



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

Processo n° 15540.000494/2010-72
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.450 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de setembro de 2013
Matéria Auto de Infração do IRPJ e Reflexos
Recorrente FRANGÃO BONJARDINENSE LTDA. ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006

INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2. Não compete à autoridade administrativa declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade de lei.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. SISTEMÁTICA DO SIMPLES. Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, em relação aos quais o titular não comprove a origem dos recursos utilizados. Sendo o contribuinte tributado na sistemática do Simples, correta a aplicação dos percentuais sobre os valores considerados receitas omitidas.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO. Para a aplicação da multa no patamar de 75% basta a constatação, em procedimento de ofício, de infração à legislação tributária, da qual resulte falta de recolhimento do tributo.

JUROS DE MORA À TAXA SELIC O crédito tributário não integralmente pago no vencimento, principal e multa de ofício, é acrescido de juros de mora à taxa Selic, seja qual for o motivo determinante da falta, por expressa determinação legal.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passa a integrar o presente julgado. Ausente o Conselheiro Carlos Pelá e, justificadamente, o Conselheiro Paulo Roberto Cortez.

(assinado digitalmente)

Moises Giacomelli Nunes da Silva - Relator

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

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

Relatório

FRANGÃO BONJARDINENSE LTDA. ME recorre a este Conselho contra a decisão proferida pela DRJ em primeira instância, que julgou procedente a exigência consubstanciada no presente processo, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Transcrevo o relatório da decisão recorrida *(verbis)*:

Trata-se dos Autos de Infração abaixo e do correspondente Termo de Verificação e Constatação Fiscal (doravante TVF), às e-fls.10/13, lavrados em 07.10.2010 pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Niterói-RJ, relativos ao ano-calendário de 2006:

Autos de Infração do Simples	Principal	Juros (1)	Multa	Total-R\$	e-fls.
IRPJ-Simples	32.058,40	13.543,18	24.043,74	69.645,32	06/09
IPI-Simples	21.813,20	9.462,12	16.359,85	47.635,17	31/38
PIS-Simples	23.501,38	9.929,12	17.625,98	51.056,48	39/46
CSLL-Simples	33.354,40	14.203,36	25.015,74	72.573,50	47/54
COFINS-Simples	98.363,13	41.916,96	73.772,30	214.052,39	55/62
INSS-Simples	280.915,82	119.389,17	210.686,82	610.991,81	63/70
	490.006,33	208.443,91	367.504,43	1.065.954,67	
(1) Calculados até 30.09.2010					

No Auto de Infração de IRPJ-Simples, a infração, como Omissão de Receitas – Depósitos Bancários não escriturados (e-fls.6/9) -, está descrita e enquadrada assim:

No TVF, lê-se (e-fls.11):

(...)

No TVF, lê-se, ainda, que o interessado ultrapassou o valor limite estabelecido para permanência no Simples, razão pela qual foi formalizada Representação Fiscal para a sua exclusão dessa sistemática (e-fls.164), com base na qual foi emitido o Ato Declaratório Executivo nº 121, de 11.10.2010, de exclusão do Simples Federal, a partir de 01.01.2007, abaixo reproduzido (e-fls.166), com ciência pessoal em 19.10.2010 (e-fls.166/167):

(...)

Iniciada em 10.05.2010 (e-fls.89/90), a ação fiscal veio instruída com os documentos de fls.1/139, e com o Anexo I (e-fls.324/481), tendo sido encerrada em 07.10.2012 (e-fls.138/139).

Às e-fls.163, a autoridade lançadora procedeu, em 19.10.2010, à juntada do Anexo I, acostado às e-fls.325/481.

Em impugnação às e-fls.172/201, o interessado tece “breves considerações sobre as grandezas econômicas que servem de base de cálculo dos tributos cobrados”, a saber (e-fls.173/182):

a) a regra matriz de incidência do Imposto de Renda contém apenas o núcleo “renda” (a sua disponibilidade econômica e jurídica), condicionada à existência de “um acréscimo patrimonial”;

b) o núcleo do Imposto sobre Produtos Industrializados-IPi é o valor do produto industrializado negociado no mercado interno, sendo ilegal que a sua base de cálculo tenha por grandeza tributável a renda bruta anual;

c) a base de cálculo do PIS/Pasep e da COFINS só pode ser a receita bruta advinda da venda de mercadorias, serviços ou mercadorias e serviços;

d) a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSLL não pode jamais ter por base de cálculo uma grandeza que despreze a existência de acréscimo patrimonial;

e) as verbas indenizatórias não podem integrar a base de cálculo da contribuição ao INSS, uma vez que a Constituição faz referência somente a rendimentos do trabalho.

O interessado afirma:

a) que as sobreditas considerações são necessárias porque todos os Autos de Infração se lastrearam exclusivamente em depósitos bancários, que “serviu de grandeza econômica para a base de cálculo do IRPJ e de todos os demais tributos lançados”;

b) a legislação de regência do Simples não introduziu qualquer modificação nos conceitos tradicionais de apuração das grandezas econômicas relativas às hipóteses de incidências definidoras dos fatos geradores dos tributos “açambarcados

pelo regime simplificado nos casos em que se verifique a existência de omissão de receitas”;

c) o Auto de Infração ampliou os conceitos que norteiam a formação das grandezas econômicas “receita” e “renda”, e simplesmente ignorou as disposições legais pertinentes ao arbitramento da base de cálculo de outros tributos, utilizando de forma indevida as grandezas supracitadas para, sem qualquer respaldo legal, calcular o montante devido a título de IPI e de INSS.

O interessado sustenta que houve “ilícito alargamento da grandeza econômica que serviu de base de cálculo para os lançamentos impugnados”, aduzindo:

a) receita e renda devem ser compreendidas sob a égide do Princípio da Capacidade Contributiva, e, que o simples ingresso de recursos não pode ser considerado riqueza porque a existência de tal ingresso não representa necessariamente disponibilidade jurídica sobre tais recursos;

b) se as entradas não se caracterizam pela definitividade, não representam acréscimo patrimonial e não podem servir de parâmetro para a tributação;

c) o aumento da base de cálculo, para englobar todos os ingressos viola os Princípios da Capacidade Contributiva e o da Isonomia Tributária;

d) eventuais ingressos de valores em nome de terceiros não constituem receita, não se incorporam ao seu patrimônio, e, portanto, não revelam qualquer acréscimo;

e) os valores consignados em extratos bancários não representam, em sua totalidade, receitas auferidas pela Requerente, mas também os chamados valores de fundos de caixa, utilizados para movimentação operacional da firma, como se comprova “pelo contraste entre as Notas Fiscais regularmente emitidas para o ano-calendário de 2006 e os Livros-Caixa do mesmo período”, que foram entregues mediante recibo ao Sr. Auditor-Fiscal, mas que “foram sumariamente desconsiderados pela fiscalização, sem qualquer justificativa plausível”;

f) tendo apurado e glosado todos os valores depositados ao longo do ano-calendário 2006, como “receita” e “renda” incorreu em evidente equívoco, o qual conduziu à lavratura de um Auto de Infração surreal, que evidencia uma realidade econômica completamente diversa daquela que é a verdade material vivenciada pela empresa”;

g) o Auto de Infração viola disposições legais, conceituações doutrinárias e jurisprudenciais, os Princípios da Capacidade Contributiva, da Isonomia e do Não Confisco.

Com relação ao IPI e à contribuição ao INSS, o interessado afirma que “não existe qualquer dispositivo legal que autorize o Auditor Fiscal a se valer de tais grandezas econômicas – receita e renda – para lhes apurar a base de cálculo”, e que, nas situações em que há omissão de receitas, devem-se aplicar “as normas próprias das legislações de regência de cada um dos impostos e contribuições açambarcadas pelo SIMPLES, e não se pode prescindir das normas insertadas nas leis referentes a cada um dos referidos tributos”.

O interessado aduz que não pode ser procedente um lançamento fiscal que tome por base de cálculo do IPI e da contribuição ao INSS uma grandeza econômica não estipulada em lei, e que o lançamento do IPI jamais poderia ser a renda bruta, porque os “critérios de arbitramento do IPI tomam outras grandezas, notadamente o

preço médio do produto no mercado do domicílio do contribuinte”, ao passo que o lançamento da contribuição ao INSS deveria ter sido calculado em percentual da remuneração da mão-de-obra em nota fiscal, fatura, ou recibo de prestação de serviços, como determina a Instrução Normativa INSS/DC nº 100/2003.

O interessado acrescenta:

- a) de acordo com o CTN, a base de cálculo só pode ser definida por lei;
- b) o legislador previu a impossibilidade de que se tribute o contribuinte com base exclusivamente em extratos bancários ou em comprovantes de depósitos bancários (art.9º, inciso VII, do Decreto-lei nº 2.471/88);
- c) o lançamento é ilegítimo e merece ser desconstituído;
- d) a própria administração já reconheceu a improcedência de lançamentos lastreados exclusivamente em extratos e depósitos bancários;
- e) a existência de depósitos bancários pode representar, no máximo, um indício de omissão de receitas, jamais uma prova da existência de tal fato”;
- f) a administração tributária federal não pode ultrapassar o entendimento já sufragado nos Tribunais e outrora por ela própria adotada, sob a escusa de que o contribuinte não logrou demonstrar, mediante a apresentação de livros contábeis, a origem dos depósitos, porque o art. 7º da Lei nº 9.317, de 1996, dispensava de escrituração os contribuintes enquadrados no Simples;
- g) por disposição legal expressa, não era obrigada a manter qualquer tipo de escrituração contábil, e, ademais, as notas fiscais e os Livros Caixa foram devidamente apresentados ao Sr. Auditor Fiscal quando solicitado, tendo sido simplesmente desconsiderados sem qualquer motivação conhecida.

O interessado diz que, se ultrapassadas as suas argumentações, a omissão de receitas for mantida, devem-se aplicar as regras específicas do art.8º, do Decreto-lei nº 1.648/78, que é norma cogente de Direito Público, em plena vigência e eficácia, segundo a qual, nos casos em que se verificar a ocorrência de omissão de receita, o lucro arbitrado deverá corresponder a 50% dos valores omitidos.

Com relação à multa de 75%, o interessado afirma que “a referida penalidade, tal qual aplicada, viola diametralmente o disposto nos artigos 5º, inciso XXII, 150, inciso IV e 170, incisos II e IX da Constituição Federal, aduzindo que tal multa afronta os princípios democráticos e liberais da livre iniciativa, do não confisco da propriedade privada e no tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte”.

Acrescenta que é desarrazoada a aplicação de multa tão vultosa em face de pequena empresa que enfrenta dificuldades para fazer frente ao disputado mercado hortogranjeiro, já flagelado pela deflagração dos vírus H5N1 em todo o mundo desde 2003, que agrava a sua situação, sendo necessário que o Fisco passe tal exação por um juízo de conveniência, oportunidade e razoabilidade, sob pena de confisco.

A decisão recorrida está assim ementada:

INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2. Não compete à autoridade administrativa declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade de lei.

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES . Ano-calendário: 2006. ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO. Mantém-se a exclusão do Simples se não elidido o fato que lhe deu causa.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, em relação aos quais o titular não comprove a origem dos recursos utilizados.

MULTA DE OFÍCIO. ALEGAÇÃO DE CONFISCO. A alegação de ofensa ao princípio da vedação de confisco refere-se apenas a tributos.

MULTA DE OFÍCIO. SÚMULA CARF Nº 4. A multa de ofício de 75% encontra amparo na legislação de regência.

No voto condutor da aludida decisão, destacam-se os seguintes fundamentos de mérito:

“(...) Tanto em sede de procedimento fiscal, como em sede desta impugnação, o ônus de relacionar depósitos/créditos às correspondentes notas fiscais de vendas deve ser suportado pelo interessado.

O interessado se limita a juntar as notas fiscais acima - que somam R\$ 438.854,10 -, sem correlacioná-las aos R\$ 4.035.530,22 de depósitos/créditos cujas origens não foram comprovadas.

Mas, ainda que assim não fosse, e se, do sobredito montante de depósitos não comprovados, fossem identificadas as sobreditas notas, a base de cálculo da infração não sofreria mudanças porque o interessado não informou receitas em sua declaração anual, conforme item 2.3 do TVF (nosso item 3).

Em sede de procedimento fiscal, o interessado não comprovou a origem dos valores depositados/creditados em contas bancárias de sua titularidade.

Frente à presunção legal, os encargos da prova devem ser suportados pela pessoa jurídica (o interessado). Ao Fisco, cabe apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada, como foi o caso.

Em sede de impugnação, o interessado também não comprova a origem dos depósitos creditados em sua conta, tampouco que as receitas que auferiu foram oferecidas à tributação.

As alegações desprovidas de provas não produzem efeito em sede de processo administrativo fiscal.

Tem-se, assim, que a apuração da receita omitida obedeceu aos ditames da lei e não foi afastada, razão por que o lançamento deve ser mantido. (...)”

Cientificada da aludida decisão em 21/03/2013 (AR fl. 517), a contribuinte apresentou recurso voluntário em 10/04/2013, fls. 520 a 527, aduzindo que (verbis):

“(...)”

A empresa Contribuinte entende que o Auto de Infração merece ser anulado porque simplesmente não obedeceu as normas tributárias de regência para as situações em que o lançamento decorre da chamada *omissão de receitas*.

O art. 18 da Lei 9.317/96 assim prescrevia:

Art. 18. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.

O referido dispositivo legal afirma que devem ser utilizados todas as presunções legais relativas à omissão de receitas existentes nas legislações dos IMPOSTOS (NO PLURAL) e CONTRIBUIÇÕES (NO PLURAL) de que trata a referida Lei. Ou seja, o dispositivo, que foi invocado pela própria Autoridade Fiscal lançadora, impõe que se observe a legislação de todos os impostos e contribuições abrangidos pelo SIMPLES no momento em que se apurar e arbitrar a omissão de receitas.

Não por outra razão que o Contribuinte trouxe em sua peça de Impugnação toda a legislação relativas aos IMPOSTOS (no PLURAL) e CONTRIBUIÇÕES (no PLURAL).

É que no sentir do Contribuinte, quando se constata que uma empresa que está aderida ao SIMPLES *supostamente* omitiu receitas, então a apuração da receita bruta tributável deve obedecer às normas de presunção e arbitramento previstas na legislação de cada Imposto e cada Contribuição abrangidos pelo SIMPLES.

Assim é que o Contribuinte trouxe à baila a discussão sobre o arbitramento da receita bruta para fins de tributação pelo IRPJ, PIS/COFINS e CSLL e demais tributos sujeitos ao regime do SIMPLES - legislação essa que a Autoridade Fiscal lançadora não quis tomar conhecimento.

Quanto ao arbitramento da base de cálculo do IRPJ, PIS/COFINS e CSLL (item "b. 1" da Impugnação) esclarecemos que foram apresentados Livros-Caixa e Notas Fiscais ao Sr. Auditor Fiscal - como se lê no item "2.4" do Termo de Verificação e Constatação Fiscal : "Uma vez entregue e analisada a documentação entregue" - e também na Impugnação foram juntadas Notas Fiscais das operações realizadas pelo Contribuinte no período no valor total de R\$ 438.854,10.

Assim, é imperioso destacar que a legislação pátria admite a distinção entre a movimentação dos valores de fundo de caixa e dos valores que realmente representam renda para fins da determinação da Base de Cálculo dos tributos relacionados no Auto de Infração.

(...)

Observa-se de plano que o próprio RIR/99 impõe que percentuais fixos no art. 519 para arbitrar-se a Base de Cálculo do IR nas situações de omissão de receitas. Significa dizer que o Sr. Auditor Fiscal não pode simplesmente pegar toda a movimentação financeira da empresa e tê-la por Base de Cálculo dos tributos em lição.

(...)

Portanto, a Base de Cálculo do IRPJ, mesmo no caso em concreto, em que a empresa estava sujeita ao regime do SIMPLES, forte no art. 18 da Lei 9.317/96, está

tudo que foi tido por Receita Bruta, somente no máximo 28% podem servir de Base de Cálculo para fins da incidência do IRPJ e das Contribuições PIS/COFINS e CSLL.

É a separação que a própria Lei faz por considerar, com muita razão, que nem tudo que se movimenta numa conta bancária é efetivamente RECEITA, pois é certo que se assim fosse teríamos o uso dos tributos como confisco!

Quanto ao IPI, mais uma vez por força do art. 18 da Lei 9.137/96, o Sr. Auditor Fiscal deveria ter observado as regras de arbitramento do art. 138 do Regulamento do IPI, que impõe a utilização do preço médio dos produtos no mercado de domicílio do Contribuinte.

Da mesma forma, quanto a Contribuição Social do INSS deveria ter observado as disposições do art. 33, *caput* e §1º da Lei 8.212/91 cumulada com a Instrução Normativa INSS/DC n.º 100/2003.

Quando muito se admite (por homenagem ao Princípio da Eventualidade) que o Sr. Auditor utilizasse da grandeza econômica correspondente à Receita Bruta Arbitrada obtida a com a aplicação 28% dos ingressos que entendeu serem *omissão de receita*.

SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS A IDÉIA NUCLEAR DO ART. 18 DA LEI 9.137.

Data maxima venia, ao contrário do que afirmaram os Nobres Julgadores da DRJ/RJ1, não pode prevalecer a tributação sobre o total dos ingressos nas contas bancárias do Contribuinte, cor se os tributos em liça fossem incidentes sobre movimentações financeiras.

Isto equivaleria a transfigurar a Base de Cálculo dos tributos em liça e vilipendiar a própria sistemática de tributação do SIMPLES.

Frisa-se mais uma vez que o art. 18 da Lei do Simples Federal determinou a aplicação de todas as Leis dos impostos e contribuições abrangidos pelo SIMPLES para a finalidade de solucionar impasses relativos às presunções de omissão de receita.

Assim, não basta pegar o art. 42 da Lei 9.430/96 e considerá-lo isoladamente como se fosse uma norma estanque e perdida no vácuo. Muito pelo contrário, há todo um acervo legislativo acerca dos impostos e contribuições abarcados pelo SIMPLES que determinam de forma muito clara e objetiva a metodologia de definição da Receita Bruta nas situações em que a Fiscalização precisa arbitrá-la em decorrência da omissão de receitas.

Vejam, Nobres Julgadores, que não estamos mais aqui discutindo o conceito de omissão de receitas, ou mesmo o que vem a caracterizar omissão de receitas. O que está em pauta para Vossa análise é saber se tudo o que caracteriza omissão de receitas pode integrar o conceito de Receita Bruta para fins de composição da Base de Cálculo dos tributos abrangidos no SIMPLES.

O art. 42 da Lei 9.430/96 está inserido na Título que trata dos procedimentos de fiscalização e, portanto, define como o Auditor Fiscal deve se comportar diante de depósitos bancários de origem não comprovada: deve considerá-los como omissão de receita. Ok. Mas o dispositivo legal não informa se estes valores tidos

por omitidos devem ser considerados na sua integralidade como base de cálculo para

fins de cálculo dos tributos devidos. Esta definição quem traz são os artigos trazidos à baila, cuja vigência não se pode negar em hipótese alguma.

5) DOS PEDIDOS

Ante tudo o que foi exposto, requer-se seja recebido e julgado presente Recurso para a finalidade precípua de reformar-se *in totum* o Acórdão/vergado, anulando-se o Auto Infração impugnado eis que realizado com flagrante desrespeito a legislação de regência, nos termos apontados na fundamentação acima, desconstituindo-se os lançamentos das dívidas em debate, inclusive de seus consectários legais (multa e juros).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Moises Giacomelli Nunes da Silva, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade.

Conforme relatado trata-se de exigência de tributos na sistemática do Simples Federal, ano-calendário de 2006, com multa de 75%, tendo em vista que foi apurada omissão de receitas em face de depósitos bancários de origem não comprovada.

A contribuinte apresentou a declaração de IRPJ/2006 “zerada”, todavia, o montante dos depósitos bancários em contas da empresa naquele ano foi de R\$ 4.035.530,22 (vide fls. 8-10).

Os extratos bancários foram apresentados pela própria empresa, sendo que inexistia justificativa da origem dos valores tributados, seja durante a ação fiscal, seja na fase litigiosa.

Verifica-se, de plano, que todas as alegações do contribuinte são insubsistentes, pois, nos autos de infração foram observadas rigorosamente as disposições da Lei 9.317/1996, especialmente no que concerne aos percentuais aplicados sobre as receitas, cuja soma total não ultrapassou ao alegado percentual máximo de 28%.

Assevero que à luz da presunção legal veiculada no art. 42 da Lei 9.430/1996 toda receita omitida deve ser tratada como receita operacional, logo, tal qual destacado no termo de verificação fiscal, a tributação é exatamente a mesma que o contribuinte sofreria na sistemática do Simples, caso tivesse emitido notas fiscais naquele valor total, inclusive em relação ao IPI.

Outrossim, uma vez que os fundamentos da decisão de primeira instância não foram contestado no recurso voluntário, as razões de decidir do voto condutor do aludido a podem ser adotadas neste voto, conforme disposto no art. 50 Lei 9.784 de 1999, que se aplica subsidiariamente ao PAF(*verbis*):

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

V - decidam recursos administrativos;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

(...)

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito. (Grifei)

No que tange às alegações de inconstitucionalidade, Acerca do fundamento de inconstitucionalidade, o Decreto nº 70.235, de 1972 (com a redação que lhe deu a Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009), dispõe:

Art.26-A 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 inconstitucionalidade.

Na mesma linha, a Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 (e alterações), que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), vedando aos membros do órgão julgador de segunda instância administrativa afastar a aplicação de lei, sob o fundamento de inconstitucionalidade, senão vejamos:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

A matéria já foi objeto da seguinte súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (D.O.U de 09.12.2010): *Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Exigência de juros de mora a taxa Selic e Multa de Ofício de 75%

No que se refere à aplicação dos juros de mora, o Código Tributário Nacional - CTN, aprovado pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, em seu art. 161, dispõe:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.”(grifou-se)

Portanto, o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta.

No tocante à taxa Selic, a utilização desta como juros de mora está fundamentada no artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997.

Decorrendo sua exigência de expressa determinação legal, não cumpre à administração tributária afastá-la. Com efeito, não se pode olvidar que a atividade do lançamento é vinculada à lei, sob pena de responsabilidade funcional, conforme art. 142 do CTN.

Igual princípio se estende com relação à multa de lançamento de ofício, impondo-se registrar que não pode a administração afastar a sua aplicação, sem lei que assim regulamente (art. 97, VI, do CTN).

A multa de lançamento de ofício aplicada é aquela prevista no art. 44, inciso I, § 1º, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, cuja redação original é a seguinte:

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

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

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

(...).”Grifei

Como visto do dispositivo transcrito, para a aplicação da multa no patamar de 75% basta a constatação, em procedimento de ofício, de infração à legislação tributária, da qual resulte falta de recolhimento do tributo ou contribuição, por parte da contribuinte. E é exatamente este o caso aqui tratado, no qual restou evidenciada a inobservância das normas para apuração dos tributos federais na sistemática de tributação adotada pelo contribuinte.

Concluo pois pela manutenção da exigência de juros de mora a taxa Selic, bem como da multa de ofício de 75%.

Conclusão

Voto no sentido de negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)
Moises Giacomelli Nunes da Silva