



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

Processo nº 10845.001677/2005-08
Recurso nº 507.965 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.442 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de maio de 2011
Matéria IRPJ. SIMPLES.
Recorrente AL MARE RESTAURANTE LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003

NULIDADE DE DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. PEDIDO DE PERÍCIA E DILIGÊNCIA.

Os documentos que fundamentam contestação a lançamento tributário, bem como o pedido de perícia ou diligência devem acompanhar a impugnação administrativa, a menos que fique demonstrada a ocorrência de alguma das circunstâncias expressamente previstas no Decreto nº 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO. As autoridades administrativas são incompetentes para apreciar arguições de inconstitucionalidade de lei regularmente editada, tarefa privativa do Poder Judiciário.

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

Ano-calendário: 2003

NULIDADE DO ATO DE EXCLUSÃO. INOCORRÊNCIA. PENDÊNCIA DE DECISÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DE EXIGÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

A partir do momento em que constatada ocorrência de uma das situações previstas em lei como excludentes do Simples, cabe à Administração Pública efetuar a exclusão de ofício, mediante Ato Declaratório, ainda que eventual

crédito tributário decorrente das infrações apuradas quando a empresa ainda estava sujeita ao regime simplificado, e das quais decorreu a sua exclusão, esteja com sua exigibilidade suspensa em razão de recurso administrativo.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003

NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA. PENDÊNCIA DE DECISÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DE EXCLUSÃO DO SIMPLES.

A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do CTN, de sorte que, uma vez constatada infração à legislação tributária, impõe-se a lavratura do auto de infração, observada a forma de tributação a qual deva se submeter à pessoa jurídica a partir de sua exclusão do regime simplificado, ainda que o Ato Declaratório de exclusão do Simples esteja com seus efeitos suspensos em razão de manifestação de inconformidade ou recurso apresentado em processo administrativo fiscal.

OMISSÃO DE RECEITAS. ÔNUS DA PROVA. PROVA DIRETA. PRESUNÇÕES LEGAIS.

Em regra, ao fisco incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, e ao contribuinte o de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito, entretanto, no caso das presunções legais, inverte-se o ônus da prova, de sorte que ao fisco incumbe apenas provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, enquanto que ao contribuinte se transfere o ônus de provar que o fato presumido pela lei não aconteceu em seu caso particular.

DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITAS.

Configuram omissão de receita 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 nestas operações.

JUROS DE MORA. APLICABILIDADE DA TAXA SELIC.

Sobre os débitos tributários para com a União, não pagos nos prazos previstos em lei, aplicam-se juros de mora calculados, a partir de abril de 1995, com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA OU DECORRENTE.

Aplica-se às exigências decorrentes, o mesmo tratamento dispensado ao lançamento da exigência principal, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares e, no mérito NEGAR provimento ao recurso.

Documento assinado digitalmente.

Ivete Malaquias Pessoa Monteiro - Presidente.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, João Otávio Oppermann Thomé, Silvana Rescigno Guerra Barretto, Leonardo de Andrade Couto, Manoel Mota Fonseca, e Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo.

Relatório

Em decorrência de ação fiscal direta na contribuinte acima identificada, optante do Simples desde 01.01.1997, foram lavrados autos de infração com observância deste regime (fls. 4 a 31), relativos ao mês de janeiro de 2003, em razão da constatação das seguintes infrações:

- omissão de receitas não escrituradas referentes a vendas efetuadas por meio de cartões de crédito;

- omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários não escriturados cuja origem não foi comprovada;

- insuficiência de recolhimento decorrente da mudança de faixa de alíquota do Simples incidente sobre a receita declarada em função do aumento da receita bruta acumulada devido ao cômputo da receita omitida.

Tendo a fiscalização constatado que as mesmas omissões acima descritas repetiam-se nos demais meses de 2003, elaborou representação fiscal (fls. 191/192) visando à exclusão da empresa do regime simplificado, por prática reiterada de infração à legislação tributária, exclusão esta que se consumou mediante a expedição do Ato Declaratório Executivo DRF/STS nº 54, de 23 de junho de 2005, de emissão do Senhor Delegado da Receita Federal em Santos-SP (fl. 241), com efeitos a partir de 01.02.2003.

Ainda, em decorrência da referida exclusão, e da impossibilidade de apuração do Lucro Real pela não apresentação da escrituração contábil, a contribuinte teve o seu lucro relativo ao período de fevereiro a dezembro de 2003 arbitrado com base na receita mensal declarada, somada à receita mensal decorrente de repasses de administradoras de cartões de crédito em montante superior à receita declarada, e somada à receita mensal decorrente de créditos e depósitos bancários cuja origem não foi comprovada.

Os processos administrativos relativos à exclusão do Simples (PAF nº 10845.001678/2005-44), e ao lançamento pelo lucro arbitrado (PAF nº 15983.000055/2005-93), foram juntados por anexação ao presente processo administrativo, em razão de sua conexão, conforme fls. 188 e 675.

Contra os autos de infração lavrados no regime do Simples (fatos geradores janeiro de 2003), apresentou a contribuinte a impugnação de fls. 152 a 170, na qual alegou, em síntese, o seguinte:

- que houve ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da publicidade, já que o agente fiscal não devolveu os documentos relativos ao Livro Caixa da Movimentação Financeira e Bancária e o Livro de Saída, e não entregou cópia dos documentos que se encontram nos autos e que serviram de embasamento para a elaboração da peça punitiva;

- que a omissão de informações, fundamentação e provas, além de dificultar o exercício do contraditório e da ampla defesa, induz à afirmação de que a autoridade fiscal “presumiu” determinada situação, o que é inadmissível no direito tributário e no Estado Democrático de Direito em que vivemos, pois o ônus da prova cabe a quem alega (artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil);

- que os lançamentos também são nulos por falta de motivação demonstrada por não ter ficado claro para a contribuinte, quais os índices, valores, acréscimos, montantes e base impositiva utilizada para a apuração do quantum apontado pela administração fazendária;

- que os dados contidos nos extratos dos cartões de crédito VISA e REDECARD e nos extratos bancários dos Bancos Bradesco e Nossa Caixa, mencionados diversas vezes no Auto de Infração e no Termo de Verificação e Constatação Fiscal e que levaram a autoridade fiscal a concluir pela existência de omissão de receitas, não poderiam ter sido obtidos, já que são protegidos pelo sigilo bancário (considerado, pelo Supremo Tribunal Federal, cláusula pétrea, inafastável por qualquer dispositivo) e pela inviolabilidade de dados (artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal), ambos decorrentes do direito à intimidade e à vida privada (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal);

- que o fato de as contas correntes da impugnante refletirem situação diversa da declarada não significa que a movimentação financeira nelas espelhada seja decorrente da prestação de serviços e da venda de seus produtos;

- que por vezes a impugnante autorizou alguns dos amigos de seus sócios, e até mesmo esses, a utilizarem a sua conta corrente para receberem depósitos de terceiros que preferiram efetuar em uma agência do banco em que a autuada possui conta corrente;

- que por já ter se passado mais de dois anos da movimentação financeira nas contas correntes, a impugnante não possui certeza da origem dos depósitos, estando certa apenas que sua totalidade não se deu em decorrência de sua atividade;

- que os extratos cedidos pelas operadoras de cartões de crédito também não espelham o movimento financeiro da impugnante;

- que a parcela da autuação referente à majoração de 5,4 para 6,2 do percentual incidente sobre a receita declarada é nula de pleno direito pelo fato de não poder ser

somado a esta receita declarada os valores contidos nos extratos bancários e nos cartões de crédito, já que, conforme visto, não são originários de sua atividade, nem espelham a realidade dos fatos;

- que o uso da Selic como taxa de juros tributários é inconstitucional, por ter a Selic natureza remuneratória, e não moratória, conforme doutrina e jurisprudência transcritas;

- que o uso da Selic ofende também o princípio da isonomia, já que o Estado ao cobrar o tributo impõe juros extorsivos e quando devolve tributos cobrados ilegalmente ou a maior, os devolve pelo valor nominal;

- que as multas aplicadas devem ser revistas, pois a impugnante agiu sempre em conformidade com a lei e caso tenha havido algum problema de ordem tributária, este ocorreu de forma involuntária, sem traço de dolo ou fraude;

- que as multas aplicadas tem caráter confiscatório e extrapolam a capacidade contributiva do contribuinte, devendo ter seu percentual reduzido;

- finalizando, protesta pela produção de todas as provas julgadas necessárias para demonstrar a improcedência dos lançamentos, em especial pela juntada de documentação e produção de prova pericial, e requer que todas as intimações sejam realizadas pessoalmente ou de forma postal em nome e no endereço de seu procurador.

Com relação à sua exclusão do regime do Simples, apresentou a contribuinte a manifestação de inconformidade de fls. 247 a 255, na qual alegou, em síntese, o seguinte:

- que a sua exclusão do Simples antes da apreciação da impugnação aos lançamentos cujos fatos geradores ocorreram em janeiro de 2003 é uma arbitrariedade fruto de um ato insanavelmente nulo que viola claramente seus direitos constitucionais ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal;

- que a exclusão perpetrada ofende o § 3º do artigo 15 da Lei nº 9.317/1996, que garante que não poderia ser proferida a decisão de exclusão antes de lhe ser concedida oportunidade para exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa, e antes de ser proferida decisão administrativa final e irrecorrível sobre a impugnação apresentada contra os lançamentos mencionados;

- que antes desta decisão irrecorrível não há certeza da prática reiterada de infrações tributárias pela impugnante, mas apenas supostos indícios, os quais foram devidamente desconstituídos na impugnação anteriormente apresentada.

Contra os autos de infração lavrados no regime do lucro arbitrado (fatos geradores ocorridos entre fevereiro a dezembro de 2003), apresentou a contribuinte a impugnação de fls. 591 a 605, na qual alegou, em síntese, o seguinte:

- que a lavratura destes autos de infração e a imposição de multas antes da apreciação da impugnação tempestiva aos lançamentos cujos fatos geradores ocorreram em janeiro de 2003 e da manifestação de inconformidade tempestiva contra a exclusão do Simples é uma arbitrariedade fruto de um ato insanavelmente nulo que viola claramente seus direitos constitucionais ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal;

- que a lavratura destes autos de infração ofende o § 3º do artigo 15 da Lei nº 9.317/1996, que garante que não poderia ser proferida a decisão de exclusão nem serem efetuados os consequentes lançamentos de ofício antes de lhe ser concedida oportunidade para exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa, e antes de ser proferida decisão administrativa final e irrecorrível sobre as impugnações anteriormente apresentadas;

- reitera, em linhas gerais, os mesmos argumentos acerca da falta de certeza da prática reiterada de infrações tributárias, bem como da inaplicabilidade da taxa Selic e da inadequação das multas aplicadas, os quais, por economia processual, deixo de transcrever; e

- finaliza protestando pela produção de todas as provas julgadas necessárias para demonstrar a improcedência dos lançamentos, em especial pela juntada de documentação e produção de prova pericial, e requerendo que todas as intimações sejam realizadas pessoalmente ou de forma postal em nome e no endereço de seu procurador.

A 1ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - DRJ/SPOI decidiu a lide por meio do Acórdão 16-20.412, fls. 676 a 701, mantendo integralmente o lançamento efetuado, conforme ementa a seguir transcrita:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. PEDIDO DE PERÍCIA E DILIGÊNCIA. IMPUGNAÇÃO.

Os documentos que fundamentam contestação a lançamento tributário e o pedido de perícia ou diligência devem acompanhar a impugnação administrativa.

ENVIO DE INTIMAÇÕES. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ENDEREÇO CADASTRAL.

Intimações devem ser enviadas ao domicílio tributário do sujeito passivo entendido como o endereço postal ou eletrônico autorizado fornecidos pelo mesmo sujeito passivo para fins cadastrais.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

A instituição de uma presunção pela lei tributária transfere ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido pela lei não aconteceu em seu caso particular.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

O decidido quanto à infração que, além de implicar o lançamento de IRPJ implica os lançamentos da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), também se aplica a estes outros lançamentos naquilo em que for cabível.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003

DEPÓSITO BANCÁRIO. ORIGEM. FALTA DE COMPROVAÇÃO. RECEITA OMITIDA.

Valores depositados em conta bancária, cuja origem a contribuinte regularmente intimada não comprova, caracterizam receitas omitidas.

OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

LUCRO REAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. ARBITRAMENTO.

A pessoa jurídica, sujeita à apuração do imposto pelo Lucro Real, que não apresenta os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal à autoridade fiscalizadora deve ter o seu lucro calculado pelo método arbitrado.

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

Data do fato gerador: 31/01/2003, 01/02/2003

LANÇAMENTO. JULGAMENTO. NORMAS APLICÁVEIS. IMPOSTO DE RENDA.

As normas relativas ao imposto de renda devem ser aplicadas na determinação e exigência dos créditos tributários devidos em conformidade com o Simples.

INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRÁTICA REITERADA. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

O contribuinte que infringe a legislação tributária deve ser excluído do Simples de ofício com efeitos a partir do mês em que fique caracterizada a reiteração na prática infracional.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

MULTA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

O percentual da multa aplicada sobre os impostos e as contribuições apurados em lançamento de ofício é de 75% no mínimo.

CRÉDITO VENCIDO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os créditos Tributários vencidos e ainda não pagos devem ser acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic).”

Cientificada desta decisão em 25.03.2009, conforme AR de fls. 730, e com ela inconformada, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 23.04.2009, fls. 731 a 748, no qual alega, em síntese, o que segue:

Em sede de preliminares:

- que a D. Autoridade julgadora tão somente apreciou, em seu julgamento, a intempestividade de produção da prova consubstanciada em juntada de documentação e produção de prova pericial, olvidando-se de que a Recorrente havia solicitado, expressamente, a produção de todas as provas que se fizessem necessárias para demonstrar a total improcedência do auto de infração, consistindo tal decisão uma violação ao direito ao contraditório e à ampla defesa;

- que, de acordo com a defesa apresentada, as divergências apuradas nas contas correntes da Recorrente não significavam dizer que a movimentação financeira nelas espelhada havia surgido com a prestação de serviços e vendas de seus produtos, mas sim, da utilização destas mesmas contas correntes por terceiros, até mesmo por seus sócios, para efetivo depósito de dinheiro e posterior saque, alegação esta que merecia uma maior dilação probatória, e que, portanto, a D. Autoridade Fiscal deveria ter procedido a uma melhor investigação sobre o fato, na busca da verdade material;

- que a decisão recorrida é nula por não permitir a produção de outras provas pela Recorrente, bem como por não fundamentar os motivos pelos quais não possibilitou à ora Recorrente que esta pudesse comprovar as suas alegações através de outras provas legais e lícitas, tais como depoimentos pessoais ou até mesmo provas testemunhais;

- que somente as presunções legais podem ser aceitas no direito, mas que, no entanto, no presente caso não milita a presunção legal, porquanto era possível a utilização das contas correntes por terceiros ou para outras finalidades senão a arrecadação de fundos decorrentes da atividade social da recorrente, motivo pelo qual era necessária a produção de uma maior dilação probatória.

No mérito:

- que a questão do mérito se confunde com a questão preliminar, haja visto que, ao contrário do quanto alegado pela D. Autoridade Administrativa, não há presunção legal de que tivesse ocorrido a omissão de receitas alegada;

- que os autos de infração relativos ao PIS, CSLL, COFINS, e CONTRIBUIÇÕES DA SEGURIDADE SOCIAL, foram efetuados em desacordo com o quanto determinado pelo artigo 10 do Decreto 4.524/2002, que transcreve;

- que a sua exclusão do Simples, antes de serem apreciadas as alegações de inexistência de omissão de receitas, constituiu arbitrariedade perpetrada pela Autoridade Administrativa, porquanto não houve sequer a instrução probatória solicitada pela Recorrente, para identificar se realmente teria havido a prática reiterada de omissões de receitas;

- que a simples análise de extratos bancários, sem a produção da efetiva prova de que as receitas ali discriminadas eram todas oriundas da atividade social da Recorrente, também não teria o condão de excluí-la sumariamente do regime do Simples;

- que houve violação ao devido processo legal e à ampla defesa, porque a sua exclusão do Simples somente poderia ter sido efetivada após apurar se realmente houve a prática reiterada de infração à legislação tributária, de sorte que deve ser anulada a sua exclusão do regime simplificado;

- que, como consequência direta da anulação da exclusão do Simples, os lançamentos efetuados após devem também ser considerados nulos;

- que também nesta autuação se observou a completa ausência do devido processo legal e da ampla defesa, já que não havendo a prova efetiva da prática de infração à legislação, não teria sido a Recorrente excluída do Simples e, consequentemente, não teria razão a D. Autoridade em sujeitá-la, de ofício, a outro regime, no caso, o lucro arbitrado;

- que o mesmo raciocínio se deve aplicar quanto à incidência da multa de ofício arbitrada em 75%, posto que, inexistindo o principal, não existe também o seu acessório;

- que, ao contrário do quanto afirmado pela D. Autoridade Administrativa, incide também sobre as multas a vedação de atitude confiscatória da fiscalização;

- que a jurisprudência tem afastado a aplicação da taxa Selic;

Em conclusão, finaliza requerendo seja acatada a preliminar de cerceamento de defesa, determinando a nulidade da decisão proferida e determinando a reabertura da instrução probatória para a realização de outros meios de prova, e que, no mérito, sejam também anuladas as lavraturas dos autos de infração por total inexistência do devido processo legal e da ampla defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Pleiteia a recorrente a nulidade da decisão recorrida em razão do cerceamento ao seu direito de defesa, ao argumento de que a autoridade julgadora *a quo* não lhe permitiu a produção de outras provas, bem como não fundamentou os motivos de sua recusa.

Tal alegação não corresponde aos fatos.

A apresentação de provas documentais, no âmbito do processo administrativo fiscal, deve ser feita até a impugnação, a menos que fique demonstrada a ocorrência de alguma das circunstâncias previstas no parágrafo 4º do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal.

Ora, o que assinalou a autoridade julgadora *a quo* é que a verificação da ocorrência de uma destas hipóteses somente é possível com o exame de caso concreto em que tenha havido a juntada intempestiva de provas, ou seja, juntada de documentos após a impugnação, o que até a data da prolação do acórdão ainda não havia ocorrido. Aliás, e aqui complementando, em que pesem os protestos da recorrente pela produção de provas, cumpre observar que até a presente data nenhuma prova nova foi apresentada.

Quanto às diligências ou perícias que o impugnante ou recorrente pretenda sejam efetuadas, há necessidade que sejam expostos os motivos que as justifiquem, e que sejam formulados os quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, deve ser declinado o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito, nos termos do que dispõe o inciso IV do mesmo artigo 16 do PAF.

A este respeito, a autoridade julgadora *a quo*, fundamentou o indeferimento da realização de diligência ou perícia no fato de que a ora recorrente não cumpriu nenhum dos requisitos ali previstos, situação, aliás, inalterada até a presente data.

Quanto à possibilidade de apresentação ou produção de “outras provas admitidas no meio jurídico”, a que tanto alude a recorrente, em nenhum momento houve qualquer recusa a tal, até mesmo porque, cumpre observar, não se tem notícia até o presente momento da produção ou apresentação de prova de qualquer outra natureza por parte da recorrente.

Pelo exposto, rejeita-se a alegação, suscitada pela recorrente, de nulidade da decisão de primeira instância por cerceamento ao direito de defesa.

Por outro lado, para confrontar a sua alegação de que não há nos autos a prova efetiva da prática de infração à legislação, e que a Autoridade Fiscal deveria ter procedido a uma melhor investigação sobre o fato, na busca da verdade material, uma breve revisão dos fatos permitirá ver a total improcedência do argumento.

A fiscalizada foi autuada pela ocorrência de duas infrações que lhe foram imputadas: omissão de receitas referentes a vendas efetuadas por meio de cartões de crédito, e não escrituradas, e omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários não escriturados cuja origem não foi por ela comprovada.

Quanto às vendas efetuadas por meio de cartões de crédito, a recorrente foi intimada a justificar a diferença encontrada entre os valores apurados com base nos extratos dos cartões de crédito, que foram apresentados pela própria recorrente, e que estão anexos aos autos, e a receita por ela escriturada, não tendo ela em nenhum momento apresentado qualquer justificativa a respeito. Os valores constantes nestes extratos, a que aqui se refere, representam recebimentos (repasse) de vendas oriundos das administradoras de cartões de crédito. Portanto, trata-se de prova direta produzida pelo fisco, que assim desincumbiu-se do seu ônus, posto que é cediço que, no sistema jurídico pátrio, o ônus de provar o fato constitutivo do direito incumbe ao autor (no caso, o fisco), enquanto que ao réu (no caso, a recorrente) incumbe o de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, prova esta que ela não fez.

Quanto à omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários não escriturados e cuja origem não foi comprovada, trata-se de lançamento efetuado com base em presunção legal, estabelecida pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/96, por certo que presunção legal relativa, ou seja, que admite prova em contrário. Mas essa prova cabe à recorrente. Ao Fisco cabe apenas provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, qual seja, a ocorrência de depósitos bancários de origem não comprovada. Não há dúvidas de que os depósitos efetivamente ocorreram. No entanto, regularmente intimada, a recorrente poderia ter afastado a presunção de omissão de receitas, desde que apresentasse, nos termos da lei, documentação hábil e idônea que comprovasse, individualizadamente, a origem dos valores creditados em sua conta-corrente, mas não o fez. A

simples alegação de que seria possível a utilização das contas correntes por terceiros ou para outras finalidades que não a arrecadação de receitas decorrentes da atividade social da recorrente, desacompanhada de quaisquer provas neste sentido, não possuem o condão de afastar a presunção legal em comento.

Portanto, perfeitamente caracterizadas, no presente caso, as omissões de receitas apontadas pela autoridade fiscal, tanto pela prova direta, caso das vendas efetuadas por meio de cartões de crédito, quanto pela presunção legal, caso dos depósitos bancários de origem não comprovada.

Quanto à sua exclusão do Simples, torna a recorrente a alegar que houve violação ao devido processo legal e à ampla defesa, porque a sua exclusão do Simples somente poderia ter sido efetivada após apurar se realmente houve a prática reiterada de infração à legislação tributária, de sorte que deve ser anulada a sua exclusão do regime simplificado. Em outras palavras, defende que a sua exclusão somente poderia ter sido feita após ter sido proferida decisão administrativa irrecorrível sobre a impugnação apresentada contra os lançamentos efetuados no regime do Simples. E, na mesma esteira deste raciocínio, sustenta que também seriam nulos os lançamentos efetuados pelo lucro arbitrado após a sua exclusão, por não ter sido ainda proferida decisão administrativa irrecorrível sobre as impugnações apresentadas contra os lançamentos antes mencionados e contra a própria exclusão do regime simplificado.

Nestes pontos, não assiste razão à recorrente. Não há qualquer norma legal que impeça a atuação do Fisco nestas circunstâncias, antes pelo contrário. A partir do momento em que o Fisco constata a ocorrência de uma das situações previstas em lei como excludentes do Simples, cabe à Administração Pública efetuar-lá de ofício, mediante Ato Declaratório, conforme dispõe o § 3º do art. 15, da Lei nº 9.317/96, assim redigido:

“§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.”

Ao administrado, conforme visto, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, direitos os quais são exercidos a partir da instauração da fase litigiosa do procedimento, que se inicia com a impugnação da exigência, nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235/72.

A situação excludente constatada pelo fisco foi a prática reiterada de infração à legislação tributária, prevista no inciso V do artigo 14 da Lei nº 9.317/96, a qual se consumou na medida em que, durante todos os meses do ano calendário, de forma habitual, repetida, continuada e sistemática, à toda evidência, infringiu a recorrente a legislação tributária.

De se observar ainda que a exigência de decisão condenatória definitiva, no âmbito do Simples, para fins de determinar a exclusão da pessoa jurídica deste sistema, está expressamente prevista apenas no caso de prática de crimes contra a ordem tributária, conforme inciso VII do art. 14 da Lei nº 9.317/96. Contudo, no caso do inciso V do mesmo artigo (prática reiterada de infração), não foi prevista a mesma exigência. Confirma-se os dispositivos em questão:

*“Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica
incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:*

.....

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

.....

VII - incidência em crimes contra a ordem tributária, com decisão definitiva.”

Da mesma forma, não há previsão legal para não efetuar o lançamento de ofício por outra forma de apuração do lucro quando a empresa é excluída do Simples. Ao contrário, constatada a infração à legislação, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, é o que dispõe o CTN. Além disto, é evidente que, nestas circunstâncias, se impõe a lavratura do auto de infração, pois não pode ficar a Fazenda à mercê do transcurso do prazo decadencial.

E quanto à forma de tributação adotada, o artigo 16 da Lei nº 9.317/96 prevê o seguinte, *verbis*:

“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.”

Uma vez que a recorrente, no curso do procedimento fiscalizatório, expressamente reconheceu que não possuía condições de providenciar a escrituração contábil referente ao período de fevereiro a dezembro de 2003, foi submetida de ofício ao lucro arbitrado, conforme expressamente prevê o art. 47 da Lei nº 8.981/95.

Por fim, considere-se ainda que tanto as defesas iniciais quanto o recurso apresentado suspenderam os efeitos da exclusão, bem como a exigibilidade dos créditos tributários constituídos, de sorte que não há, portanto, também nesta seara, qualquer prejuízo à recorrente, uma vez que tanto a sua exclusão quanto as exigências tributárias somente surtirão efeito concreto após a decisão administrativa irrecorrível a ser proferida.

Portanto, ao contrário do que alegou a recorrente, teve ela plenamente assegurados os seus direitos ao contraditório, à ampla defesa, bem como ao devido processo legal, motivo pelo qual afastam-se as preliminares de nulidade argüidas neste sentido.

Com relação ao mérito, alega a recorrente que os autos de infração relativos ao PIS, CSLL, COFINS, e CONTRIBUIÇÕES DA SEGURIDADE SOCIAL, foram efetuados em desacordo com o quanto determinado pelo artigo 10 do Decreto nº 4.524/2002, cujo *caput* a recorrente transcreve.

O *caput* do indigitado artigo tem a seguinte redação:

“Art. 10. As pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do Imposto de Renda, observado o disposto no art. 9º, têm como base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins o valor do faturamento, que corresponde à receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas, independentemente da atividade por elas exercidas e da classificação contábil adotada para a escrituração das receitas (Lei Complementar nº 70, de 1991, art. 1º, Lei nº 9.701,

de 1998, art. 1º, Lei nº 9.715, de 1998, art. 2º, Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998, art. 5º, e Lei nº 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º).”

A recorrente não fez nenhuma observação ou comentário a respeito de qual seria a inconformidade dos lançamentos com relação a este artigo, apenas limitou-se a reproduzi-lo.

Isto posto, em primeiro lugar, registre-se que o artigo mencionado sequer trata de CSLL ou de CONTRIBUIÇÕES DA SEGURIDADE SOCIAL, aliás, todo o citado Decreto nº 4.524/2002 cuida apenas de regulamentar a Cofins e a Contribuição para o PIS/Pasep devidas pelas pessoas jurídicas em geral.

Em segundo lugar, se a intenção da recorrente era fazer alguma alusão à questão do chamado “alargamento da base de cálculo” das contribuições PIS e COFINS, perpetrado pela Lei nº 9.718/98, do que se cogita tendo em vista a redação do artigo acima transcrito, então, de qualquer sorte, rechace-se este argumento, posto que as infrações constatadas nada tem a ver com o referido “alargamento” da base de cálculo, uma vez que as receitas omitidas são receitas da sua atividade.

O chamado “alargamento” da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, feito pelo parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, e declarado inconstitucional pelo STF, diz respeito tão somente às receitas que não possam ser enquadradas como receitas provenientes das atividades que constituam o objeto da pessoa jurídica, tais como, por exemplo, receitas financeiras e receitas não operacionais.

Contudo, não há nos autos quaisquer provas de que as receitas omitidas tivessem tal natureza, antes ao contrário. No caso das omissões de receitas vinculadas às operações efetuadas por meio de cartões de crédito, as provas dos autos conduzem à conclusão de que se trata de receitas decorrentes de vendas efetuadas pela recorrente. E, no caso das omissões de receitas caracterizadas por depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada, a prova de que alguma das receitas omitidas tivesse tal natureza, de sorte a não ser alcançada pelo PIS e pela COFINS, incumbiria à recorrente fazer, em face da inversão do ônus probante, provocada pela incidência da presunção legal já comentada.

Por outro lado, há previsão legal específica a respeito da incidência de PIS e COFINS sobre as receitas omitidas, nos termos do art. 24 da Lei nº 9.249/95, *verbis*:

“Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

(...)

§ 2º O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para a seguridade social - COFINS e da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP.” (redação original)

Assim, cumpre observar que todos os lançamentos decorrentes ou reflexos (PIS, COFINS, CSLL, e CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL) estão em perfeita conformidade com toda a legislação de regência, conforme se verifica dos autos de infração lavrados, de sorte que a eles deve-se estender a decisão prolatada no lançamento do IRPJ, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Quanto à multa de ofício aplicada, no percentual de 75%, alega a recorrente que esta teria caráter confiscatório, e que o princípio constitucional da vedação ao confisco aplica-se também às multas.

Entretanto, ainda que o citado princípio constitucional se aplicasse às multas, argumento do qual divirjo, cumpre observar que se trata de penalidade expressamente prevista em norma legal que se encontra em plena vigência no ordenamento, sendo certo que falece competência a este órgão julgador para deixar de aplicar lei regularmente editada pelo Poder Legislativo e em plena vigência sob o fundamento de violação a princípios constitucionais. Neste sentido, assim dispõe a Súmula CARF nº 2, de adoção obrigatória no âmbito deste Colegiado, consoante o artigo 72 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Quanto à taxa Selic, limita-se a recorrente a arguir que a jurisprudência tem afastado a sua aplicação. Entretanto, tal questão dispensa maiores considerações a respeito, em razão de encontrar-se a referida matéria devidamente pacificada no âmbito do CARF, consoante a Súmula CARF nº 4, de observação obrigatória no âmbito deste Colegiado, que se transcreve a seguir:

“Súmula CARF nº 4: 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.”

Pelo exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator

Processo nº 10845.001677/2005-08
Acórdão nº **1102-00.442**

S1-C1T2
Fl. 777
