ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10380.727707/2012-35

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

Processo nº	10380.727707/2012-35
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1201-002.266 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	14 de junho de 2018
Matéria	SIMPLES NACIONAL
Recorrente	CAMARSE EMPREENDIMENTOS E NEGOCIOS HOTELEIROS LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

EXCLUSÃO. ESCRITURAÇÃO DEFICIENTE.

Situação que impede à permanência no regime do Simples Nacional, sobretudo quando houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Possuindo o auto de infração todos os requisitos necessários à sua formalização, nos termos do artigo 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, e se não forem verificados os casos taxativos enumerados no artigo 59 do mesmo decreto, o lançamento não é nulo.

MULTA QUALIFICADA. - OMISSÃO DE RECEITAS. SÚMULAS CARF N. 14 e 25.

No sentido que proposto pelas Súmulas CARF n. 14 e 25, a qualificação da penalidade requer uma conduta além da omissão de receitas, que revele indubitavelmente o intuito fraudulento do contribuinte, necessário, inclusive, de ser demonstrado especificamente pela fiscalização.

INDENIZAÇÃO POR RESCISÃO DE CONTRATO.

A multa ou qualquer outra vantagem paga ou creditada por pessoa jurídica, ainda que a título de indenização por lucros cessantes, a beneficiária pessoa física ou jurídica, inclusive isenta, em virtude de rescisão de contrato, sujeita-se à incidência do imposto de renda.

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

A falta de escrituração de parte relevante da movimentação financeira registrada em conta corrente bancaria, demonstra a existência de falha na escrituração contábil da pessoa jurídica, autorizando o arbitramento do lucro, no caso presente, com base na receita bruta conhecida.

LIVRO CAIXA. MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. INSUFICIÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITA. CARACTERIZAÇÃO.

Configura omissão de receita a escrituração insuficiente, no Livro Caixa de receita auferida pelo contribuinte e verificada em sua movimentação bancária.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 30/09/2007, 31/12/2007

PERÍCIA CONTÁBIL

Indefere-se o pedido de perícia contábil quando presentes nos autos elementos capazes de formar a convicção do julgador, ausência de prova a ser periciada, diversa daquela examinada nos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para afastar a multa qualificada, reduzindo-a de 150% para 75%, nos termos do voto do relator. Vencido o conselheiro José Carlos de Assis Guimarães que negava provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Eva Maria Los, Luis Fabiano Alves Penteado, José Carlos de Assis Guimarães, Luis Henrique Marotti Toselli, Gisele Barra Bossa, Paulo Cezar Fernandes de Aguiar, Bárbara Santos Guedes (suplente convocada em substituição à ausência do conselheiro Rafael Gasparello Lima) e Ester Marques Lins de Sousa (Presidente). Ausente, justificadamente, o conselheiro Rafael Gasparello Lima.

Relatório

Trata-se de processo para exclusão do simples através do Ato Declaratório Executivo 35, de 04 de julho de 2012 ao argumento de que o Livro Caixa da pessoa jurídica não contemplaria a movimentação bancária, caracterizando afronta ao disposto no inciso VIII do artigo 29 da Lei Complementar nº 123 de 2006, com efeitos a partir de 01/08/2012 (fl. 274) e, o auto de infração de fls. 308332, que exige do sujeito passivo já identificado, o crédito de R$2.479.533,95 a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, R$1.627,27 a título de

Contribuição ao Programa de Integração Social - PIS, R$952.210,18 a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL e R$7.510,60 a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, acrescidos de multa de ofício à razão de 150% e juros de mora, correspondendo ao crédito tributário de R$10.275.352,19, em face dos fatos geradores ocorridos em 30/09/2007 e 31/12/2007. Estes valores foram apurados pelas regras do arbitramento, haja vista a escrituração mantida se mostrar imprestável para a determinação do Lucro Presumido, uma vez que o Livro Caixa não indica toda a movimentação financeira da empresa. O arbitramento foi fundamentado na inobservância do inciso II do artigo 530 do RIR de 1999.

Ao contribuinte foram atribuídas as infrações decorrentes da ausência de escrituração de receitas de prestação de serviços e omissão de receita não operacional decorrente do recebimento de suposta multa indenizatória.

Em relação à segunda infração, fora aplicada a multa excepcional em decorrência da constatação subjetiva de fraude pelo agente fiscal, em descompasso ao histórico contábil e patrimonial evolutivo da empresa em questão.

Impugnação

A empresa fiscalizada refutou as razões da autuação em manifestação de inconformidade sustentando em síntese que o disposto no art. 29, VIII da Lei Complementar n.º 123/2006 não se aplicaria como fundamentação para exclusão do simples nacional.

Primeiro, registrou que não seria verdadeira a afirmação de que não teria sido contabilizada em seu livro caixa a movimentação financeira da conta de n.° 9407-2, mantida pelo Impugnante junto ao Banco do Brasil. Alega que a movimentação referente às suas receitas recebidas através da aludida conta encontra-se devidamente contabilizada, como teria demonstrado o exame de seu Livro Caixa e do extrato da conta bancária (anexou a cópia de algumas de suas partes a título de mera amostragem docs. 04 e 05).

Requereu perícia contábil, para ver comprovadas suas alegações, lado outro, afirmou não haver má-fé.

Destacou que toda a sua movimentação financeira teria sido regularmente declarada ao fisco, assim como submetida à regular tributação (docs. 06 e 07), como muito bem foi demonstrado na sua peça de impugnação aos autos de infração lavrados por conta dessa sua indevida exclusão do SIMPLES, argumentos aos quais reiterou e por fim pediu que fossem considerados fazendo parte desta defesa.

Protestou provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, tais como a juntada posterior de documentos, a ouvida de testemunhas, tudo desde logo requerido. Pediu, em particular, a realização de perícia contábil, necessária para demonstrar que a movimentação financeira da conta nº 9407-2, mantida junto à agência 3471-1 do Banco do Brasil, está registrada em seu livro caixa e que não houve omissão de receitas da prestado de serviços. Indicou, desde logo, para atuar como assistente técnico, o Sr. Luis Paiva Timbó Júnior, brasileiro, solteiro, contador, inscrito no CPF sob o n° 302.069.36320, residente e domiciliado em Fortaleza - CE, com endereço comercial na rua Luiz Alves Maia, 181, Joaquim Távora, e formula os seguintes quesitos:

18.1.) No livro caixa da autuada há registros contábeis da movimentação financeira da conta 9407-2, mantida pela autuada junto à agência 3471-1, do Banco do Brasil?

18.2.) As receitas referidas no livro de apuração do ISS, que o agente fiscal afirma terem sido omitidas da declaração do Simples, foram mencionadas na DIPJ e submetidas à tributação por meio do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS?

Por fim, requereu a revogação do Ato Declaratório Executivo n° 35, de 04.07.2012, com o consequente arquivamento deste processo administrativo.

Considerando o acostamento de novos documentos, por cautela procedeu-se à devolução à unidade de origem para ulterior análise e permitindo eventual aditamento das conclusões apuradas pela autoridade fiscal.

A autoridade complementou o relatório da diligência para fazer constar:

LIVRO CAIXA: trata-se de reconstituição de parte do livro Caixa, de 01/08/2007 a 31/12/2007, mas que preserva as operações do livro original às fls. 04/107. Obs.: 1) O saldo final em 31/12/2007 é devedor em R$237.594,63 em ambos os livros; 2) A página final do livro Caixa apresentado pela defesa repousa às fls. 423, embora haja, evidentemente, um equívoco na seqüência das folhas do livro que foi juntado aos autos; 3) Note que o crédito bancário da conta 9407-2, no valor de R$10.342.500,00, em 20/08/2007, não consta de nenhum dos livros.

EXTRATO: O extrato apresentado na impugnação confere com o extrato já constante dos autos, embora aquele (da impugnação) tenha se repetido no período de agosto a outubro/2007.

PAGAMENTOS REALIZADOS: todos os pagamentos apresentados estão confirmados, o que impõe a sua compensação, conforme novos autos de infração simulados com a mesma data dos anteriormente lavrados. Necessário esclarecer que não houve lançamento de PIS/COFINS sobre o recebimento da multa por rescisão contratual, de maneira que os recolhimentos efetuados, que incluíram a mencionada multa, são mais que suficientes para inibir o lançamento destas contribuições por reflexo do lançamento do IRPJ sobre a omissão de receitas na declaração do SIMPLES.

Em arremate, o Impugnante, após ter sido intimado em 08/11/2013 (fls. 650) manifestou reiterando as razões da impugnação, bem como o pedido de perícia contábil e requereu a improcedência da ação fiscal com o consequente arquivamento do processo administrativo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator

Admissibilidade

O recurso interposto é tempestivo e encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis, merecendo ser apreciado.

Introdução

Ab initio, urge evidenciar que a empresa aqui fiscalizada não se desvencilhou de demonstrar o cabimento e adequação da perícia para comprovar aquilo que não logrou minimamente êxito em se desincumbir quando regularmente oportunizada a fazer, de maneira que a omissão de receita foi definitivamente atestada pelos documentos trazidos pelo Recorrente, com a consequente exclusão do Simples Nacional e aplicação da multa por ocasião do ilícito tributário elucidado pela Fiscalização.

Nulidade do Procedimento Fiscal

As alegações do Recorrente neste ponto restringem-se a atacar o indeferimento da prova pericial como ponto fulcral que supostamente teria cerceado o seu direito de defesa e a provas.

O fato é que, neste momento processual, já realizado todo o trabalho fiscal; e comprovado documentalmente a omissão escritural da receita; definido o *quantum* devido pelo contribuinte; e aplicadas as devidas penalidades, mostra-se medida totalmente desacertada e injusta desnaturar a cobrança de todo o crédito tributário, para fazer prevalecer o suposto cerceamento decorrente de ausência de perícia, haja vista que mesmo quando oportunizado a esclarecer os pontos e trazer documentos que respaldassem as alegações, o Recorrente não o fez concretamente.

Veja que em um contexto amplo, voltado essencialmente para a consumação do preceito que pugna pela elucidação da verdade material, esta perícia suscitada, observada de forma individualizada, se mostraria absolutamente inócua. Enquanto, em sentido contrário, todo o procedimento fiscal desenvolvido se mostra de ímpar presteza a elucidar o que de fato ocorreu.

O procedimento fiscal cumpriu com a sua função essencial, identificou a omissão de receita, submeteu-a à apreciação do contribuinte, somente então procedeu ao desenquadramento do Simples Nacional e a consequente constituição definitiva do crédito tributário.

Ademais, o contribuinte não logrou êxito em demonstrar que tal indeferimento sacralizaria o suposto desenquadramento e constituição de credito tributário ilegal. Cumpre ressaltar que a jurisprudência do CARF, de forma uníssona, valida todo o racional aqui exposto:

> *"PEDIDO DE PERÍCIA. AUSÊNCIA DE PROVA A SER PERICIADA. INDEFERIMENTO POR SER PRESCINDÍVEL. Se nos autos há todos os elementos probatórios necessários e*

suficientes à formação da convicção do julgador quanto às questões de fato objeto da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de perícia formulado para analisar provas que não foram carreadas aos autos pela recorrente". (Acórdão nº 3302-005.272 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária – Sessão de 28/02/2018).

"PRELIMINAR. PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO.
O indeferimento do pedido de realização de perícia, provas documentais e testemunhais não caracterizam cerceamento do direito de defesa quando demonstrada a desnecessidade de produção de novas provas para formar a convicção do aplicador".

(Acórdão nº 2201-003.716– 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária – Sessão de 04/07/2017).

Desta forma, não há como se acatar a alegação de que o indeferimento de perícia poderia desnaturar o lançamento por meio da decretação de sua nulidade.

Rejeito, pois, as alegações do Recorrente.

Mérito

O sujeito passivo foi excluído do Simples Nacional, via ADE 35 de 04/07/2012, sob a justificativa de não satisfazer os requisitos para se enquadrar no aludido regime, nos termos do art. 29, inciso VIII, da Lei Complementar nº 123/2006, uma vez que seu livro não contempla a movimentação bancária, nos termos da representação fiscal descrita no processo administrativo nº 10380.727707/2012-35 (fls. 512).

Na impugnação o Recorrente trouxe cópias parciais de extratos e Livro Caixa visando comprovar a suposta regularidade.

No entanto, contando com a inobservância do agente fiscal, constatou-se ao compulsar a documentação que se tratava de reconstituição de registros do Livro Caixa dos meses de agosto a dezembro do ano fiscalizado (2007), bem como os extratos correspondentes ao mesmo período, porém o livro e extrato anexado aos autos preservou as operações do livro original às fls. 04/107, sendo que o saldo final permaneceu inalterado, qual seja, em 31/12/2007 era devedor em R$237.594,63 (em ambos os livros).

É de curial observação que em nenhum dos momentos o contribuinte se desincumbiu de demonstrar o crédito bancário na "módica" quantia de R$10.342.500,00 em 20/08/2007.

Com efeito, os documentos reiterados apenas confirmam a omissão de receita constatada *icto oculli* e que são suficientes para validade o ADE 35 e o consequente

desenquadramento do Simples Nacional, mesmo sendo a receita de natureza não operacional, pois deveria estar ela consignada nos registros.

Aliás, a aludida receita não operacional defluiria de multa indenizatória devidamente paga sem qualquer resistência e estabelecido através de instrumento contratual, juntado ao processo administrativo, bem como o respectivo distrato, o qual a empresa Recorrente firmou com a Construtora Cumbuco Ltda., com previsões que embora estampam o desequilíbrio entre as partes não podem ser simplesmente desconsiderados.

Apenas a título informativo, o desequilíbrio é confirmado da transcrição da cláusula 5ª do contrato que originou a receita, qual seja:

> *"Cláusula 5ª. Se houver desistência por parte do optante/Comprador, ele perderá tudo o que já tenha pago, bem como todos os gastos que tenha feito com os projetos" e* estudos, que serão todos custeados por conta exclusiva dele Optante/Comprador, e se a desistência se der por parte da Vendedora, ela terá que pagar ao Comprador, que poderá ser o Optante/Comprador atual ou quem ele assim indicar, como Multa de Desistência/a quantia correspondente a 50%(cinquenta por cento) do valor total do imóvel com suas*
>
> *atuais benfeitorias, caso em que a Vendedora receberá do Optante/Comprador, para seu uso, ou para o de quem ela vier a fornecer (da Vendedora) todos os Estudos, Projetos e Licenças, já conseguidos, relativos ao citado terreno, sem que ela tenha que pagar mais nada a ninguém, sobre o assunto, encerrando se todos os compromissos, bilateralmente".*

Nada foi pago pelo Recorrente e, em 14/05/2007, o então vendedor do imóvel, a Construtora Cumbuco firmou a desistência do negócio, comprometendo-se a pagar ao sujeito passivo o valor previamente estipulado como multa de desistência, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor total previsto para a venda do imóvel, que havia sido estipulado em R$21.000.000,00. O distrato foi formalizado conforme fls. 289/293.

Com efeito, o valor da multa indenizatória foi recebido e não foi registrado no Livro Caixa do Recorrente, conforme foi apurado durante a ação fiscal, fato suficiente para determinar a exclusão ao benefício fiscal do Simples Nacional.

Quanto à alegação de que teria solicitado sua exclusão ao Simples Nacional, cumpre esclarecer que o documento apresentado não tem valia. Primeiro porque não contém nenhum indicativo de que tenha sido protocolado; segundo porque a legislação do Simples Nacional impõe ao contribuinte que toda e qualquer comunicação de interesse do contribuinte e do fisco deve ser efetuada junto ao Portal do Simples Nacional, na opção "Simples Serviços", menu "Exclusão".

Pela compulsão dos extratos e Livro Caixa resta inequívoco que não foram levados o registro o recebimento dos valores acordados no Distrato com a Construtora Cumbuco.

Lado outro, contemporaneamente aos fatos, em consulta realizada junto ao Portal do Simples Nacional, a situação do sujeito passivo era de optante pelo Regime e o documento de fls. 160 que, em tese corresponderia a um pedido de cancelamento da opção, não tem valia na medida em que está desacompanhado de qualquer comprovação de ter sido protocolado, ademais para o período sob fiscalização o sujeito passivo ter apresentado declaração simplificada com todos os valores zerados e, posteriormente tentou apresentar declaração sob o regime do Lucro Presumido que foi rejeitada pelos sistemas da Receita, uma vez que já existia declaração por outro regime.

Não obstante o não acolhimento da declaração pelo Lucro Presumido, considerando ter havido recolhimento dela decorrente, tais valores foram utilizados no abatimento do montante exigido.

No mesmo sentido, com as comprovações documentais do Recorrente, afastou-se também a exigência em relação ao item prestação de serviços gerais da autuação do terceiro trimestre de 2007, sendo que a exigência relativa ao 4º trimestre, para esta mesma infração foi mantida.

Desta feita em alinho ao principio da vedação do enriquecimento sem causa, o agente fiscal abateu todos os valores pagos pelo sujeito passivo para reduzir a exigência ora norteada e tendo em vista a omissão descortinada e confirmada pelo próprio sujeito passivo despicienda se mostra a perícia requerida na impugnação e reiterada no recurso voluntário.

Portanto, o ADE 35 que desenquadrou o Recorrente do regime nominado como Simples Nacional está revestido de todos os requisitos legais nos termos do art. 29, inciso VIII, da Lei Complementar nº 123/2006, uma vez que seu livro não contempla a movimentação bancária.

Quanto à natureza jurídica da receita omitida na declaração

A matéria aqui posta refere-se à possibilidade de enquadrar a verba indenizatória omitida, decorrente de descumprimento contratual, como se verba de recomposição de um dano sofrido, ou seja, que não se afeiçoaria a qualquer acepção de acréscimo patrimonial.

O fundamento legal da incidência do IRPJ sobre o valor recebido está prescrito no art. 43, do CTN:

> *"Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:*
>
> *I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;*
>
> *II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior".*

A norma, como se vê da sua leitura, não descreve exaustivamente as rendas e proventos de qualquer natureza cujo auferimento ensejaria a consequente tributação, restando, no entanto, clara a determinação de que todos os valores auferidos como produto do capital, do trabalho, da combinação de ambos e, ainda, todos os demais acréscimos patrimoniais que não decorram de um ou de outro ou de suas combinações, encontram-se no campo de incidência do imposto, uma vez que a correspondente aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica constitui-se em seu fato gerador.

Apesar de tal clareza, no entanto, o §1º, do mesmo art. 43 do CTN, elimina qualquer eventual dúvida remanescente ao prescrever que a incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. O dispositivo segue transcrito, assim como o seu espelhamento em sede de norma legal - importa aqui destacar o caráter de Lei Complementar de que se reveste o CTN - atualmente contido no §4º do art. 3º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, *in verbis:*

> *Art.43 (...)*
>
> *1º. A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)*
>
> *(...)*
>
> *Lei nº 7.713, de 1988*
>
> *Art.3º (...)*
>
> *§4º. A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.*

Diverso, no entanto, por fim, foi o entendimento firmado jurisprudencialmente que, no caso de verba percebida a título de dano moral passou esta reiteradamente a ser reconhecida, pelo Superior Tribunal de Justiça, como estando fora do campo de incidência do Imposto sobre a Renda, com a matéria tendo sido decidida, assim, de modo desfavorável à Fazenda Nacional, em sede de julgamento realizado nos termos dos art. 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), atual Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, em que prevaleceu o entendimento de que a indenização por dano moral não ensejaria acréscimo patrimonial visto seu objetivo ser a reparação do sofrimento e da dor da vítima ou de seus parentes, causados pela lesão de direito

Destarte, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), ante a pacífica jurisprudência do STJ, emitiu o Parecer/PGFN/CRJ/nº 2.123/2011, aprovado pelo Ministro da

Fazenda, conforme despacho publicado no Diário Oficial da União (DOU) de 15/12/2011, cuja ementa assim foi redigida:

> A verba percebida a título de dano moral, por pessoa física, tem a natureza jurídica de indenização, cujo objetivo precípuo é a reparação do sofrimento e da dor da vítima ou de seus parentes, causados pela lesão de direito, razão pela qual torna-se infensa à incidência do imposto de renda, porquanto inexistente qualquer acréscimo patrimonial.
>
> Jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Aplicação da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recursos e a desistir dos já interpostos. Com base nesse Parecer, foi publicado o Ato Declaratório PGFN nº 9, de 20 de dezembro de 2011 (DOU de 22/12/2011), em que ficou autorizada a dispensa de apresentação de contestação, de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante "nas ações judiciais que discutam a incidência de Imposto de Renda sobre a verba percebida a título de dano moral por pessoa física".

No caso em destaque, a verba indenizatória auferida pela pessoa jurídica não pode se equiparar àquela auferida em razão do dano moral, uma vez que, no seu caso, não atingiu seu patrimônio material, afinal, o Recorrente não havia dispendido um real sequer, atingiu seu patrimônio imaterial, ou seja, sua expectativa na aquisição imobiliária não se constituindo tal rendimento, portanto, no que a doutrina convencionou denominar dano emergente, aquele cuja correspondente indenização volta-se, então, para a cobertura da redução patrimonial efetivamente suportada pela vítima.

A indenização visa recompor diferentemente, à cobertura de valores relativos àquilo que o Recorrente deixou ou deixará de auferir por ocasião do distrato, em razão do evento reconhecidamente danoso, o que impõe a sua absorção no campo daqueles rendimentos havidos a título de lucros cessantes, uma vez que voltados à cobertura de ganhos futuros, ganhos esses que também sofreriam tributação no caso do seu auferimento em condições de normalidade.

Com efeito, à indenização percebida confere-se a natureza de lucros cessantes, afinal não qualquer investimento realizado na formação de eventual ativo material cuja correspondente perda pudesse ensejar a classificação do dano aqui estudado no âmbito daqueles denominados danos emergentes.

Diante disso, presente a condição prescrita no CTN de que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ou de proventos de qualquer natureza, assim entendidos todos os demais acréscimos patrimoniais (art. 43, *caput* e incisos), bem como o fato de que a incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção e, ainda, diante da

ausência de norma isentiva, impõe-se a constatação de que a indenização havida nos moldes descritos pelo Recorrente enquadra-se nas normas que impõem a tributação do respectivo valor auferido.

Arbitramento

Reputou-se válido o arbitramento, uma vez que não foram juntadas aos autos provas (Livro caixa devidamente escriturado e extratos). Prevaleceu a verdade processual de que o Recorrente não possuía, ou, se possuía, furtou-se a apresentar os itens de sua escrituração que lhe foram solicitados, além da confissão acerca da omissão de receita constatada.

Ademais, concluiu-se pela inexistência de empecilho legal à constituição do crédito tributário decorrente de arbitramento com base na receita bruta quando esta tenha sido apurada mediante a presunção de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

Neste sentido, entendeu-se que, se acatadas, são para efeitos de aplicação do art. 532 do RIR/1999, receitas que inicialmente não tenham sido reconhecidas pelo sujeito passivo, mas que se tornaram incontroversas a partir de elementos de prova reunidos em procedimento de auditoria, não há porque afastar, para o mesmo efeito, receitas apuradas a partir de presunção legal.

Multa Qualificada de 150%

A conduta do Recorrente que resultou nas infrações tributárias é que define a multa a ser aplicada. Será de 150% se agiu com evidente intuito de fraude. Nesse sentido dispõe o art. 44 da Lei n0 9.430/96:

> *"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 cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n0 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis".*

Por seu turno, os arts. 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502/64 dispõem:

> *"Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, oconhecimento por parte da autoridade fazendária:*
>
> *I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*
>
> *II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.*
>
> *Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.*
>
> *Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72".*

No caso em destaque, a receita omitida decorre de pagamento de indenização fixada por descumprimento contratual com natureza de lucros cessantes, muito embora o processo administrativo tenha logrado êxito na constatação inequívoca da omissão de receita não operacional , mas tributável, de modo que ao realizar o pagamento decorrente do distrato a fonte pagadora realizou a retenção dos impostos, desconstruindo qualquer inciativa de fraude, afinal, jamais ter-se-ia declarado e realizado a tributação de receita que se pretendia ocultar ou retardar o conhecimento por parte do fisco.

Lado outro, o lançamento, ainda que *a posteriori*, em DIPJ e o pagamento do tributo, mormente a declaração não tenha sido recepcionada em virtude de o Contribuinte não ter observado os requisitos dispostos no portal do Simples Nacional para a operação de exclusão no referido regime e o consequente enquadramento no lucro presumido.

A apresentação de declarações tardias e descompassadas ao regramento operacional pode representar que o contribuinte tentou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária, mas, no caso concreto, se analisado pontualmente soa inequívoco a imperícia na realização procedimento e não a simulação ou fraude diagnosticada *prima facie* pelo agente fiscal.

Assim, revela-se significativa a identificação de que, no caso em questão, a qualificação teria partido de elementos que levam apenas à presunção da omissão de receitas, mas não a uma efetiva causa de agravamento, razão pela qual penso ser o caso de aplicação das Súmulas 14 e 25 do CARF, transcritas as seguir:

> *"**Súmula CARF nº 14**: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo".*
>
> *"**Súmula CARF nº 25**: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei n° 4.502/64."*

Neste particular, entende-se que as provas trazidas aos autos não seriam suficientes à demonstração de que o Recorrente, de forma intencional e deliberada, suprimiu tributos, utilizando-se, para encobrir tal conduta, de práticas que se traduziam em omitir informações e/ou prestar falsas informações as autoridades fazendárias.

Diante do exposto, não teria, então, fundamento legal o agravamento da multa de oficio, de modo que resta aqui afastada.

Lançamentos Reflexos

Aplicam-se aos tributos lançados reflexamente ao IRPJ, quais sejam, a CSLL, o PIS e a COFINS, os mesmos fundamentos para manter a exigência, haja vista a inexistência de matéria específica, de fato e de direito a ser examinada em relação a eles.

Conclusão

Diante de todo o exposto, CONHEÇO do RECURSO VOLUNTÁRIO para DAR PARCIAL PROVIMENTO, tão somente para afastar a multa de ofício qualificada reduzindo-a de 150% para 75%.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Relator