



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

Processo n° 10435.000515/2010-33
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1202-001.102 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de fevereiro de 2014
Matéria IRPJ
Recorrente SOBRAL JEANS LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.

PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO CONTRADITÓRIO.

Os procedimentos da autoridade fiscalizadora têm natureza inquisitória não se sujeitando ao contraditório os atos lavrados nesta fase. Somente depois de lavrado o auto de infração e instalado o litígio administrativo que se pode falar em obediência aos ditames do princípio do contraditório e da ampla defesa.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

O art. 42 da Lei n° 9.430/96 autoriza considerar como receitas omitidas os montantes relativos a depósitos bancários cuja origem não foi comprovada com documentação hábil e idônea pelo contribuinte devidamente intimado para tanto.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. LEI COMPLEMENTAR N°1 05/2001 E LEI N° 9.430/96.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. INAPLICÁVEL.

O arbitramento dos lucros pelas normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas somente é possível após a exclusão da contribuinte do sistema simplificado de tributação.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Cobra-se através de lançamento de ofício as diferenças apuradas relativas a recolhimentos a menor em face de utilização de alíquota inferior à efetivamente aplicável.

JUROS DE MORA (TAXA SELIC) - INCONSTITUCIONALIDADE.

Não está compreendida no espectro de competência das Autoridades Administrativas de Julgamento a apreciação de alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

MATÉRIA NAO CONTESTADA. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas, indeferir o pedido de diligência e, no mérito, negar provimento ao recurso,. Por maioria de votos afastar a apreciação ex-officio da incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, vencido o Conselheiro Plínio Rodrigues Lima, que entendeu argüida pela Recorrente essa matéria. Ausente, momentaneamente, a Conselheira Nereida de Miranda Finamore Horta.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Orlando José Gonçalves Bueno - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Donassolo Viviane Vidal Wagner, Plínio Rodrigues Lima, Marcelo Baeta Ippolito, Orlando José Gonçalves Bueno.

Relatório

Por bem descrever os fatos até a fase recursal, reproduz-se abaixo o relatório da decisão de primeira instância:

Contra a contribuinte acima qualificada foram lavrados os Autos de Infração, às fls. 01 a 64, para exigência de créditos tributários, referentes ao ano calendário de 2005, adiante esr. ecificados:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM REAIS

TRIBUTOS

Imposto/ Contrib.	Juros de Mora	Multa Proporcional	TOTAL
-------------------	---------------	--------------------	-------

Imposto de Renda Pessoa Jurídica - Simples

49.111,27	27.832,43	36.833,38	
113.777,08			

Contribuição para o PIS - Simples

49.111,27	27.832,43	36.833,38	
113.777,08			

Contribuição Social sobre o Lucro - Simples

75.555,77	42.819,16	56.666,77	175.041,70
-----------	-----------	-----------	------------

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Simples

151.111,58	85.638,37	113.333,64	350.083,59
------------	-----------	------------	------------

Contribuição para Seguridade Social - INSS -Simples

324.889,83	184.122,54	243.667,32	
752.679,69			

TOTAL	-	-	-	
1.505.359,14				

Os referidos autos de infração são decorrentes do procedimento de fiscalização efetuada junto à contribuinte, na qual a fiscalização constatou infrações à legislação do SIMPLES, resultando nas infrações INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO e OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS. Na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal dos respectivos autos de infração e no Termo de Verificação e de Encerramento de Ação Fiscal (fls. 344/355), a autoridade autuante descreve detalhadamente todas as informações concernentes ao procedimento fiscal e relata as apurações efetuadas nesta auditoria que passamos a resumir abaixo:

Inicialmente, a ação fiscal foi instaurada em desfavor da pessoa física de José Cícero da Silva - CPF 682.661.894-04, representante/empregado da pessoa jurídica SOBRAL JEANS LTDA - ME, CNPJ nº 70.063.656/0001-39, a partir da constatação de movimentação financeira bancária na conta corrente mantida no Banco do Brasil (agência 1153-3 C/C 9683-0), referente ao ano de 2005 (fls. 129/186). Todavia, constatou-se que os recursos movimentados eram da atividade comercial da pessoa jurídica SOBRAL JEANS LTDA - ME, inclusive foi formalmente reconhecido pelos sócios/administradores da empresa José Alberes

Sobral - CPF 688.017.424-87 e Luiz Arthur Sobral - CPF 037.147.804-91 (fls 239/242). A ação fiscal foi redirecionada para a referida pessoa jurídica, com o consequente encerramento da ação fiscal em desfavor da pessoa física de José Cícero da Silva (fls. 110/111). Portanto, a sujeição passiva consta dos autos inquestionavelmente definida.

Em 25/03/2010, foi a pessoa jurídica SOBRAL JEANS LTDA - ME, CNPJ nº 70.063.656/0001-39, formalmente cientificada do objeto da ação fiscal, em face do Termo de Início da Ação Fiscal (fls. 65/66). Relativamente à movimentação financeira bancária em questão, foi a contribuinte, através da pessoa de seu sócio/administrador José Alberes Sobral - CPF 688.017.424-87, intimada a informar a origem, de modo individualizado, dos créditos/depósitos identificados (fls. 191/238), tendo declarado (fls. 67) que as operações financeiras referidas eram decorrentes da atividade empresarial da pessoa jurídica.

Da análise realizada nos registros bancários com a movimentação financeira realizada pela empresa, no curso do ano de 2005, foram constatados os créditos líquidos discriminados na Planilha de fls. 321. A contribuinte apurou seu resultado anual (ano calendário 2005, através do regime do SIMPLES (fls. 92/109), sendo este o regime em que será tratada sua receita operacional

Intimada a contribuinte a apresentar os seus registros fiscais e contábeis (Livro Caixa), a empresa atendeu o pleito do Fisco, apresentando o Livro Caixa (fls. 328/343), sem o registro da operação financeira bancária, além dos Livros de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS. A pessoa jurídica SOBRAL JEANS LTDA - ME, CNPJ nº 70.063.656/0001-39, formalmente, encerrou suas atividades em 13/11/2007, tendo requerido baixa do CNPJ (fls. 68), o que não obsta a assunção de débitos fiscais de períodos anteriores.

Identificada, no ano de 2005, movimentação financeira bancária não escriturada no Livro Caixa e não informada na PJSI/2006-SIMPLES, restou configurada omissão mensal de receita tributável pelo IRPJ e Contribuições Sociais (Planilha de fls. 322), nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96. Os sócios da pessoa jurídica SOBRAL JEANS LTDA - ME reconhecem que os créditos havidos na conta corrente mantida no Banco do Brasil S/A dizem respeito a operações comerciais de sua titularidade (fls. 214/453), fato confirmado pela amostragem de cópias de cheques constantes dos autos (fls. 243/320), decorrentes de pagamentos a fornecedores de tecidos, mercadoria da atividade da autuada. Foram requisitados ao Banco do Brasil S/A apenas cópias de cheques de emissão, de fato, da autuada nos valores superiores a vinte mil reais (fls. 122).

Dos créditos cronologicamente listados foram deduzidos os cheques devolvidos para se evitar a duplicidade dos créditos correspondentes. Entendeu-se também conveniente, para afastar a possibilidade de questionamentos indevidos por parte da PJ autuada, a exclusão das receitas operacionais declaradas (PJSI/2006 - fls. 93/110), dos identificados créditos bancários (Planilhas de fls. 321/322), que o art. 42 da Lei nº 9.430/96 reconhece com receita omitida.

A contribuinte, regularmente intimada a informar a origem dos recursos, reconhece o fato, justificando apenas que decorrem da sua atividade operacional (fls. 67), situação fiscal que se amolda integralmente à hipótese prevista na norma supra referida

A sujeição passiva, como elemento essencial da obrigação tributária e conteúdo substancial do lançamento, consta dos autos inquestionavelmente definida. A clara manutenção de atividade operacional relativa à revenda de tecidos,

demonstra a prática comercial, de responsabilidade direta da pessoa jurídica, representando, desse modo, atos jurídicos perfeitos e acabados. Todavia, inadmissível desconhecer, ex vi do disposto no art. 135, III, do CTN, a responsabilidade solidária das pessoas físicas dos sócios/administradores da empresa José Alberes Sobral - CPF 688.017.424-87 e Luiz Arthur Sobral - CPF 037.147.804-91, tido estes como responsáveis de fato (responsabilidade solidária) pela dita atividade comercial, feita em nome da pessoa jurídica autuada, conforme Termos de Sujeição Passiva Solidária (fls. 323/327).

Após ter ciência dos Autos de Infração do SIMPLES, a contribuinte apresentou impugnação aos mesmos (fls. 356/374), apresentando, em síntese, as seguintes razões de fato e de direito:

DOS FATOS. Aspectos Introdutórios e Preliminares.

- o trabalho fiscal deveria, além de buscar identificar as receitas tributáveis, utilizar-se do mesmo zelo na identificação dos valores excludentes dessas receitas, fundamentalmente os custos usuais da atividade comercial/empresarial. Assim, deixando de autuar dessa forma ocasionou, no mínimo, um inchaço injusto na base de cálculo dos tributos exigidos, que requer justa reparação. Inexistem custos declarados, tendo o Fisco informado apenas o não reconhecimento de receitas. No entender do Fisco, a atividade da pessoa jurídica apenas geraria receita, sem custos. Bastante inusitada essa possibilidade.

- se a pessoa jurídica teria praticado omissão de receita tributável, superior por algumas vezes a sua receita operacional contabilizada/declarada, o mínimo a fazer é reconhecer serem os registros contábeis (Caixa) da autuada absolutamente imprestáveis; restando, por consequência, ser arbitrado o lucro da pessoa jurídica. O lucro presumido e o PJ/SIMPLES são similares, no que se refere à escrituração do Livro Caixa obrigatório, com o registro, inclusive, da movimentação bancária, sob pena da sua imprestabilidade e tributação pelo lucro arbitrado. Existindo convicção plena da imprestabilidade dos registros fiscais/contábeis, restaria ao fisco, exclusivamente, a opção legal do arbitramento do lucro, independentemente do regime de apuração utilizado, razão pela qual roga-se pela inevitável declaração da im procedência total da autuação em comento.

- entende-se que não restou verificada/provada a omissão de receita tributável, mas sim restou identificada apenas movimentação financeira bancária mensal tida pelo fisco como não escriturada, a qual não tem capacidade de ser tomada como base de incidência de tributos, antes da adoção dos procedimentos previstos no art. 849 e parágrafos, do RIR/99. No caso, foi informado que ditos recursos (créditos), apesar do reconhecimento de serem de responsabilidade da impugnante (conta corrente - Banco do Brasil S/A), efetivamente, parte pertencia a terceiros, pela intermediação de negócios (tecidos), cabendo assim ao fisco realizar as investigações comprobatórias.

- o agente fiscal autuante não indicou, como era indispensável, a descrição minuciosa da infração objeto da exigência fiscal, optando por uma descrição simplória e confusa dos fatos, o que fere frontalmente o art. 10, no seu inciso IH, do Decreto nº 70.235/72; incidindo, assim, na nulidade prevista no art. 59, do citado instrumento normativo. Urge a decretação, portanto, da nulidade do procedimento fiscal, uma vez que o mesmo fere dispositivos do Decreto nº 70.235/72 e também os arts. 82, 130 e 145, inciso III, do Código Civil brasileiro. Os requisitos formais do ato administrativo de lançamento aparecem no art. 142 do CTN e nos arts. 10, 11 e 59, do Decreto nº 70.235/72. Se o ato administrativo

tributário não respeita referidas formalidades, não tem condições para produzir efeitos.

- comporta ainda revelar ser a exigência fiscal absurdamente desproporcional ao porte e à capacidade contributiva da contribuinte, caracterizando um verdadeiro confisco, vedado pelo texto constitucional. A utilização da taxa SELIC como fator de correção monetária dos tributos ofende os princípios de legalidade, da anterioridade, da indelegabilidade da competência tributária e, ainda, o princípio da segurança jurídica, todos estampados na Constituição Federal.

SIGILO BANCÁRIO. Art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal.

- o fisco teve acesso aos extratos da conta corrente (Banco do Brasil S/A, c/c 1153-3.9683-0) através da inconstitucional abertura propiciada pela Lei Complementar nº 105/2001, às próprias instituições financeiras, apesar de se reconhecer serem de nenhuma validade haja vista que caracterizam provas ilícitas, porquanto obtidas ao arrepio da Carta Política de 1988 prevendo essa, no seu art. 5º, inc. XII, o sigilo de dados (nestes se incluindo as informações bancárias) como espécie de direito à privacidade das pessoas.

- na verdade, o fisco apenas identificou a existência de créditos na conta corrente bancária da fiscalizada e a intimou a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nas operações, sem antes cuidar em verificar e reconhecer, inclusive diante do alerta verbal do titular da empresa individual de que ditos recursos, de fato, não pertenceriam à empresa SOBRAL JEANS LTDA - ME, em face da impossibilidade da pessoa ter gerado, no ano de 2005, tantos créditos financeiros. Ao representante do fisco cabe reconhecer que na ação fiscal haveria de ser levado em conta normas outras, constantes do sistema tributário nacional, que não apenas o art. 42, da Lei nº 9.430/96. Inclusive, parte dos recursos creditados dizem respeito a mera intermediação de negócios, ausente a compra e venda, onde a receita da autuada se restringia a uma 'comissão', fato que o fisco não cuidou reconhecer.

- se os depósitos bancários representam o marco inicial da investigação fiscal, eles não podem ser erigidos a fato indiciário na construção da presunção legal, que representaria o art. 42, da Lei nº 9.430/96. Tal providência implicaria na transferência integral do encargo probatório para a contribuinte, com manifesta impossibilidade dessa prova ser produzida.

- no sistema jurídico brasileiro, a expressão renda e proventos de qualquer natureza só abrange os fatos que possam ser considerados como acréscimo patrimonial. É inconstitucional dispositivo de lei que estabelecer conceito diverso. Portanto, a base de cálculo do imposto é, sempre, a renda, vale dizer, o acréscimo patrimonial da contribuinte. E não se pode admitir tributação de renda que seja apenas por ficção legal.

- resta ser reconhecido a impertinência dos lançamentos em exame, porquanto as deficiências manifestadas, comprometem o legítimo direito de defesa da autuada, nos termos do inc. LV, do art. 5º, da Carta Política de 1988.

DO MÉRITO.

- a fiscalizada não teve condição temporal e material para esclarecer as dúvidas do fisco e apresentar os elementos comprobatórios da regularidade de seu negócio. No caso, a atividade da pessoa jurídica autuada restringe-se à

intermediação e comercialização de tecidos. Não se garantiu à contribuinte o direito de acompanhar a instrução processual e a fase instrutória da fiscalização.

- o autuante apenas listou, no ano de 2005, os somatórios mensais dos créditos/depósitos bancários de que cuidam as planilhas constantes dos autos, rotulando-os de 'receitas omitidas tributáveis'. Não pode prevalecer o lançamento efetuado quando não ficar evidenciado o nexos causal entre os depósitos e o fato que represente a omissão de rendimentos. Os créditos/depósitos bancários em questão dizem respeito, em parte, a recursos correspondentes à sua atividade operacional e, na maioria, a receitas operacionais (revenda de mercadorias). Ora, quanto aos cheques emitidos (débitos) dizem respeito aos custos suportados pelo negócio da autuada. Assim, o fisco poderia impor questionamento apenas nos valores (créditos) mensais que suplantassem os débitos (saques), sendo esses sim passíveis de tributação, como omissão de receita em face do art. 42, da Lei nº 9.430/96, se assim tivesse o fisco cuidado de apurar.

- em matéria de ilícito tributário, a subsunção do conceito de fato ilícito à previsão abstrata da hipótese de incidência da regra-matriz sancionatória deve ser exata. Não implica não subsunção e, pois, em não instauração da relação jurídica sancionatória. A dúvida, portanto, quanto à ocorrência da conduta punível, impede qualquer penalização.

A decisão DRJ julgou o lançamento procedente, adotando a seguinte ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.

PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO CONTRADITÓRIO.

Os procedimentos da autoridade fiscalizadora têm natureza inquisitória não se sujeitando ao contraditório os atos lavrados nesta fase. Somente depois de lavrado o auto de infração e instalado o litígio administrativo que se pode falar em obediência aos ditames do princípio do contraditório e da ampla defesa.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

O art. 42 da Lei nº 9.430/96 autoriza considerar como receitas omitidas os montantes relativos a depósitos bancários cuja origem não foi comprovada com documentação hábil e idônea pelo contribuinte devidamente intimado para tanto.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. LEI COMPLEMENTAR Nº1 05/2001 E LEI Nº 9.430/96.

Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, uma vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. INAPLICÁVEL.

O arbitramento dos lucros pelas normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas somente é possível após a exclusão da contribuinte do sistema simplificado de tributação.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Cobra-se através de lançamento de ofício as diferenças apuradas relativas a recolhimentos a menor em face de utilização de alíquota inferior à efetivamente aplicável.

JUROS DE MORA (TAXA SELIC) - INCONSTITUCIONALIDADE.

Não está compreendida no espectro de competência das Autoridades Administrativas de Julgamento a apreciação de alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

MATÉRIA NAO CONTESTADA. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante.

Por seu lado, a Recorrente, tempestivamente, apresentou suas razões recursais alegando, em síntese o seguinte:

- preliminar de insuficiência da indicação clara e precisa da irregularidade fiscal, caracterizando vício formal, nulo de pleno direito, assim como preliminar de erro na identidade do sujeito passivo, pois indicou no pólo passivo pessoa extinta, desde 13 de novembro de 2007, sendo igualmente nulo;
- a autoridade fiscal não considerou custos da atividade (revenda de mercadorias);
- a autuação violou direitos fundamentais constitucionais da pessoa jurídica, dispostos no art. 37 da CF/88, assim como o determinado no art. 170 da mesma Carta, por não reconhecer tratamento diferenciado a microempresa/empresa de pequeno porte;
- erro no procedimento fiscal que deveria ter adotado o regime de arbitramento, uma vez que a omissão de receitas correspondeu a 92,35% da receita tributável apurada, o que seria mais que suficiente a justificar a imprestabilidade da contabilidade e adotar-se o arbitramento para o ano-calendário de 2005, da autuação;
- inconstitucionalidade por quebra do sigilo bancário, sem autorização judicial, além de agressão a princípios constitucionais, como capacidade contributiva, da estrita legalidade e/ou tipicidade, da moralidade administrativa;
- não se pode adotar os meros depósitos bancários como sinônimo de acréscimo patrimonial, para fins de apurar-se a receita bruta tributável, não podendo prevalecer quando não ficar evidenciado o nexo causal entre os depósitos e o fato que represente a omissão de receitas;
- violação do disposto no art. 142 do CTN, uma vez que autoridade fiscal deixou de se aprofundar na real apuração do quanto correto devido, para efeito de base de cálculo tributável;

Documento assinado digitalmente por ORLANDO JOSE GONCALVES BUENO, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por CARLOS ALBERTO DONASSOLO, Assinado digitalmente em 20/05/2014 por ORLANDO JOSE GONCALVES BUENO

Autenticado digitalmente em 20/05/2014 por ORLANDO JOSE GONCALVES BUENO, Assinado digitalmente em 21/05/2014 por CARLOS ALBERTO DONASSOLO, Assinado digitalmente em 20/05/2014 por ORLANDO JOSE GONCALVES BUENO

Impresso em 22/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- requer realização de diligências, para busca da verdade material.

Eis o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Orlando José Gonçalves Bueno

Por presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, dele toma-se conhecimento.

A Recorrente apresenta preliminares:

- vício de forma, por falta de indicação clara e precisa dos fundamentos fáticos e legais da autuação;

- erro na identificação do sujeito passivo;

- inconstitucionalidades relativas a violação de direitos fundamentais e garantia de tratamento diferenciado as microempresas;

- inconstitucionalidade de quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial;

- inconstitucionalidade por violar princípios da capacidade contributiva, legalidade e moralidade administrativa.

E, no mérito, argúe o seguinte:

- autoridade fiscal deixou de considerar os custos da atividade da Recorrente;

- a autoridade fiscal desconsiderou a vultosa omissão em face ao declarado perante o fiscal de movimentação financeira, para fins de arbitramento;

- a autoridade fiscal violou o art 142 do CTN, por não precisar a matéria tributável, uma vez efetuando lançamento somente em depósitos bancários, que nesse aspecto, não pode ser base de lançamento por não se tratar de receita tributável, carecendo de demonstrar o nexo entre tais depósitos e a aludida receita fiscal.

- por fim requer a realização de diligência, em busca da verdade material.

Assim, nessa ordem, passa-se a apreciação da matéria recursal.

A autoridade julgadora de primeira instância bem enfrentou o argumento sobre a suposta falta de indicação de fundamento legal e descrição fática para a autuação, pelo que merece ser abaixo reproduzida, a fls 393:

Segundo a Impugnante, consta dos Autos de Infração uma descrição simplória e confusa dos fatos, o que fere frontalmente o art. 10, no seu inciso III, do Decreto nº 70.235/72; incidindo, assim, na nulidade prevista no art. 59, do citado instrumento normativo.

Tal alegação da Impugnante não corresponde, no entanto, à verdade dos fatos. Nos autos de infração, encontram-se informados os fundamentos do lançamento tributário efetuado pela autoridade fiscal, conforme informações contidas na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 05/07), complementadas, de forma bastante minuciosa, pelo Termo de Verificação e de Encerramento de Ação Fiscal (fls. 344/355). A descrição do procedimento fiscal e dos fundamentos do lançamento, inclusive, foram resumidos no início do Relatório, integrante desta decisão.

...

Temos a ressaltar que a fiscalização atendeu a todos os requisitos para lavratura dos autos de infração, inclusive, apresentando todos os fatos apurados durante o procedimento de fiscalização, além do enquadramento legal se apresentar completo, seja o das infrações, das multas ou dos juros de mora. Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 05/07), complementadas, de forma bastante minuciosa, pelo Termo de Verificação e de Encerramento de Ação Fiscal (fls. 344/355), componentes dos Autos de Infração, a autoridade autuante descreve todos os fatos que geraram as apurações das infrações à legislação do IRPJ, conforme já demonstrado.

Diante esse posicionamento, em adotando o mesmo entendimento acima, é de se rejeitar a preliminar de nulidade por vício de forma.

Alega, também, erro na identificação do sujeito passivo, posto que a autoridade julgadora deixou de apreciar importante argumento, porém, a bem da verdade, se constata, que não houve omissão da autoridade julgadora precedente, mas sim inexistência do mesmo argumento de defesa em sede de impugnação inicial, pelo que se considera tal faculdade, nesta fase recursal, preclusa, seja por supressão de instância julgadora sobre tal apreciação, seja porque não foi matéria expressamente contestada pela Recorrente, como determina o art. 17 do Decreto nº 70.235/72. A pretexto de elucidar a questão, ainda que prevalecesse o direito a argüir tal defesa de erro de identificação do sujeito passivo, por se considerar dado baixa o CNPJ do mesmo, o art. 80-B da Lei nº 9.430/96, alterado pelo art. 32 da Lei nº 11.941/09, dispõe expressamente: *“O ato de baixa da inscrição no CNPJ não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados os débitos de natureza tributária da pessoa jurídica”*. Fundamento esse explicitado no relatório da fiscalização, e, ademais, cuidou a autoridade fiscal também em atribuir competente responsabilidade solidária tributária aos sócios da Recorrente, pelo que procedeu dentro da mais estrita legalidade e correta formalidade.

Assim, rejeita-se a preliminar de erro de identificação do sujeito passivo.

Argumenta a Recorrente várias inconstitucionalidades por violações de quebra do sigilo bancário, do princípio da capacidade contributiva, da legalidade, da moralidade administrativa, violação dos direitos fundamentais, violação do tratamento diferenciado para micro e/ou pequenas empresas.

Contudo assim seja, no âmbito administrativo vigora a Súmula CARF nº 02: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*”

Assim, consistindo art. 42 da Lei nº 9430/96, e art. 142 do CTN como matrizes legais em vigor e válidas sob a ótica constitucional para o lançamento fiscal, ainda que se reconheça a existência de interpretações que sustentem violações aos preceitos constitucionais referidos, no presente caso elencado nas defesas do sujeito passivo, esta instância administrativa recursal carece de competência para apreciar tais arguições, pelo que se aplica a súmula administrativa acima citada.

Com efeito, se rejeitam as preliminares de inconstitucionalidades argüidas pela Recorrente.

No mérito, alega Recorrente que a autoridade lançadora deixou de considerar os custos incorridos na atividade operacional do sujeito passivo, pelo que acompanha-se o entendimento da autoridade julgadora de primeira instância quando assevera:

Em sua defesa, a contribuinte argumentou que, considerando os cheques emitidos (débitos) serem custos suportados por seu negócio, o fisco poderia impor questionamento apenas nos valores (créditos) mensais que suplantassem os débitos (saques), sendo esses sim passíveis de tributação, como omissão de receita em face do art. 42, da Lei nº 9.430/96, se assim tivesse o fisco cuidado em apurar.

Não se pode desconsiderar, no entanto, que a Impugnante era optante do SIMPLES e a Lei nº 9.317/96 dispõe que:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

(...)

Art. 5º O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos seguintes percentuais:

(...)

§5º A inscrição no SIMPLES veda, para a microempresa ou empresa de pequeno porte, a utilização ou destinação de qualquer valor a título de incentivo fiscal, bem assim a apropriação ou a transferência de créditos relativos ao IP1 e ao ICMS.

Da interpretação combinada dos dispositivos acima transcritos depreende-se que a apuração do valor devido dos tributos compreendidos pelo sistema simplificado se dá mediante a aplicação de percentual, previsto na Lei nº 9.317/96, sobre a receita bruta mensal auferida, não havendo previsão de dedução dos custos incorridos. Dessa forma, consideram-se como omissão de receita os valores creditados na conta corrente bancária da Impugnante, deduzidos os cheques devolvidos e a receita anteriormente declarada, conforme demonstrou a autoridade fiscal na planilha às fls. 322.

Importa reiterar que se trata de presunção legal de omissão de receitas com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96, vale dizer, falta de comprovação de origem dos créditos bancários apurados, os quais, no caso, foram efetuados em conta de pessoa física, e totalmente a margem da contabilidade da Recorrente, ainda confessados pelos seus sócios, que, não obstante a riqueza da argumentação, não comprova a origem dos créditos bancários, com documentação hábil e idônea, e nada demonstra, ainda que por amostragem, eventuais custos incorridos, à luz do argumento de se tratar de operações de intermediações de negócios, evidenciando, apenas, a absoluta falta de prova de suas alegações nesse aspecto operacional.

Nega-se, portanto, provimento quanto a pretensão de considerar custos na apuração da base tributável.

Quanto ao questionamento sobre a imprecisão da matéria tributável, e utilização de somente depósitos bancários para caracterizar receita tributável, não merece guarida, igualmente tal argumentação.

A decisão da DRJ enfrentou, com clareza, o questionamento:

Ainda, cabe esclarecer que houve a presunção de omissão de receita exatamente porque a empresa não comprovou a origem dos valores de créditos em sua conta corrente, ou seja, estes valores não se encontram comprovados como sendo de terceiros ou de serem relativos a comissões, como a contribuinte afirma. Não há como a contribuinte negar que tais valores estavam registrados em sua conta corrente bancária no Banco do Brasil S/A. E se eram de terceiros, a Impugnante deveria demonstrar/comprovar e não simplesmente alegar.

A Impugnante alegou que existindo convicção plena da imprestabilidade dos registros fiscais/contábeis, restaria ao fisco, exclusivamente, a opção legal do arbitramento do lucro, independentemente do regime de apuração utilizado

Todavia, também nesse aspecto não está com a razão a Impugnante, pois a apuração do IRPJ com base no arbitramento do lucro não pode conviver com o sistema de pagamento do imposto de renda e das contribuições sociais instituído pela Lei nº 9.317/1996 (Simples Federal).

Apenas a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão do Simples é que a pessoa jurídica excluída sujeitar-se-á às normas de tributação aplicáveis a outras pessoas jurídicas, nos termos do artigo 16 da Lei nº 9.317/1996:

Art. 16 - 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, (grifei)

A exclusão é ato administrativo formalíssimo, tanto no caso da exclusão por comunicação (art. 13,1, § 1º, Lei nº 9.317, de 1996), quanto na de ofício (art. 14 a 16), ou seja, sempre devem ser seguidos os rígidos procedimentos da lei.

Sem a exclusão de ofício, ou voluntária, toda e qualquer receita omitida apurada pela fiscalização, consoante o que determina o art. 18, também da Lei nº 9.317/1996, deve ser tributada pela própria sistemática especial, e não por qualquer outra forma de tributação. Ou seja, sem a formalização da exclusão, incabível a ~~exação por intermédio do arbitramento do lucro~~. Eis o que diz o mencionado art. 18.

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

Cito, a título ilustrativo, decisão do Conselho de Contribuintes sobre a matéria:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES - FALTA DE APRESENTAÇÃO DO LIVRO CAIXA E ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL INEXISTÊNCIA DE EXCLUSÃO DO SIMPLES - ARBITRAMENTO - IMPOSSIBILIDADE -

A falta de apresentação do livro caixa e escrituração contábil dá ensejo à exclusão do SIMPLES (RIR/99, art. 195, II). O Arbitramento dos lucros pelas normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas somente é possível após a exclusão da contribuinte do sistema simplificado de tributação (RIR/99, art. 197). (Acórdão 105-15782, sessão de 21/06/2006)

Por derradeiro, requer diligência para a busca da alegada verdade material, o que, por outro lado, foi devidamente enfrentado tal necessidade para autoridade de primeira instância, uma vez que a autuação foi com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96, fundando-se em presunção legal de omissão de receitas por falta de comprovação de origem de depósitos/créditos bancários, onde caberia prova em contrário, como ônus do contribuinte, o que, após a fiscalização e demais providências, não restou demonstrado e a Recorrente não se desincumbiu de tal dever de elidir a presunção legal referida, prevalecendo a mesma. Assim, como a determinação legal estabelece que o contribuinte deve produzir prova que demonstre a origem de seus créditos em instituição financeira e como, no decorrer do processo, garantida ampla defesa, a Recorrente não trouxe qualquer elemento probante a justificar movimentação financeira à margem da escrituração, rejeita-se a diligência requerida, vez que tal procedimento não substitui o dever processual da Recorrente, de provar o quanto alegado.

Insurge-se a Recorrente quanto ao item de juros de mora com base na taxa Selic, neste sentido este E. Colegiado já sumulou o entendimento de que é devida e legal a cobrança de juros de mora com base no referido índice econômico, a saber:

Súmula CARF nº 04: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia –SELIC, para títulos federais”

No que se refere a sujeição passiva solidária, dos seus sócios, a autoridade julgadora de primeira instância foi correta ao fundamentar seu entendimento, o qual se reporta para adotar iguais razões de decidir, a saber:

A sujeição passiva, como elemento essencial da obrigação tributária e conteúdo substancial do lançamento, consta dos autos inquestionavelmente definida.

A clara manutenção de atividade operacional, relativa à revenda de tecidos,

demonstra a prática comercial, de responsabilidade direta da pessoa jurídica, representando, desse modo, atos jurídicos perfeitos e acabados. Todavia, inadmissível desconhecer, ex vi do disposto no art. 135, III, do CTN, a responsabilidade solidária das pessoas físicas dos sócios/administradores da empresa José Alberes Sobral - CPF 688.017.424-87 e Luiz Arthur Sobral - CPF 037.147.804-91, tido estes como responsáveis de fato (responsabilidade solidária) pela dita atividade comercial, feita em nome da pessoa jurídica autuada, conforme Termos de Sujeição Passiva Solidária (fls. 323/327).

Diante todo o exposto, é de se negar provimento ao recurso voluntário, mantendo-se integral os lançamentos de ofício ao sujeito passivo e seus responsáveis solidários, Sr. José Alberes Sobral e Sr. Luiz Arthur Sobral.

(documento assinado digitalmente)

Orlando José Gonçalves Bueno