



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

**Processo n°** 10215.720007/2007-64  
**Recurso n°** 999.999 Voluntário  
**Acórdão n°** 1401-001.092 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 03 de dezembro de 2013  
**Matéria** SIMPLES  
**Recorrente** LIMA IRMAOS LTDA EPP  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

**AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE**

Tendo o auto de infração preenchido os requisitos legais e o processo administrativo proporcionado plenas condições à interessada de contestar o lançamento, descabe a alegação de nulidade

**ARBITRAMENTO.** Excluída do Simples, a falta de escrituração contábil e fiscal suficiente à apuração do Lucro Real implica no arbitramento do lucro.

**OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS E VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA.**

A Lei n° 9.430/96, em seu art. 42, estabeleceu a presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta corrente ou de investimento.

**COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO — RECOLHIMENTOS NO SIMPLES COM O VALOR LANÇADO**

Devem-se abater os valores recolhidos indevidamente sob o Simples com os valores do lançamento, quer na fase administrativa do lançamento, quer em sua fase processual.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 10215.720007/2007-64  
Acórdão n.º **1401-001.092**

**S1-C4T1**  
Fl. 587

---

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, EM REJEITAR as preliminares e, no mérito, EM DAR provimento parcial ao recurso apenas para que os recolhimentos indevidos a título de Simples sejam alocados para os débitos lançados de ofício.

*(assinado digitalmente)*

Jorge Celso Freire da Silva – Presidente

*(assinado digitalmente)*

Antonio Bezerra Neto – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Maurício Pereira Faro, Roberto Armond Ferreira da Silva e Jorge Celso Freire da Silva.

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra Acórdão da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Belém-PA.

Adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância, compondo em parte este relatório:

Versa o presente processo sobre o(s) Auto(s) de Infração de fls. 554-578, relativo(s) ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica-IRPJ, Contribuição para o Programa de Integração Social-PIS, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-COFINS e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido-CSLL, ano(s)-calendário 2002, 2003 e 2004, com crédito total apurado no valor de R\$ 451.678,15, incluindo o principal, a multa de ofício e os juros de mora, atualizados até 31/01/2007.

Também integra o Auto de Infração o Termo de Verificação de Infração de folhas 409-423.

De acordo com a Descrição dos Fatos do(s) Auto(s) de Infração, o(s) sujeito(s) passivo(s) incorreu(am) na(s) seguinte(s) infração(ões): (a) Omissão de receitas de revenda de mercadorias, obtidas a partir dos repasses das operadoras de cartão de crédito, e (b) omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada.

Sobre a exigência principal foi aplicada a multa de ofício 75%.

Foi juntado, por apensação, a este o processo de exclusão do SIMPLES, nº 10215-720.058/2006-13, em que também é interessada a recorrente.

O lucro do contribuinte foi arbitrado por não ter apresentado os livros necessários para apuração do lucro real ou presumido.

O(s) sujeito(s) passivo(s) tomou(aram) ciência do(s) lançamento(s) em 10/02/2007 (lis. 582) e apresentou(am) sua(s) impugnação(ões) em 14/03/2007 (fls. 586-628), na(s) qual(is) alegou em síntese que:

### Da nulidade do lançamento

1. O lançamento é nulo por cerceamento do direito de defesa porque o auditor descreveu, no termo de verificação, que efetuou o lançamento pelo SIMPLES (ac 2002 e 2003) e pelo Lucro Presumido (ac 2004) e não encaminhou cópia dos respectivos lançamentos;

2.. Entretanto, o lançamento foi efetuado com base no lucro arbitrado, prejudicando sua defesa;

3. O lançamento também é nulo por erro no enquadramento legal, conforme os fatos descritos acima (confusão no lançamento);

4. Há também cerceamento do direito de defesa pelo fato do auto de infração não expor com clareza as razões que levaram ao lançamento tributário;

5. O lançamento padece de nulidade por não demonstrar as infrações detalhadas do SIMPLES e do Lucro Presumido;

#### Da decadência

6. Os valores auçados relativos ao mês de janeiro de 2002 estão fulminados pela decadência, na forma do art. 150. § 4o. do CI N:

7. Dessa forma, todo o procedimento fiscal, assim como o lançamento, padece de nulidade, como autêntico fruto da árvore envenenada;

#### Da exclusão do SIMPLES

8. Optara pelo SIMPLES desde 01/01/97 e foi excluído dessa forma de tributação em 01/06/2006. Todavia, mesmo havendo impugnado a exclusão, foi auçado pelo Lucro Arbitrado:

9. A retroatividade da exclusão é ilegal por desrespeitar o direito adquirido de opção pelo SIMPLES;

10. A jurisprudência entende que a exclusão da pessoa jurídica do SIMPLES somente surtirá efeitos a partir do mês subsequente à ciência ato declaratório de exclusão;

#### Do lucro arbitrado

11. Na hipótese de exclusão do SIMPLES, deveria ser tributada pelo Lucro Presumido. Isto porque não excedeu ao limite de receita bruta estabelecido para esta modalidade de tributação:

12. O lançamento efetuado, com base no lucro arbitrado, é completamente nulo, pois transforma o tributo exigido em sanção pecuniária;

13. O lançamento efetuado com base no lucro arbitrado tem caráter confiscatório, ofendendo o art. 150, IV, CF;

#### Do sigilo bancário

14. O procedimento fiscal baseado nas informações da CPMF constitui verdadeira ofensa ao sigilo financeiro e bancário consagrado na CF;

15. O art. 5o e 6 da LC nº 105/01 e o art. 11, §§2º e 3o, da Lei nº 9.311/96, assim com o Decreto nº 3.724/2001, são inconstitucionais por ofenderem o sigilo bancário, a intimidade, a vida privada e o devido processo legal;

16. A jurisprudência majoritária tem se posicionado no sentido de que só por prévia apreciação do poder judiciário poderá ser decretada a quebra do sigilo bancário;

#### Da omissão de receitas baseada nos depósitos bancários

17. O lançamento, fundamentado no art. 42 da Lei nº 9.430/96, é ilegal porque foi baseado em simples presunção (relativa), quando deveria estar lastreado em presunções absolutas;

18. A fiscalização deveria comprovar os fatos que deram origem a omissão de receitas;

19. A autoridade lançadora deveria aprofundar as investigações com o fito de identificar, de modo individualizado, os valores depositados nas contas corrente e de poupança;

#### Da omissão de receitas das operações com cartão de crédito

20. As compras com cartão de crédito, assim como os depósitos bancários, se constituem indícios e, não, prova de omissão de rendimentos. Não caracterizam, por si só, disponibilidade econômica de renda e proventos e nem podem ser tomados, isoladamente como acréscimos patrimoniais;

21. O art. 112 do CTN prevê que, em caso de dúvidas, as infrações devem ser interpretadas de maneira mais favorável aos contribuintes;

#### Dos lançamentos reflexos

22. Anulando-se o IRPJ, aplica-se o que foi decidido aos lançamentos reflexos.

É o relatório.

A DRJ MANTEVE os lançamentos, nos termos das ementas abaixo:

#### ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004 Ementa:

**INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. APRECIACÃO VEDADA. ENTENDIMENTO ADMINISTRATIVO.** A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a arguição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade dos preceitos legais que embasaram o ato de lançamento. As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional gozam de presunção de constitucionalidade e de legalidade até decisão em contrário do Poder Judiciário. As alegações de inconstitucionalidade ou de ilegalidade somente são apreciadas nos julgamentos administrativos quando houver expressa autorização.

**DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.** Nos lançamento cuja exação se faz por homologação, havendo pagamento antecipado do imposto, ou da contribuição, e ausentes o dolo, fraude ou simulação, realiza-se a contagem do prazo decadencial pelo disposto no §4º do art. 150 do CTN.

**SIGILO BANCÁRIO.** É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em

curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial. A obtenção de informações junto às instituições financeiras, por parte da administração tributária, a par de amparada legalmente, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais por dever de ofício.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

Ementa: EXCLUSÃO DO SIMPLES. MANIFESTAÇÃO DL INCONFORMIDADE. EFEITOS. A manifestação de inconformidade contra o ato executivo que exclui o contribuinte do SIMPLFS'nao tem efeito suspensivo, apenas devolve o objeto de litígio para ser apreciado em outra instância do contencioso administrativo.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. AUSÊNCIA DO LIVRO CAIXA. O arbitramento do lucro é medida necessária quando o contribuinte, si>h intimação, não apresenta os livros exigidos para apuração do lucro real mi presumido, conforme o caso.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. ATO VINCULADO. O arbitramento cio lucro do contribuinte, nas hipóteses de que fala o art. 47 da Lei nº 8.981/95, é ato vinculado da administração tributária, devendo ser fielmente seguida pela autoridade administrativa, mormente quando ço exercício do lançamento tributário, sob pena de responsabilidade funcional.

PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

FATO INDICIÁRIO. FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO. A presunção legal júris tantum inverte o ônus da prova. Nesse caso. a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário não comprovado (fato indiciário) corresponde, efetivamente, ao auferimento de rendimentos (fato jurídico tributário), nos termos do art. 334. IV. Do Código de Processo Civil. Cabe ao contribuinte provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

REPASSE DE RECEITAS. VALORES RECEBIDOS DL OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. Provada a entrada de recursos recebidos de operadoras de cartão de crédito, não oferecidos à tributação, procedente é o lançamento, mormente quando a contribuinte não consegue refutar a acusação com a apresentação de provas hábeis.

LANÇAMENTO REFLEXO. Aplica-se às contribuições sociais reflexas, no que couber, o que foi decidido para o IRPJ dada a íntima relação de causa e efeito que os une. Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este CARF, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação.

A interessada foi cientificada desse Acórdão em 17/02/2010 (fls. 653). Irresignada, interpôs Recurso Voluntário em 05/03/2010 (fls. 654/684), reprisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação.

A Recorrente também tomou ciência da ADE, por via postal, em 15/12/2006 e apresentou sua manifestação de inconformidade ao ato administrativo (fls. 2729), em 15/01/2007. A DRJ manteve a exclusão. Em sede recursal (fls. 49/55), reprisa os argumentos da manifestação de inconformidade, alegando em síntese que:

1. O ADE afronta o art. 179 da Constituição Federal, que visou conferir maior desburocratização ao empreendedorismo;
2. Os efeitos da retroatividade do ADE violam o art. 150, §2º, "a" da Constituição Federal;
3. Nos termos do art. 15, II, da Lei nº 9.317/96, não se pode admitir que o mês em que ocorreu a situação não seja outro que não aquele em que recebeu o ADE;
4. Cabe à SRF a apuração das opções de ingresso no SIMPLES, não podendo ser penalizado por essa omissão;
5. É parte hipossuficiente da relação, cabendo, portanto, ao fisco comprovar desde o início a utilização de má-fé do SIMPLES por parte do sujeito passivo.

A matéria relativa à exclusão do Simples consta do processo nº 10215-720.058/2006-13, juntado por apensação a este.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

Os recursos preenchem os requisitos de admissibilidade.

### Preliminares de nulidade

A princípio cabe esclarecer que os extratos bancários, base da autuação da omissão de receitas por falta de comprovação da sua origem, foram fornecidos espontaneamente pela Recorrente sem a necessidade da expedição de RMF para os bancos, motivo pelo qual se afasta do caso concreto da necessidade de sobrestamento por questão ligada à Repercussão geral no STF.

Nesse contexto, é também de se rejeitar de plano a preliminar de nulidade relacionada à quebra de sigilo bancário. Como se sabe, a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que autoriza o fornecimento de informações financeiras ao Fisco sem autorização judicial, encontra-se sob a análise do Supremo Tribunal Federal, no RE 601.314-RG/SP (sob a sistemática do art. 543-B do CPC) e RE 410.054 – AgR/MG. Porém, no caso concreto, como já se disse, não houve emissão de RMF aos bancos porque o contribuinte entregou os extratos bancários espontaneamente.

Quanto às demais alegações de nulidade seja por cerceamento do direito de defesa, seja por falta de fundamentação adequada ou da suposta erro de enquadramento legal, apenas para um melhor esclarecimento sobre o assunto, transcreve-se o dispositivo que rege a matéria no processo administrativo fiscal. Prescreve o art. 59 do Decreto 70235/72 com a nova redação dada pela Lei 8748/93:

Art. 59 - São nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II- os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;

Por conseguinte, considera-se nulo o ato, se praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não tendo se caracterizado quaisquer das situações, pois não se põe em dúvida a competência do autor, auditor fiscal, bastando para tanto a assinatura do mesmo, nem há que se falar em preterição do direito de defesa, vez que os fatos apurados foram descritos com o respectivo enquadramento legal, e levados ao conhecimento, da autuada, levando a mesma a defender-se plenamente através da peça impugnatória e recurso acostados aos autos, como efetivamente o fez.

Outrossim, foram observados dois requisitos fundamentais à validade do ato administrativo. Os requisitos apontados estão previstos em lei, são os incisos III e IV do art. 10 do Decreto 70.235/72 e têm a seguinte redação:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

.....  
III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

(....)

A Recorrente reclama também em falta ou insuficiência do fundamentação do lançamento, na medida em que a Autoridade Lançadora tenha descrito que efetuou o lançamento com base no SIMPLES e no Lucro Presumido e, na prática terminou por arbitrar todos os períodos.

Ora, o que consta do TVF cristalinamente é descrição de um fato feito pelo fiscal, qual seja, que a recorrente utilizou dessas formas de tributação durante os anos-calendário 2002, 2003 (Simples) e 2004 pelo lucro presumido, mas fora tributada pelo Lucro Arbitrado em razão da exclusão retroativa do SIMPLES e da impossibilidade de tributação pelo lucro presumido.

A esse respeito a DRJ já deixou isso bem claro e não foi refutado pela Recorrente em seu recuso:

Obtém-se dos autos (fl. 399) que a exclusão do SIMPLES, a que se refere o item 8 do Termo de Verificação de Infração, ocorreu na verdade em 01/06/2003.

Obtém-se ainda (fl. 373) que a exclusão do SIMPLES, efetuada durante o procedimento fiscal, teve efeito retroativo à 01/01/2002, com fundamento no embaraço a fiscalização.

Sintetizando: O contribuinte era optante do SIMPLES e foi excluído desta modalidade de tributação em 01/06/2003. Por essa razão, (o contribuinte) apurou o IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, com base no SIMPLES, durante os anos-calendário 2002 e 2003, e com base no Lucro Presumido, durante o ano-calendário 2004. No curso do procedimento fiscal, iniciado em 14/03/2006, foi novamente excluído do SIMPLES, por embaraço à fiscalização, desta vez com efeitos retroativos; à 01/01/2002. Como (o contribuinte) não apresentou os Livros Comerciais exigidos para a apuração do lucro real, e tão pouco o Livro Caixa, necessário para apuração do lucro presumido, foi tributado com base no lucro arbitrado em todos os períodos submetidos à fiscalização (ac 2002, 2003 e 2004).

Logo, não é verdade que a Autoridade Lançadora tenha descrito que efetuou o lançamento com base no SIMPLES e no Lucro Presumido. O que esta afirma, inequivocamente, é que a recorrente utilizou dessas formas de tributação durante os anos-calendário 2002, 2003 e 2004, mas fora tributada pelo Lucro Arbitrado em razão da exclusão retroativa do SIMPLES e da impossibilidade de tributação pelo lucro presumido, por sua imotivada pela ausência de livros exigidos pela legislação tributária.

Por fim, a recorrente ainda deseja que nulidade do lançamento fulminado pela decadência acolhida para DRJ parcialmente, se estenda a todo procedimento fiscal e suas conseqüências. Melhor explicando, a recorrente alegou em sede impugnatória que os valores autuados, relativos ao mês de janeiro de 2002 estariam alcançados pela decadência, *ex vi* art. 150, § 4º, do CTN. A DRJ acolheu então parcialmente o pleito para as contribuições sociais que tem fatos geradores mensais (PIS e COFINS).

O pedido de extensão é improcedente, pois o acolhimento da decadência além de não se tratar de nulidade, conforme bem colocado pela decisão de piso, só tem efeitos sobre os tributos e os períodos de apuração por ela alcançados, não havendo qualquer razão para se estender a outros tributos ou períodos de apuração que possuem fatos geradores e bases de cálculo distintos

Por todo o exposto, rejeito as preliminares.

#### Exclusão do Simples

Conforme relatado, a Recorrente foi excluída do Simples com efeitos retroativos por embaraço à fiscalização e teve seus lucros arbitrados pela falta de apresentação dos Livros Caixa e/ou Diário e Razão.

Nesse ponto é preciso delimitar a lide nesse aspecto. É que a Recorrente desde a fase de manifestação de inconformidade não se insurge contra o motivo que levou efetivamente à sua exclusão do simples, o embaraço a fiscalização, limitando-se a contestar os seus efeitos. Portanto, tal matéria, a causa da exclusão do Simples está fora do litígio, constituindo-se em matéria definitivamente julgada na esfera administrativa.

A recorrente contesta a apuração com base no lucro arbitrado, vez que apresentara manifestação de inconformidade à exclusão do SIMPLES, e ainda a retroatividade da exclusão do SIMPLES.

Os argumentos têm eficácia restrita aos lançamentos referentes aos anos-calendário 2002 e 2003, pois somente nestes períodos o contribuinte utilizou-se do SIMPLES.

Em primeiro lugar, como já bem colocado pela decisão de piso:

A manifestação de inconformidade contra o ato executivo que exclui o contribuinte do SIMPLES não tem efeito suspensivo, ou seja, apenas devolve o objeto de litígio para ser apreciado em outra instância do contencioso administrativo. Diferentemente, do que ocorra com os recursos contra a exigência do crédito tributário, onde, por exemplo o dispositivo legal (art. 151, III, CTN), há suspensão da exigibilidade do crédito tributário até a extinção do processo administrativo.

Em relação aos efeitos da exclusão do SIMPLES, assim dispõe o RIR/99, aprovado pelo Decreto 3.000/1999:

Art. 195. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses (Lei nº 9.317, de 1996, art. 14):

(...)

II - embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN);

(...).

Art. 196. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 194 e 195 surtirá efeito (Lei nº 9.317, de 1996, art. 15):

(...)

V - a partir do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

Parágrafo único. A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo Lei nº 9.317, de 1996, art. 15, § 3º e Lei nº 9.732, de 1998, art. 3º).

Art. 197. 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 (Lei nº 9.317, de 1996, art. 16).

Conforme está cristalinamente estampado nos preceptivos legais acima, os efeitos da exclusão, no caso concreto, retroagem, no caso, “a partir do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior”

E foi exatamente o que aconteceu. O ADE nº 14 de 29 de novembro de 2006, publicado no DOU de 30 de novembro de 2006, expedido pela Delegacia da Receita Federal de Santarém/PA, retroagiu ao mês da ocorrência do fato que ocasionou a exclusão. E qual o fato que ocasionou a exclusão? O embaraço do interessado, caracterizado pela negativa, não justificada, de exibição dos livros e documentos que estava obrigado a escriturar referentes aos anos calendário de 2002 a 2004. Logo, conforme comanda o art. 197 do RIR/99, cuja base legal é o art. 16 da Lei nº 9.317, de 1996, “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”, no caso a partir de 01/01/2002.

Ademais, como é sabido o “Direito cria sua própria realidade”, podendo o legislador em determinadas situações pretender, sim, fazer com que essa retroação aconteça. Embora não se desconheça a existência do princípio de irretroatividade de lei, é bom que se diga que ele se destina a servir de diretiva estabelecendo uma regra geral ao poder legislativo e não propriamente ao intérprete. No caso, o intérprete quando estiver diante de uma tal construção na figura de um dispositivo válido e vigente, não cabe a ele desprezá-lo.

Saliente-se ainda que estando previstos em disposição legal em vigor, não cabe a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-los, encontrando óbice, inclusive na Súmula nº 2 deste CARF:

Por todo o exposto, mantenho a exclusão do Simples constante do processo nº 10215-720.058/2006-13, juntado por apensação a este.

### **ARBITRAMENTO**

Excluída do Simples, não se desincumbiu de apresentar os livros obrigatórios seja por um regime de tributação ou pelo outro (Livros Caixa e/ou Diário e Razão).

A não apresentação dos livros obrigatórios exigidos pela legislação de regência (Livros Caixa e/ou Diário e Razão.) ocasionou o arbitramento, consoante art. 530, cuja matriz legal é o art. 47 da Lei nº 8.981/95:

*“Art. 47. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando:*

*(...)*

*III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de que trata o art. 45, parágrafo único;*

*(...)”*

Conforme consta dos autos, resulta patente que a documentação efetivamente não foi entregue à fiscalização, mormente livros obrigatórios e indispensáveis, como é o caso do Livro Diário e Razão. Também não apresentou o Livro Caixa em substituição àqueles, no caso da opção pelo lucro presumido. E justamente esse fato já havia sido o motivo para a exclusão do simples.

Em sua defesa, insiste no fato de que o regime adequado seria o lucro presumido (2002,2003) porque sua receita bruta estaria ainda acobertada por esse regime de tributação. Ora nada mais equivocado.

É preciso sublinhar novamente que a Recorrente deve manter a escrituração com observância das leis comerciais e fiscais, que faz prova em seu favor dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis e idôneos, inclusive o Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária. Não tendo apresentado o Livro Caixa para se adequar ao lucro presumido ou mesmo apresentado os livros Diário e Razão, Lucro Real para sujeitar-se ao lucro real, automaticamente teve seus lucros arbitrados.

Portanto, foi adotado o regime jurídico de tributação consistente com a legislação de regência da matéria. Não tem cabimento, assim, falar em adoção do regime de tributação com base no lucro presumido.

A esse respeito cumpre gizar que ao julgador administrativo, que se encontra totalmente vinculado aos ditames legais, mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN), não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal válido e vigente. Tal prática encontra óbice, inclusive na Súmula nº 2 deste CARF:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).

**PRESUNÇÃO LEGAL - Depósitos Bancários Sem Comprovação da Origem dos Recursos**

O art. 42, da Lei nº 9.430/1996 é cristalino ao determinar que a omissão de receitas pode ser caracterizada por meio de valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Ora, como se vê da descrição dos fatos, a empresa não apresentou documentação alguma que comprovasse a origem dos recursos daqueles diversos depósitos. A recorrente não logrou comprovar, através de documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, a origem dos recursos recebidos em conta bancária.

Em sede impugnatória e recursal, a interessada ao invés de tentar provar os fatos alegados, se limita a tecer considerações de direito, no sentido de enfraquecer o lançamento por ter sido lastreado apenas em presunções.

Em verdade, a argumentação da recorrente denota um total desconhecimento da existência do art. 42 da Lei nº 9.430-96 que representa um verdadeiro marco em termos de presunção legal de omissão de receitas, *verbis*:

*LEI nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 - DOU de 30.12.96*

*“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

Tratando-se de uma presunção legal de omissão de rendimentos, o ônus da prova fica invertido, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova à contribuinte. O contribuinte, por sua vez, não logrando êxito nessa tarefa que se lhe impunha, como ocorre no caso presente, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, ou seja, por presunção legal se toma como verdadeiro que os recursos depositados representam rendimentos do contribuinte. Por se tratar de uma presunção relativa *juris tantum*, somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

Feitas tais digressões e, evidenciada a absoluta licitude do estabelecimento das presunções legais, cumpre dizer que, em relação aos anos-calendários autuados, as alegações trazidas pelo contribuinte mostram-se despropositadas, visto que, o simples fato da existência de depósitos bancários com origem não comprovada é, por si só, hipótese presuntiva de omissão de receitas, cabendo ao sujeito passivo a prova em contrário que, conforme dito, não as apresentou.

Ao fisco cabe provar o fato constitutivo do seu direito, no caso em questão, a existência de depósito bancário sem origem comprovada. À recorrente, comprovar a origem desses depósitos.

Por todo o exposto, mantenho o lançamento nesse aspecto.

### **Omissão de receitas das compras com cartão de crédito**

Por não ter nada reparar, transcrevo abaixo os fundamentos da DRJ que não foram infirmados pela Recorrente:

A recorrente contesta a omissão de receitas, com base nos numerários recebidos por meio das operações de cartão de crédito, por entender que estas não caracterizam disponibilidade jurídica de renda e proventos e nem acréscimo patrimonial.

Diferentemente do que ocorre com os créditos bancários (em que os valores depositados podem ser derivados de meras entradas de numerários, sem se revestir da condição de receitas, havendo a necessidade de uma norma autorizadora da presunção de omissão de receitas), os valores transferidos pelas operadoras de cartão de crédito às empresas representam a própria receita da atividade empresarial pela venda de bens e serviços.

Por conseguinte, os valores repassados pelas operadoras de cartão de crédito, que não foram oferecidos a tributação, representam, diretamente, uma receita omitida no período.

Portanto, mantenho o lançamento neste item também.

### **Aproveitamento dos recolhimentos feitos no Simples Nacional**

A recorrente insurge-se contra os valores recolhidos a título de Simples e não foram aproveitados no presente processo. Utiliza isso como argumento de defesa contra a forma em que foi apurado o imposto. Nesse sentido, tomo isso mesmo que indiretamente como um pleito e aqui assim será analisado.

A esse respeito, tem seguido o entendimento pacífico nesta Turma de que se impõe o abatimento dos valores recolhidos indevidamente sob o Simples contra o que fora lançado de ofício, com repercussão, inclusive no abatimento das multas de ofício correspondentes, quer na fase administrativa do lançamento, quer na fase processual.

O que está em jogo aqui é princípio da verdade material conjuntamente com a proibição de enriquecimento ilícito do Estado.. Não se trata nem mesmo de compensação, mas de mero abatimento, como corolário do exposto.

Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso apenas para que os recolhimentos indevidos a título de Simples sejam alocados para os débitos lançados de ofício.

**Lançamentos Reflexos**

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção e o cancelamento (parcial) das exigências lançadas por via reflexa,

Por todo o exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso apenas para que os recolhimentos indevidos a título de Simples sejam alocados para os débitos lançados de ofício.

*(assinado digitalmente)*

Antonio Bezerra Neto