivos pelos quais o auto de infração é totalmente improcedente ao exigir o recolhimento a título de IRPJ e sem possibilitar deduzir o valor da CSLL da sua base de cálculo.

Concernente ao Decreto-Lei nº 2.471, de 1º de setembro de 1988, denota que:

Verificando e analisando o auto de infração questionado se constata que houve a autuação porque os agentes fiscais alegaram a suposta existência de depósitos bancários de origem não comprovada. É o que se denota da descrição da infração averiguada [...].

Defende a tese de que os lançamentos devem ser cancelados.

Referente às condições de validade do ato administrativo de exclusão do Simples argui que:

O Ato Declaratório de Exclusão praticado contra a contribuinte, por sua vez, é um ato que restringe direitos da pessoa jurídica, privando-a do exercício de um direito líquido e certo que é o de ser tributada pelo regime do Simples quando preenchidos os pressupostos legais.

Por conseguinte, o ato de exclusão da contribuinte do SIMPLES está maculado de nulidade absoluta e insanável, visto que houve ofensa ao devido processo legal.

De nada adiantaria, num processo, proferir-se a sentença e só depois chamar o réu para se defender do comando dessa sentença. Salvo as exceções legalmente previstas (tais como antecipação de tutela e medida cautelar), no devido processo legal o contraditório e a ampla defesa deverão ser garantidos anteriormente à prolação de qualquer decisão que pretenda ser definitiva. De outra forma, haverá nulidade. [...]

Assim, com a declaração de exclusão liminar da contribuinte do Simples houve ofensa ao princípio do devido processo legal, sendo nulo o ato de exclusão e, portanto, devendo ser invalidado por esta r. DRJ, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos [...].

Com efeito, como já visto, o artigo 5º, caput, e seu inciso LV, da CF/88, e o artigo 15 da Lei 9.317, de 1996, determinam a observância do devido processo legal aos processos administrativos que visam limitar direitos individuais.

Procedimento previsto na lei, trata-se, assim, de legalidade estrita. Também faltou a condição da proporcionalidade, porquanto o ato de exclusão não sopesou na exata medida o faturamento da contribuinte.

Portanto, faltaram à validade do ato administrativo as condições da proporcionalidade e da legalidade dos meios empregados pela Administração [Pública]. [...]

Assim, caso a impugnação ao auto de infração lavrado venha a ser julgada procedente para reduzir ou eliminar os valores autuados, não haverá que se falar em excesso ao limite de receita bruta do Simples.

Apresenta argumentos contra a incidência dos juros de mora equivalentes à taxa Selic e em oposição à aplicação da multa de ofício proporcional e multa de ofício proporcional qualificada.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Diante de todo o exposto requer, com o devido respeito, se digne Vossa Senhoria de acolher as preliminares suscitadas para o especial fim de excluir as competências decaídas bem como considerar nulo o processo administrativo fiscal em razão da errônea fundamentação. Posteriormente, sejam acatadas as razões de mérito julgando, por conseguinte, totalmente insubsistente a presente autuação. [...]

Outrossim, requer que os argumentos expendidos nas defesas relativamente aos tributos reflexivos sejam partes integrantes da presente defesa.

Pelo exposto, requer se digne Vossa Senhoria, com o devido respeito, de acolher as razões ora expostas na presente manifestação de inconformidade, para o fim de anular o ato declaratório de exclusão do Simples, pelo fato da contribuinte ter sido indevidamente excluída do Simples, conforme demonstrado na presente defesa. Caso não seja este o entendimento, o que se descarta desde já, ainda assim requer o sobrestamento do ato declaratório de exclusão até o julgamento final do auto de infração lavrado, a fim de se evitar decisões conflitantes.

Requer, ainda, que desta decisão seja intimada a contribuinte para que possa tomar as medidas necessárias.

Nesses termos, pede deferimento.

Está registrado como resultado do Acórdão da 2ª TURMA/DRJ/CTA/PR nº 06-27.000, de 17.06.2010, fls. 985-1057: “Impugnação Improcedente.

Restou ementado

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003

DECADÊNCIA. DOLO FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Para os lançamentos de ofício, a contagem do prazo decadencial de cinco anos inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o respectivo lançamento poderia ter sido efetuado.

LANÇAMENTO. ALÍQUOTAS APLICÁVEIS.

Conforme determina o CTN, o lançamento tributário se reporta à data da ocorrência do fato gerador da obrigação, devendo ser regido pela lei então vigente.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

A utilização da taxa Selic como juros moratórios decorre de expressa disposição legal, sendo aceita tanto administrativa quanto judicialmente.

MULTA QUALIFICADA. EVIDÊNCIAS DE SONEGAÇÃO.

Correta a aplicação de multa qualificada quando há evidências inequívocas da figura da sonegação, materializada pela existência de enorme quantidade de depósitos sem origem justificada, representando quase 70% da receita da pessoa jurídica.

CONTRADITÓRIO ANTERIOR À EDIÇÃO DO ATO DECLARATÓRIO EXCLUDENTE DO SIMPLES. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

O ato declaratório que exclui o contribuinte do Simples, no momento em que editado, não é definitivo, apenas materializa o termo a partir do qual o interessado poderá, querendo, manifestar sua inconformidade e instaurar o devido processo legal. Por essa razão, a inexistência de contraditório anterior à edição do ato declaratório não cerceia a defesa do contribuinte excluído, mormente quando cumprido todo o trâmite legalmente previsto para o procedimento.

VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LEGALIDADE.

Descabe qualquer alegação de ilegalidade do ato administrativo que declarou a exclusão do contribuinte do Simples, visto que todos os preceitos legais aplicáveis ao procedimento foram fielmente seguidos.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. AUTORIDADE INCOMPETENTE.

O foro administrativo carece de competência para discussões relativas à inconstitucionalidade ou ilegalidade dos dispositivos legais utilizados nos

lançamentos de crédito tributário, tarefa constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário.

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFEITO SUSPENSIVO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. NECESSIDADE DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

No âmbito do processo administrativo, o efeito suspensivo não se presume, isto é, deve estar expresso em lei, o que impede à DRJ receber a manifestação de inconformidade contra ato de exclusão do Simples no efeito suspensivo.

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

Ano-calendário: 2003

DEDUÇÃO DA CSLL DA BASE DE CÁLCULO DO IR.

INCONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. INEXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP.

Descabe acolher argumentação relativa a aplicação de leis que não se referem à situação objeto da lide. No caso, todo o lançamento foi realizado com base na tributação pelo Simples, para as quais a base de cálculo definida em nada se relaciona com as atacadas pelo interessado em sua impugnação.

MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. INSUFICIÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS.

Por constituir-se em presunção legal de omissão de receitas expressamente autorizada pela Lei, correto o lançamento fundado na insuficiência de comprovação da origem dos depósitos bancários.

Notificada em 09.07.2010, fl. 1014, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 27.07.2010, fls. 1023-1209, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge e reitera os argumentos apresentados na peça impugnatória.

IRPJ

Discorre sobre os fatos:

Dessa forma, o auto de infração apurou a insuficiência do recolhimento a título de IRPJ no período compreendido de 31/01/2003 a 31/12/2003.

Aplicou ainda o auto de infração guereado multas de 75 a 150% sobre o valor elo imposto devido, além dos juros da taxa SELIC, totalizando R\$30.025,16 (trinta mil, vinte e cinco reais e dezesseis centavos).

Não resignada com a lavratura do auto de infração, a recorrente impugnou os lançamentos do crédito tributário. [...]

No entanto, com o devido respeito, o crédito tributário consubstanciado no auto de infração é totalmente indevido.

A respeito da decadência do direito de o Fisco proceder ao lançamento do crédito tributário estabelece que

Conforme restou esclarecido anteriormente, o presente Auto de Infração alega a falta de recolhimento para o IRPJ no o período compreendido entre 31/01/2003 a 31/12/2001 O próprio auto de infração é bem claro e consigna sem nenhuma dúvida os exercícios em aberto.

Ocorre, entretanto, que já decorreram mais de 05 (cinco) anos do efetivo direito de lançamento de algumas destas parcelas supostamente devidas, restando o suposto crédito tributário fulminado pela decadência.

Isto porque, os agentes fiscais somente em 21/05/2008 lavraram o presente auto de infração, que foi encaminhado ao contribuinte via correios/AR no dia 25/05/2008.

No entanto, de acordo com o Código Tributário Nacional, os agentes fiscais dispunham de cinco anos para efetuar o lançamento do crédito tributário, a contar da ocorrência do fato gerador [...].

Com base nestas orientações, resta cristalino que não é mais lícito a constituição ou a cobrança de créditos tributários sobre atos geradores ocorridos nos exercícios objeto deste auto de infração porquanto alcançados pela decadência, razão pela qual a presente preliminar deve ser julgada totalmente procedente para o especial de afastar a cobrança dos períodos decaídos.

No que se refere à deficiência de fundamentação argui que:

Observa-se através das folhas 441 e 442 que os ilustres agentes fiscais fundamentaram o presente nulo de infração de forma equivocada. Senão vejamos.

No quadro "enquadramento legal" (fls. 441 e 442), os agentes fiscais aplicaram as alíquotas para o IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e INSS sem atentar para a nova redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006, que alterou substancialmente as alíquotas aplicadas pelo auto de infração recorrido. [...]

Levando em conta que o auto de infração fora lavrado posteriormente a entrada em vigor da Lei nº 11.307/2006, deveria, necessariamente, fundamentar-se nas novas alíquotas trazidas pela referida lei.

Assim, não se pode negar, com o máximo respeito, que a deficiência acima apontada prejudicou sobremaneira o direito de defesa do contribuinte na medida em que rido fora lavrado um auto de infração fundamentado corretamente [...].

Senhores julgadores, a r. decisão recorrida encontra-se completamente equivocada, isto porque a recorrente está pleiteando exatamente a aplicação do artigo 144 do CF, ou seja, as aplicações das novas alíquotas trazidas pela Lei nº 11.307/2006, que já estavam em vigor quando da lavratura do auto de infração. [...]

Dessa forma, requer, com o máximo respeito, seja declarado nulo o auto de infração impugnado em atenção ao artigo 59 do Decreto 70.235/1972.

Concernente à total improcedência do Auto de Infração por não permitir a exclusão do valor da CSLL da base de cálculo do IRPJ defende que:

Na r. decisão [...] fundamentou o r. julgador, que se aplica no presente caso, a base de cálculo prevista na Lei nº 9.317/96, ou seja, a receita bruta da pessoa jurídica, devendo assim, serem desconsideradas as alegações da recorrente.

Este entendimento não deve prevalecer. É o que adiante se demonstrará.

A recorrente 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.

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 IRPJ de renda.

No entanto, a 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 1996, 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.

Desta forma, 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 imposto de renda.

Tal fato reflete diretamente na diferença do IRPJ exigida através do presente auto de infração.

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.

Sobre a afronta direta ao art. 143 do Código Tributário Nacional e o conceito afirma de renda:

Assim, 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, 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 II, alínea "a" e 145, V, ambos da Constituição Federal, razão pela qual o presente auto de infração, que exige o recolhimento de IRPJ deve ser julgado totalmente improcedente. [...]

Sabe-se que a base de cálculo do Imposto de Renda é exatamente a renda auferida no período, ou seja, a disponibilidade econômica ou jurídica de renda e provermos de qualquer natureza. Não se pode, portanto, exercer tributação sobre indisponibilidade econômica, sobre valores que na realidade estão disponíveis ao fisco e não mais ao contribuinte. [...]

Percebe-se de imediato, que as disposições supra transcritas em tudo coadunam com a disposição genérica do texto constitucional, de modo a apenas especificar aquilo que se encontra na lei maior.

Não concede, em momento algum, o legislador complementar, faculdade ao legislador ordinário, para que promova quaisquer alterações no conceito de renda que define, [...] sob pena de inconstitucionalidade da previsão. [...]

Note-se, que o que está a pretender o legislador ordinário, é uma tributação daquilo que de forma alguma constitui renda, ao contrário, trata-se do alais perfeito

exemplo do que seria despesa, e ainda, despesa necessária, uma vez que pagar tributos não configura liberalidade do contribuinte.

Sabe-se que nem todas as despesas podem ser retiradas da formação da base de cálculo do Imposto de Renda, no entanto, há que se diferenciar as espécies; uma despesa que constitua mera liberalidade do contribuinte, ocasionada por exemplo pela construção de benfeitorias meramente voluptuárias, e alheias à atividade da empresa, não deve ser deduzida. Aqueles desembolsos que do ponto de vista econômico não correspondam ao conceito de despesas, também não merecem abatimento. No entanto, existem despesas, e os tributos são os melhores exemplos destas, que são impostas às empresas, e que não constituem (e nem poderiam) liberalidade do contribuinte, merecendo, portanto, dedução, para efeito de formação de base de cálculo do Imposto de Renda, sob pena, de se estar tributando quantia que não mais se encontra disponível ao contribuinte e sim ao fisco. [...]

Assim, sendo, tratando-se de Imposto de Renda, um imposto cuja base de cálculo possui natureza complexiva, composta tanto por grandezas positivas quanto por grandezas negativas, ao não se admitir a dedução daquelas despesas intrínsecas, estar-se-á, claramente a tributar despesa. C despesa, parece claro, não é renda, não é acréscimo patrimonial, ao contrário, é diminuição do patrimônio, e admitir-se tal tributação, é extrapolar o permitido no artigo 43 do CTN.

Da mesma forma no caso da Contribuição Social incidente sobre o Lucro, não há que se incluir valores relativos a despesas tributárias, na base de cálculo da própria exação. Do conceito de lucro, extrai-se, que serão sempre grandezas, valores positivos que deverão formá-lo, em nenhum momento cogita-se a soma de despesas para a formação do lucro, o que configuraria total absurdo. [...]

A proibição, percebe-se, encontra-se no próprio texto Constitucional em detrimento de disposições infra-constitucionais que tentam, de forma "disfarçada" tributar aquilo que não está disponível ao contribuinte, e sim ao fisco, conforme já exposto.

É pertinente lembrar, que a proibição do confisco no Direito Brasileiro, refere-se à proibição ao exercício da tributação confiscatória. [...]

Mas, não é apenas, quanto ao conceito básico da vedação da tributação confiscatória, que se refere diretamente à apropriação pelo fisco do patrimônio (ou de parte dele) do contribuinte, que a doutrina e a jurisprudência vem interpretando a norma constitucional. [...]

Assim, dentro do chamado princípio da razoabilidade da tributação, não se admite a instituição de tributos que causem danos, aos contribuintes, em detrimento do erário público. A tributação deve ser razoável, vale dizer, previsível, enfim obediente aos preceitos constitucionais e às normas complementares, até como estabelecimento da segurança jurídica.

Quando a norma prevê tributação além do razoável, ou como no caso em tela, que extrapola a previsão constitucional, tributando além do permitido, está obviamente a ferir preceitos elementares, não podendo ser acolhida pelo ordenamento jurídico, porque não está em consonância com este.

Desta forma, a alteração na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social, e a conseqüente inclusão da despesa, como parcela tributável, constitui afronta direta à regra constitucional proibitória da tributação confiscatória, ou como querem alguns, "princípio da razoabilidade da tributação".

Referente à ofensa à alínea "a" do inciso III do art. 146 da Constituição

Federal aduz que:

Por outro lado, admitindo-se a legitimidade da Lei 9.316, abre-se perigoso precedente, no sentido de que se estará ignorando o disposto no artigo 146, inciso III, "a" da Constituição Federal, que prevê que cabe à Lei Complementar a definição também da base de cálculo dos tributos. [...]

Tal dispositivo deve ser analisado e compreendido de modo a que se estabeleça uma hierarquia entre os dispositivos legais. Assim tem-se a Emenda à Constituição, o mais importante meio legal de introdução de normas, sendo a resolução o menos importante.

A hierarquia das normas, justifica-se pela atribuição constitucional de competências à determinadas Formas de regulamentação.

Na questão em tela, a Constituição Federal Foi clara, ao determinar que cabe à lei complementar a correta definição da base de cálculo dos tributos. E, desta Forma, não pode a lei ordinária dispor sobre aquilo que constitucionalmente lhe é vedado fazer.

Ao determinar a inclusão do montante relativo à Contribuição Social sobre o lucro, na base de cálculo do Imposto de Renda, e também na sua própria base de cálculo, a Lei 9.316, está a modificar a base de cálculo da exação de maneira absolutamente clara, e, no entanto, não está investida, a mesma, da formalidade exigida constitucionalmente.

Assim sendo, também pela desobediência à formalidade constitucionalmente exigida, não há que se aplicar as disposições da Lei 9.316/96. [...]

Permanecendo a regra da Lei 9.316/96, ter-se-á, conforme demonstrado, clara tributação de despesas, o que ocasionará um encargo muito maior à impugnante, e frise-se, tal encargo absolutamente desprovido de legalidade.

Pertinente ao conceito de renda ou lucro para as pessoas jurídicas justifica:

Desta maneira, percebe-se que lucro, é sempre algo positivo, é sempre um acréscimo, não há que se negar tal característica.

São, portanto, os valores devidos (recolhidos) como tributos, despesas necessárias, é aquela em que não há escolha, há que se efetuar o respectivo pagamento, como no caso dos tributos, ninguém escolhe pagá-los, apenas o faz, porque a lei assim impõe.

Não há que se falar, portanto, que o que não configura lucro, ao contrário, é o mais perfeito exemplo de despesas, passa a ser considerado acréscimo, porque a lei (ordinária) assim o quer. Ora, a tribulação desta forma, vai além do razoável, estando o legislador a pretender tributar diretamente a capacidade econômica do contribuinte, prática fustigada pelo nosso ordenamento jurídico. [...]

O raciocínio que pretende impor a lei, considerando despesa como lucro, pode ser autorizado e concludente no plano econômico-financeiro, contudo é inadmissível no plano jurídico.

E, tratando-se do Imposto de Renda de forma mais direta (embora o raciocínio desenvolvido quando da fixação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro, seja aqui também aplicável) deve-se fixar uma correta conceituação do que seja renda.

Renda, para o Código Tributário Nacional, é o produto do Capital, do trabalho ou de ambos combinados. Tensos, aqui também, que renda e demais proveitos são sempre valores positivos.

Assim, conclui-se que o conceito de lucro/renda é inequívoco tanto no âmbito legal quanto doutrinário. [...]

É por total ofensa ao conceito e à norma constitucional e complementar, que não podem prevalecer as determinações da Lei n.º 9.316/96, motivos pelos quais o auto ele infração é totalmente improcedente ao exigir o recolhimento a título de IRPJ e sem possibilitar deduzir o valor da CSLL da sua base de cálculo.

Em relação ao Decreto-Lei nº 2.471, de 1988, suscita:

Verificando e analisando o auto ele infração questionado se constata que houve a autuação porque os agentes fiscais alegaram a suposta existência de depósitos bancários de origem não comprovada. [...] o entanto, há que se mencionar a existência do Decreto-Lei 2.471/88 que em seu inciso VII, do artigo 9º, determina que:

Tal decreto-lei só vem a reforçar os argumentos da recorrente no que diz respeito a total improcedência da autuação fiscal.

Apresenta argumentos contra a incidência dos juros de mora equivalentes à taxa Selic e em oposição à aplicação da multa de ofício proporcional e da multa de ofício proporcional qualificada.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Diante de todo o exposto requer, com o devido respeito, se digne este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de acolher as preliminares suscitadas para o especial fim de excluir as competências decaídas bem como considerar nulo o processo administrativo fiscal em razão da errônea fundamentação.

Posteriormente, sejam acatadas as razões de mérito julgando, por conseguinte, totalmente insubsistente a presente autuação.

Outrossim, requer que os argumentos expendidos nas defesas relativamente aos tributos reflexivos sejam partes integrantes da presente defesa.

Cofins

Discorre sobre os fatos:

Dessa forma, o auto de infração apurou a insuficiência do recolhimento a título de COFINS no período Compreendido de 31/01/2003 a 31/12/2003 .

Aplicou ainda o Auto de Infração guereado multas de 75 a 150% sobre o valor do imposto devido, além dos juros da taxa SELIC, totalizando R\$104.600,40 (cento e quatro mil, seiscentos reais e quarenta centavos).

Não resignada com a lavratura do auto de infração, a recorrente Impugnou os lançamentos do crédito tributário.

Sobre a decadência, afirma que:

Conforme restou esclarecido anteriormente, o presente auto de infração alega a falta de recolhimento [...] no período compreendido entre 31/01/2003 a 31/12/2003. [...]

Ocorre, entretanto, que já decorreram mais de 05 (cinco) anos do efetivo direito de lançamento de algumas destas parcelas supostamente devidas, restando o suposto crédito tributário fulminado pela decadência.

Isto porque, os agentes fiscais somente em 21/05/2008 lavraram o presente auto de infração, que foi encaminhado ao contribuinte via correios [no] AR no dia 25/05/2008.

No entanto, de acordo com o Código Tributário Nacional, os agentes fiscais dispunham de cinco anos para efetuar o lançamento do crédito tributário, a contar da ocorrência do fato gerador. [...]

Com base nestas orientações, resta cristalino que não é mais lícito a constituição ou a cobrança de créditos tributários sobre alguns fatos geradores ocorridos nos exercícios objeto deste auto de infração porquanto alcançados pela decadência, razão pela qual apresente preliminar deve ser julgada totalmente procedente para o especial de afastar a cobrança cios períodos decaídos.

Referente à deficiência de fundamentação, aduz que o lançamento é nulo e
ainda:

No quadro "enquadramento legal" (fls. 441 e 442), os agentes fiscais aplicaram as alíquotas para o IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e INSS sem atentar para a nova redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006, que alterou substancialmente as alíquotas aplicadas pelo auto de infração recorrido. [...]

Levando em conta que o auto de infração fora lavrado posteriormente a entrada em vigor da Lei nº 11.307/2006, deveria, necessariamente, fundamentar-se nas novas alíquotas trazidas pela referida lei.

Assim, não se pode negar, com o máximo respeito, que a deficiência acima apontada prejudicou sobremaneira o direito de defesa do contribuinte, na medida em que não fora lavrado um auto de infração fundamentado corretamente. [...]

Senhores julgadores, a r. decisão recorrida encontra-se completamente equivocada, isto porque a recorrente está pleiteando exatamente a aplicação do artigo 144 do CTN, ou seja, as aplicações das novas alíquotas trazidas pela Lei nº 11.307/2006, que já estavam em vigor quando (la) lavratura do auto de infração. [...]

Dessa forma, requer, com o máximo respeito, seja declarado nulo o auto de infração recorrido em atenção ao artigo 59 do Decreto 70.235/1972.

Concernente à inconstitucionalidade das modificações da base de cálculo da Cofins introduzidas pela Lei nº 9.718, de 1998, relata que:

A r. decisão [...], ora guerreada, decidiu pela constitucionalidade da alteração da base de cálculo da Cofins, com base na edição da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, a qual teria modificado a redação original do art. 195, inciso 1 da Constituição Federal, passando a autorizar a incidência de contribuição também sobre o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Entende a recorrente, com o devido respeito, que a r. decisão [...], não merece prosperar. E o que adiante de demonstrará.

Exige-se no presente auto ele infração débito referente ao COFINS após a edição da Lei 9.718/98 que alterou a base de cálculo desta contribuição.

Ocorre que, a alteração da base ele cálculo introduzida pela Lei 9.718/98 é completamente inconstitucional, conforme se demonstrará.

A Lei nº 9.718/98 (publicada no dia 28 de novembro ele 1998) modificou significativamente a base de cálculo ela Confins deixou de ser faturamento e cassou a ser a totalidade das receitas auferidas).

Alterou-se significativamente a Lei Complementar 70/91, para a qual a base de cálculo ela COFINS era o "faturamento", entendido este como a receita bruta da pessoa jurídica, decorrente ela venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

Até aí, num primeiro momento, poder-se-ia dizer que não há nenhuma novidade, pois o faturamento já era a base ele cálculo da COFINS e, além disso, o Supremo Tribunal Federal há muito já havia equiparado os conceitos ele faturamento" e "receita bruta", ainda que contabilmente haja diferença entre os dois [...].

Basicamente, ressaltadas algumas peculiaridades de certas categorias específicas de atividades, estas são as exclusões admitidas pela Lei relativamente à base de cálculo ela COFINS.

Criou-se, assim, urna contribuição totalmente cova, a qual passou a incidir não riais sobre o faturamento. nuas sobre a totalidade das receitas das pessoas jurídicas .

Ocorre que, a Lei 9.718/98 ao mudar a base de cálculo da COFINS, extrapolou os limites fixados pelo artigo 195, I da Constituição (redação original), que não previa a possibilidade da incidência de contribuição sobre o total de receitas.

Pouco menos de um mês após a publicação da dicção da Lei 9.718/98, foi editada a Emenda Constitucional nº 20/98, a dual modificou a redação original do artigo 195, I da CF, na parte que se referia ao faturamento, e passou a autorizar a incidência também sobre as receitas.

Assim sendo, a princípio, ficou autorizada a incidência de contribuição sobre as receitas. Todavia, evidentemente, a exigência de contribuições sobre receitas só passou a ser possível após a edição Emenda Constitucional nº 20/98. Antes não havia esta previsão legal.

Se previsão houvesse, não seria necessária a edição de Emenda Constitucional ampliando a possibilidade ele incidência cia contribuição, que antes era sobre o faturamento e agora é sobre o faturamento ou a receita.

Assim sendo, evidentemente, até que venham a ser editadas as leis que irão dispor sobre as contribuições que trata o art. 195 da CF (redação atual), podem ser exigidas as contribuições anteriormente definidas em lei, como o caso da [CSLL] (Lei 7.689/88).

Todavia, isso não se aplica às contribuições criadas de forma inconstitucional, como é o caso da contribuição sobre receitas, criada pela Lei 9.718/98, antes da autorização constitucional expressa na Emenda nº 20/98.

Logo, tendo em vista a inconstitucionalidade da Lei 9.718/98, tendo em vista a ausência de Lei posterior à LC 20/98 criando contribuição sobre todas as receitas, conclui-se que a COFINS não é devido pela recorrente.

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 dispõe a Lei 9.718/98). [...]

A LC 70/91 fixava como base de cálculo da COFINS, o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e serviços de qualquer natureza."

A própria legislação, portanto, apesar de ter igualado os conceitos de FATURAMENTO e RECEITA BRUTA, restringiu esta às receitas de vendas de mercadorias ou de serviços. Quaisquer outras receitas ficaram excluídas da incidência.

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar a AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº1/DF, definiu o que vem a ser faturamento, e essa definição em nada foge daquela fixada pela própria LC 70/91. [...]

Portanto, lido 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 artigo 195, 1 — redação original).

Ora, a Lei 9.718/98, 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.).

Portanto, trata-se, no caso, de uma nova imposição tributária.

Todavia, antes da edição da EC 20/98, não havia autorização constitucional para a exigência de contribuição sobre a — totalidade das receitas". Assim sendo, ainda que pouco menos de dois meses 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. [...]

Evidente, portanto, a inconstitucionalidade da Lei 9.718/98, no que tange à modificação da base de cálculo procedida.

Importante que se destaque que neste sentido é o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que, em decisão plenária, no julgamento do RE 357.950, Rel. Marco Aurélio, Sessão de 09.11.05, declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, em face do disposto no artigo 195, 1, da Carta Magna, com redação anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 11 de dezembro de 1998. [...]

Demonstrada assim 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.

Apresenta argumentos contra a incidência dos juros de mora equivalentes à taxa Selic e em oposição à aplicação da multa de ofício proporcional e da multa de ofício proporcional qualificada.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Diante de todo o exposto requer, com o devido respeito, se digne este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de acolher as preliminares suscitadas para o especial fim de excluir as competências decaídas bem como considerar nulo o processo administrativo fiscal em razão da errônea fundamentação.

Posteriormente, sejam acatadas as razões de mérito julgando, por conseguinte, totalmente insubsistente a presente autuação.

Outrossim, requer que os argumentos expendidos na defesa relativamente ao IRPJ e reflexivos sejam partes integrantes da presente defesa.

Exclusão do Simples

Discorre sobre os fatos:

Preenche os requisitos elencados na Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996, optando à tributação pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

Porém, em 09 de junho de 2008, por força de Ato Declaratório expedido pela Delegacia da Receita Federal de Foz do Iguaçu, a contribuinte foi excluída do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, com fundamento no art. 9º inciso, XIII, da Lei nº 9.317, de 1996, porquanto teria auferido receita bruta superior a R\$1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). [...]

Não resignada com a referida exclusão, a recorrente apresentou manifestação de inconformidade a qual foi julgada improcedente.

No entanto, não andou bem a r. decisão, razão pela qual interpõe o presente recurso, para o especial fim de reenquadrar a recorrente no Simples.

Atribui-se, dessa forma, ao processo administrativo, garantias constitucionais processuais fundadas nas bases de um Estado Democrático de Direito: democracia, igualdade, liberdade.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, por sua vez, regulamentadora a o processo administrativo no âmbito federal tem o condão de garantir à Administração Pública, bem como aos administrados em geral, a garantia de isonomia, apregoada constitucionalmente, e a efetividade de um processo justo, impedindo-se a legalização de arbitrariedades sob o auspício de não existir norma que oriente os agentes públicos.

Entretanto, o devido processo legal atinente aos procedimentos administrativos não radica, com exclusividade, na Lei 9.784 de 1999, eis que

decorre, antes, de preceito constitucional. Alie-se o fato de que a norma do artigo 37 da CF/88 dita os preceitos a que a conduta da Administração Pública está invariavelmente jungida.

Dessa forma, todas as leis que de forma direta ou indireta ditam preceitos a serem observados pelo Estado, no exercício de sua função Administrativa, extraem fundamento de validade das normas constitucionais, e, por conseguinte, informam o devido processo legal administrativo, porquanto a conduta do Estado, enquanto Administração, pautar-se-á sempre e invariavelmente pela lei. Dessa forma, a segurança jurídica também é prestigiada. [...]

Assim, em síntese, o princípio constitucional processual do devido processo legal, inserido no processo administrativo, considera-se fundamental para a manutenção de um Estado cunhado nos pilares da democracia, da liberdade e da igualdade.

Ocorre que, no devido processo legal, a possibilidade de contraditório e ampla defesa deve preceder à decisão da autoridade administrativa.

Com efeito, no devido processo legal, a citação assume um conteúdo misto de cientificação e chamamento ao processo, com oferta de contraditório e ampla defesa antes da prolação do decisum.

Não importa que o decisum tenha sido proferido com efeitos provisórios, passíveis de desconstituição por meio de impugnação. O devido processo legal impõe que a decisão só seja tomada depois de oferta de contraditório e ampla defesa.

Um processo cuja sentença definitiva houvesse sido prolatada previamente ao ato de citação da pessoa processada seria invariavelmente nulo.

Pugnar por sua validade seria absurdo, visto que maculado de nulidade absoluta, insanável.

De nada adiantaria conceder ao réu a oportunidade de defesa, caso a sentença final já tivesse sido prolatada.

Assim também ocorre no processo administrativo. Como o devido processo legal se aplica ao processo administrativo, a fortiori, quando se tratar de processo de natureza ablativa, sancionadora ou limitativa de direitos individuais, o mesmo raciocínio há que ser aplicado no caso concreto. [...]

Assim, com a declaração de exclusão liminar da contribuinte do SIMPLES houve ofensa ao princípio do devido processo legal. Sendo nulo o ato de exclusão e, portanto, devendo ser invalidado por esta r. DRJ, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos, conforme entendimento já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal por meio das Súmulas 346 e 473.[...]

Atinente às condições de validade do ato administrativo suscita que:

Somente se presentes todas essas condições de validade o ato administrativo se torna legítimo, legal, válido e eficaz.

No caso concreto, nada justifica que a exclusão ora contribuinte tenha sido praticada liminarmente, mesmo que provisoriamente, porquanto a Administração não utilizou meio legal ao ofender o princípio do devido processo legal.

Com efeito, como já visto, o artigo 5º, caput, e seu inciso LV, da CF/88, e o artigo 15 da Lei 9.317, de 1996, determinam a observância do devido processo legal aos processos administrativos que visam limitar direitos individuais. Procedimento previsto na lei, trata-se, assim, de legalidade estrita.

Também faltou a condição da proporcionalidade, porquanto o ato de exclusão não sopesou na exata medida o faturamento da contribuinte.

Portanto, faltaram à validade do ato administrativo as condições da proporcionalidade e da legalidade dos meios empregados pela Administração. [...]

A propósito, o artigo 2º da Lei 9.317, de 29 de janeiro de 1999, é claro ao exigir o respeito às condições a que o ato administrativo está inelutavelmente jungido.

No que diz respeito à necessidade do sobrestamento do ato de exclusão do Simples até o julgamento final do Auto de Infração explica:

De se observar que paralelamente ao ato de exclusão do SIMPLES ora guerreado, os ilustres agentes fiscais também lavraram auto de infração contra a contribuinte alegando supostas omissões de receita.

Verifica-se que foi através do auto de infração lavrado que os agentes fiscais apuraram valores que somados a receita declarada pela contribuinte, ultrapassou o limite de receita bruta do SIMPLES de R\$1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

No entanto, contra-atacando o auto de infração lavrado e por não concordar com os seus termos a contribuinte ora excluída apresentou impugnação, conforme atestam os documentos já anexados à manifestação de inconformidade.

Assim, caso a impugnação ao auto de Infração lavrado venha a ser julgada procedente para reduzir ou eliminar os valores autuados, não haverá que se falar em excesso ao limite de receita bruta do SIMPLES.

Por esses motivos, caso não sejam acolhidos os argumentos tecidos nos capítulos II.1 e II.2, o presente ato declaratório de exclusão deverá ficar sobrestado até julgamento definitivo do auto de infração, para o especial fim de se evitar decisões conflitantes.

Conclui:

Pelo exposto, requer se digne este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com o devido respeito, de acolher as razões ora expostas no presente recurso voluntário, para o fim de anular o ato declaratório de exclusão do SIMPLES, pelo fato da contribuinte ter sido indevidamente excluída do SIMPLES, conforme demonstrado na presente defesa.

Caso não seja este o entendimento o que se descarta desde já, ainda assim requer o sobrestamento do ato declaratório de exclusão até o julgamento final do auto de infração lavrado, a fim de se evitar decisões conflitantes.

Requer, ainda, que desta decisão seja intimada a contribuinte para que possa tomar as medidas necessárias.

PIS

Discorre sobre os fatos:

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

Autenticado digitalmente em 10/04/2014 por ALEXANDRE FERNANDES LIMIRO, Assinado digitalmente em 15/0

4/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 10/04/2014 por ALEXANDRE FERNANDES LIMIRO,

Assinado digitalmente em 15/05/2014 por ANA DE BARROS FERNANDES

Impresso em 03/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Dessa forma, o auto de infração apurou a insuficiência do recolhimento a título de PIS no período compreendido de 31/01/2003 a 31 / 12/2003 .

Aplicou ainda o auto de infração guerdado multas de 75 a 150% sobre o valor do imposto devido, além dos juros da taxa SELIC, totalizando R\$30.025,16 (trinta mil, vinte e cinco reais e dezesseis centavos).

Não resignada com a lavratura do auto de infração, a recorrente impugnou os lançamentos do crédito tributário. [...]

Concernente à decadência do direito de o Fisco proceder ao lançamento do crédito tributário aduz que:

Conforme restou esclarecido anteriormente, o presente auto de infração alega a falta de recolhimento para o PIS no período compreendido entre 31/01/2003 a 31/12/2003.

O próprio auto de infração é bem claro e consigna sem nenhuma dúvida os exercícios em aberto.

Ocorre, entretanto, que já decorreram mais de 05 (cinco) anos do efetivo direito de lançamento de algumas destas parcelas supostamente devidas, restando o suposto crédito tributário fulminado pela decadência.

Isto porque, os agentes fiscais somente em 21/05/2008 lavraram o presente auto de infração, que foi encaminhado ao contribuinte via correios/AR no dia 25/05/2008.

No entanto, de acordo com o Código Tributário Nacional, os agentes fiscais dispunham de cinco anos para efetuar o lançamento do crédito tributário, a contar da ocorrência do fato gerador. [...]

Com base nestas orientações, resta cristalino que não é alais lícito a constituição ou a cobrança de créditos tributários sobre alguns fatos geradores ocorridos nos exercícios objeto (leste auto de infração porquanto alcançados pela decadência, razão pela qual a presente preliminar (leve ser julgada totalmente procedente para o especial de afastar a cobrança dos períodos decaídos.

A respeito da deficiência de fundamentação e que:

Observa-se através das folhas 441 e 442 que os ilustres agentes fiscais fundamentaram o presente Auto de infração de forma equivocada. Senão vejamos.

No quadro "enquadramento legal - (fls. 441 e 442), os atentes fiscais aplicaram as alíquotas para o IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e INSS sem atentar para a nova redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006, que alterou substancialmente as alíquotas aplicadas pelo auto de infração recorrido. [...]

Levando em conta que o Auto de Infração fora lavrado posteriormente a entrada em vigor da Lei nº 11.307/2006. deveria, necessariamente, fundamentar-se nas novas alíquotas trazidas pela referida lei.

Assim, não se pode negar, com o máximo respeito, que a deficiência acima apontada prejudicou sobremaneira o direito de defesa do contribuinte, na medida em que não fora lavrado Auto de Infração fundamentado corretamente. [...]

Senhores julgadores, a r. decisão recorrida encontra-se completamente equivocada, isto porque a recorrente está pleiteando exatamente a aplicação do artigo 144 do CTN, ou seja, as aplicações das novas alíquotas trazidas pela Lei nº 1.307/2006, que já estavam em vigor quando da lavratura do Auto de Infração. [...]

Dessa forma, requer, com o máximo respeito, seja declarado nulo o auto de infração recorrido em atenção ao artigo 59 do Decreto 70.235/1972.

No que tange à inexigibilidade da contribuição para o PIS informa:

Fundamentou o F. julgador, em sua r. decisão [...], que a base de cálculo das exigências constituídas por meio cios Autos de Infração ora *sub judice*, foi definida pela lei nº 9.317/96, devendo ser desconsideradas as alegações do recorrente.

Entende o recorrente, com o devido respeito, que a r. decisão não merece prosperar. É o que adiante se demonstrará.

De acordo com o lá explicitado anteriormente, o presente auto de infração exige valores relativos ao PIS para o período compreendido de 31/01/2003 a 31/12/2003. No entanto, trata-se ele contribuição exigida sob base de cálculo manifestamente arbitrária, vindo ele encontro com o disposto na Constituição Federal. Senão vejamos.

Em 27 de novembro de 1998 foi editada a Lei nº 9.718/98 (publicada no dia seguinte)_ a qual modificou significativamente a base de cálculo do PIS (deixou ele ser faturamento e passou a ser a totalidade das receitas auferidas).

Alterou-se significativamente a Lei Complementar 07/70, para a qual a base de cálculo do PIS era o "faturamento mensal" (art.3º, b), entendido este como a receita advinda da venda de produtos e prestação de serviços. [...]

Basicamente, ressalvadas algumas peculiaridades de certas categorias específicas de atividades, estas são as exclusões admitidas pela Lei relativamente à base de cálculo do PIS.

Ocorre que, a Lei 9.718/98 (que legitimamente revogou a Lei Complementar 07/70), ao mudar a base de cálculo do PIS, extrapolou os limites fixados pelo artigo 195, I da Constituição (redação original), que não previa a possibilidade da incidência de contribuição sobre o total de receitas.

Pouco menos de um mês após a publicação da Lei 9.718/98, foi editada a Emenda Constitucional nº 20/98, a qual modificou a redação original do artigo 195, I da CF, na parte que se referia ao faturamento, e passou a autorizar a incidência também sobre as receitas.

Assim, após a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, passou a ser possível a edição de lei que possibilite a exigência de contribuições incidentes sobre as receitas.

Todavia, face à inconstitucionalidade da Lei 9.718/98, que revogou a LC 07/70, e tendo em vista a ausência de Lei posterior à EC 20/98 criando contribuição sobre todas as receitas, conclui-se que o PIS não é devido pela impugnante.

Entretanto, o fisco federal está exigindo o PIS no presente auto de infração. o que, como será amplamente demonstrado na sequência, não é mais possível, seja nos moldes da LC 07/70 (legitimamente revogada pela Lei nº 9.718/98, ainda que por incompatibilidade), seja nos moldes da própria Lei nº 9.718/98, que ampliou a base de cálculo do PIS de forma não autorizada pela Constituição. Efetivamente.

A Lei 9.718, muito embora tenha criado inconstitucionalmente uma contribuição sobre receitas (isso será melhor demonstrado no capítulo seguinte), validamente revogou (por incompatibilidade) a Lei Complementar 07/70, que originariamente havia instituído o PIS.

Com efeito, a Lei Complementar 07/70, foi recepcionada pela Carta Magna com força de Lei Ordinária, podendo ser alterada por lei de mesma hierarquia.

Assim sendo, se a Lei Complementar 07/70 é materialmente lei ordinária, conclui-se que os seus dispositivos são de lei ordinária, razão pela qual, por lei ordinária podem ser modificados e até mesmo revogados.

Logo, não há dúvidas de que a Lei nº 9.718/98 era veículo legislativo adequado para a modificação da estrutura do PIS. Não havia necessidade de lei complementar para alterar a LC 07/70 e a estrutura da contribuição social por ela instituída, até porque a exigência feita pela Constituição Federal no que tange a necessidade de Lei Complementar, se limita à criação de novas fontes de custeio da Seguridade Social. [...]

Com a Lei 9.718/98, alterou-se o fato gerador e a base de cálculo do PIS.

O fato gerador nos moldes da LC 07/70, era TER FATURAMENTO, entendido este como a receita advinda da operação de venda de mercadoria ou prestação de serviços.

O fato gerador nos moldes da Lei 9.718/98, por sua vez, passou a ser o auferimento de receitas, entendendo-se como a totalidade dos ingressos de valor, exceto daqueles excluídos pelo §2º do art. 3º. Não ficou, portanto, restrita às receitas proveniente das vendas de mercadorias.

A base de cálculo, conseqüentemente, deixou de ser o valor do faturamento (como determinava a LC 07/70), para ser o valor total das receitas auferidas (incluindo-se, a partir de então, as receitas financeiras, as variações monetárias ativas, etc., que antes não integravam a base de cálculo do PIS).

Portanto, como fato gerador e a base de cálculo são diferentes, conclui-se que foi criada uma nova contribuição.

Essa contribuição, nos moldes fixados pela Lei 9.718/98, é absolutamente diversa daquela que havia sido criada pela Lei Complementar 07/70.

Assim sendo, fica fácil concluir que a Lei 9.718/98, muito embora não tenha revogado expressamente a LC 07/70, acabou por fazê-lo por incompatibilidade, o que é perfeitamente possível e aceito pela Teoria Geral do Direito.

Com efeito, dispõe o artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil que "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". [...]

Ora, se a Lei 9.718/98 modificou o fato gerador e a base de cálculo do PIS, é evidente que se tornou incompatível com a LC 07/70, retirando-lhe a obrigatoriedade e tornando obrigatórias novas normas regulamentadoras da contribuição. Houve, portanto, revogação tácita da LC 07/70, expurgando-se do sistema jurídico as normas que originariamente regulavam o PIS. [...]

Por própria disposição da Lei, portanto, esta entrou em vigor na data da sua publicação.

Entrou em vigor porque era válida formalmente pois, como demonstrado supra, foi elaborada por órgão legítimo (Poder Legislativo), competente para legislar sobre aquela matéria (a LC 07/70 podia ser modificada por lei ordinária) e mediante os procedimentos próprios de elaboração e promulgação legislativa. [...]

Ora, como já demonstrado, a Lei 9.718/98, ao ser editada, obedeceu todos os trâmites legais. Além disso, foi posta no mundo jurídico pelo órgão constitucionalmente competente (Poder Legislativo) e mediante o veículo legislativo próprio (lei ordinária). Com efeito, como já demonstrado e repetido, a LC 07/70 foi recepcionada pela Constituição Federal como lei ordinária, razão pela qual, por lei ordinária poderia ser modificada e até mesmo revogada.

Assim sendo, conclui-se que a Lei 9.718/98, na data de sua publicação, de fato entrou em vigor. Desde aquela data ela era, para todos os efeitos, vigente (formalmente válida). [...]

Assim, a eficácia das referidas normas ficou postergada, por expressa disposição da lei.

Todavia, há que se deixar bem claro que a postergação da eficácia se deu exclusivamente em relação às novas imposições tributárias estabelecidas. Os tributos criados ou modificados só poderiam ser exigidos a partir das datas fixadas nos incisos I e II do artigo 17 da Lei.

De resto, a Lei era plenamente eficaz desde a sua publicação. Se assim não fosse, não haveria razão em se incluir um artigo específico para fixar a data do início da eficácia de alguns artigos (discriminando-se cada um). Bastaria dizer constar a expressão: "esta lei produzirá efeitos a partir de ...".

Pois bem. Se a eficácia está relacionada com a possibilidade da norma jurídica produzir efeitos (ainda que potencialmente), não é difícil concluir-se que a Lei 9.718/98 produziu efeitos (era eficaz) desde a sua publicação.

Esses efeitos, por sua vez, podem ser facilmente demonstrados.

O primeiro e principal efeito jurídico produzido foi a exteriorização da vontade do legislador de que o PIS não fosse mais exigido nos moldes da LC 07/70. A vontade do legislador foi a de exigir uma nova contribuição, incidente sobre a totalidade das receitas auferidas. A vontade do legislador foi a de retirar do mundo jurídico as disposições sobre o PIS, fixadas pela LC 07/70 (fato gerador e base de cálculo) e estabelecer uma nova exigência. E o que é mais importante: essa manifestação de vontade do legislador só pode ser modificada através de outra lei ordinária. Consequentemente, o primeiro (e mais importante) efeito da publicação da questionada Lei foi a revogação (tácita ou por incompatibilidade) da LC 07/70. Tem-se aqui um caso claro de eficácia efetiva (concreta) da norma.

Um segundo efeito que se pode facilmente observar é que, se por um lado as novas exigências tributárias só podem incidir a partir das datas fixadas nos incisos I e II do artigo 17 da Lei, por outro lado, se a administração pública praticar qualquer ato tendente a exigir os tributos novos, antes dos referidos prazos, é dado aos contribuintes a defesa administrativa ou judicial. Nesse caso, a Lei 9.718/98 é eficaz e pode ser invocada para afastar a exigência. Assim sendo, desde a publicação da Lei, esta é eficaz para impedir que os tributos por ela criados ou modificados indevidamente incidam antes dos prazos previstos. Tem-se aqui um caso de eficácia potencial da norma.

Logo fica fácil concluir que a Lei 9.718/98 também era eficaz desde a sua publicação. [...]

De tudo visto até agora, conclui-se que a Lei Complementar 07/70 foi válida e legitimamente revogada pela Lei 9.718/98, desde a sua publicação, ocorrida em 28/11/98. [...]

Ocorre que, couro dito no capítulo primeiro, muito embora essa revogação tenha sido absolutamente legítima, o fato é que, as modificações ele base de cálculo introduzidas pela Lei 9.718/98 eram inconstitucionais.

A vontade do legislador ele criar uma contribuição sobre a totalidade das receitas era inconstitucional.

Isso se justifica pelo fato de que o artigo 195, inciso I da Constituição (base constitucional do PIS) não previa a possibilidade da incidência de contribuição sobre o total de receitas, razão pela qual, pouco menos de um mês após a publicação da Lei 9.718/98, foi editada a Emenda Constitucional nº 20/98, a qual modificou a redação original do artigo 195, I da CF, na parte que se referia ao faturamento. [...]

C evidente, portanto, que até que venham a ser editadas as leis que irão dispor sobre as contribuições que trata o art. 195 da CF, podem ser exigidas as contribuições anteriormente definidas em lei, como é o caso da [CSLL] (Lei 7.689/88), mas desde condizentes com o Texto Constitucional até então vigente.

Todavia, isso não se aplica às contribuições criadas de forma inconstitucional, como e o caso da contribuição sobre receitas, criada pela Lei 9.718/98, antes da autorização constitucional expressa na Emenda nº 20/98.

Se por ocasião da publicação da Lei 9.718/98 não eram possíveis a criação e exigência de contribuições sobre todas as receitas é claro que aquela, ainda que materialmente pudesse modificar a LC 07/70 (que foi recepcionada como lei ordinária), era inconstitucional. Com efeito, a Lei 9.718/98 poderia ter modificado e até ter revogado a LC 07/70 (como de fato o fez), mas jamais ter ampliado a base de cálculo para abranger todas as receitas, pois isto até a edição da EC 20/98 não era autorizado pela Constituição Logo, a regra de que trata o artigo 12 da EC 20/98 deve ser integralmente obedecida, e, se o Poder Público pretender de fato exigir contribuições sobre receita deverá editar nova lei regulando a matéria.

Portanto, conclui-se que a Lei 9.718/98, que legitimamente revogou a LC 07/70, não foi recepcionada pela Constituição (mais especificamente pelo artigo 195, I, com a redação dada pela EC 20/98). [...]

Assim, como a LC 07/70 foi revogada legitimamente pela Lei 9.718/98, mas esta, por sua vez, não foi recepcionada pela EC 20/98, atualmente não existe norma válida impondo a exigência cio PIS, sela sobre o faturamento, seja sobre a totalidade das receitas.

E não se alegue que se a Lei 9.718/98 não foi recepcionada, ficam restabelecidas as disposições da Lei Complementar 07/70. [...]

Assim sendo, se a LC 07/70 foi legitimamente revogada pela Lei 9.718/98, mas esta não foi recepcionada pela Constituição (mais especificamente pela EC 20/98), conclui-se que não há, atualmente, norma que estabeleça a exigência do PIS, estando a recorrente dela desonerada.

E isto se justifica pelo simples Pato de que, se o legislador manifestou sua vontade, através ele instrumento legítimo, ele chie não fosse mais exigido o PIS nos moldes da LC 07/70, não pode pretender que, sem nova lei, essa vontade se ia modificada. [...]

Como a LC 07/70 foi revogada legitimamente pela Lei 9.718/98, na data da sua publicação, mas esta, por sua vez, não foi recepcionada pela EC 20/98, atualmente não existe norma válida impondo a exigência do PIS, seja sobre o faturamento, sela sobre a totalidade das receitas. E isso se justifica pelo fato de que, mesmo não tendo sido recepcionada a Lei 9.718/98 pelo texto atual do artigo 195, I da Constituição (redação dada pela EC 20/98), não pode se restabelecer a vigência da Lei Complementar 07/70, pois o sistema jurídico nacional não admite o fenômeno da repristinação.

Lobo, seja com base na LC 07/70, seja com base na Lei 9.718/98, o PIS não pode ser exigido dos contribuintes até que venha a ser editada Lei dispondo sobre a matéria (contribuição sobre faturalllent0 ou receitas).

Pertinente à inconstitucionalidade das modificações da base de cálculo do PIS introduzidas pela Leinº 9.718, de 1998, noticia que:

Caso se entenda que os esclarecimentos desenvolvidos no capítulo anterior não são procedentes, pede-se que, com base nos argumentos a seguir expostos, seja garantido ao menos o direito da recorrente de ter recalculado o valor devido à título de PIS, utilizando-se como base de cálculo a disposta na Lei Complementar 07/70.

Ressalte-se que toda a questão à não recepção da Lei 9.718/98 pela EC 20/98 foi amplamente demonstrada no capítulo anterior. No presente capítulo, todavia, o que se fará é dar uma ênfase maior relativamente às conseqüências e efeitos da modificação da base de cálculo procedida, e que justifica a exigência do PIS somente nos moldes da LC 07/70 (caso os argumentos do capítulo anterior não sejam reconhecidos).

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 coai 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.).

Portanto, trata-se, no caso, de uma nova imposição tributária.

Todavia, como demonstrado no capítulo anterior.

antes da edição da EC 20/98, não havia autorização constitucional para a exigência de contribuição sobre a "totalidade das receitas". Reitera-se aqui tudo o que foi dito no capítulo anterior sobre a não recepção da Lei 9.718/98 pela EC 20/98, inclusive no que tange ao artigo 12 desta última.

Assim sendo, ainda que pouco menos de uni 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 sei - recepcionada

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

Como o art. 195, 1 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 ló 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.

Apresenta argumentos contra a incidência dos juros de mora equivalentes à taxa Selic e em oposição à aplicação da multa de ofício proporcional e da multa de ofício proporcional qualificada.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Diante de todo o exposto requer, com o devido respeito, se digne este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de acolher as preliminares suscitadas para o especial fim de excluir as competências decaídas bem como considerar nulo o processo administrativo fiscal em razão da errônea fundamentação.

Posteriormente, sejam acatadas as razões de mérito julgando, por conseguinte, totalmente insubsistente a presente autuação.

Outrossim, requer que os argumentos expendidos na defesa relativamente ao IRPJ e reflexivos sejam partes integrantes da presente defesa.

CSLL

Discorre sobre os fatos:

Dessa forma, o auto de infração apurou a insuficiência do recolhimento a título de CSLL no período compreendido de 31/01/2003 a 31/12/2003.

Aplicou ainda o auto de infração guereado multas de 75 a 150% sobre o valor do imposto devido, além dos juros da taxa SELIC, totalizando R\$52.300,12 (cinquenta e dois mil, trezentos reais e doze centavos).

Não resignada com a lavratura do auto de infração, a recorrente impugnou os lançamentos do crédito tributário.

No que toca à decadência do direito de o Fisco proceder ao lançamento do crédito tributário diz que:

Conforme restou esclarecido anteriormente, o presente auto de infração alega a falta de recolhimento para a CSLL no período compreendido entre 31/01/2003 a 31/12/2003.

O próprio auto de infração é bem claro e consigna sem nenhuma dúvida os exercícios em aberto.

Ocorre, entretanto, que já decorreram mais de 05 (cinco) anos do efetivo direito de lançamento de algumas destas parcelas supostamente devidas, restando o suposto crédito tributário fulminado pela decadência.

Isto porque, os agentes fiscais somente em 21/05/2008 lavraram o presente auto de infração, que foi encaminhado ao contribuinte via correios/AR no dia 25/05/2008.

No entanto, de acordo com o Código Tributário Nacional, os agentes fiscais dispunham de cinco anos para efetuar o lançamento do crédito tributário, a contar da ocorrência do fato gerador. Não o fazendo nesse período, decai o seu direito. [...].

Com base nestas orientações, resta cristalino que não é mais lícito a constituição ou a cobrança de créditos tributários sobre alguns fatos geradores ocorridos nos exercícios objeto deste auto de infração porquanto alcançados pela decadência, razão pela qual a presente preliminar deve ser julgada totalmente procedente para o especial de afastar a cobrança dos períodos decaídos.

A respeito da deficiência de fundamentação argumenta que:

Observa-se através das folhas 441 e 442 que os ilustres agentes fiscais fundamentaram o presente auto de infração de forma equivocada. Senão vejamos.

No quadro "enquadramento legal" (fls. 441 e 442), os agentes fiscais aplicaram as alíquotas para o IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e INSS sem atentar para a nova redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006, que alterou substancialmente as alíquotas aplicadas pelo auto de infração recorrido. [...]

Levando em conta que o auto de infração fora lavrado posteriormente a entrada em vigor da Lei nº 11.307/2006, deveria, necessariamente, fundamentar-se nas novas alíquotas trazidas pela referida lei.

Assim, não se pode negar, com o máximo respeito, que a deficiência acima apontada prejudicou sobremaneira o direito de defesa do contribuinte, na medida em que não fora lavrado um Auto de Infração fundamentado corretamente. [...]

Senhores julgadores, a r. decisão recorrida encontra-se completamente equivocada, isto porque a recorrente está pleiteando exatamente a aplicação do artigo 144 do CTN, ou seja, as aplicações das novas alíquotas trazidas pela Lei nº 11.307/2006, que já estavam em vigor quando da lavratura do auto de infração. [...]

Dessa forma, requer, com o máximo respeito, seja declarado nulo o auto de infração recorrido em atenção ao artigo 59 do Decreto 70.235/1972.

Relativamente à nulidade do Auto de Infração face o lançamento do débito ter se baseado em mera presunção suscita que:

Entendeu o r. julgador, que é a própria lei que define que os depósitos bancários de origem não comprovada caracterizam omissão de receita ou de rendimentos; não são meros indícios de omissão, razão pela qual não há obrigatoriedade do fisco estabelecer o nexo causal entre o depósito e o fato que represente omissão de receita ou sinal exterior de riqueza, tratando-se de presunção relativa.

Com o máximo respeito, entende o recorrente que este entendimento não deve prevalecer. É o que adiante se demonstrará.

Conforme se depreende do auto de infração recorrido, os ilustres agentes fiscais procederam ao lançamento de suposto débito com base nos depósitos bancários existentes em nome da recorrente.

Assim, lavrou-se o presente auto de infração sob a alegação de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada.

Dessa forma, o fisco procedeu ao lançamento do débito, e ainda aplicou multa de ofício agravada, sob a alegação de existência de fraude, baseando-se em mera presunção.

Em verdade, o lançamento deve sempre se pautar em fatos precisos e incontroversos, não sendo admitido o ocorrido no presente processo administrativo, em que o fisco, arbitrariamente, exige imposto e multa agravada na presunção de que o contribuinte omitiu receita, com base apenas nos extratos bancários.

Todavia, é imperativo que se tenha em mente sempre, que em matéria tributária as presunções devem ser encaradas com cautela, sob pena de se desrespeitar os princípios da estrita legalidade e da tipicidade fechada que norteiam o Direito Tributário Brasileiro. [...]

Sendo assim, por não haver presunções absolutas no Direito Tributário, *data venia*, não pode-se admitir, no presente caso, que o fisco alegue a omissão de receita, culminado ainda, multa de ofício em 150% por presumir a fraude do contribuinte.

Ademais, a presente exigência nem sequer foi motivada de forma clara e transparente pela autoridade fiscal. Houve, isto sim, a completa desconsideração das informações prestadas, as quais conferem com os créditos das contas correntes. Não houve, portanto, a necessária motivação do ato administrativo que ensejou o auto de infração.

Percebe-se que tal atitude é completamente arbitrária pois, sendo assim, fica muito fácil para o fisco visitar empresas/contribuintes e, por simples discricionariedade, exhibir-lhes imposto e aplicar-lhes multa porque presume determinada infração. [...]

Além do mais, a recorrente, apresentou ao fisco esclarecimentos, sendo estes ignorados, sem a menor prova de falsidade de tais

Oportuno também deixar claro que os depósitos bancários não constituem por si só, fato gerador do imposto de renda, cuja definição reside no art. 43 do Código Tributário Nacional.

Logo, *data venia*, inquestionável é a improcedência da exigência fiscal em discussão, face a total impossibilidade de se autuar a partir de presunções.

No que diz respeito ao Decreto-Lei nº 2.471, de 1988, menciona que:

Verificando e analisando o auto de infração questionado se constata que houve a autuação porque os agentes fiscais alegaram a suposta existência de depósitos bancários de origem não comprovada. [...]

No entanto, há que se mencionar a existência do Decreto-Lei 2.471/88 que em seu inciso VII, do artigo 9º determina que:

"Art. 9º Ficam cancelados, arquivando-se, conforme o caso, os respectivos processos administrativos, os débitos para com a Fazenda Nacional, inscritos ou não como Dívida Ativa da União, ajuizados ou não, que tenham tido origem na cobrança:

VII — do imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários."

Tal decreto-lei só vem a reforçar os argumentos da recorrente no que diz respeito a total improcedência da autuação fiscal.

Apresenta argumentos contra a incidência dos juros de mora equivalentes à taxa Selic e em oposição à aplicação da multa de ofício proporcional e da multa de ofício proporcional qualificada.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Diante de todo o exposto requer, com o devido respeito, se digne este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de acolher as preliminares suscitadas para o especial fim de excluir as competências decaídas bem como considerar nulo o processo administrativo fiscal em razão da errônea fundamentação.

Posteriormente, sejam acatadas as razões de mérito julgando, por conseguinte, totalmente insubsistente a presente autuação.

Outrossim, requer que os argumentos expendidos na defesa relativamente ao IRPJ e reflexivos sejam partes integrantes da presente defesa.

Em relação ao sobrestamento do julgamento do presente processo (Resolução nº 18010-00.297, de 08.10.2013, da 1ª TE/3ª Câmara/1ª SJ/CARF, fls. 1211-1218), vale esclarecer que a Portaria MF nº 545, de 28 de novembro de 2013, revogou os §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Tendo em vista a edição desse ato normativo foi cancelado o sobrestamento do julgamento do processo referente à matéria (art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001) que está em repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (STF) sem trânsito em julgado, de acordo com o rito do art. 543-B do Código de Processo Civil (CPC). Assim, o julgamento do presente processo deve prosseguir, em conformidade com as normas do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

Toda numeração de folhas indicada nessa decisão se refere à paginação eletrônica dos autos em sua forma digital ou digitalizada.

É o Relatório.

Autos de Infração

I - Contra a Recorrente acima identificada foi lavrado o Auto de Infração às fls. 483-461, com a exigência do crédito tributário no valor de R\$30.025,16, a título de Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), juros de mora, multa de ofício proporcional e multa

de ofício proporcional qualificada, apurado no regime tributário do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), referente ao período de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2003, em conformidade com o Termo de Verificação Fiscal, fls 424-470.

O lançamento fundamenta-se nas infrações que se seguem:

Item 1 – Omissão de receitas de depósitos bancários não escriturados, cuja apuração foi efetivada a partir do cotejo entre os valores creditados:

- na conta-corrente nº 10093-3 da agência nº 1373 do Banco do Brasil S/A, fls. 177-190;
- na conta-corrente nº 02348-6 da agência nº 3710 do Banco Itaú S/A, fls. 191-245;
- na conta-corrente nº 739-0 da agência nº 4343-5 do Sicoob S/A, fls. 246-245-297;
- na conta-corrente nº 0673-13-001156-1 da agência nº 0673 do Banco Banespa S/A, fls. 79-86; e
- na conta-corrente nº 4156.003- 273-3 da agência nº 4156 da Caixa Econômica Federal S/A, fls. 87-176.

Em relação a esses valores a Recorrente titular, regularmente intimada, não comprovou a origem dos recursos utilizados nas operações bancárias mediante documentação hábil e idônea coincidente em datas e valores, de acordo com os extratos bancários apresentados pelas instituições financeiras, em atendimento às Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), fls. 09-18 e as informações constantes na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – Simples (DSPJ – Simples), do período de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2003, fls. 386-421.

Item 2 – Insuficiência de recolhimento decorrente da aplicação incorreta da alíquota incidente sobre a receita bruta, conforme dados informados nas Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica – Simples (DSPJ – Simples) do período de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2003, fls. 386-421.

Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, § 2º do art. 2º, alínea “a” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998 e art. 186, art. 188 e art. 199 do Regulamento do Imposto de Renda constante no Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR, de 1999).

Em decorrência de serem os mesmos elementos de provas indispensáveis à comprovação dos fatos ilícitos tributários foram constituídos os seguintes créditos tributários pelos lançamentos formalizados neste processo:

II - O Auto de Infração às fls. 462-500 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$30.025,16 a título de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS),

juros de mora, multa de ofício proporcional e multa de ofício proporcional qualificada. Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: alínea “b” do art. 3º da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973, bem como o inciso I do art. 2º, art. 3º e art. 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 14 de dezembro de 1995, § 2º do art. 2º, alínea “b” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 1996 e ainda art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

III – O Auto de Infração às fls. 501-509 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$52.300,12 a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), juros de mora, multa de ofício proporcional e multa de ofício proporcional qualificada. Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: art. 1º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, bem como o § 2º do art. 2º, alínea “c” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 1996 e ainda art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

IV – O Auto de Infração às fls. 510-518 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$104.600,40 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), juros de mora, multa de ofício proporcional e multa de ofício proporcional qualificada. Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, § 2º do art. 2º, alínea “d” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 1996 e ainda art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

V - O Auto de Infração às fls. 519-527 com a exigência do crédito tributário no valor de R\$192.152,17 a título de Contribuição para a Seguridade Social (INSS), juros de mora, multa de ofício proporcional e multa de ofício proporcional qualificada. Para tanto, foi indicado o seguinte enquadramento legal: § 2º do art. 2º, alínea “f” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18, todos da Lei nº 9.317, de 1996 e ainda art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

Exclusão do Simples

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) foi excluída de ofício a partir de 01.01.2004 mediante o Ato Declaratório Executivo DRF/FOZ/PR S/N de 04.06.2008, por auferir receita bruta acima do limite legal de receita bruta no ano-calendário de 2003 (art. 2º e inciso II do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996), fls. 539-543. A Recorrente foi cientificada em 09.06.2008, fl. 544.

Instauração do Litígio

Cientificada em 26.05.2008, fl. 501, a Recorrente apresenta as impugnações em 13.06.2008, fls. 546-980.

Tece esclarecimentos sobre a ação fiscal informando que se dedica à “exploração do ramo de comércio de produtos siderúrgicos, metalúrgicos, sucata de ferro, aço e outros metais, materiais de construção, eletrodomésticos, confecções, gêneros alimentícios, produtos manufaturado, implementos e máquinas agrícolas”.

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

Autenticado digitalmente em 10/04/2014 por ALEXANDRE FERNANDES LIMIRO, Assinado digitalmente em 15/0

4/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 10/04/2014 por ALEXANDRE FERNANDES LIMI

RO, Assinado digitalmente em 15/05/2014 por ANA DE BARROS FERNANDES

Impresso em 03/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Em relação à decadência de o Erário proceder ao lançamento de ofício, suscita que:

O próprio auto de infração é bem claro e consigna sem nenhuma dúvida os exercícios em aberto.

Ocorre, entretanto, que já decorreram mais de 05 (cinco) anos do efetivo direito de lançamento de algumas destas parcelas supostamente devidas, restando o suposto crédito tributário fulminado pela decadência.

Isto porque, os agentes fiscais somente em 21/05/2008 lavraram o presente auto de infração, que foi encaminhado ao contribuinte via correios/AR no dia 25/05/2008.

No entanto, de acordo com o Código Tributário Nacional, os agentes fiscais dispunham de cinco anos para efetuar o lançamento do crédito tributário, a contar da ocorrência do fato gerador . [...]

Com base nestas orientações, resta cristalino que não é mais lícito a constituição ou a cobrança de créditos tributários sobre alguns fatos geradores ocorridos nos exercícios objeto deste Auto de Infração porquanto alcançados pela decadência, razão pela qual a presente preliminar deve ser julgada totalmente procedente ra o especial de afastar a cobrança dos períodos decaídos.

Atinente à deficiência de fundamentação, diz que:

No quadro "enquadramento legal" (fls. 441 e 442), os agentes fiscais aplicaram as alíquotas para o IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e INSS sem atentar para a nova redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006, que alterou substancialmente as alíquotas aplicadas pelo auto de infração impugnado. [...]

Levando em conta que o auto de infração fora lavrado posteriormente a entrada em vigor da Lei nº 11.307/2006, deveria, necessariamente, fundamentar-se nas novas alíquotas trazidas pela referida lei.

Assim, não se pode negar, com o máximo respeito, que a deficiência acima apontada prejudicou sobremaneira o direito de defesa do contribuinte, na medida em que não fora lavrado uni auto de infração fundamentado corretamente. [...]

Dessa forma, requer, com o máximo respeito, seja declarado nulo o auto de infração impugnado em atenção ao artigo 59 do Decreto 70.235/1972.

No que se refere à total improcedência do Auto de Infração por não permitir a exclusão do valor da CSLL da base de cálculo do IRPJ, menciona que:

A Impugnante 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.

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.

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. [...]

Desta forma, passa a ser indedutível a Contribuição Social sobre o Lucro, prevista constitucionalmente no inciso 1 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 imposto de renda.

Tal fato reflete diretamente na diferença do IRPJ exigida através do presente auto de infração.

Embora não exista em nosso sistema tributária, qualquer dispositivo que de forma expressa vede a indedutibilidade da [CSLL] da sua própria base de cálculo, é absurdo pensar na possibilidade de tal inclusão, posto que, flagrante a alteração promovida no conceito de lucro.

Assim, a impossibilidade de se proceder a dedução da [CSLL], da sua própria base de cálculo, e também da base de cálculo do [IRPJ] da, 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. [...]

Sabe-se que nem todas as despesas podem ser retiradas da formação da base de cálculo do Imposto de Renda, no entanto, há que se diferenciar as espécies; unia despesa que constitua mera liberalidade do contribuinte, ocasionada por exemplo pela construção de benfeitorias meramente voluptuárias, e alheias à atividade da empresa, não deve ser deduzida. Aqueles desembolsos que do ponto de vista econômico não correspondam ao conceito de despesas, também não merecem abatimento. No entanto, existem despesas, e os tributos são os melhores exemplos destas, que são impostas às empresas, e que não constituem (e nem poderiam) liberalidade do contribuinte, merecendo, portanto, dedução, para efeito de formação de base de cálculo do [IRPJ], sob pena de se estar tributando quantia que não mais se encontra disponível ao contribuinte e sim ao fisco. [...]

Desta forma, não pode prevalecer a exigência que se está a impor à impugnante, por ofender, entre outras tantas previsões legais, a regra-matriz do Imposto de Renda, o conceito constitucional e complementar de renda ou lucro para as pessoas jurídicas.

No que tange à inconstitucionalidade das modificações das bases de cálculo do PIS e da Cofins previstas na Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, sustenta que:

Todavia, evidentemente, a exigência de contribuições sobre receitas só passou a ser possível após a edição Emenda Constitucional nº 20/98. Antes não havia esta previsão legal.

Se previsão houvesse, não seria necessária a edição de Emenda Constitucional ampliando a possibilidade de incidência da contribuição, que antes era sobre o faturamento e agora é sobre o faturamento ou a receita. [...]

É evidente, portanto, que até que venham a ser editadas as leis que irão dispor sobre as contribuições que trata o art. 195 da CF, podem ser exigidas as contribuições anteriormente definidas em lei, como é o caso da [CSLL] (Lei 7.689/88), mas desde condizentes com o Texto Constitucional até então vigente.

Todavia, isso não se aplica às contribuições criadas de forma inconstitucional, como é o caso da contribuição sobre receitas, criada pela Lei 9.718/98, antes da autorização constitucional expressa na Emenda nº 20/98.

Logo, tendo em vista a inconstitucionalidade da Lei 9.718/98, tendo em vista a ausência de Lei posterior à EC 20/98 criando contribuição sobre todas as receitas, conclui-se que [o PIS e a Confins] não é devido pela Impugnante.

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 dispõe a Lei 9.718/98).

Com o devido respeito, unia coisa é o "faturamento", outra é a "totalidade das receitas" (como prevê a Lei 9.718/98).

Atinente à proibição da exigência de tributos com efeitos confiscatórios e o princípio da razoabilidade da tributação argui que:

A proibição, percebe-se, encontra-se no próprio texto Constitucional em detrimento de disposições infra-constitucionais que tentam, de forma "disfarçada" tributar aquilo que não está disponível ao contribuinte, e sim ao fisco, conforme já exposto. [...]

Mas, não é apenas, quanto ao conceito básico da vedação da tributação confiscatória, que se refere diretamente à apropriação pelo fisco do patrimônio (ou de parte dele) do contribuinte, que a doutrina e a jurisprudência vem interpretando a norma constitucional. [...]

Desta forma, a alteração na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social, e a conseqüente inclusão de despesa, como parcela tributável, constitui afronta direta à regra constitucional proibitória da tributação confiscatória, ou como querem alguns, "princípio da razoabilidade da tributação". [...]

Pertinente à ofensa ao art. 146 da Constituição Federal, procura demonstrar que:

Permanecendo a regra da Lei 9.316/96, ter-se-á, conforme demonstrado, clara tributação de despesas, o que ocasionará um encargo muito maior à impugnante, e frise-se, tal encargo absolutamente desprovido de legalidade. [...] Tributou-se valores que não estavam disponíveis ao contribuinte, e sim ao Fisco, o que eleva a carga tributária, e o faz de forma absolutamente desprovida de legalidade.

No que diz respeito ao conceito de renda para as pessoas jurídicas, destaca que:

Desta maneira, percebe-se que lucro, é sempre algo positivo, é sempre um acréscimo, não há que se negar tal característica.

São, portanto, os valores devidos (recolhidos) como tributos, despesas necessárias. E despesa necessária, é aquela em que não há escolha, há que se efetuar o respectivo pagamento, como no caso dos tributos; ninguém escolhe pagá-los, apenas o faz, porque a lei assim impõe.

Não há que se falar, portanto, que o que não configura lucro, ao contrário, é o mais perfeito exemplo de despesas, passa a ser considerado acréscimo, porque a lei (ordinária) assim o quer. Ora, a tributação desta forma, vai além do razoável,

estando o legislador a pretender tributar diretamente a capacidade econômica do contribuinte, prática fustigada pelo nosso ordenamento jurídico. [...]

É por total ofensa ao conceito e à norma constitucional e complementar, que não podem prevalecer as determinações da Lei nº 9.316/96, motivos pelos quais o auto de infração é totalmente improcedente ao exigir o recolhimento a título de IRPJ e sem possibilitar deduzir o valor da CSLL da sua base de cálculo.

Concernente ao Decreto-Lei nº 2.471, de 1º de setembro de 1988, denota que:

Verificando e analisando o auto de infração questionado se constata que houve a autuação porque os agentes fiscais alegaram a suposta existência de depósitos bancários de origem não comprovada. É o que se denota da descrição da infração averiguada [...].

Defende a tese de que os lançamentos devem ser cancelados.

Referente às condições de validade do ato administrativo de exclusão do Simples argui que:

O Ato Declaratório de Exclusão praticado contra a contribuinte, por sua vez, é um ato que restringe direitos da pessoa jurídica, privando-a do exercício de um direito líquido e certo que é o de ser tributada pelo regime do Simples quando preenchidos os pressupostos legais.

Por conseguinte, o ato de exclusão da contribuinte do SIMPLES está maculado de nulidade absoluta e insanável, visto que houve ofensa ao devido processo legal.

De nada adiantaria, num processo, proferir-se a sentença e só depois chamar o réu para se defender do comando dessa sentença. Salvo as exceções legalmente previstas (tais como antecipação de tutela e medida cautelar), no devido processo legal o contraditório e a ampla defesa deverão ser garantidos anteriormente à prolação de qualquer decisão que pretenda ser definitiva. De outra forma, haverá nulidade. [...]

Assim, com a declaração de exclusão liminar da contribuinte do Simples houve ofensa ao princípio do devido processo legal, sendo nulo o ato de exclusão e, portanto, devendo ser invalidado por esta r. DRJ, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos [...].

Com efeito, como já visto, o artigo 5º, caput, e seu inciso LV, da CF/88, e o artigo 15 da Lei 9.317, de 1996, determinam a observância do devido processo legal aos processos administrativos que visam limitar direitos individuais.

Procedimento previsto na lei, trata-se, assim, de legalidade estrita. Também faltou a condição da proporcionalidade, porquanto o ato de exclusão não sopesou na exata medida o faturamento da contribuinte.

Portanto, faltaram à validade do ato administrativo as condições da proporcionalidade e da legalidade dos meios empregados pela Administração [Pública]. [...]

Assim, caso a impugnação ao auto de infração lavrado venha a ser julgada procedente para reduzir ou eliminar os valores autuados, não haverá que se falar em excesso ao limite de receita bruta do Simples.

Apresenta argumentos contra a incidência dos juros de mora equivalentes à taxa Selic e em oposição à aplicação da multa de ofício proporcional e multa de ofício proporcional qualificada.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Diante de todo o exposto requer, com o devido respeito, se digne Vossa Senhoria de acolher as preliminares suscitadas para o especial fim de excluir as competências decaídas bem como considerar nulo o processo administrativo fiscal em razão da errônea fundamentação. Posteriormente, sejam acatadas as razões de mérito julgando, por conseguinte, totalmente insubsistente a presente autuação. [...]

Outrossim, requer que os argumentos expendidos nas defesas relativamente aos tributos reflexivos sejam partes integrantes da presente defesa.

Pelo exposto, requer se digne Vossa Senhoria, com o devido respeito, de acolher as razões ora expostas na presente manifestação de inconformidade, para o fim de anular o ato declaratório de exclusão do Simples, pelo fato da contribuinte ter sido indevidamente excluída do Simples, conforme demonstrado na presente defesa. Caso não seja este o entendimento, o que se descarta desde já, ainda assim requer o sobrestamento do ato declaratório de exclusão até o julgamento final do auto de infração lavrado, a fim de se evitar decisões conflitantes.

Requer, ainda, que desta decisão seja intimada a contribuinte para que possa tomar as medidas necessárias.

Nesses termos, pede deferimento.

Está registrado como resultado do Acórdão da 2ª TURMA/DRJ/CTA/PR nº 06-27.000, de 17.06.2010, fls. 985-1057: “Impugnação Improcedente.

Restou ementado

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003

DECADÊNCIA. DOLO FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Para os lançamentos de ofício, a contagem do prazo decadencial de cinco anos inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o respectivo lançamento poderia ter sido efetuado.

LANÇAMENTO. ALÍQUOTAS APLICÁVEIS.

Conforme determina o CTN, o lançamento tributário se reporta à data da ocorrência do fato gerador da obrigação, devendo ser regido pela lei então vigente.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

A utilização da taxa Selic como juros moratórios decorre de expressa disposição legal, sendo aceita tanto administrativa quanto judicialmente.

MULTA QUALIFICADA. EVIDÊNCIAS DE SONEGAÇÃO.

Correta a aplicação de multa qualificada quando há evidências inequívocas da figura da sonegação, materializada pela existência de enorme quantidade de depósitos sem origem justificada, representando quase 70% da receita da pessoa jurídica.

CONTRADITÓRIO ANTERIOR À EDIÇÃO DO ATO DECLARATÓRIO EXCLUDENTE DO SIMPLES. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

O ato declaratório que exclui o contribuinte do Simples, no momento em que editado, não é definitivo, apenas materializa o termo a partir do qual o interessado poderá, querendo, manifestar sua inconformidade e instaurar o devido processo legal. Por essa razão, a inexistência de contraditório anterior à edição do ato declaratório não cerceia a defesa do contribuinte excluído, mormente quando cumprido todo o trâmite legalmente previsto para o procedimento.

VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LEGALIDADE.

Descabe qualquer alegação de ilegalidade do ato administrativo que declarou a exclusão do contribuinte do Simples, visto que todos os preceitos legais aplicáveis ao procedimento foram fielmente seguidos.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. AUTORIDADE INCOMPETENTE.

O foro administrativo carece de competência para discussões relativas à inconstitucionalidade ou ilegalidade dos dispositivos legais utilizados nos lançamentos de crédito tributário, tarefa constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário.

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFEITO SUSPENSIVO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. NECESSIDADE DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

No âmbito do processo administrativo, o efeito suspensivo não se presume, isto é, deve estar expresso em lei, o que impede à DRJ receber a manifestação de inconformidade contra ato de exclusão do Simples no efeito suspensivo.

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

Ano-calendário: 2003

DEDUÇÃO DA CSLL DA BASE DE CÁLCULO DO IR.**INCONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. INEXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP.**

Descabe acolher argumentação relativa a aplicação de leis que não se referem à situação objeto da lide. No caso, todo o lançamento foi realizado com base na tributação pelo Simples, para as quais a base de cálculo definida em nada se relaciona com as atacadas pelo interessado em sua impugnação.

MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. INSUFICIÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS.

Por constituir-se em presunção legal de omissão de receitas expressamente autorizada pela Lei, correto o lançamento fundado na insuficiência de comprovação da origem dos depósitos bancários.

Notificada em 09.07.2010, fl. 1014, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 27.07.2010, fls. 1023-1209, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge e reitera os argumentos apresentados na peça impugnatória.

IRPJ

Discorre sobre os fatos:

Dessa forma, o auto de infração apurou a insuficiência do recolhimento a título de IRPJ no período compreendido de 31/01/2003 a 31/12/2003.

Aplicou ainda o auto de infração guereado multas de 75 a 150% sobre o valor elo imposto devido, além dos juros da taxa SELIC, totalizando R\$30.025,16 (trinta mil, vinte e cinco reais e dezesseis centavos).

Não resignada com a lavratura do auto de infração, a recorrente impugnou os lançamentos do crédito tributário. [...]

No entanto, com o devido respeito, o crédito tributário consubstanciado no auto de infração é totalmente indevido.

A respeito da decadência do direito de o Fisco proceder ao lançamento do crédito tributário estabelece que

Conforme restou esclarecido anteriormente, o presente Auto de Infração alega a falta de recolhimento para o IRPJ no o período compreendido entre 31/01/2003 a 31/12/2001 O próprio auto de infração é bem claro e consigna sem nenhuma dúvida os exercícios em aberto.

Ocorre, entretanto, que já decorreram mais de 05 (cinco) anos do efetivo direito de lançamento de algumas destas parcelas supostamente devidas, restando o suposto crédito tributário fulminado pela decadência.

Isto porque, os agentes fiscais somente em 21/05/2008 lavraram o presente auto de infração, que foi encaminhado ao contribuinte via correios/AR no dia 25/05/2008.

No entanto, de acordo com o Código Tributário Nacional, os agentes fiscais dispunham de cinco anos para efetuar o lançamento do crédito tributário, a contar da ocorrência do fato gerador [...].

Com base nestas orientações. resta cristalino que não é mais lícito a constituição ou a cobrança de créditos tributários sobre al,, uns f atos geradores ocorridos nos exercícios objeto deste auto de infração porquanto alcançados pela decadência, razão pela qual a presente preliminar deve ser julgada totalmente procedente para o especial de afastar a cobrança dos períodos decaídos.

No que se refere à deficiência de fundamentação argui que:

Observa-se através das folhas 441 e 442 que os ilustres agentes fiscais fundamentaram o presente nulo ele infração ele forma equivocada. Senão vejamos.

No quadro "enquadramento legal" (fls. 441 e 442), os agentes fiscais aplicaram as alíquotas para o IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e INSS sem atentar para a nova redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006, que alterou substancialmente as alíquotas aplicadas pelo auto de infração recorrido. [...]

Levando em conta que o auto de infração fora lavrado posteriormente a entrada em vigor da Lei nº 11.307/2006, deveria, necessariamente, fundamentar-se nas novas alíquotas trazidas pela referida lei.

Assim, não se pode negar, com o máximo respeito, que a deficiência acima apontada prejudicou sobremaneira o direito de defesa do contribuinte na medida em que rido fora lavrado um auto de infração fundamentado corretamente [...].

Senhores julgadores, a r. decisão recorrida encontra-se completamente equivocada, isto porque a recorrente está pleiteando exatamente a aplicação do artigo 144 do CF, ou seja, as aplicações das novas alíquotas trazidas pela Lei nº 11.307/2006, que já estavam em vigor quando da lavratura do auto de infração. [...]

Dessa forma, requer, com o máximo respeito, seja declarado nulo o auto de infração impugnado em atenção ao artigo 59 do Decreto 70.235/1972.

Concernente à total improcedência do Auto de Infração por não permitir a exclusão do valor da CSLL da base de cálculo do IRPJ defende que:

Na r. decisão [...] fundamentou o r. julgador, que se aplica no presente caso, a base de cálculo prevista na Lei nº 9.317/96, ou seja, a receita bruta da pessoa jurídica, devendo assim, serem desconsideradas as alegações da recorrente.

Este entendimento não deve prevalecer. É o que adiante se demonstrará.

A recorrente 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.

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 IRPJ de renda.

No entanto, a 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 1996, 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.

Desta forma, 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 imposto de renda.

Tal fato reflete diretamente na diferença do IRPJ exigida através do presente auto de infração.

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.

Sobre a afronta direta ao art. 143 do Código Tributário Nacional e o conceito de renda:

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

Autenticado digitalmente em 10/04/2014 por ALEXANDRE FERNANDES LIMIRO, Assinado digitalmente em 15/0

4/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 10/04/2014 por ALEXANDRE FERNANDES LIMIRO,

Assinado digitalmente em 15/05/2014 por ANA DE BARROS FERNANDES

Impresso em 03/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Assim, a impossibilidade de se proceder à dedução da regradada Contribuição, da sua própria base de cálculo, e também da base de cálculo do Imposto de Renda, 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 II, alínea "a" e 145, V, ambos da Constituição Federal, razão pela qual o presente auto de infração, que exige o recolhimento de IRPJ deve ser julgado totalmente improcedente. [...]

Sabe-se que a base de cálculo do Imposto de Renda é exatamente a renda auferida no período, ou seja, a disponibilidade econômica ou jurídica da renda e provermos qualquer natureza. Não se pode, portanto, exercer tributação sobre indisponibilidade econômica, sobre valores que na realidade estão disponíveis ao fisco e não mais ao contribuinte. [...]

Percebe-se de imediato, que as disposições supra transcritas em tudo coadunam com a disposição genérica do texto constitucional, de modo a apenas especificar aquilo que se encontra na lei maior.

Não concede, em momento algum, o legislador complementar, faculdade ao legislador ordinário, para que promova quaisquer alterações no conceito de renda que define, [...] sob pena de inconstitucionalidade da previsão. [...]

Note-se, que o que está a pretender o legislador ordinário, é uma tributação daquilo que de forma alguma constitui renda, ao contrário, trata-se do alais perfeito exemplo do que seria despesa, e ainda, despesa necessária, uma vez que pagar tributos não configura liberalidade do contribuinte.

Sabe-se que nem todas as despesas podem ser retiradas da formação da base de cálculo do Imposto de Renda, no entanto, há que se diferenciar as espécies; uma despesa que constitua mera liberalidade do contribuinte, ocasionada por exemplo pela construção de benfeitorias meramente voluptuárias, e alheias à atividade da empresa, não deve ser deduzida. Aqueles desembolsos que do ponto de vista econômico não correspondam ao conceito de despesas, também não merecem abatimento. No entanto, existem despesas, e os tributos são os melhores exemplos destas, que são impostas às empresas, e que não constituem (e nem poderiam) liberalidade do contribuinte, merecendo, portanto, dedução, para efeito de formação da base de cálculo do Imposto de Renda, sob pena, de se estar tributando quantia que não mais se encontra disponível ao contribuinte e sim ao fisco. [...]

Assim, sendo, tratando-se de Imposto de Renda, um imposto cuja base de cálculo possui natureza complexiva, composta tanto por grandezas positivas quanto por grandezas negativas, ao não se admitir a dedução daquelas despesas intrínsecas, estar-se-á, claramente a tributar despesa. C despesa, parece claro, não é renda, não é acréscimo patrimonial, ao contrário, é diminuição do patrimônio, e admitir-se tal tributação, é extrapolar o permitido no artigo 43 do CTN.

Da mesma forma no caso da Contribuição Social incidente sobre o Lucro, não há que se incluir valores relativos a despesas tributárias, na base de cálculo da própria exação. Do conceito de lucro, extrai-se, que serão sempre grandezas, valores positivos que deverão formá-lo, em nenhum momento cogita-se a soma de despesas para a formação do lucro, o que configuraria total absurdo. [...]

A proibição, percebe-se, encontra-se no próprio texto Constitucional em detrimento de disposições infra-constitucionais que tentam, de forma "disfarçada" tributar aquilo que não está disponível ao contribuinte, e sim ao fisco, conforme já exposto.

É pertinente lembrar, que a proibição do confisco no Direito Brasileiro, refere-se à proibição ao exercício da tributação confiscatória. [...]

Mas, não é apenas, quanto ao conceito básico da vedação da tributação confiscatória, que se refere diretamente à apropriação pelo fisco do patrimônio (ou de parte dele) do contribuinte, que a doutrina e a jurisprudência vem interpretando a norma constitucional. [...]

Assim, dentro do chamado princípio da razoabilidade da tributação, não se admite a instituição de tributos que causem danos, aos contribuintes, em detrimento do erário público. A tributação deve ser razoável, vale dizer, previsível, enfim obediente aos preceitos constitucionais e às normas complementares, até como estabelecimento da segurança jurídica.

Quando a norma prevê tributação além do razoável, ou como no caso em tela, que extrapola a previsão constitucional, tributando além do permitido, está obviamente a ferir preceitos elementares, não podendo ser acolhida pelo ordenamento jurídico, porque não está em consonância com este.

Desta forma, a alteração na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social, e a conseqüente inclusão da despesa, como parcela tributável, constitui afronta direta à regra constitucional proibitória da tributação confiscatória, ou como querem alguns, "princípio da razoabilidade da tributação".

Referente à ofensa à alínea "a" do inciso III do art. 146 da Constituição Federal aduz que:

Por outro lado, admitindo-se a legitimidade da Lei 9.316, abre-se perigoso precedente, no sentido de que se estará ignorando o disposto no artigo 146, inciso III, "a" da Constituição Federal, que prevê que cabe à Lei Complementar a definição também da base de cálculo dos tributos. [...]

Tal dispositivo deve ser analisado e compreendido de modo a que se estabeleça uma hierarquia entre os dispositivos legais. Assim tem-se a Emenda à Constituição, o mais importante meio legal de introdução de normas, sendo a resolução o menos importante.

A hierarquia das normas, justifica-se pela atribuição constitucional de competências às determinadas Formas de regulamentação.

Na questão em tela, a Constituição Federal Foi clara, ao determinar que cabe à lei complementar a correta definição da base de cálculo dos tributos. E, desta Forma, não pode a lei ordinária dispor sobre aquilo que constitucionalmente lhe é vedado fazer.

Ao determinar a inclusão do montante relativo à Contribuição Social sobre o lucro, na base de cálculo do Imposto de Renda, e também na sua própria base de cálculo, a Lei 9.316, está a modificar a base de cálculo da exação de maneira absolutamente clara, e, no entanto, não está investida, a mesma, da formalidade exigida constitucionalmente.

Assim sendo, também pela desobediência à formalidade constitucionalmente exigida, não há que se aplicar as disposições da Lei 9.316/96. [...]

Permanecendo a regra da Lei 9.316/96, ter-se-á, conforme demonstrado, clara tributação de despesas, o que ocasionará um encargo muito maior à impugnante, e frise-se, tal encargo absolutamente desprovido de legalidade.

Pertinente ao conceito de renda ou lucro para as pessoas jurídicas justifica:

Desta maneira, percebe-se que lucro, é sempre algo positivo, é sempre um acréscimo, não há que se negar tal característica.

São, portanto, os valores devidos (recolhidos) como tributos, despesas necessárias despesa necessária, é aquela em que não há escolha, há que se efetuar o respectivo pagamento, como no caso dos tributos, ninguém escolhe pagá-los, apenas o faz, porque a lei assim impõe.

Não há que se falar, portanto, que o que não configura lucro, ao contrário, é o mais perfeito exemplo ele despesas, passa a ser considerado acréscimo, porque a lei (ordinária) assim o quer. Ora, a tribulação desta forma, vai além do razoável, estando o legislador a pretender tributar diretamente a capacidade econômica do contribuinte, prática fustigada pelo nosso ordenamento jurídico. [...]

O raciocínio que pretende impor a lei, considerando despesa como lucro, pode ser autorizado e concludente no plano econômico-financeiro, contudo é inadmissível no plano jurídico.

E, tratando-se do Imposto de Renda de forma mais direta (embora o raciocínio desenvolvido quando da fixação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro, seja aqui também aplicável) deve-se fixar uma correta conceituação do que seja renda.

Renda, para o Código Tributário Nacional, é o produto do Capital, do trabalho ou de ambos combinados. Tensos, aqui também, que renda e demais proveitos são sempre valores positivos.

Assim, conclui-se que o conceito de lucro/renda é inequívoco tanto no âmbito legal quanto doutrinário. [...]

É por total ofensa ao conceito e à norma constitucional e complementar, que não podem prevalecer as determinações da Lei nº 9.316/96, motivos pelos quais o auto de infração é totalmente improcedente ao exigir o recolhimento a título de IRPJ e sem possibilitar deduzir o valor da CSLL da sua base de cálculo.

Em relação ao Decreto-Lei nº 2.471, de 1988, suscita:

Verificando e analisando o auto de infração questionado se constata que houve a autuação porque os agentes fiscais alegaram a suposta existência de depósitos bancários de origem não comprovada. [...] o entanto, há que se mencionar a existência do Decreto-Lei 2.471/88 que em seu inciso VII, do artigo 9º, determina que:

Tal decreto-lei só vem a reforçar os argumentos da recorrente no que diz respeito a total improcedência da autuação fiscal.

Apresenta argumentos contra a incidência dos juros de mora equivalentes à taxa Selic e em oposição à aplicação da multa de ofício proporcional e da multa de ofício proporcional qualificada.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

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

Autenticado digitalmente em 10/04/2014 por ALEXANDRE FERNANDES LIMIRO, Assinado digitalmente em 15/0

4/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 10/04/2014 por ALEXANDRE FERNANDES LIM

RO, Assinado digitalmente em 15/05/2014 por ANA DE BARROS FERNANDES

Impresso em 03/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Diante de todo o exposto requer, com o devido respeito, se digne este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de acolher as preliminares suscitadas para o especial fim de excluir as competências decaídas bem como considerar nulo o processo administrativo fiscal em razão da errônea fundamentação.

Posteriormente, sejam acatadas as razões de mérito julgando, por conseguinte, totalmente insubsistente a presente autuação.

Outrossim, requer que os argumentos expendidos nas defesas relativamente aos tributos reflexivos sejam partes integrantes da presente defesa.

Cofins

Discorre sobre os fatos:

Dessa forma, o auto de infração apurou a insuficiência do recolhimento a título de COFINS no período Compreendido de 31/01/2003 a 31/12/2003 .

Aplicou ainda o Auto de Infração guereado multas de 75 a 150% sobre o valor do imposto devido, além dos juros da taxa SELIC, totalizando R\$104.600,40 (cento e quatro mil, seiscentos reais e quarenta centavos).

Não resignada com a lavratura do auto de infração, a recorrente Impugnou os lançamentos do crédito tributário.

Sobre a decadência, afirma que:

Conforme restou esclarecido anteriormente, o presente auto de infração alega a falta de recolhimento [...] no período compreendido entre 31/01/2003 a 31/12/2003. [...]

Ocorre, entretanto, que já decorreram mais de 05 (cinco) anos do efetivo direito de lançamento de algumas destas parcelas supostamente devidas, restando o suposto crédito tributário fulminado pela decadência.

Isto porque, os agentes fiscais somente em 21/05/2008 lavraram o presente auto de infração, que foi encaminhado ao contribuinte via correios [no] AR no dia 25/05/2008.

No entanto, de acordo com o Código Tributário Nacional, os agentes fiscais dispunham de cinco anos para efetuar o lançamento do crédito tributário, a contar da ocorrência do fato gerador. [...]

Com base nestas orientações, resta cristalino que não é mais lícito a constituição ou a cobrança de créditos tributários sobre alguns fatos geradores ocorridos nos exercícios objeto deste auto de infração porquanto alcançados pela decadência, razão pela qual apresente preliminar deve ser julgada totalmente procedente para o especial de afastar a cobrança dos períodos decaídos.

Referente à deficiência de fundamentação, aduz que o lançamento é nulo e ainda:

No quadro "enquadramento legal" (fls. 441 e 442), os agentes fiscais aplicaram as alíquotas para o IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e INSS sem atentar para a nova redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006, que alterou substancialmente as alíquotas aplicadas pelo auto de infração recorrido. [...]

Levando em conta que o auto de infração fora lavrado posteriormente a entrada em vigor da Lei nº 11.307/2006, deveria, necessariamente, fundamentar-se nas novas alíquotas trazidas pela referida lei.

Assim, não se pode negar, com o máximo respeito, que a deficiência acima apontada prejudicou sobremaneira o direito de defesa do contribuinte, na medida em que não fora lavrado um auto de infração fundamentado corretamente. [...]

Senhores julgadores, a r. decisão recorrida encontra-se completamente equivocada, isto porque a recorrente está pleiteando exatamente a aplicação do artigo 144 do CTN, ou seja, as aplicações das novas alíquotas trazidas pela Lei nº 11.307/2006, que já estavam em vigor quando (Ia lavratura do auto de infração. [...]

Dessa forma, requer, com o máximo respeito, seja declarado nulo o auto de infração recorrido em atenção ao artigo 59 do Decreto 70.235/1972.

Concernente à inconstitucionalidade das modificações da base de cálculo da Cofins introduzidas pela Lei nº 9.718, de 1998, relata que:

A r. decisão [...], ora guerreada, decidiu pela constitucionalidade da alteração da base de cálculo da Cofins, com base na edição da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, a qual teria modificado a redação original do art. 195, inciso 1 da Constituição Federal, passando a autorizar a incidência de contribuição também sobre o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica.

Entende a recorrente, com o devido respeito, que a r. decisão [...], não merece prosperar. E o que adiante demonstrará.

Exige-se no presente auto de infração débito referente ao COFINS após a edição da Lei 9.718/98 que alterou a base de cálculo desta contribuição.

Ocorre que, a alteração da base de cálculo introduzida pela Lei 9.718/98 é completamente inconstitucional, conforme se demonstrará.

A Lei nº 9.718/98 (publicada no dia 28 de novembro de 1998) modificou significativamente a base de cálculo da Cofins deixando de ser faturamento e passou a ser a totalidade das receitas auferidas).

Alterou-se significativamente a Lei Complementar 70/91, para a qual a base de cálculo da COFINS era o "faturamento", entendido este como a receita bruta da pessoa jurídica, decorrente da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

Até aí, num primeiro momento, poder-se-ia dizer que não há nenhuma novidade, pois o faturamento já era a base de cálculo da COFINS e, além disso, o Supremo Tribunal Federal há muito já havia equiparado os conceitos de "faturamento" e "receita bruta", ainda que contabilmente haja diferença entre os dois [...].

Basicamente, ressalvadas algumas peculiaridades de certas categorias específicas de atividades, estas são as exclusões admitidas pela Lei relativamente à base de cálculo da COFINS.

Criou-se, assim, uma contribuição totalmente nova, a qual passou a incidir não mais sobre o faturamento, mas sobre a totalidade das receitas das pessoas jurídicas.

Ocorre que, a Lei 9.718/98 ao mudar a base de cálculo da COFINS, extrapolou os limites fixados pelo artigo 195, I da Constituição (redação original), que não previa a possibilidade da incidência de contribuição sobre o total de receitas.

Pouco menos de um mês após a publicação da dicção da Lei 9.718/98, foi editada a Emenda Constitucional nº 20/98, a qual modificou a redação original do artigo 195, I da CF, na parte que se referia ao faturamento, e passou a autorizar a incidência também sobre as receitas.

Assim sendo, a princípio, ficou autorizada a incidência de contribuição sobre as receitas. Todavia, evidentemente, a exigência de contribuições sobre receitas só passou a ser possível após a edição Emenda Constitucional nº 20/98. Antes não havia esta previsão legal.

Se previsão houvesse, não seria necessária a edição de Emenda Constitucional ampliando a possibilidade de incidência da contribuição, que antes era sobre o faturamento e agora é sobre o faturamento ou a receita.

Assim sendo, evidentemente, até que venham a ser editadas as leis que irão dispor sobre as contribuições que trata o art. 195 da CF (redação atual), podem ser exigidas as contribuições anteriormente definidas em lei, como o caso da [CSLL] (Lei 7.689/88).

Todavia, isso não se aplica às contribuições criadas de forma inconstitucional, como é o caso da contribuição sobre receitas, criada pela Lei 9.718/98, antes da autorização constitucional expressa na Emenda nº 20/98.

Logo, tendo em vista a inconstitucionalidade da Lei 9.718/98, tendo em vista a ausência de lei posterior à LC 20/98 criando contribuição sobre todas as receitas, conclui-se que a COFINS não é devido pela recorrente.

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 dispõe a Lei 9.718/98). [...]

A LC 70/91 fixava como base de cálculo da COFINS, o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e serviços de qualquer natureza."

A própria legislação, portanto, apesar de ter igualado os conceitos de FATURAMENTO e RECEITA BRUTA, restringiu esta às receitas de vendas de mercadorias ou de serviços. Quaisquer outras receitas ficaram excluídas da incidência.

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar a AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 1/DF, definiu o que vem a ser faturamento, e essa definição em nada foge daquela fixada pela própria LC 70/91. [...]

Portanto, lido 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 artigo 195, I — redação original).

Ora, a Lei 9.718/98, 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.).

Portanto, trata-se, no caso, de uma nova imposição tributária.

Todavia, antes da edição da EC 20/98, não havia autorização constitucional para a exigência de contribuição sobre a — totalidade das receitas" - Assim sendo, ainda que pouco menos de trinta meses 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 no Texto Constitucional novo esteja de acordo com o Texto anterior, o que, como demonstrado, definitivamente não é o caso. [...]

Evidente, portanto, a inconstitucionalidade da Lei 9.718/98, no que tange à modificação da base de cálculo procedida.

Importante que se destaque que neste sentido é o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que, em decisão plenária, no julgamento do RE 357.950, Rel. Marco Aurélio, Sessão de 09.11.05, 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. [...]

Demonstrada assim 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.

Apresenta argumentos contra a incidência dos juros de mora equivalentes à taxa Selic e em oposição à aplicação da multa de ofício proporcional e da multa de ofício proporcional qualificada.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Diante de todo o exposto requer, com o devido respeito, se digne este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de acolher as preliminares suscitadas para o especial fim de excluir as competências decaídas bem como considerar nulo o processo administrativo fiscal em razão da errônea fundamentação.

Posteriormente, sejam acatadas as razões de mérito julgando, por conseguinte, totalmente insubsistente a presente autuação.

Outrossim, requer que os argumentos expendidos na defesa relativamente ao IRPJ e reflexivos sejam partes integrantes da presente defesa.

Exclusão do Simples

Discorre sobre os fatos:

Preenche os requisitos elencados na Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996, optando à tributação pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

Porém, em 09 de junho de 2008, por força de Ato Declaratório expedido pela Delegacia da Receita Federal de Foz do Iguaçu, a contribuinte foi excluída do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e

Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, com fundamento no art. 9º inciso, XIII, da Lei nº 9.317, de 1996, porquanto teria auferido receita bruta superior a R\$1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). [...]

Não resignada com a referida exclusão, a recorrente apresentou manifestação de inconformidade a qual foi julgada improcedente.

No entanto, não andou bem a r. decisão, razão pela qual interpõe o presente recurso, para o especial fim de reenquadrar a recorrente no Simples.

Atribui-se, dessa forma, ao processo administrativo, garantias constitucionais processuais fundadas nas bases de um Estado Democrático de Direito: democracia, igualdade, liberdade.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, por sua vez, regulamentadora a o processo administrativo no âmbito federal tem o condão de garantir à Administração Pública, bem como aos administrados em geral, a garantia de isonomia, apregoada constitucionalmente, e a efetividade de um processo justo, impedindo-se a legalização de arbitrariedades sob o auspício de não existir norma que oriente os agentes públicos.

Entretanto, o devido processo legal atinente aos procedimentos administrativos não radica, com exclusividade, na Lei 9.784, de 1999, eis que decorre, antes, de preceito constitucional. Alie-se o fato de que a norma do artigo 37 da CF/88 dita os preceitos a que a conduta da Administração Pública está invariavelmente jungida.

Dessa forma, todas as leis que de forma direta ou indireta ditam preceitos a serem observados pelo Estado, no exercício de sua função Administrativa, extraem fundamento de validade das normas constitucionais, e, por conseguinte, informam o devido processo legal administrativo, porquanto a conduta do Estado, enquanto Administração, pautar-se-á sempre e invariavelmente pela lei. Dessa forma, a segurança jurídica também é prestigiada. [...]

Assim, em síntese, o princípio constitucional processual do devido processo legal, inserido no processo administrativo, considera-se fundamental para a manutenção de um Estado cunhado nos pilares da democracia, da liberdade e da igualdade.

Ocorre que, no devido processo legal, a possibilidade de contraditório e ampla defesa deve preceder à decisão da autoridade administrativa.

Com efeito, no devido processo legal, a citação assume um conteúdo misto de cientificação e chamamento ao processo, com oferta de contraditório e ampla defesa antes da prolação do decisum.

Não importa que o decisum tenha sido proferido com efeitos provisórios, passíveis de desconstituição por meio de impugnação. O devido processo legal impõe que a decisão só seja tomada depois de oferta de contraditório e ampla defesa.

Um processo cuja sentença definitiva houvesse sido prolatada previamente ao ato de citação da pessoa processada seria invariavelmente nulo.

Pugnar por sua validade seria absurdo, visto que maculado de nulidade absoluta, insanável.

De nada adiantaria conceder ao réu a oportunidade de defesa, caso a sentença final já tivesse sido prolatada.

Assim também ocorre no processo administrativo. Como o devido processo legal se aplica ao processo administrativo, a fortiori, quando se tratar de processo de natureza ablativa, sancionadora ou limitativa de direitos individuais, o mesmo raciocínio há que ser aplicado no caso concreto. [...]

Assim, com a declaração de exclusão liminar da contribuinte do SIMPLES houve ofensa ao princípio do devido processo legal, sendo nulo o ato de exclusão e, portanto, devendo ser invalidado por esta r. DRJ, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos, conforme entendimento já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal por meio das Súmulas 346 e 473.[...]

Atinente às condições de validade do ato administrativo suscita que:

Somente se presentes todas essas condições a validade do ato administrativo se torna legítimo, legal, válido e eficaz.

No caso concreto, nada justifica que a exclusão ora contribuinte tenha sido praticada liminarmente, mesmo que provisoriamente, porquanto a Administração não utilizou meio legal ao ofender o princípio do devido processo legal.

Com efeito, como já visto, o artigo 5º, caput, e seu inciso LV, da CF/88, e o artigo 15 da Lei 9.317, de 1996, determinam a observância do devido processo legal aos processos administrativos que visam limitar direitos individuais. Procedimento previsto na lei, trata-se, assim, de legalidade estrita.

Também faltou a condição da proporcionalidade, porquanto o ato de exclusão não sopesou na exata medida o faturamento da contribuinte.

Portanto, faltaram à validade do ato administrativo as condições da proporcionalidade e da legalidade dos meios empregados pela Administração. [...]

A propósito, o artigo 2º da Lei 9.317, de 29 de janeiro de 1999, é claro ao exigir o respeito às condições a que o ato administrativo esta inelutavelmente jungido.

No que diz respeito à necessidade do sobrestamento do ato de exclusão do Simples até o julgamento final do Auto de Infração explica:

De se observar que paralelamente ao ato de exclusão do SIMPLES ora guerreado, os ilustres agentes fiscais também lavraram auto de infração contra a contribuinte alegando supostas omissões de receita.

Verifica-se que foi através do auto de infração lavrado que os agentes fiscais apuraram valores que somados a receita declarada pela contribuinte, ultrapassou o limite de receita bruta do SIMPLES de R\$1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

No entanto, contra-atacando o auto de infração lavrado e por não concordar com os seus termos a contribuinte ora excluída apresentou impugnação, conforme atestam os documentos já anexados à manifestação de inconformidade.

Assim, caso a impugnação ao auto de infração lavrado venha a ser julgada procedente para reduzir ou eliminar os valores autuados, não haverá que se falar em excesso ao limite de receita bruta do SIMPLES.

Por esses motivos, caso não sejam acolhidos os argumentos tecidos nos capítulos II 1 e II 2, o presente ato declaratório de exclusão deverá ficar sobrestado

até julgamento definitiva do auto de infração, para o especial fim de se evitar decisões conflitantes.

Conclui:

Pelo exposto, requer se digne este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com o devido respeito, de acolher as razões ora expostas no presente recurso voluntário, para o fim de anular o ato declaratório de exclusão do SIMPLES, pelo fato da contribuinte ter sido indevidamente excluída do SIMPLES, conforme demonstrado na presente defesa.

Caso não seja este o entendimento o que se descarta desde já, ainda assim requer o sobrestamento do ato declaratório de exclusão até; o julgamento final do auto de infração lavrado, a fim de se evitar decisões conflitantes.

Requer, ainda, que desta decisão seja intimada a contribuinte para que possa tomar as medidas necessárias.

PIS

Discorre sobre os fatos:

Dessa forma, o auto de infração apurou a insuficiência do recolhimento a título de PIS no período compreendido de 31/01/2003 a 31 / 12/2003 .

Aplicou ainda o auto de infração guerdado multas de 75 a 150% sobre o valor do imposto devido, além dos juros da taxa SELIC, totalizando R\$30.025,16 (trinta mil, vinte e cinco reais e dezesseis centavos).

Não resignada com a lavratura do auto de infração, a recorrente impugnou os lançamentos do crédito tributário. [...]

Concernente à decadência do direito de o Fisco proceder ao lançamento do crédito tributário aduz que:

Conforme restou esclarecido anteriormente, o presente auto de infração alega a falta de recolhimento para o PIS no período compreendido entre 31/01/2003 a 31/12/2003.

O próprio auto de infração é bem claro e consigna sem nenhuma dúvida os exercícios em aberto.

Ocorre, entretanto, que já decorreram mais de 05 (cinco) anos do efetivo direito de lançamento de algumas destas parcelas supostamente devidas, restando o suposto crédito tributário fulminado pela decadência.

Isto porque, os agentes fiscais somente em 21/05/2008 lavraram o presente auto de infração, que foi encaminhado ao contribuinte via correios/AR no dia 25/05/2008.

No entanto, de acordo com o Código Tributário Nacional, os agentes fiscais dispunham de cinco anos para efetuar o lançamento do crédito tributário, a contar da ocorrência do fato gerador. [...]

Com base nestas orientações, resta cristalino que não é alais lícito a constituição ou a cobrança de créditos tributários sobre alguns fatos geradores ocorridos nos exercícios objeto (leste auto de infração porquanto alcançados pela decadência, razão pela qual a presente preliminar (leve ser julgada totalmente procedente para o especial de afastar a cobrança dos períodos decaídos.

A respeito da deficiência de fundamentação e que:

Observa-se através das folhas 441 e 442 que os ilustres agentes fiscais fundamentaram o presente Auto de infração de forma equivocada. Senão vejamos.

No quadro "enquadramento legal - (fls. 441 e 442), os atentes fiscais aplicaram as alíquotas para o IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e INSS sem atentar para a nova redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006, que alterou substancialmente as alíquotas aplicadas pelo auto de infração recorrido. [...]

Levando em conta que o Auto de Infração fora lavrado posteriormente a entrada em vigor da Lei nº 11.307/2006, deveria, necessariamente, fundamentar-se nas novas alíquotas trazidas pela referida lei.

Assim, não se pode negar, com o máximo respeito, que a deficiência acima apontada prejudicou sobremaneira o direito de defesa do contribuinte, na medida em que não fora lavrado Auto de Infração fundamentado corretamente. [...]

Senhores julgadores, a r. decisão recorrida encontra-se completamente equivocada, isto porque a recorrente está pleiteando exatamente a aplicação do artigo 144 do CTN, ou seja, as aplicações das novas alíquotas trazidas pela Lei nº 11.307/2006, que já estavam em vigor quando da lavratura do Auto de Infração. [...]

Dessa forma, requer, com o máximo respeito, seja declarado nulo o auto de infração recorrido em atenção ao artigo 59 do Decreto 70.235/1972.

No que tange à inexigibilidade da contribuição para o PIS informa:

Fundamentou o F. julgador, em sua r. decisão [...], que a base de cálculo das exigências constituídas por meio dos Autos de Infração ora *sub judice*, foi definida pela lei nº 9.317/96, devendo ser desconsideradas as alegações do recorrente.

Entende o recorrente, com o devido respeito, que a r. decisão não merece prosperar. É o que adiante se demonstrará.

De acordo com o já explicitado anteriormente, o presente auto de infração exige valores relativos ao PIS para o período compreendido de 31/01/2003 a 31/12/2003. No entanto, trata-se de contribuição exigida sob base de cálculo manifestamente arbitrária, vindo ele em contato com o disposto na Constituição Federal. Senão vejamos.

Em 27 de novembro de 1998 foi editada a Lei nº 9.718/98 (publicada no dia seguinte) a qual modificou significativamente a base de cálculo do PIS (deixou ele ser faturamento e passou a ser a totalidade das receitas auferidas).

Alterou-se significativamente a Lei Complementar 07/70, para a qual a base de cálculo do PIS era o "faturamento mensal" (art.3º, b), entendido este como a receita advinda da venda de produtos e prestação de serviços. [...]

Basicamente, ressalvadas algumas peculiaridades de certas categorias específicas de atividades, estas são as exclusões admitidas pela Lei relativamente à base de cálculo do PIS.

Ocorre que, a Lei 9.718/98 (que legitimamente revogou a Lei Complementar 07/70), ao mudar a base de cálculo do PIS, extrapolou os limites fixados pelo artigo 195, I da Constituição (redação original), que não previa a possibilidade da incidência de contribuição sobre o total de receitas.

Pouco menos ele um mês após a publicação da Lei 9.718/98, foi editada a Emenda Constitucional nº 20/98, a qual modificou a redação original do artigo 195, I da CF, na parte que se referia ao faturamento, e passou a autorizar a incidência também sobre as receitas.

Assim, após a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, passou a ser possível a edição de lei que possibilite a exigência de contribuições incidentes sobre as receitas.

Todavia, face à inconstitucionalidade da Lei 9.718/98, que revogou a LC 07/70, e tendo em vista a ausência de lei posterior à EC 20/98 criando contribuição sobre todas as receitas, conclui-se que o PIS não é devido pela impugnante.

Entretanto, o fisco federal está exigindo o PIS no presente auto de infração. O que, como será amplamente demonstrado na sequência, não é mais possível, seja nos moldes da LC 07/70 (legitimamente revogada pela Lei nº 9.718/98, ainda que por incompatibilidade), seja nos moldes da própria Lei nº 9.718/98, que ampliou a 49 base de cálculo do PIS de forma não autorizada pela Constituição. Efetivamente.

A Lei 9.718, muito embora tenha criado inconstitucionalmente uma contribuição sobre receitas (isso será melhor demonstrado no capítulo seguinte), validamente revogou (por incompatibilidade) a Lei Complementar 07/70, que originariamente havia instituído o PIS.

Com efeito, a Lei Complementar 07/70, foi recepcionada pela Carta Magna com força de Lei Ordinária, podendo ser alterada por lei de mesma hierarquia.

Assim sendo, se a Lei Complementar 07/70 é materialmente lei ordinária, conclui-se que os seus dispositivos são de lei ordinária, razão pela qual, por lei ordinária podem ser modificados e até mesmo revogados.

Logo, não há dúvidas de que a Lei nº 9.718/98 era veículo legislativo adequado para a modificação da estrutura do PIS. Não havia necessidade de lei complementar para alterar a LC 07/70 e a estrutura da contribuição social por ela instituída, até porque a exigência feita pela Constituição Federal no que tange a necessidade de Lei Complementar, se limita à criação de novas fontes de custeio da Seguridade Social. [...]

Com a Lei 9.718/98, alterou-se o fato gerador e a base de cálculo do PIS.

O fato gerador nos moldes da LC 07/70, era TER FATURAMENTO, entendido este como a receita advinda da operação de venda de mercadoria ou prestação de serviços.

O fato gerador nos moldes da Lei 9.718/98, por sua vez, passou a ser o auferimento de receitas, entendendo-se como a totalidade dos ingressos de valor, exceto daqueles excluídos pelo §2º do art. 3º. Não ficou, portanto, restrita às receitas provenientes das vendas de mercadorias.

A base de cálculo, conseqüentemente, deixou de ser o valor do faturamento (como determinava a LC 07/70), para ser o valor total das receitas auferidas (incluindo-se, a partir de então, as receitas financeiras, as variações monetárias ativas, etc., que antes não integravam a base de cálculo do PIS).

Portanto, como fato gerador e a base de cálculo são diferentes, conclui-se que foi criada uma nova contribuição.

Essa contribuição, nos moldes fixados pela Lei 9.718/98, é absolutamente diversa daquela que havia sido criada pela Lei Complementar 07/70.

Assim sendo, fica fácil concluir que a Lei 9.718/98, muito embora não tenha revogado expressamente a LC 07/70, acabou por fazê-lo por incompatibilidade, o que é perfeitamente possível e aceito pela Teoria Geral do Direito.

Com efeito, dispõe o artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil que "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". [...]

Ora, se a Lei 9.718/98 modificou o fato gerador e a base de cálculo do PIS, é evidente que se tornou incompatível com a LC 07/70, retirando-lhe a obrigatoriedade e tornando obrigatórias novas normas regulamentadoras da contribuição. Houve, portanto, revogação tácita da LC 07/70, expurgando-se do sistema jurídico as normas que originariamente regulavam o PIS. [...]

Por própria disposição da Lei, portanto, esta entrou em vigor na data da sua publicação.

Entrou em vigor porque era válida formalmente pois, como demonstrado supra, foi elaborada por órgão legítimo (Poder Legislativo), competente para legislar sobre aquela matéria (a LC 07/70 podia ser modificada por lei ordinária) e mediante os procedimentos próprios de elaboração e promulgação legislativa. [...]

Ora, como já demonstrado, a Lei 9.718/98, ao ser editada, obedeceu todos os trâmites legais. Além disso, foi posta no mundo jurídico pelo órgão constitucionalmente competente (Poder Legislativo) e mediante o veículo legislativo próprio (lei ordinária). Com efeito, como já demonstrado e repetido, a LC 07/70 foi recepcionada pela Constituição Federal como lei ordinária, razão pela qual, por lei ordinária poderia ser modificada e até mesmo revogada.

Assim sendo, conclui-se que a Lei 9.718/98, na data de sua publicação, de fato entrou em vigor. Desde aquela data ela era, para todos os efeitos, vigente (formalmente válida). [...]

Assim, a eficácia das referidas normas ficou postergada, por expressa disposição da lei.

Todavia, há que se deixar bem claro que a postergação da eficácia se deu exclusivamente em relação às novas imposições tributárias estabelecidas. Os tributos criados ou modificados só poderiam ser exigidos a partir das datas fixadas nos incisos I e II do artigo 17 da Lei.

De resto, a Lei era plenamente eficaz desde a sua publicação. Se assim não fosse, não haveria razão em se incluir um artigo específico para fixar a data do início da eficácia de alguns artigos (discriminando-se cada um). Bastaria dizer constar a expressão: "esta lei produzirá efeitos a partir de ...".

Pois bem. Se a eficácia está relacionada com a possibilidade da norma jurídica produzir efeitos (ainda que potencialmente), não é difícil concluir-se que a Lei 9.718/98 produziu efeitos (era eficaz) desde a sua publicação.

Esses efeitos, por sua vez, podem ser facilmente demonstrados.

O primeiro e principal efeito jurídico produzido foi a exteriorização da vontade do legislador de que o PIS não fosse mais exigido nos moldes da LC 07/70. A vontade do legislador foi a de exigir uma nova contribuição, incidente sobre a totalidade das receitas auferidas. A vontade do legislador foi a de retirar do mundo

jurídico as disposições sobre o PIS, fixadas pela LC 07/70 (fato gerador e base de cálculo) e estabelecer uma nova exigência. E o que é mais importante: essa manifestação de vontade do legislador só pode ser modificada através de outra lei ordinária. Conseqüentemente, o primeiro (e mais importante) eleito da publicação da questionada Lei foi a revogação (tácita ou por incompatibilidade) da LC 07/70. Tem-se aqui um caso claro de eficácia efetiva (concreta) da norma.

Um segundo efeito que se pode facilmente observar é que, se por um lado as novas exigências tributárias só podem incidir a partir das datas fixadas nos incisos I e II do artigo 17 da Lei, por outro lado, se a administração pública praticar qualquer ato tendente a exigir os tributos novos, antes dos referidos prazos, é dado aos contribuintes a defesa administrativa ou judicial. Nesse caso, a Lei 9.718/98 é eficaz e pode ser invocada para afastar a exigência. Assim sendo, desde a publicação da Lei, esta é eficaz para impedir que os tributos por ela criados ou modificados indevidamente incidam antes dos prazos previstos. Tem-se aqui um caso de eficácia potencial da norma.

Logo fica fácil concluir que a Lei 9.718/98 também era eficaz desde a sua publicação. [...]

De tudo visto até agora, conclui-se que a Lei Complementar 07/70 foi válida e legitimamente revogada pela Lei 9.718/98, desde a sua publicação, ocorrida em 28/11/98. [...]

Ocorre que, como dito no capítulo primeiro, muito embora essa revogação tenha sido absolutamente legítima, o fato é que, as modificações de base de cálculo introduzidas pela Lei 9.718/98 eram inconstitucionais.

A vontade do legislador de criar uma contribuição sobre a totalidade das receitas era inconstitucional.

Isso se justifica pelo fato de que o artigo 195, inciso I da Constituição (base constitucional do PIS) não previa a possibilidade da incidência de contribuição sobre o total de receitas, razão pela qual, pouco menos de um mês após a publicação da Lei 9.718/98, foi editada a Emenda Constitucional nº 20/98, a qual modificou a redação original do artigo 195, I da CF, na parte que se referia ao faturamento. [...]

É evidente, portanto, que até que venham a ser editadas as leis que irão dispor sobre as contribuições que trata o art. 195 da CF, podem ser exigidas as contribuições anteriormente definidas em lei, como é o caso da [CSLL] (Lei 7.689/88), mas desde condizentes com o Texto Constitucional até então vigente.

Todavia, isso não se aplica às contribuições criadas de forma inconstitucional, como é o caso da contribuição sobre receitas, criada pela Lei 9.718/98, antes da autorização constitucional expressa na Emenda nº 20/98.

Se por ocasião da publicação da Lei 9.718/98 não eram possíveis a criação e exigência de contribuições sobre todas as receitas é claro que aquela, ainda que materialmente pudesse modificar a LC 07/70 (que foi recepcionada como lei ordinária), era inconstitucional. Com efeito, a Lei 9.718/98 poderia ter modificado e até ter revogado a LC 07/70 (como de fato o fez), mas jamais ter ampliado a base de cálculo para abranger todas as receitas, pois isto até a edição da EC 20/98 não era autorizado pela Constituição. Logo, a regra de que trata o artigo 12 da EC 20/98 deve ser integralmente obedecida, e, se o Poder Público pretender de fato exigir contribuições sobre receita deverá editar nova lei regulando a matéria.

Portanto, conclui-se que a Lei 9.718/98, que legitimamente revogou a LC 07/70, não foi recepcionada pela Constituição (mais especificamente pelo artigo 195, I, com a redação dada pela EC 20/98). [...]

Assim, como a LC 07/70 foi revogada legitimamente pela Lei 9.718/98, mas esta, por sua vez, não foi recepcionada pela EC 20/98, atualmente não existe norma válida impondo a exigência do PIS, seja sobre o faturamento, seja sobre a totalidade das receitas.

E não se alegue que se a Lei 9.718/98 não foi recepcionada, ficam restabelecidas as disposições da Lei Complementar 07/70. [...]

Assim sendo, se a LC 07/70 foi legitimamente revogada pela Lei 9.718/98, mas esta não foi recepcionada pela Constituição (mais especificamente pela EC 20/98), conclui-se que não há, atualmente, norma que estabeleça a exigência do PIS, estando a recorrente dela desonerada.

E isto se justifica pelo simples fato de que, se o legislador manifestou sua vontade, através de instrumento legítimo, ele não poderia exigir o PIS nos moldes da LC 07/70, não pode pretender que, sem nova lei, essa vontade se ia modificada. [...]

Como a LC 07/70 foi revogada legitimamente pela Lei 9.718/98, na data da sua publicação, mas esta, por sua vez, não foi recepcionada pela EC 20/98, atualmente não existe norma válida impondo a exigência do PIS, seja sobre o faturamento, seja sobre a totalidade das receitas. E isso se justifica pelo fato de que, mesmo não tendo sido recepcionada a Lei 9.718/98 pelo texto atual do artigo 195, I da Constituição (redação dada pela EC 20/98), não pode se restabelecer a vigência da Lei Complementar 07/70, pois o sistema jurídico nacional não admite o fenômeno da repristinação.

Lobo, seja com base na LC 07/70, seja com base na Lei 9.718/98, o PIS não pode ser exigido dos contribuintes até que venha a ser editada Lei disposta sobre a matéria (contribuição sobre faturamento ou receitas).

Pertinente à inconstitucionalidade das modificações da base de cálculo do PIS introduzidas pela Lei nº 9.718, de 1998, noticia que:

Caso se entenda que os esclarecimentos desenvolvidos no capítulo anterior não são procedentes, pede-se que, com base nos argumentos a seguir expostos, seja garantido ao menos o direito da recorrente de ter recalculado o valor devido à título de PIS, utilizando-se como base de cálculo a disposta na Lei Complementar 07/70.

Ressalte-se que toda a questão da não recepção da Lei 9.718/98 pela EC 20/98 foi amplamente demonstrada no capítulo anterior. No presente capítulo, todavia, o que se fará é dar uma ênfase maior relativamente às consequências e efeitos da modificação da base de cálculo procedida, e que justifica a exigência do PIS somente nos moldes da LC 07/70 (caso os argumentos do capítulo anterior não sejam reconhecidos).

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.).

Portanto, trata-se, no caso, de uma nova imposição tributária.

Todavia, como demonstrado no capítulo anterior.

antes da edição da EC 20/98, não havia autorização constitucional para a exigência de contribuição sobre a "totalidade das receitas". Reitera-se aqui tudo o que foi dito no capítulo anterior sobre a não recepção da Lei 9.718/98 pela EC 20/98, inclusive no que tange ao artigo 12 desta última.

Assim sendo, 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 sei - recepcionada pelo Texto Constitucional novo esteja de acordo com o Texto anterior. o que, como demonstrado, definitivamente não é o caso.

Como o art. 195, 1 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 ló 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.

Apresenta argumentos contra a incidência dos juros de mora equivalentes à taxa Selic e em oposição à aplicação da multa de ofício proporcional e da multa de ofício proporcional qualificada.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Diante de todo o exposto requer, com o devido respeito, se digne este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de acolher as preliminares suscitadas para o especial fim de excluir as competências decaídas bem como considerar nulo o processo administrativo fiscal em razão da errônea fundamentação.

Posteriormente, sejam acatadas as razões de mérito julgando, por conseguinte, totalmente insubsistente a presente autuação.

Outrossim, requer que os argumentos expendidos na defesa relativamente ao IRPJ e reflexivos sejam partes integrantes da presente defesa.

CSLL

Discorre sobre os fatos:

Dessa forma, o auto de infração apurou a insuficiência do recolhimento a título de CSLL no período compreendido de 31/01/2003 a 31/12/2003.

Aplicou ainda o auto de infração guerreado multas de 75 a 150% sobre o valor do imposto devido, além dos juros da taxa SELIC, totalizando R\$52.300,12 (cinquenta e dois mil, trezentos reais e doze centavos).

Não resignada com a lavratura do auto de infração, a recorrente impugnou os lançamentos do crédito tributário.

No que toca à decadência do direito de o Fisco proceder ao lançamento do crédito tributário diz que:

Conforme restou esclarecido anteriormente, o presente auto de infração alega a falta de recolhimento para a CSLL no período compreendido entre 31/01/2003 a 31/12/2003.

O próprio auto de infração é bem claro e consigna sem nenhuma dúvida os exercícios em aberto.

Ocorre, entretanto, que já decorreram mais de 05 (cinco) anos do efetivo direito de lançamento de algumas destas parcelas supostamente devidas, restando o suposto crédito tributário fulminado pela decadência.

Isto porque, os agentes fiscais somente em 21/05/2008 lavraram o presente auto de infração, que foi encaminhado ao contribuinte via correios/AR no dia 25/05/2008.

No entanto, de acordo com o Código Tributário Nacional, os agentes fiscais dispunham de cinco anos para efetuar o lançamento do crédito tributário, a contar da ocorrência do fato gerador. Não o fazendo nesse período, decai o seu direito. [...].

Com base nestas orientações, resta cristalino que não é mais lícito a constituição ou a cobrança de créditos tributários sobre alguns fatos geradores ocorridos nos exercícios objeto deste auto de infração porquanto alcançados pela decadência, razão pela qual a presente preliminar deve ser julgada totalmente procedente para o especial de afastar a cobrança dos períodos decaídos.

A respeito da deficiência de fundamentação argumenta que:

Observa-se através das folhas 441 e 442 que os ilustres agentes fiscais fundamentaram o presente auto de infração de forma equivocada. Senão vejamos.

No quadro "enquadramento legal" (fls. 441 e 442), os agentes fiscais aplicaram as alíquotas para o IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e INSS sem atentar para a nova redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006, que alterou substancialmente as alíquotas aplicadas pelo auto de infração recorrido. [...]

Levando em conta que o auto de infração fora lavrado posteriormente a entrada em vigor da Lei nº 11.307/2006, deveria, necessariamente, fundamentar-se nas novas alíquotas trazidas pela referida lei.

Assim, não se pode negar, com o máximo respeito, que a deficiência acima apontada prejudicou sobremaneira o direito de defesa do contribuinte, na medida em que não fora lavrado um Auto de Infração fundamentado corretamente. [...]

Senhores julgadores, a r. decisão recorrida encontra-se completamente equivocada, isto porque a recorrente está pleiteando exatamente a aplicação do artigo 144 do CTN, ou seja, as aplicações das novas alíquotas trazidas pela Lei nº 11.307/2006 que já estavam em vigor quando da lavratura do auto de infração. [...]

Dessa forma, requer, com o máximo respeito, seja declarado nulo o auto de infração recorrido em atenção ao artigo 59 do Decreto 70.235/1972.

Relativamente à nulidade do Auto de Infração face o lançamento do débito ter se baseado em mera presunção suscita que:

Entendeu o r. julgador, que é a própria lei que define que os depósitos bancários de origem não comprovada caracterizam omissão de receita ou de rendimentos, não são meros indícios de omissão, razão pela qual não há obrigatoriedade do fisco estabelecer o nexo causal entre o depósito e o fato que represente omissão de receita ou sinal exterior de riqueza, tratando-se de presunção relativa.

Com o máximo respeito, entende o recorrente que este entendimento não deve prevalecer. É o que adiante se demonstrará.

Conforme se depreende do auto de infração recorrido, os ilustres agentes fiscais procederam ao lançamento de suposto débito com base nos depósitos bancários existentes em nome da recorrente.

Assim, lavrou-se o presente auto de infração sob a alegação de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada.

Dessa forma, o [isco procedeu ao lançamento do débito, e ainda aplicou multa de ofício agravada, sob a alegação de existência de fraude, baseando-se em mera presunção.

Em verdade, o lançamento deve sempre se pautar em fatos precisos e incontrovertidos, não sendo admitido o ocorrido no presente processo administrativo, em que o fisco, arbitrariamente, exige imposto e multa agravada na presunção de que o contribuinte omitiu receita, com base apenas nos extratos bancários.

Todavia, é imperativo que se tenha em mente sempre, que em matéria tributária as presunções devem ser encaradas com cautela, sob pena de se desrespeitar os princípios da estrita legalidade e da tipicidade fechada que norteiam o Direito Tributário Brasileiro. [...]

Sendo assim, por não haver presunções absolutas no Direito Tributário, data venia, não pode-se admitir, no presente caso, que o fisco alegue a omissão de receita, culminado ainda, multa de ofício em 150% por presumir a fraude do contribuinte.

Ademais, a presente exigência nem sequer foi motivada de forma clara e transparente pela autoridade fiscal. Houve, isto sim, a completa desconsideração das informações prestadas, as quais conferem com os créditos das contas correntes. Não houve, portanto, a necessária motivação do ato administrativo que ensejou o auto de infração.

Percebe-se que tal atitude é completamente arbitrária pois, sendo assim, fica muito fácil para o fisco visitar empresas/contribuintes e, por simples discricionariedade, exhibir-lhes imposto e aplicar-lhes multa porque presume determinada infração. [...]

Além do mais, a recorrente, apresentou ao fisco esclarecimentos, sendo estes ignorados, sem a menor prova de falsidade de tais

Oportuno também deixar claro que os depósitos bancários não constituem por si só, fato gerador do imposto de renda, cuja definição reside no art. 43 do Código Tributário Nacional.

Logo, *data venia*, inquestionável é a improcedência da exigência fiscal em discussão, face a total impossibilidade de se autuar a partir de presunções.

No que diz respeito ao Decreto-Lei nº 2.471, de 1988, menciona que:

Verificando e analisando o auto de infração questionado se constata que houve a autuação porque os agentes fiscais alegaram a suposta existência de depósitos bancários de origem não comprovada. [...]

No entanto, há que se mencionar a existência do Decreto-Lei 2.471/88 que em seu inciso VII, do artigo 9º determina que:

"Art. 9º Ficam cancelados, arquivando-se, conforme o caso, os respectivos processos administrativos, os débitos para com a Fazenda Nacional, inscritos ou não como Dívida Ativa da União, ajuizados ou não, que tenham tido origem na cobrança:

VII — do imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários."

Tal decreto-lei só vem a reforçar os argumentos da recorrente no que diz respeito a total improcedência da autuação fiscal.

Apresenta argumentos contra a incidência dos juros de mora equivalentes à taxa Selic e em oposição à aplicação da multa de ofício proporcional e da multa de ofício proporcional qualificada.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referência a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Diante de todo o exposto requer, com o devido respeito, se digne este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de acolher as preliminares suscitadas para o especial fim de excluir as competências decaídas bem como considerar nulo o processo administrativo fiscal em razão da errônea fundamentação.

Posteriormente, sejam acatadas as razões de mérito julgando, por conseguinte, totalmente insubsistente a presente autuação.

Outrossim, requer que os argumentos expendidos na defesa relativamente ao IRPJ e reflexivos sejam partes integrantes da presente defesa.

Em relação ao sobrestamento do julgamento do presente processo (Resolução nº 18010-00.297, de 08.10.2013, da 1ª TE/3ª Câmara/1ª SJ/CARF, fls. 1211-1218), vale esclarecer que a Portaria MF nº 545, de 28 de novembro de 2013, revogou os §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Tendo em vista a edição desse ato normativo foi cancelado o sobrestamento do julgamento do processo referente à matéria (art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001) que está em repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (STF) sem trânsito em julgado, de acordo com o rito do art. 543-B do Código de Processo Civil (CPC).

Assim, o julgamento do presente processo deve prosseguir, em conformidade com as normas do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

Toda numeração de folhas indicada nessa decisão se refere à paginação eletrônica dos autos em sua forma digital ou digitalizada.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento, inclusive para os efeitos do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional, que alcança a exigibilidade do lançamento e a exclusão do Simples.

Em relação à possibilidade o julgamento concomitante dos litígios instaurados nos procedimentos dos Autos de Infração de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e INSS apurados pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) e do Ato Declaratório Executivo DRF/FOZ/PR S/N de 04.06.2008, por auferir receita bruta acima do limite legal de receita bruta no ano-calendário de 2003 (art. 2º e inciso II do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996), fls. 539-543 tem-se que é juridicamente possível. Não há previsão legal para o sobrestamento dos feitos. Ademais, o enunciado da Súmula CARF nº 77 vem reforçar esse entendimento no sentido de que “a possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão”. A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos.

Cabe ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no exercício da competência da RFB, em caráter privativo constituir o crédito tributário pelo lançamento e proceder à exclusão do Simples. Esta atribuição é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, ainda que ele seja de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo. É a autoridade legitimada para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

Nos casos em que dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário, os Autos de Infração podem ser lavrados sem prévia intimação à pessoa jurídica no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do seu estabelecimento, os quais devem estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. Estes atos administrativos, sim, não prescindem da intimação válida para que se instaure o processo, vigorando na sua totalidade os direitos,

deveres e ônus advindos da relação processual de modo a privilegiar as garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes¹.

Os Autos de Infração de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e INSS apurados pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) foram lavrados por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, que verificou a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo, aplicou a penalidade cabível e determinou a exigência com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-la ou impugná-la no prazo legal. Ainda procedeu à exclusão do Simples mediante emissão do Ato Declaratório Executivo DRF/FOZ/PR S/N de 04.06.2008, com efeitos a partir de 01.01.2004, por auferir receita bruta acima do limite legal de receita bruta no ano-calendário de 2003 (art. 2º e inciso II do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996), fls. 539-543. Esses atos estão fartamente motivados com os fundamentos de fato e de Direito. Também a decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada.

Assim, todos estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia. As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos, em observância às garantias ao devido processo legal. O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício. A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

A Recorrente solicita a realização de todos os meios de prova.

Sobre a matéria, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal que estabelece que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito incluindo todas as teses e instruída com os todos documentos em que se fundamentar, precluindo o direito de a Recorrente praticar este ato e apresentar novas razões em outro momento processual, salvo a ocorrência de quaisquer das circunstâncias ali previstas, tais como fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos².

Na atribuição do exercício da competência da RFB, em caráter privativo, cabe ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no caso de verificação do ilícito, constituir o crédito tributário pelo lançamento, cuja atribuição é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Também pode ser efetivado por autoridade de jurisdição diversa do domicílio tributário da pessoa jurídica e fora do estabelecimento, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador³.

¹ Fundamentação legal: inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, art. 142 e art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 9º, art. 10, art. 23 e 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, Decreto nº 6.104, de 30 de abril de 2007, art. 2º e art. 4º da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999 e Súmulas CARF nºs 6, 8, 27 e 46.

² Fundamentação legal: art. 16 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

³ Fundamentação legal: art. 142 e art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 10 e art. 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 2º e art. 4º da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999 e Súmulas CARF nºs 8, 27 e 46.

Os Autos de Infração foram lavrados com a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinação da matéria tributável, cálculo do montante da multa de ofício isolada devida e identificação do sujeito passivo e validamente cientificada a Recorrente, o que lhe conferem existência, validade e eficácia.

Embora lhe fossem oferecidas várias oportunidades no curso do processo (Mandado de Procedimento Fiscal, fls. 02-03, Termo de Início de Fiscalização, fls. 05-06, Termo de Intimação Fiscal, fls. 298-352, Termo de Verificação Fiscal, fls. 424-470, notificação dos Autos de Infração e do ato de exclusão do Simples, fl. 531 e ciência do resultado do julgamento, fl. 1014) a Recorrente não apresentou a comprovação inequívoca de quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência.

A realização desses meios probantes é prescindível, uma vez que os elementos probatórios produzidos por meios lícitos constantes nos autos são suficientes para a solução do litígio. A justificativa arguida pela defendente, por essa razão, não se comprova.

A Recorrente menciona que a exigência não poderia ter sido formalizada.

Na atribuição do exercício da competência da RFB, em caráter privativo, cabe ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no caso de verificação do ilícito, constituir o crédito tributário pelo lançamento, cuja atribuição é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Cabe ressaltar que o lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação à pessoa jurídica, nos casos em que a autoridade dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário. Também pode ser efetivado por autoridade de jurisdição diversa do domicílio tributário da pessoa jurídica e fora do estabelecimento, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador⁴.

Os Autos de Infração de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e INSS foram lavrados com a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo, aplicação da penalidade cabível e validamente cientificada a Recorrente, o que lhe conferem existência, validade e eficácia. A contestação aduzida pela defendente, por isso, não pode ser sancionada.

A Recorrente discorda da apuração da omissão de receitas com base em depósitos bancários.

A autoridade fiscal tem o direito de examinar a escrituração e os documentos comprobatórios dos lançamentos nela efetuados e a pessoa jurídica tem o dever de exibi-los e conservá-los até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial, bem como de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

O pressuposto é de que a pessoa jurídica deve manter os registros de todos os ganhos e rendimentos, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor dela dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais. Fica sujeita a todas as presunções de omissão

⁴ Fundamentação legal: art. 142 e art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 10 e art. 59 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 2º e art. 4º da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999 e Súmulas CARF nºs 8, 27 e 46.

de receitas existentes na legislação tributária a pessoa jurídica optante pelo Simples (Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996).

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido denominado Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) é mensal e uma opção do sujeito passivo para todo ano-calendário, desde que observados os requisitos legais, devendo ser manifestada mediante a alteração cadastral no prazo previsto em lei.

É determinado pela aplicação das alíquotas vigentes na época da ocorrência do fato gerador correspondente ao valor acumulado mensalmente da receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. Abrange o IRPJ, PIS, CSLL, Cofins, INSS e IPI, se for estabelecimento industrial. Assim, não há que se falar em apuração de lucro e sim tão-somente como base de cálculo a receita bruta. Ademais, não podem ser excluídas despesas na sistemática do Simples por falta de previsão legal.

A Recorrente defende que a norma que fundamenta o procedimento está revogada.

No ordenamento jurídico vigora o princípio da irretroatividade da lei, como limitador ao direito de poder de tributar, salvo disposição normativa em contrário. Por esta razão o procedimento de exclusão sempre deve se reportar à data da ocorrência da situação impeditiva e se rege pela lei então vigente, inclusive em relação às alíquotas, ainda que posteriormente modificada ou revogada. A partir de 01.01.2004 começa a vigorar o regime diferenciado de cumprimento de obrigações principais e acessórias de tributos de todos os entes políticos, que não alcança fatos ocorridos antes da sua eficácia, por ser a eles superveniente⁵.

Não tem previsão legal para exclusão do valor da CSLL da base de cálculo do IRPJ ou de proceder quaisquer ajustes, que não sejam aquelas exclusões legais enumeradas taxativamente. Ainda não podem ser excluídas quaisquer outras despesas, uma vez que no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) as alíquotas de apuração dos tributos já obedecem o direcionamento constitucional do tratamento tributário diferenciado e favorecido (art. 179 da Constituição Federal).

Também as alterações legislativas promovidas especificamente em relação ao PIS e à Cofins pela Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, não podem ser aplicadas à pessoa jurídica optante pelo Simples, já que esses tributos já estão abrangidos percentual correspondente ao valor acumulado mensalmente incidente sobre a receita bruta.

O pagamento unificado de impostos e contribuições, devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples, será feito de forma centralizada, até o décimo dia do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta.

⁵ Fundamentação legal: alínea "a" do inciso III do art. 150 da Constituição Federal, art. 30 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e art. 88 e art. 89 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

O pagamento unificado de impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte inscritas no Simples será feito de forma centralizada até o 20º (vigésimo) dia do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta, mediante documento de arrecadação único e específico (DARF-Simples).

A microempresa e a empresa de pequeno porte, inscritas no Simples apresentarão, anualmente, declaração simplificada que será entregue até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos impostos e contribuições pertinentes.

Ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;

b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;

c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos.

Não dispensa, porém, o cumprimento, por parte da microempresa e empresa de pequeno porte, das obrigações acessórias previstas na legislação previdenciária e trabalhista.

Assim está dispensada de escrituração comercial desde que mantenha o Livro Caixa, no qual deve estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária, o Livro de Registro de Inventário, no qual deve constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário, bem como todos os documentos e demais papéis que serviram de base para sua a escrituração⁶.

Caracteriza omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Positivada em uma norma com os atributos de ser abstrata, geral, imperativa e impessoal, há presunção de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, o que afasta a obrigatoriedade de a Fazenda Pública comprovar a relação de causalidade entre o fato e o ilícito tributário.

Cabe à pessoa jurídica o ônus de provar a veracidade de fatos registrados na sua escrituração de modo a desconstituir inequivocamente a relação jurídica presumida. Assim, se o ônus da prova, por presunção legal, é da Recorrente, cabe a ela comprovar a origem dos recursos informados para acobertar a movimentação financeira.

É determinada mensalmente pelo somatório de cada crédito, que deve ser analisado de forma individual, observando que os depósitos de um mês não servem para comprovar a origem de depósitos havidos em meses subsequentes. A sua titularidade, via de regra, pertence à pessoa jurídica indicada nos dados cadastrais. Podem ser excluídos, mediante

⁶ Fundamentação legal: art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 51 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 1º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e art. 2º e art. 5º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

demonstração inequívoca, os créditos decorrentes de transferências de outras contas do própria pessoa jurídica, de mútuos destinados a fins econômicos, de cheques objeto de devolução e de resgates de aplicações financeiras. Assim, é regular o procedimento de fiscalização que, após a análise da sua escrituração, examina os documentos referentes à sua movimentação financeira para verificar a compatibilidade entre as informações⁷.

Ademais, a presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996 dispensa o Erário de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada. Na tributação da omissão de rendimentos ou receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, os depósitos de um mês não servem para comprovar a origem de depósitos havidos em meses subsequentes, em conformidade com as Súmulas CARF nºs 26 e 30.

Constatada a disparidade a pessoa jurídica é intimado a demonstrar a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito. Os valores, em relação aos quais não foram evidenciadas as origens, presumem receitas omitidas, o que dispensa a autoridade administrativa de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada⁸.

Em relação à possibilidade jurídica de obtenção dos dados bancários pela autoridade tributária da RFB tem-se que no caso em que há processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso o agente fiscal pode examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, desde que tais exames sejam considerados indispensáveis. É certo que o resultado dos exames, as informações e os documentos devem ser conservados em sigilo⁹.

Prevalece o entendimento de que o sigilo bancário, fundado constitucionalmente no direito à privacidade¹⁰, não se reveste de caráter absoluto, possibilitando a lei o seu afastamento em determinadas hipóteses. Não há que se confundir quebra de sigilo bancário com solicitação de informações cadastrais lastreada em processo administrativo fiscal regularmente instaurado e subscrita por autoridade administrativa competente.

Ressalte-se que o exame dos dados financeiros afigura-se como medida necessária e não afeta esfera de privacidade da pessoa jurídica, mormente quando há previsão legal permissiva expressa e esta se destina a identificar a materialidade do ilícito tributário. Além disso esses dados devem ser mantidos em sigilo pela autoridade fiscal. Assim, não há que se falar em obtenção de prova por meio ilícito.

Havendo procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelo órgão fiscal tributário não constitui

⁷ Fundamentação legal: art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 51 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 1º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e art. 2º e art. 5º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

⁸ Fundamentação legal: art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 51 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 1º e art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 2º, art. 5º e art. 18 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e Súmulas CARF nºs 06, 30, 32 e 61.

⁹ Fundamentação legal: art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 e janeiro de 2001.

¹⁰ Fundamentação Legal: incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal.

quebra do sigilo bancário, mas de mera transferência de dados protegidos pelo sigilo bancário às autoridades obrigadas a mantê-los no âmbito do sigilo fiscal.

Feitas essas considerações normativas, tem cabimento a análise da situação fática tendo em vista os documentos já analisados pela autoridade de primeira instância de julgamento e aqueles produzidos em sede de recurso voluntário.

O lançamento fundamenta-se na omissão de receitas de depósitos bancários não escriturados, cuja apuração foi efetivada a partir do cotejo entre os valores creditados na conta-corrente nº 10093-3 da agência nº 1373 do Banco do Brasil S/A, fls. 177-190, na conta-corrente nº 02348-6 da agência nº 3710 do Banco Itaú S/A, fls. 191-245, na conta-corrente nº 739-0 da agência nº 4343-5 do Sicoob S/A, fls. 246-245-297, na conta-corrente nº 0673-13-001156-1 da agência nº 0673 do Banco Banespa S/A, fls. 79-86; e na conta-corrente nº 4156.003- 273-3 da agência nº 4156 da Caixa Econômica Federal S/A, fls. 87-176.

Em relação a esses valores a Recorrente titular, regularmente intimada, não comprovou a origem dos recursos utilizados nas operações bancárias mediante documentação hábil e idônea coincidente em datas e valores, de acordo com os extratos bancários apresentados pelas instituições financeiras, em atendimento às Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), fls. 09-18 e as informações constantes na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – Simples (DSPJ – Simples), do período de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2003, fls. 386-421.

Os valores considerados como base de cálculo para fins de apuração dos tributos estão individualizados nos Demonstrativos, fls. 298-352 e 426-428, em conformidade com a Tabela 1.

Tabela 1 – Demonstrativo dos valores omitidos no ano-calendário de 2003

Mês (A)	Valores Creditados na Instituições Financeiras R\$ (B)	Valores DSPJ R\$ (C)	Valores Omissão Receita R\$ (D = B-C)
Janeiro	98.414,68	33.889,88	64.524,80
Fevereiro	112.572,46	33.133,32	79.439,14
Março	173.670,50	63.437,27	110.233,23
Abril	166.832,67	47.470,04	119.362,63
Maiο	159.543, 98	79.819,44	79.724,54
Junho	196.684,46	65.067,84	131.616,62
Julho	197.344,87	70.567,88	126.776,99
Agosto	183.552,53	63.323,17	120.229,36
Setembro	197.680,82	45.244,04	152.436,78
Outubro	182.443,23	47.419,90	135.023,33
Novembro	144.778,67	56.067,55	88.711,12
Dezembro	225.175,13	38.008,36	187.166,77

Está registrado no Termo de Verificação Fiscal, fls. 424-470, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

No exercício regular das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, com as atribuições do Mandado de Procedimento Fiscal 0910600-2007-

00449, procedemos a verificação fiscal do contribuinte acima identificado, com intuito de verificar o cumprimento das obrigações tributárias em relação ao SIMPLES de 2003 e 2004.

Em 11/10/2007 foi emitido o mandado de procedimento fiscal tendo em vista indícios de omissão de receitas com base na análise da movimentação financeira, bastante superior a receita bruta declarada.

A ciência ao Termo de início de fiscalização com a solicitação de livros e documentos foi dada via postal em 19/10/2007. O contribuinte não apresentou os livros diário e razão de 2003 alegando que não fez a contabilidade naquele ano, mas apresentou os livros diário e razão de 2004, e também não apresentou os extratos bancários, razão pela qual os mesmos foram obtidos via RMF.

Como não havia escrituração das contas bancárias, os créditos bancários realizados no período fiscalizado foram relacionados para que o contribuinte justificasse um a um a origem com documentação comprobatória, mas o contribuinte não apresentou elementos que demonstrassem a origem dos recursos. Tal situação se enquadra em presunção de omissão de receitas pelos depósitos não contabilizados sem origem comprovada. Para se chegar aos valores mensais, foram considerados apenas os depósitos bancários que a princípio deveriam ter como origem as receitas operacionais da empresa.

Após conciliação, foram deduzidos dos valores listados os cheques depositados que foram devolvidos e as transferências entre contas da empresa. As planilhas anexas relacionam os depósitos que foram considerados para lavratura dos autos de infração relativamente ao SIMPLES do ano de 2003, já que como foi apurado que o contribuinte excedeu o limite de receitas para permanência no SIMPLES a partir de 2004, as receitas omitidas em 2004 serão objeto de autuação depois de formalizada a exclusão do SIMPLES.

Ressaltamos que a presunção de omissão de receitas pelos depósitos bancários não escriturados está reforçada pela verificação de que as compras declaradas pelo contribuinte foram inferiores aos valores informados por seus fornecedores nas DIPJ, conforme observado no dossiê extraído com dados dos sistemas da RFB.

A omissão de receita foi determinada mensalmente pelo somatório de cada crédito, que foi analisado de forma individual, procedimento que foi rigorosamente observado pelas autoridades fiscais, de modo que cada valor creditado em conta de depósito ou de investimento mantida junto às instituições financeiras, a Recorrente titular foi regularmente intimada não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Assim não cabem reparos aos lançamentos de ofício de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e INSS.

Por sua vez, na sistemática de apuração dos depósitos bancários cuja origem não seja comprovada, trata-se tão-somente de analisar o fluxo de entrada de recursos, ou seja, os depósitos em relação a esses valores a Recorrente titular, regularmente intimada, não comprovou a origem dos recursos utilizados nas operações bancárias mediante documentação hábil e idônea coincidente em datas e valores. O saldo de depósitos bancários de um período-base não tem relação com o saldo de depósitos bancários do período seguinte, porque a presunção é de que sejam decorrentes de novos recursos à margem da tributação, que são aportados nas contas bancárias da Recorrente, sem que haja uma dependência entre eles.

Não foram produzidos no processo novos elementos de prova, de modo que o conjunto probatório já produzido evidencia que o procedimento de ofício está correto. A inferência denotada pela defendente, nesse caso, não é acertada.

A Recorrente discorda da exclusão do Simples.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido denominado Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples) é mensal e uma opção do sujeito passivo para todo ano-calendário, desde que observados os requisitos legais, devendo ser manifestada mediante a alteração cadastral no prazo previsto em lei. A pessoa jurídica que auferir, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$1.200.000,00 não pode optar pelo Simples¹¹.

No caso de incorrida em situação excludente, a optante deve obrigatoriamente formalizar alteração cadastral, sob pena de ser excluída de ofício mediante ato declaratório da autoridade fiscal. Assim, a pessoa jurídica excluída do Simples sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Este ato surte efeito no ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite da receita bruta, termo a partir do qual fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Este é o entendimento constante na decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recurso especial repetitivo nº 1124507/MG, cujo trânsito em julgado ocorreu em 16.06.2010¹² e que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Consta no Relatório Fiscal, fls. 538-543, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

Trata o presente processo de autos de infração do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples, referentes ao ano-calendário de 2003.

No curso do procedimento fiscal constatou-se omissão de receitas, as quais somadas às receitas declaradas ultrapassam o limite de receita bruta permitido pelo Simples. Dessa forma, foi formulada representação fiscal pelo SEFIS/DRF/FOZ (fl. 499), para excluir a empresa em epígrafe do regime tributário simplificado previsto na Lei nº 9.317/196.

É o relatório.

Em consulta ao sistema CNPJ (fls. 5031504), verificou-se que a empresa optou pelo Simples a partir da data de abertura em 04/05/1998 e foi excluída, por opção, a partir de 01/01/2006.

A empresa foi autuada em virtude de ter sido constatada omissão de receitas, caracterizada por depósitos/créditos bancários não escriturados e sem comprovação da origem dos recursos, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal (fls. 395/397) e na Representação Fiscal (fl. 499).

¹¹ Fundamentação legal: art. 179 da Constituição Federal, Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e art. 62-A do Regimento Interno do CARF.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 1124507/MG. Ministro Relator: Benedito Gonçalves, Primeira Seção, Brasília, DF, 28 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=966764&sReg=200900296277&sData=20100506&formato=PDF>. Acesso em: 31 ago. 2011.

Durante o procedimento fiscal foi constatado que, no ano-calendário de 2003, o contribuinte auferiu receita bruta superior aos limites permitidos pelo Simples (fls. 395/397). Isto porque a receita bruta total declarada pela empresa no ano-calendário de 2003 foi de R\$643.448,69 (fls. 370) e esta somada com a receita omitida nesse mesmo ano, relativa a depósitos/créditos bancários de origem não comprovada, no valor de R\$1.395.245,31 (fls. 397), ultrapassa o limite de receita bruta do Simples (R\$1.200.000,00 — limite vigente à época dos fatos).

Nesse caso, a questão cinge-se a demonstrar que a irregularidade constatada autoriza a exclusão do Simples, bem como a definir a data a partir da qual operam-se os efeitos desse ato.

A esse respeito, o art. 9º, inc. II da Lei nº 9.317/96 e o art. 20, inciso II da IN nº 35512003, abaixo citados, são bem claros ao determinar que não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica, na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). No caso específico do representado, não há dúvida de que esse limite foi superado, considerando-se a receita bruta total auferida no ano-calendário de 2003. [...]

Tendo incorrido em uma das vedações legalmente definidas, a própria pessoa jurídica, deveria comunicar sua exclusão do Simples, formalizando-a mediante alteração cadastral, no prazo estabelecido para essa finalidade. No que diz respeito à pessoa jurídica optante do Simples na condição de EPP, na hipótese de auferir receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00, o prazo para a comunicação ia até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente àquele em que se deu o excesso de receita bruta. Na situação em análise, esse prazo expirou em 30/01/2004, conforme art. 13, § 3º, "a" acima.

Assim, face à ausência da comunicação obrigatória, no prazo determinado, além de sujeitar-se à multa a que se refere o art. 21, da Lei nº 9.317/96, a pessoa jurídica deve ser excluída de ofício do Simples, nos termos da mesma lei, art. 14, inciso I retrocitado.

Especificamente neste caso em que a empresa ultrapassou, no ano-calendário de 2003, o limite de receita bruta estabelecido para o respectivo porte, os efeitos da exclusão de ofício iniciam-se a partir do ano-calendário subsequente àquele em que se deu o excesso de receita bruta. Assim, a empresa não poderá continuar no SIMPLES a partir de 01/01/2004.

À vista do exposto, proponho, nos termos do art. 14, inciso I, da Lei nº 9.317/96, a elaboração de Ato Declaratório para que o contribuinte seja excluído de ofício do Simples a partir de 01/01/2004, aplicando-se-lhe, ainda, a multa prevista no art. 21 da Lei 9.317/96.

À consideração superior. [...]

DESPACHO DECISÓRIO

Tendo em vista a Informação Fiscal supra, que aprovo, e no uso da competência delegada pela Portaria DRF/FOZ nº 463, de 09 de outubro de 2007, publicada no DOU de 15 de outubro de 2007, art. 2º, inciso II, determino a exclusão de ofício do Simples, do contribuinte CENTRAL AÇO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA, CNPJ 02.507.53910001-67, a partir de 01/01/2004, conforme Ato Declaratório abaixo, assim como o lançamento da multa devida pela falta de comunicação obrigatória, nos termos da legislação mencionada.

ATO DECLARATÓRIO

De acordo com o disposto nos artigos 9º, inciso II e 14, inciso I, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, e de acordo com a disciplina da Instrução Normativa nº 355, de 29 de agosto de 2003, DECLARO o contribuinte CENTRAL AÇO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA, CNPJ 02.507.539/10001-67, EXCLUÍDO da sistemática de pagamento dos tributos e contribuições de que trata o artigo 31 da Lei supracitada, denominada SIMPLES, a partir de 01/01/2004, pelo seguinte motivo: exclusão obrigatória, por excesso de receita bruta, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica.

Os efeitos da exclusão obedecem ao disposto no inciso IV do art. 15 da Lei nº 9.317/1996, regulamentado pelo inciso IV, do art. 24, da Instrução Normativa SRF nº 355/2003.

Dê-se ciência ao interessado, facultando-lhe o direito de recorrer à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba, no prazo de 30 (trinta) dias.

Após, encaminhem-se os autos ao SEFIS/DRF/FOZ para continuidade da ação fiscal relativa ao ano-calendário de 2004, cf solicitado na Representação Fiscal (fl. 499), e para que seja efetuado o lançamento da multa por falta de comunicação da exclusão do Simples, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.317/96.

Restando definitiva e inalterada esta decisão:

Intime-se o interessado a apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias, declaração(ões) pelo regime comum de tributação, relativa(s) ao período em que, indevidamente, foram recolhidos os tributos e foi apresentada a Declaração Simplificada, sob pena de seu cancelamento de ofício.

Decorrido este prazo sem que o contribuinte tenha regularizado sua situação fiscal, efetue-se o cancelamento da(s) declaração(ões).

apresentada(s) em desconformidade com esta decisão, respeitada a decadência e, posteriormente, encaminhem-se os autos ao SEFIS/DRF/FOZ, relatando que o contribuinte foi excluído do Simples e não regularizou sua situação.

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) foi excluída de ofício a partir de 01.01.2004 mediante o Ato Declaratório Executivo DRF/FOZ/PR S/N de 04.06.2008, por auferir receita bruta acima do limite legal no ano-calendário de 2003 (art. 2º e inciso II do art. 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996), fls. 539-543. A Recorrente foi cientificada em 09.06.2008, fl. 544.

Essa circunstância está comprovada nos autos, uma vez que auferiu receita bruta no ano-calendário de 2003 acima do valor legal, fl. 471.

Por essa razão, na atribuição do exercício da competência da RFB, em caráter privativo, cabe ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no caso de verificação do ilícito, emitir o ato declaratório de exclusão do Simples com a devida ciência, cuja atribuição é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Cabe ressaltar que esse procedimento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação à pessoa jurídica, nos casos em que a autoridade dispuser de elementos suficientes à exclusão do Simples.¹³

¹³ Fundamentação legal: art. 142 e art. 195 do Código Tributário Nacional, Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996. Documento digitalmente assinado em 10/04/2014 por ALEXANDRE FERNANDES LIMIRO, Assinado digitalmente em 15/04/2014 por CARMEN FERREIRA SARAIVA, Assinado digitalmente em 10/04/2014 por ALEXANDRE FERNANDES LIMIRO, Assinado digitalmente em 15/05/2014 por ANA DE BARROS FERNANDES. Impresso em 03/07/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O Ato Declaratório Executivo DRF/FOZ/PR S/N de 04.06.2008, foi emitido com a verificação da por auferir receita bruta acima do limite legal de receita bruta no ano-calendário de 2003 e validamente cientificada a Recorrente, o que lhe conferem existência, validade e eficácia. O lançamento de ofício ou o procedimento de exclusão pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário, em conformidade com o enunciado da Súmula CARF nº 46, que é de observância obrigatória, nos termos do art. 72 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009. A conclusão oferecida pela defendente, porém, não pode subsistir.

A Recorrente discorda da incidência de juros de mora equivalentes à taxa Selic.

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, e se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês¹⁴. 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, nos termos da Súmula CARF nº 4.

Por conseguinte, os débitos tributários não pagos nos prazos legais são acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, seja qual for o motivo determinante da falta. Este é o entendimento constante na decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recurso especial repetitivo nº 1.111.175/SP, cujo trânsito em julgado ocorreu em 09.09.2009¹⁵ e que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF¹⁶. A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

A Recorrente discorda da aplicação da multa de ofício proporcional e multa de ofício proporcional qualificada.

Via de regra, a norma jurídica secundária impõe uma sanção em decorrência da inobservância da conduta prescrita na norma jurídica primária. A multa de natureza tributária, penalidade que tem como fonte a lei, é imposta em razão do inadimplemento de uma obrigação legal principal ou acessória e expressa a obrigação de dar determinada quantia em dinheiro ao sujeito passivo. Esse é o fundamento da aplicação da multa de ofício proporcional no percentual 75% (de setenta e cinco por cento). A multa de ofício proporcional é uma penalidade pecuniária aplicada em razão de inadimplemento de obrigações tributárias apuradas em lançamento direto com a comprovação da conduta culposa.

A aplicação da multa de ofício proporcional pressupõe a constituição do crédito tributário pelo lançamento direto, diante da constatação da falta de pagamento ou recolhimento, pela falta de declaração e pela declaração inexata de obrigações tributárias pelo

¹⁴ Fundamentação legal: art. 161 do Código Tributário Nacional.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 1111175/SP. Ministra Relatora: Denise Arruda. Primeira Seção, Brasília, DF, 10 de junho de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=892437&sReg=200900188256&sData=20090701&formato=PDF>. Acesso em: 31 ago.2011.

¹⁶ Fundamentação legal: art. 161 do Código Tributário Nacional, art. 5º e art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; Súmulas CARF nºs 4 e 5 e art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF.

sujeito passivo. Tem como requisito necessário a comprovação, de plano, da conduta culposa do agente, que é a falta cometida contra um dever, por ação ou omissão, de forma a evidenciar a inobservância de diligência que deveria ser observada quando da prática de um ato a que se está obrigado. No lançamento de ofício está afastada a aplicação da multa de mora que pressupõe o pagamento espontâneo do tributo antes do início de qualquer procedimento fiscal em relação à matéria e ao período tratados nos autos¹⁷.

Por seu turno, a aplicação da multa de ofício proporcional qualificada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) pressupõe a constituição do crédito tributário pelo lançamento direto, diante da constatação da falta de pagamento ou recolhimento, pela falta de declaração e pela declaração inexata de obrigações tributárias pelo sujeito passivo. Tem como requisito necessário a comprovação, de plano, da conduta dolosa, que é a vontade livre e consciente de o agente praticar um fato ilícito, ainda que por erro, mas desde de evidenciada a má-fé, da qual decorre prejuízo a outrem.

Caracteriza-se pela sonegação, que é a ação ou omissão dolosa do agente de encobrir fatos tributários da Administração Pública, pela fraude, que é a ação ou omissão dolosa de não revelar a ocorrência do fato gerador do tributo ou pelo conluio, que é o ajuste doloso entre pessoas, seja para encobrir fatos tributários da Administração Pública, seja para não revelar a ocorrência do fato gerador do tributo.

Há que se perquirir se houve simulação, vício ou falsificação de documentos ou a escrituração de livros fiscais ou comerciais, ou utilização de documentos falsos para iludir a fiscalização ou fugir ao pagamento do imposto. A mesma conduta reprovável deve ser reiterada, ou continuada, assim entendida em relação à qual tenham sido lavrados diversos autos ou representações¹⁸.

O lançamento fundamenta-se na omissão de receitas de depósitos bancários não escriturados, cuja apuração foi efetivada a partir do cotejo entre os valores creditados na conta-corrente nº 10093-3 da agência nº 1373 do Banco do Brasil S/A, fls. 177-190, na conta-corrente nº 02348-6 da agência nº 3710 do Banco Itaú S/A, fls. 191-245, na conta-corrente nº 739-0 da agência nº 4343-5 do Sicoob S/A, fls. 246-245-297, na conta-corrente nº 0673-13-001156-1 da agência nº 0673 do Banco Banespa S/A, fls. 79-86; e na conta-corrente nº 4156.003- 273-3 da agência nº 4156 da Caixa Econômica Federal S/A, fls. 87-176.

Em relação a esses valores a Recorrente titular, regularmente intimada, não comprovou a origem dos recursos utilizados nas operações bancárias mediante documentação hábil e idônea coincidente em datas e valores, de acordo com os extratos bancários apresentados pelas instituições financeiras, em atendimento às Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), fls. 09-18 e as informações constantes na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – Simples (DSPJ – Simples), do período de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2003, fls. 386-421.

Consta no Termo de Verificação Fiscal, fls 424-470, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

As multas foram qualificadas tendo em vista que os fatos acima descritos evidenciam tratar-se de fraude com o objetivo de omitir receitas e pagar os impostos

¹⁷ Fundamentação Legal: art. 142, art. 149 e art. 150 do Código Tributário Nacional, art. 44 e art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e art. 21 do Decreto-lei nº 401, de 30 de dezembro de 1968, bem como art. 7º do Decreto 70. 235, de 06 de março de 1972.

¹⁸ Fundamentação legal: art. 142 e art. 149 do Código Tributário Nacional, art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 68, art. 70, art. 71, art. 72, art. 73, art. 74 e art. 85 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, art. 13 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e art. 20 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

devidos a menor. Ressaltamos na caracterização da fraude a falta do registro da movimentação financeira em livro caixa, bem como as declarações incorretas apresentadas na declaração DSPJ. Torna-se claro nesse caso que o contribuinte assim procedeu omitindo boa parte de suas receitas com o objetivo de sonegação.

No presente caso, houve constituição do crédito tributário pelo lançamento direito, de modo que está correta a aplicação da multa de ofício proporcional qualificada pela conduta reiterada de omissão de receitas em todo ano-calendário de 2003 e ainda por declaração inexata, seja por ter omitido os rendimentos de sua escrituração contábil, seja por não ter apresentado as informações solicitadas no curso da ação fiscal. Importante ainda ressaltar que a Recorrente omitiu aproximadamente 80% (oitenta por cento) do total da receita bruta apurada e detalhada na Tabela 1 - Demonstrativo dos valores omitidos no ano-calendário de 2003. A conclusão oferecida pela defendente, porém, não pode subsistir.

A Recorrente argui que os lançamentos foram alcançados pela decadência.

Compete antes de examinar as razões da defesa, analisar a objeção de decadência por ser matéria de ordem pública que pode ser conhecida a requerimento da parte ou de ofício, a qualquer tempo e em qualquer instância de julgamento. Este instituto pode ser definido como a perda do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário pelo lançamento, tendo em vista decurso do lapso temporal de cinco anos previsto em lei. Em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, no caso em que o sujeito passivo efetue o pagamento antecipado sem a necessidade do exame prévio por parte da Administração Pública, o prazo decadencial começa a fluir da ocorrência do fato gerador. Por seu turno, comprovada a conduta qualificada pelo dolo, pela fraude ou pela simulação, bem como se verificada a inexistência do pagamento antecipado, o prazo de cinco anos se inicia a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Esse é o entendimento constante na decisão definitiva de mérito proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recurso especial repetitivo nº 973.733/SC¹⁹, cujo trânsito em julgado ocorreu em 29.10.2009 e que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF²⁰. Ademais, o art. 45 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em conformidade com a Súmula Vinculante nº 8 e assim foi afastado definitivamente do ordenamento jurídico.

No presente caso, tratando-se de tributos sujeitos ao lançamento por homologação que se inicia a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, uma vez que se comprovou a omissão de receitas de depósitos bancários não escriturados, cuja apuração foi efetivada a partir do cotejo entre os valores creditados na conta-corrente nº 10093-3 da agência nº 1373 do Banco do Brasil S/A, fls. 177-190, na conta-corrente nº 02348-6 da agência nº 3710 do Banco Itaú S/A, fls. 191-245, na conta-corrente nº 739-0 da agência nº 4343-5 do Sicoob S/A, fls. 246-245-297, na conta-corrente nº 0673-13-001156-1 da agência nº 0673 do Banco Banespa S/A, fls. 79-86; e na

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 973733/SC. Ministro Relator: Luiz Fux, Primeira Seção, Brasília, DF, 12 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=901905&sReg=200701769940&sData=20090918&formato=PDF>. Acesso em: 26 ago. 2011.

²⁰ Fundamentação legal: § 4º do art. 150 e inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional, art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF e art. 269 do Código de Processo Civil.

conta-corrente nº 4156.003- 273-3 da agência nº 4156 da Caixa Econômica Federal S/A, fls. 87-176.

Consta no Termo de Verificação Fiscal, fls 424-470, cujas informações estão comprovadas nos autos e cujos fundamentos cabem ser adotados de plano:

As multas foram qualificadas tendo em vista que os fatos acima descritos evidenciam tratar-se de fraude com o objetivo de omitir receitas e pagar os impostos devidos a menor. Ressaltamos na caracterização da fraude a falta do registro da movimentação financeira em livro caixa, bem como as declarações incorretas apresentadas na declaração DSPJ. Torna-se claro nesse caso que o contribuinte assim procedeu omitindo boa parte de suas receitas com o objetivo de sonegação.

As notificações dos Autos de Infração do ano-calendário de 2003 foram efetivadas 26.05.2008, fl. 501, de modo que não se verificou o transcurso do prazo legal de caducidade das exigências, porque o termo do prazo de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que os lançamentos poderiam ter sido efetuados. Destarte, esta afirmação não é pertinente.

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais indicados pela Recorrente, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso²¹. A alegação relatada pela defendente, consequentemente, não está justificada.

Atinente aos princípios constitucionais que a Recorrente aduz que supostamente foram violados, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade²².

Tem-se que nos estritos termos legais o procedimento fiscal está correto, conforme o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 41 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de julho de 2009). A proposição afirmada pela defendente, desse modo, não tem cabimento.

Em assim sucedendo, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

Voto Vencedor

²¹ Fundamentação legal: art. 100 do Código Tributário Nacional e art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

²² Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e Súmula CARF nº 2.

Conselheiro Alexandre Fernandes Limiro, Redator Designado

Em que pese os substanciosos fundamentos manifestados no voto da ilustre relatora, ouse divergir quanto à manutenção da multa qualificada, por entender ser aplicável ao presente caso o disposto na Súmula CARF nº 25, abaixo transcrita, publicada no DOU, Seção 1, de 22/12/2009:

Súmula CARF nº 25. A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Insta-se ressaltar que no auto de infração não se verifica fundamentação diversa da autoridade fiscal, quanto à qualificação da multa de ofício, do que apenas a incompatibilidade verificada entre os rendimentos escriturados e declarados pelo contribuinte com sua movimentação financeira.

Tal motivação não é suficiente para justificar ter o contribuinte incorrido em uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. Logo, não pode prevalecer a qualificação da multa de ofício.

Face ao exposto, dou parcial provimento ao recurso voluntário para reduzir o percentual da multa de ofício incidente sobre a infração de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada para 75%.

(assinado digitalmente)

Alexandre Fernandes Limiro