



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

**Processo n°** 10320.002354/2009-76  
**Recurso n°** 999.999 Voluntário  
**Acórdão n°** 1401-001.119 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 12 de fevereiro de 2014  
**Matéria** SIMPLES  
**Recorrente** SISTEC ENGENHARIA SISTEMAS E TECNOLOGIA LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005,2006

**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

**PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.**

A perícia não se presta à realização de exames que prescindem de conhecimento técnico específico.

**EXCLUSÃO DO SIMPLES. LUCRO ARBITRADO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS.**

Uma vez excluído do Simples, a pessoa jurídica sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, em NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

*(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, Karem Jureidini e Jorge Celso Freire da Silva.

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra Acórdão da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de julgamento em Fortaleza-CE.

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

Trata-se de impugnação a lançamentos tributários do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica-IRPJ (fls 3/22), da Contribuição para o PIS/Pasep (fls 23/40), da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-Cofins (fls 41/59) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido-CSLL (fls 60/76), todos com fatos geradores nos anos de 2005 e 2006, totalizando o montante de R\$ 819.708,96, já acrescidos dos juros moratórios e da multa de ofício, simples (75%) ou qualificada (150%).

2. Conforme descrição dos fatos contida nos autos de infração, o contribuinte cometeu três infrações fiscais nos anos de 2005 e 2006, consolidadas no demonstrativo de fls 166/173:

a) omissão de receita de revenda de mercadoria e de prestação de serviço decorrente de emissão de notas fiscais calçadas (infrações 1 e 2), apurada mediante confrontação entre as notas fiscais existentes na contabilidade do autuado (3ª via) e as notas fiscais correspondentes fornecidas pelos seus clientes (1ª via), conforme demonstrativo de fls 79/80 e documentos fiscais às fls 82/165, com base nos quais foram verificadas divergências de valores, datas, discriminação e quantidade dos produtos vendidos;

b) omissão de receita presumida a partir da existência de depósitos bancários de origem não comprovada (infração 3), mantidos nas instituições financeiras Bradesco, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Sudameris e Unibanco, conforme demonstrativo de fls 431/488;

c) omissão de receita de revenda de mercadoria e de prestação de serviço (infrações 4 e 5), apurada com base nas notas fiscais fornecidas pelos seus clientes (1ª via), cujas vias contábeis correspondentes (3ª via) não foram entregues à fiscalização, conforme demonstrativo de fls 166/173 e documentos fiscais às fls 174/430.

3. Às primeira e terceira infrações foi infligida a multa qualificada (150%).

4. Antes de realizados os presentes lançamentos, o contribuinte foi excluído do sistema simplificado de pagamento dos tributos e contribuições federais (Simples), mediante Ato Declaratório Executivo DRFB/SLS nº 53 de novembro de 2008 (fl 1277), cujos efeitos se deram a partir de 1º de janeiro de 2005.

5. Uma vez submetido ao regime de tributação com base no lucro real, o contribuinte deixou de apresentar à fiscalização a sua escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, razão pela qual teve seu lucro tributável arbitrado, por força do art. 530, inc. I, do RIR/99.

6. Cientificado da pretensão fiscal em 30.06.2009 (fl 1336), o contribuinte, por seu procurador habilitado, apresentou impugnação em 30.07.2009 (fls 1825/1827), com a qual procura convencer o julgador da insubsistência do feito, invocando diversas questões preliminares e de mérito contrários à exigência fiscal, que se acham a seguir expostas em síntese:

#### PRELIMINARES DO LANÇAMENTO

i. Após lavrar o termo de encerramento, às 10:17h do dia 23.06.2009, concluindo pela exigência de débitos de Simples e de multas regulamentares, a autoridade fiscal, no dia seguinte, lavrou um outro termo de encerramento dentro do mesmo procedimento, agora concluindo pela formalização de débitos de IRPJ, CSLL, Cofins e PIS/Pasep; como se verifica, o autuante, por iniciativa própria, realizou a revisão dos lançamentos que realizara, lavrando novos autos de infração. Tal procedimento, independentemente da sua motivação, é irregular, já que a revisão de lançamentos sem a prévia e necessária autorização da autoridade competente acarreta a nulidade dos lançamentos constantes do termo de encerramento lavrado em 24.06.2009;

#### PRELIMINARES DO MÉRITO DO LANÇAMENTO

ii. O presente lançamento é inepto, tendo em vista não conter elementos necessários e suficientes ao pleno exercício do direito de defesa. De fato, um único processo reúne 10 (dez) diferentes exigências fiscais, sem referência a número do processo administrativo, sem identificação do número de cada auto lavrado, sem numeração das folhas dos autos;

iii. Deve ser lavrado um auto para cada tributo (art. 9º do Decreto nº 70.235/72);

iv. Tratando-se de exigência decorrente de suposta omissão de receitas oriundas de créditos não comprovados registrados nas contas correntes do contribuinte, nos autos ora impugnados não foram anexados os extratos das contas correntes do impugnante; sem dúvida elemento de prova indispensável à comprovação do ilícito alegado. No caso concreto, a ausência dos extratos bancários impediu a prestação de esclarecimentos sobre os créditos investigados, da mesma forma que prejudicou a elaboração da presente impugnação;

#### ARBITRAMENTO DO LUCRO TRIBUTÁVEL

v. Como se encontra pendente de julgamento a representação para exclusão do Simples, não poderia ser exigida do contribuinte a apresentação de sua escrita contábil pela sistemática do Lucro Real, de modo que descabido é o arbitramento do lucro tributável. Por lhe ser deferido tratamento jurídico diferenciado, na condição de empresa submetida ao Simples, está dispensado da escrituração contábil, de modo que a prestação das informações solicitadas se tornou extremamente difícil, tendo em vista a precariedade dos registros contábeis da empresa. De qualquer forma, é de se registrar que todos os esclarecimentos solicitados foram prestados com base nas informações disponíveis, sendo certo que para o completo esclarecimento da origem de cada crédito da movimentação financeira seria necessária a realização de prova pericial, com a análise de cada operação realizada;

vi. Não se aplica às micro e pequenas empresas optantes do Simples a regra do art. 26 da Lei nº 8.981, de 1995, segundo a qual as pessoas jurídicas

determinarão o imposto sobre a renda segundo as regras aplicáveis ao regime de tributação com base no lucro real, presumido ou arbitrado;

vii. Ademais, o arbitramento, quando cabível, deve ser realizado com as garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo totalmente inválido quando realizado de forma unilateral e clandestina, sem a mínima participação do contribuinte;

viii. No caso do arbitramento, inexistente uma prova direta preconstituída, motivo por que se justifica a adoção de meios indiciários de prova, não podendo o fisco, porém, enquanto não esgotados todos os demais meios facultados à

#### OMISSÃO DE RECEITA - NOTAS FISCAIS CALÇADAS

ix. Apurada omissão de receita de pessoa jurídica, qualquer que seja o regime de tributação, o lançamento será realizado por arbitramento, aplicando-se sobre a receita bruta - quando conhecida - o percentual de 8% (oito por cento), conforme arts. 26 e 47 da Lei nº 8.981, de 1995;

x. A omissão de receitas mediante utilização de "notas calçadas" se baseia em alegações manifestamente inverídicas, pois não houve cotejamento entre as vias contábeis e as vias fornecidas pelos clientes, pela simples razão da não existência de vias contabilizadas. É que, sendo dispensado da escrituração contábil regular, o impugnante não realizou registros contábeis das Notas Fiscais das vendas realizadas;

#### OMISSÃO DE RECEITA - PRESUNÇÃO COM BASE EM DEPÓSITO BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

xi. A maioria dos lançamentos questionados não pôde ser esclarecida, seja pela inexistência de escrituração contábil regular, seja pela dificuldade de obtenção de cópias dos lançamentos bancários e, finalmente, porque os pedidos de esclarecimentos exigiam a apresentação da escrita contábil pelo sistema do Lucro Real, regime ao qual não deveria se submeter, dado que não se consumou a sua exclusão do Simples, que ainda se encontra pendente de julgamento;

xii. Os indícios utilizados para lastrear a omissão de receita são inconsistentes e insuficientes, pois a esmagadora maioria dos registros das contas correntes bancárias tivera origem em operações de empréstimos bancários e de descontos de títulos emitidos por terceiros, sem qualquer vinculação com as receitas decorrentes de vendas realizadas pelo impugnante. Tais valores, totalmente distintos das receitas operacionais, transitaram pelas contas e pelos cofres de diversas pessoas, físicas e jurídicas, que agiam como integrantes de uma cooperativa informal de crédito, solução inegavelmente engenhosa que adotaram para garantir a sobrevivência de suas empresas;

xiii. Ao enunciar apenas dois "exemplos" de depósitos que "salvo engano" teriam sido realizados com valores originados de operações efetuadas com a utilização de notas fiscais calçadas, o autuante construiu seu castelo de areia, arbitrando como receitas omitidas valores que transitaram, de forma promíscua, como entradas e saídas auto-excludentes, pois que as contas bancárias do impugnante foram utilizadas não somente por ele, mas também por terceiros, perfeitamente individualizados e identificados;

xiv. Foi preterida a verdade material ao não se examinar os registros efetuados na movimentação bancária, constantes dos extratos bancários, mediante diligências, pedidos de esclarecimentos, de modo que não se poderá deslocar para o contribuinte

os ônus da comprovação dos fatos equivocadamente presumidos. Em se tratando de lançamento de imposto sobre a renda decorrente de presumida omissão de receita, para se tornar viável a presunção de ocorrência do fato gerador, haveriam de ser identificados abundantes sinais de omissão de receita, e não apenas dois sinais no e situações analisadas. Em suma, adotar presunção apoiada em indícios insuficientes e inconsistentes para verificar a ocorrência do fato gerador equivale à criação de nova hipótese de incidência, tarefa reservada ao legislador (princípios da reserva legal, princípio da tipicidade);

xv. Em virtude do princípio da reserva legal, não é válido o lançamento de imposto sobre a renda que não incida sobre a aquisição de disponibilidade, jurídica ou econômica, de acréscimo patrimonial. O simples auferimento de receitas - ainda que estivesse comprovado - por si só não é suficiente para a configuração do fato gerador do imposto sobre a renda (art. 21 da Lei nº 9.249, de 1995);

#### REQUERIMENTOS FINAIS

xvi. O impugnante requer a juntada de novos documentos e a realização de perícia para comprovar a origem dos depósitos bancários, afastando a descabida presunção de omissão de receitas;

xvii. Por fim, pleiteia a nulidade dos lançamentos.

7. Em despacho proferido em 14 de outubro de 2011 (fls 1816/1817), o processo foi baixado em diligência para que fosse juntada aos autos a impugnação aos lançamentos tributários, que, por um equívoco, se encontrava em outro processo (10320.002353/2009-21), bem como para que o contribuinte tivesse conhecimento dos extratos bancários de fls 1345/1810 e sobre eles pudesse se manifestar.

8. Cumprida a diligência, retornaram os autos para julgamento, sem reposta do impugnante.

É o relatório.

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

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2005, 2006

**PROVA DOCUMENTAL. MOMENTO DE APRESENTAÇÃO.**

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas os autos.

**PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.**

A perícia não se presta à realização de exames que prescindem de conhecimento técnico específico.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2005, 2006

**OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITO BANCÁRIO. PRESUNÇÃO LEGAL.**

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Uma vez formalizada a omissão de receita com base na presunção legal, resta ao contribuinte, na pretensão de descaracterizá-la, demonstrar especificadamente que o valor depositado não se sujeita à tributação ou não decorreu da empresa; ou, tendo dela decorrido, já passou pelo crivo da tributação.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. LUCRO ARBITRADO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS.

Uma vez excluído do Simples, a pessoa jurídica sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2004

CSLL. PIS/PASEP. COFINS. TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Tratando-se da mesma matéria fática, e não havendo aspectos específicos a serem apreciados, aos lançamentos decorrentes aplica-se a mesma decisão do principal.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este CARF, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

Os recursos preenchem os requisitos de admissibilidade.

### Preliminares de nulidade

A Recorrente alega cerceamento do direito de defesa, mas na essência a sua insurgência é contra o mérito, vejamos suas alegações:

Ao formular a impugnação aos lançamentos, a ora Recorrente sustentou que os lançamentos efetuados seriam ineptos, tendo em vista não conterem os elementos necessários e suficientes ao pleno exercício do direito de defesa.

(...)

Na verdade, várias foram as irregularidades apontadas na impugnação, todas infundadamente rejeitadas pela decisão ora recorrida, tornando por tal motivo indispensável sua reapresentação nesta instância revisional.

Outra gritante irregularidade decorreu da realização de arbitramento do lucro tributável sem obediência às expressas disposições da lei e do regulamento do imposto de renda vigente.

A teor do art. 59 do Decreto 70235/72, 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 ainda pretende a nulidade do feito por cerceamento do direito de defesa em função do fato de que os extratos entregues por ela mesma só foram anexados aos autos depois da ciência do auto de infração. Ora, a teor do art. 60 do Decreto nº 70.235/72, é

cedição que a presença de omissões sanáveis no curso do processo e que não obstem a plena defesa do contribuinte podem ser sanadas pela autoridade julgadora, em respeito ao princípio maior que rege o processo administrativo, isto é, a verdade material. E foi o que foi feito. O processo foi baixado em diligência para que fosse dada ciência ao contribuinte dos extratos entregues por ele próprio e abrindo prazo para ampliar sua defesa, tudo para que não se corresse o menor risco de cercear do direito de defesa. Nesse sentido, penso que tal situação foi sanada sem qualquer tipo de prejuízo ao contribuinte.

Por conseguinte, as razões de mérito suscitadas em sede preliminar serão enfrentadas como se mérito fossem.

Por todo o exposto, rejeito as preliminares.

### **Perícia**

A Recorrente requer a realização de diligência bem assim se insurge contra a decisão de primeira instância que a considerou prescindível.

Nesse ponto reproduzo as bem colocadas razões de decidir da DRJ que para justificaram bem a negativa de se baixar o feito em diligência:

(...) 19. Entretanto, fenece o pedido no tocante a sua substância. O impugnante pretende que os peritos, consultando documentos arquivados na empresa ou em poder de terceiros, informem a origem de todos os créditos registrados em suas contas bancárias nos anos de 2005 e 2006; esclareçam se os lançamentos a crédito ou a débito nessas contas advêm de operações de empréstimos concedidos ou amortizados, por bancos ou terceiros; e informem se constam nessas contas registros de créditos comprovadamente decorrentes de receitas da atividade econômica do contribuinte.

20. Entretanto, o pedido deve ser indeferido em suas razões de mérito. Em primeiro lugar, verifico que os exames pretendidos podem ser aferidos mediante prova documental ou escritural, cuja produção está a cargo do próprio impugnante, nos termos do § 4º do art. 16 do referido Decreto, incluído pela Lei nº 9.532/97, verbis:

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

21. Se o contribuinte não poderia observar o momento processual previsto para a produção de prova documental, incumbiria ao impugnante enunciar e demonstrar as razões pelas quais não teria trazido, já com a impugnação, todos os

documentos necessários ao exercício do seu direito de defesa. Sucede que esse requisito não foi atendido.

Ademais, o deferimento de diligência e perícia é uma decisão do âmbito de discricionariedade do julgador, cabendo a ele fazê-la ou não a depender da formação de sua convicção (diligência) ou mesmo que se lhe exigirá conhecimentos técnicos específicos que somente um perito especializado poderia ter (perícia), o que não é o caso dos autos em que se requer apenas análise de meros dados contábeis, fiscais e legais., perfeitamente dentro da alçada de competência do Auditor Fiscal

Portanto, indefiro o pedido de perícia e diligência.

#### Exclusão do Simples

Conforme relatado, a Recorrente foi excluída do Simples e teve seus lucros arbitrados pela falta de apresentação dos Livros Caixa e/ou Diário e Razão.

Nesse ponto é preciso delimitar a lide. É que não está em causa o motivo que levou efetivamente à sua exclusão do simples, limitando-se a contesta os seus efeitos. Mesmo porque, tal matéria, a causa da exclusão do Simples está fora do litígio, constituindo-se em matéria constante de outro processo sendo julgado na esfera administrativa (processo nº 10320.002353/200921), já julgado pelo CARF desfavoravelmente ao contribuinte, através do Acórdão nº 0821.967.

Nesse prisma, a manifestação de inconformidade contra o ato executivo que exclui o contribuinte do SIMPLES não tem efeito suspensivo nem impeditivo de lançamento, ou seja, apenas devolve o objeto de litígio para ser apreciado em outra instância do contencioso administrativo. Sendo assim, portanto, perfeitamente válidos os lançamentos que nascem em momento que o processo conexo da exclusão do simples ainda não tenha sido julgado.

Ainda nesse mesmo passo, o Pleno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) já sumulou essa matéria através da Súmula nº 77:

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 recorrente contesta ainda a apuração com base no lucro arbitrado, vez que afirma que não existe possibilidade de se estar no SIMPLES, sendo desobrigado da escrituração contábil e fiscal e ao mesmo tempo lhe exigir tal escrituração sob pena de ter seu lucro arbitrado.

#### **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.

Como se vê, reza o mandamento legal acima que uma vez excluído do Simples, a pessoa jurídica sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. E quais são as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas? São as regras de tributação do lucro real ou presumido.

A falta de escrituração contábil e fiscal suficiente à apuração do Lucro Real ou a falta da escrituração do livro caixa por uma ou outra via, implica necessariamente no arbitramento do lucro.

E não adianta querer trazer argumentos que indiquem qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade dessas leis, pois no âmbito administrativo não se pode afastar norma legal e vigente.

Ademais, como é sabido o “Direito cria sua própria realidade”, podendo o legislador em determinadas situações pretender que o lucro a partir do qual se tributa o imposto de renda ou a contribuição social sobre o lucro seja aferido a partir do faturamento através do arbitramento de um percentual sobre o mesmo para se alcançar um lucro fictício, o que a lei chama de lucro arbitrado.. 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:

A DRJ também abordou muito bem essa questão, razão pelo qual transcrevo parte do seu voto como razão também de decidir:

33. A respeito do tratamento jurídico diferenciado dispensado às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) optantes do Simples, cabe lembrar, em primeiro lugar, que tal prerrogativa não exime esses empresários de cumprir obrigações acessórias mínimas ou simplificadas, como a de manter escrituração contábil ou de escriturar o livro caixa, o que é determinado pelos arts. 258, 259 ou 527 do RIR/99. Em segundo lugar, se a ME ou a EPP não reunir condições para estar no Simples, deverá se submeter à sistemática de apuração dos tributos aplicável às demais pessoas jurídicas (lucro real, presumido ou arbitrado), ex vi do art. 16 da Lei nº 9.317, de 1996

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

Portanto, excluída do Simples, não se desencumbiu 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.

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

### **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, bem assim com considerações genéricas sem trazer aos autos quaisquer provas de suas alegações. Com relação a essas considerações genéricas, aduz de forma vaga que os valores depositados em suas contas "transitaram pelas contas e pelos cofres de diversas pessoas, físicas e jurídicas, que agiam como integrantes de uma cooperativa informal de crédito, solução inegavelmente engenhosa que adotaram para garantir a sobrevivência de suas empresas". Para comprovar tal afirmação, diz haver juntado aos autos "a relação das pessoas físicas e jurídicas participantes dessa modalidade inusitada de crédito coletivo". Porém, não há quaisquer provas nos autos nesse sentido.

Em relação às presunções, 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.

Insurge-se ainda quanto ao procedimento de amostragem adotado pelo fiscal para deixar de fora da autuação certos depósitos bancários.

Nesse mister, faz-se importante e suficiente os esclarecimentos já prestados em primeira instância e não infirmados pela Recorrente em sede recursal:

(...) a fim de evitar que os depósitos bancários já computados na base de cálculo dos tributos fossem também tributados como omissão de receita, seja porque oferecido pelo contribuinte à tributação, seja porque objeto dos lançamentos de ofício, a autoridade fiscal conseguiu associar alguns depósitos em conta a valores constantes da escrituração do contribuinte, nas 1ª ou 3ª vias das notas fiscais utilizadas, conforme descrição dos fatos contida nos autos de infração

51. Pois bem, o impugnante insurgiu-se contra esse procedimento, por entender que "não se pode considerar base consistente para nenhuma dedução presuntiva uma 'amostragem' limitada ao exame de dois eventos em um universo de centenas de eventos".

52. No entender do impugnante, competiria à fiscalização realizar um exame da origem de todos os depósitos existentes nas contas do contribuinte, e não somente de alguns e por amostragem.

53. Está-se aqui mais uma vez diante da questão relativa ao ônus da prova dos fatos articulados no raciocínio presuntivo, já anteriormente debuxada e resolvida.

54. Vale, todavia, ressaltar a correção do procedimento da autoridade fiscal de expungir da base de cálculo atinente a essa infração valores em depósito levados à tributação por um outro caminho (fls 1040/1264). É lógico que essa operação haveria de recair sobre depósitos que, em função da correspondência de datas e valores, fossem facilmente correlacionados com as receitas da atividade. Outros que porventura houvessem escapado a essa depuração poderiam ter sido apontados pelo impugnante, que, no entanto, preferiu quedar-se indiferente diante da situação.

Feitas tais considerações 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, o que não foi feito.

Por todo o exposto, mantenho o lançamento nesse aspecto.

#### **Omissão de receitas notas fiscais calçadas**

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

37. O impugnante aduz que a suposta omissão de receitas por uso de "notas calçadas" se baseia em alegações manifestamente inverídicas, pois não houve cotejamento — conforme alegado — entre as vias contábeis e as vias fornecidas pelos clientes, pela simples razão da não existência de vias contabilizadas, já que o contribuinte está legalmente dispensado da escrituração contábil.

38. A questão posta é irrelevante para descaracterizar a omissão de receita decorrente da utilização do odioso artifício da nota calçada. A esse respeito, sobreleva observar que a confrontação realizada pela autoridade fiscal com o objetivo de demonstrar a fraude empregada se deu entre documentos fiscais, e não entre documento fiscal, de um lado, e registro contábil, de outro. Os documentos fiscais são as notas fiscais em posse do autuado (3 a via) e as notas fiscais correspondentes fornecidas pelos seus clientes (1a via), em procedimento de circularização. Confrontadas as informações contidas nessas duas vias (fls 79/80), as quais deveriam documentar a mesma operação de venda, constataram-se divergências de valores, datas, discriminação e quantidade dos produtos vendidos, revelando-se, assim, patente o evidente intuito de fraude ensejador da qualificação da multa de ofício.

39. Em vista disso, revela-se manifestamente descabida a objeção do impugnante.

#### **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, nego provimento ao recurso

*(assinado digitalmente)*

Antonio Bezerra Neto