



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10935.000764/2010-98
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-003.644 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de junho de 2019
Recorrente W FERNANDES OLIVEIRA & CIA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006, 2007

NULIDADE - INCOMPETÊNCIA DOS AGENTES FISCAIS OU DA DRJ.

A teor da Lei 10.593/02, os agentes fiscais são competentes para a lavratura de autos de infração e para a apuração de ilícitos fiscais e, ainda, para a prolação de atos ou despachos concernentes à matéria tributária. Outrossim, é a DRJ o órgão competente para julgar o contencioso administrativo tributário federal, como prevê, textualmente, o art. 25 do Decreto 70.235

EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO. EFEITOS.

A exclusão do Simples de ofício, nos casos de excesso de receita bruta, produz efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente ao do excesso.

NULIDADE. AFRFB. HABILITAÇÃO PROFISSIONAL.

O AFRFB é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

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.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.

PRELIMINAR. LOCAL DE LAVRATURA.

É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS. COFINS. CSLL.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

DEDUÇÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AUSÊNCIA DE PROVA, POR PARTE DO SUJEITO PASSIVO, DA SUA CONDIÇÃO ED CONTRIBUINTE DO IMPOSTO ESTADUAL.

Ainda que se admita, em tese, a dedução do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a minguada de prova de que o recorrente era, de fato, contribuinte do imposto estadual, tem-se por descabida a pretensão.

JUROS DE MORA. SELIC.

A cobrança de juros de mora com base no valor acumulado mensal da taxa referencial do Selic tem previsão legal.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO.

Mantém-se a multa por infração qualificada quando reste inequivocamente comprovada a sonegação.

PEDIDO DE PERÍCIA NEGADO.

Incabível a perícia quanto a questão cuja elucidação dependa apenas de apresentação de documentos, da verificação de exigências legais ou de detalhes que não sejam a ela importantes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Paulo Henrique Silva Figueiredo, Marcelo José Luz de Macedo (Suplente convocado), Ricardo Marozzi Gregório, Rogério Aparecido Gil, Maria Lúcia Miceli, Flávio Machado Vilhena Dias e Gustavo Guimarães da Fonseca.

Relatório

Trata o feito de, inicialmente, Ato Declaratório Executivo (7/2010 - e-fl. 143) por meio do qual a empresa recorrente foi excluída do Simples Federal a partir de 1º de janeiro de 2007, tendo em conta a identificação do excesso de receita observada no curso do ano de 2006, como decorrência da manutenção, a margem de usa escrita contábil, de depósitos bancários de origem obscura em relação aos quais, a par de intimada, a empresa nada disse.

Consectariamente, foram lavrados autos de infração para:

a) quanto ao ano de 2006, se lhe exigir os tributos devidos de acordo com a sistemática preconizada pela Lei 9.317/96, a saber, o IRPJ, a CSLL, a contribuição para o PIS, a COFINS, o IPI e a Contribuição Previdenciária sobre Folha;

b) quanto ao ano de 2007, o IRPJ, a CSLL, estes dois calculados segundo o lucro arbitrado, a contribuição para o PIS e a COFINS (estes últimos na modalidade cumulativa).

Em relação ao ano de 2007 foi exigido, ainda, o IPI; este crédito, todavia, consta do PA de nº 10935.000765/2010-32 que se encontra sob a minha batuta, estando pautado para a mesma sessão de julgamento do feito em análise.

No que toca à infração descrita em "a", foi aplicada multa de ofício de 150%, mormente pela constatação de que a receita efetivamente declarada representava, apenas, 3,87% dos créditos bancários totais, afirmando mais que cerca de 85% desses créditos estariam descritos como operações de "liquidação de cobrança" e "cobrança", o que permitiu a presunção (não refutada pelo insurgente) de se tratarem de *"vendas com o recebimento através de cobrança bancária"* (TVF 2006 - e-fl 71).

De outro turno, no calendário de 2007, também foram identificados depósitos bancários de origem desconhecida (nos mesmos padrões apontados quanto ao ano de 2006), afirmando a Autoridade Fiscal que a receita bruta declarada no período alcançava, apenas, 14,56% do total dos créditos bancários descritos no TVF. A mingua de respostas aos termos de intimação encaminhadas e dada a desproporção entre a receita escriturada e aquela apontada nos extratos bancários, a D. Fiscalização considerou imprestáveis os registros contábeis do contribuinte e, ato contínuo, como já dito, arbitrou o lucro, tendo promovido, para tanto, o somatório das receitas conhecidas (obtidas a partir do livro razão e das declarações concernentes ao Simples) àquelas descritas como omitidas.

Para a definição do percentual de multa de ofício a ser aplicada, a D. Auditoria dividiu o auto de infração em duas partes:

a) tributos recalculados segundo o regime de lucro arbitrado, aplicado às receitas conhecidas, sobre os quais incidiu a multa de ofício de 75%;

b) tributos recalculados segundo o regime de lucro arbitrado, aplicado às receitas omitidas (depósitos bancários), sobre os quais incidiu a multa de ofício de 150%.

A qualificação da multa tratada em "b", acima, foi justificada, precisamente, a partir das desproporção entre a receita declarada e aquela verificada nos extratos bancários do contribuinte, desproporção que, nas palavras da D. Autoridade Lançadora, consubstanciaria *"ação dolosa de omitir o registro fiscal/contábil de receitas da atividade, haja vista que o montante escriturado como receitas representou o percentual de 14,56% (quatorze inteiros e cinquenta e seis centésimos por cento) dos créditos bancários totais, conforme demonstrado no item 1"* (TVF-2007 - e-fl. 195).

Foram lavrados termos de sujeição passiva solidária em nome de Aparecido Altonio Fernandes Freitas e Ciléia Pelloi Fernandes.

Regularmente intimados dos termos do ADE e dos autos de infração alhures mencionados, apenas o contribuinte opôs impugnações administrativas apartadas para cada ano-calendário, cujas razões foram analisadas conjuntamente pela DRJ de Ribeirão Preto que, conforme ementa abaixo reproduzida, julgou-as improcedentes:

DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITA.

Evidencia omissão de receita a existência de valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO. EFEITOS.

A exclusão do Simples de ofício, nos casos de excesso de receita bruta, produz efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente ao do excesso.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS. COFINS. CSLL.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

NULIDADE. AFRFB. HABILITAÇÃO PROFISSIONAL.

O AFRFB é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

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.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.

PRELIMINAR. LOCAL DE LAVRATURA.

É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.

PEDIDO DE PERÍCIA NEGADO.

Incabível a perícia quanto a questão cuja elucidação dependa apenas de apresentação de documentos, da verificação de exigências legais ou de detalhes que não sejam a ela importantes.

NOTIFICAÇÃO POR VIA POSTAL.

É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

JUROS DE MORA. SELIC.

A cobrança de juros de mora com base no valor acumulado mensal da taxa referencial do Selic tem previsão legal.

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO.

Mantém-se a multa por infração qualificada quando reste inequivocamente comprovada a sonegação.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

O contribuinte foi intimado do resultado do julgamento supra em 20 de outubro de 2010 (e-fl. 448), tendo interposto o seu recurso voluntário em 17 de novembro do mesmo ano (carimbo de e-fl. 449), por meio do qual sustentou, em apertada síntese:

a) como preliminares de mérito:

a.1) a necessidade de suspensão do julgamento do feito em decorrência da impetração de mandado de segurança de nº 2009.70.04.000117-3-PR, em que discute, alegadamente, a ilegalidade da retroação dos efeitos do ADE 7/2010;

a.2) a necessidade de suspensão deste processo até o julgamento em definitivo da ADC de nº 18 pelo Supremo Tribunal Federal, cujo objeto é o reconhecimento, ou não, da constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS;

a.3) a nulidade da decisão proferida pela DRJ/RPO ante uma suscitada incompetência do predito órgão julgador;

a.4) a nulidade dos autos de infração por vício de fundamentação (motivação);

a.5) a nulidade dos autos de infração pela, suposta, falta de dedução de despesas e outras grandezas da base de cálculo arbitrada (vendas canceladas, mercadorias devolvidas, ICMS e IPI) e pelo uso de prova emprestada ("*livros de mercadorias*");

a.6) a nulidade por cerceamento de defesa, mais uma vez, por vício de fundamentação, desta feita, por não ter, a seu ver, a D. Autoridade Fiscal, declinado os dispositivos legais infringidos;

a.7) nulidade dos AIs em decorrência de terem sido lavrados em local distinto daquele em que se encontra domiciliada a empresa; e

a.8) nulidade da autuação por falta de habilitação técnica do agente fiscal (contabilista ou técnico em contabilidade) para a análise de documentação contábil da empresa.

b) no mérito:

- b.1) ilegalidade da retroação dos efeitos do ADE 07/2010;
- b.2 a necessidade de exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS;
- b.3) o erro na eleição da base de cálculo dos tributos exigidos por falta de dedução das vendas canceladas e do que chama "bonificações";
- b.4) a ilegalidade da cominação de juros calculados pela variação da taxa SELIC;
- b.5) a impossibilidade de aplicação da multa de ofício no percentual de 150% por inocorrência de "reincidência" e por ausência de demonstração de ocorrência de fraude à legislação tributária (invocando, para tanto, os preceitos da Súmula/CARF de nº 14);
- b.6) ainda quanto a multa de ofício, a violação ao princípio da proporcionalidade e à ordem econômica, premendo pela sua redução ao patamar que, diz, teria sido firmado pela jurisprudência, de 30%, defendendo, em seguida, a possibilidade deste órgão administrativo de exercer o controle de constitucionalidade dos atos inclusive legislativos;
- b.7) a necessidade de produção de prova pericial (deduzindo os respectivos quesitos) ou, ainda, de conversão do julgamento em diligência.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos de cabimento pelo que, dele, tomo conhecimento.

I - Das preliminares.

I.1 - Do pedido de suspensão do feito em face a impetração do mandado de segurança noticiado pelo recorrente.

De antemão, vale dizer, o contribuinte apenas noticiava a impetração do mandado de segurança mencionado no relatório que precede este voto... não trouxe nenhum documento que comprove a propositura daquela demanda, nem se dignou a trazer a respectiva inicial a fim de que este Colegiado pudesse, quando menos, ponderar a possibilidade do pedido em exame.

Num exercício de boa vontade, este relator, então, procedeu à pesquisa do andamento processual da ação alegadamente proposta pelo insurgente em que, sustenta, teria pretendido discutir o ADE 07/2010... Senhores, fosse possível a aplicação de multa processual por litigância de má-fé, este caso serviria como exemplo da péssima prática do exercício do “direito de ação”.

Com efeito, a partir dos dados obtidos a partir do *site* do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (acessado em 05/06/2019¹), observa-se que o Mandado de Segurança de nº 2009.70.04.000117-3 apontado na peça recursal teria como objeto a declaração de nulidade dos ADEs de nºs 22 e 23 de **2007**... da descrição em questão já se vê que o citado *writ* não ataca o ADE tratado neste feito...

Além disso, as partes impetrantes que constam do relatório acima mencionado são **BIG MOTOS COMÉRCIO DE PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA MOTOS LTDA e PEGASUS INDÚSTRIA DE PEÇAS PARA MOTOS LTDA - ME**; em pesquisa realizada na página da Receita Federal do Brasil, na base de dados concernente ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, observa-se que o nome empresarial da recorrente, atual, é L R F Auto Peças Ltda e o nome de fantasia é RW Indústria de Peças de Motos Ltda. Ou seja, até que se prove o contrário, a insurgente **sequer era parte da ação mencionada em seu recurso...**

Enfim, ainda que coubessem aqui algumas observações sobre a conduta da empresa e o desrespeito desta para com este órgão e seus membros, com a absoluta e desavergonhada desconsideração da importância da atividade desenvolvida pelo CAREF, alongar-me, aqui, equivaleria à uma aquiescência com pretensão de cunho eminentemente procrastinatório representada pelo pedido tão atabalhoadamente oposto.

Como exposto, o pedido é descabido e lastreado em fatos falsos, pelo que voto por afastá-lo, a despeito de qualquer ilação adicional.

I.2 - Do pedido de suspensão do feito até o julgamento do ADC de nº 18, pelo Supremo Tribunal Federal.

De antemão, diga-se, inexistente previsão legal, infralegal ou regimental que autorize, sem uma ordem judicial explícita, a suspensão dos julgamentos administrativos em face da análise dos fatos correlatos aqui tratados pelo Poder Judiciário. Nesta esteira, o pedido em exame só teria cabimento caso, de fato, eventual ordem proferida nos autos da ADC de 18, objetivando a suspensão dos processos em que se discute a incidência da contribuição para o PIS e a COFINS, ainda estivesse em vigor.

Como se extrai do andamento processual extraído do sítio do STF na rede mundial de computadores², a ADC de nº 18 foi **extinta** por perda de objeto em 05/09/2018, conforme despacho abaixo reproduzido:

"(...) Sendo assim, e em face das razões expostas, julgo prejudicada a presente ação declaratória de constitucionalidade, seja em face da perda superveniente de seu objeto, seja, notadamente, em razão do julgamento plenário do RE 574.706/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, em cujo âmbito esta Suprema Corte já dirimiu, com repercussão geral, a controvérsia constitucional ora deduzida nesta sede processual, formulando, a propósito do litígio em causa, a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (grifei). Arquivem-se estes autos. Publique-se."

1

https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=200970040001173&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todaspartes=S&selForma=NU&todasfases=&hdnRefId=b21b5cf7c99a8899707778478cfa9bf9&txtPalavraGerada=vTfK&txtChave=&numPagina=0

² <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565325>. Acessado em 05/06/2019.

Descabe, nesta esteira, o pedido em apreço, sendo de se afastá-lo.

I.3 - Da alegada nulidade da decisão recorrida por pretensa falta de competência.

Primeiramente o pedido, tal como posto, é quase ininteligível... peço vênia para transcrever, a seguir, o seguinte trecho extraído do recurso voluntário que, de forma absolutamente incoerente, resume a pretensão ora analisada:

Não existiu, portanto a observância da estrita legalidade por parte da Fazenda Pública, permitindo que pessoa sem competência própria proferisse um DESPACHO, que como já demonstrado subjetivamente, coberto de NULIDADES e objetivamente sendo o próprio ato material praticado também NULO pela falta de competência, validade e capacidade para tanto.

Portanto, postula a Recorrente que seja declarada a nulidade do processo administrativo, desde a decisão de 1ª instância, proferida na esfera originária.

Ora bolas, estamos tratando da incompetência de quem? Da D. Auditoria Fiscal para proferir o ADE (que não é despacho, diga-se)? Da DRJ para decidir o caso?

A simples inexistência de uma concatenação lógica entre as razões apresentadas e o pedido efetivamente deduzido já seria mais que suficiente para se afastar a preliminar aqui enfrentada. A par disso, tanto a Auditoria Fiscal, como a DRJ, detem competência legalmente atribuída para praticar o ato atacado pelo recurso, como para julgar o contencioso administrativo, respectivamente.

Quanto às atribuições da D. Auditoria Fiscal, o art. 6º da Lei 10.593 é substancialmente claro, como se deduz de seu expressos dizeres:

Art. 6 São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo:

a) **constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições;**

b) **elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais;**

c) **executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados;**

d) **examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal;**

e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária;

f) supervisionar as demais atividades de orientação ao contribuinte;

II - em caráter geral, exercer as demais atividades inerentes à competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Já em relação à DRJ, a competência é dada, explicitamente, pelos preceitos do art. 25 do Decreto 70.235, *verbis*:

Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete:

I - em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal (...).

Desnecessárias maiores considerações, afasto a inusitada preliminar aventada.

I.4 - Das nulidades suscitadas por vício de fundamentação e por cerceamento de defesa (também por alegada falta de motivação) descritos no relatório que precede este voto (itens "a.4" e "a.6").

Os dois pedidos mencionados no subtítulo acima são, objetivamente, idênticos e por isso serão analisados conjuntamente. Realmente, tanto os argumentos deduzidos no tópico II.3.1 como no tópico II.6, do recurso voluntário, voltam-se contra uma etérea falta de capitulação legal e de declinação dos motivos de fato (ainda que não seja possível inferir, dentro das razões de insurgência, a respeito de qual ato o contribuinte estaria tratando - se do ADE ou dos Autos de Infração).

E, *permissa venia*, seja qual for o alvo das críticas do apelo neste ponto, mais uma vez não se consegue divisar ali uma exposição minimamente coerente a fim de se compreender efetivamente qual o vício que justificaria a nulidade *sub examine*...

Sobre esta preliminar, a DRJ muito apropriadamente se pronunciou, razão pela qual, e por concordar em absoluto com as suas considerações, adoto-a integralmente como razões de decidir, na forma do art. 57, § 3º, do RICARF, reproduzindo-se, a seguir, do trecho do respectivo acórdão que soluciona a questão posta neste tópico:

A impugnante aduziu que estaria ocorrendo cerceamento de defesa, na medida em que, no auto de infração, estaria demonstrado apenas a legislação regente ao Simples e alguns pouquíssimos artigos da Lei nº 9.249, de 1995. Acrescentou que no auto de infração consta demonstrativo obscuro do débito e não resta cristalina qual a metodologia utilizada para tanto, simplesmente citando referências legislativas e quais os períodos abrangidos pelo ato fiscal, não restando claro os motivos de fato nem o dispositivo legal infringido.

É evidente que o **auto de infração** deve ser instruído com todos os elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito, com a descrição dos fatos apurados pelo Fisco e sua correspondente subsunção à norma jurídica tributária veiculada no enquadramento legal. O relato pelo representante do Fisco deve ser completo de modo a não restringir o pleno conhecimento pelo autuado dos fatos que motivaram a ação fiscal, para que este, tomando ciência do que lhe está sendo exigido, possa se defender adequadamente.

Aliás, o PAF, art. 9º, já com a nova redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993, requer que o auto de infração seja instruído com todos os termos, depoimentos, laudos

e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito, cientificando o sujeito passivo desses atos e documentos.

Entendo que referida determinação foi respeitada na elaboração do presente auto de infração. Constan nos autos a identificação do sujeito passivo; o termo dintimação para o seu cumprimento ou oferecimento de impugnação, conforme exigido por lei; a identificação da autoridade fiscal, incluindo sua matrícula funcional, os demonstrativos elaborados pela fiscalização, bem como a norma jurídica infringida (além da legislação do Simples e da Lei nº 9.249, de 1995, consta a Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, que trata da omissão de receitas com base em depósitos bancários, e o RIR/1999, art. 841, VI, que trata do lançamento de ofício nesses casos) com a respectiva descrição dos fatos, bem como a penalidade aplicável. Ou seja, todos os elementos necessários para eventual contestação quanto ao mérito da autuação.

Além disso, os autos de infração se fizeram acompanhar dos TVF de fls.67/71 e 189/193, que descrevem detalhadamente a ação fiscal e as infrações apuradas, trazendo a motivação do ato e novamente o enquadramento legal, tanto da infração, quanto do arbitramento do lucro, da exclusão do Simples e das multas aplicadas.

Observa-se, também, que os autos de infração estão acompanhados de todos os elementos de prova considerados pelo Fisco como indispensáveis à comprovação do ilícito.

Após a ciência do lançamento, a contribuinte teve o prazo de trinta dias para ter vista do inteiro teor do processo no órgão preparador e apresentar impugnação escrita, instruída com os documentos que entendesse necessários, exercitando, assim, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Ademais, a exuberância da peça impugnatória, a qual buscou elidir inequívoca e criteriosamente todos os argumentos e pontos da autuação fiscal, demonstra que a contribuinte tem plena compreensão e entendimento das infrações a ela imputadas, afastando de vez a possibilidade de prejuízo ao seu direito de defesa.

Portanto, o auto de infração contém as condições necessárias para produzir o efeito que lhe compete, qual seja, formalizar o crédito tributário, individualizando-o e dando-lhe a condição de exigibilidade, conforme determina o CTN, art. 142.

Irretocável, pois, neste ponto, o acórdão recorrido... tanto o ADE, como os autos de infração, objetos deste processo administrativo, estão exaurientemente instruídos, legalmente fundamentados e com a exposição minudente e satisfatória dos motivos de fato que ensejaram as respectivas práticas, inexistindo qualquer mácula forma suficiente para emprestar-se-lhes, como dito pelo Relator do *decisum*, eficácia, tendo sido garantido, de forma lata e sem obstáculos, o exercício da ampla defesa pelo recorrente.

Afasta-se, destarte, também esta preliminar.

I.5 A suscitada nulidade dos autos de infração pela, suposta, falta de dedução de despesas e outras grandezas da base de cálculo arbitrada (vendas canceladas, mercadorias devolvidas, ICMS e IPI) e pelo uso de prova emprestada ("livros de mercadorias").

Semelhante vício, acaso, concretamente verificado, não encerra a nulidade dos autos de infração mas, tão somente, a sua reforma... a falta de dedução de eventuais parcelas das bases de cálculo utilizadas, vejam bem, poderia, quando muito, resultar na adequação do ato de lançamento, decotando-se do crédito tributário constituído, os excessos decorrentes de tal vício.

A questão, portanto, desafia o próprio mérito da querela e, inclusive, será objeto de análise específica, mais adiante.

Quanto a questão da "prova emprestada", *permissa venia*, mas tal situação não foi verificada nestes autos... o livro utilizado pela D. Auditoria Fiscal foi o razão, trazido pela própria recorrente. Não há, no caso vertente, "prova emprestada", como deduz a parte insurgente.

Descabida, assim, esta preliminar.

1.6 - Da alegada nulidade dos AIs em decorrência de terem sido lavrados em local distinto daquele em que se encontra domiciliada a empresa.

Sobre esta preliminar, calha trazer a colação (como já feito, destaque-se, pela própria DRJ) o teor da Súmula 6, deste Conselho, cuja observância nos é impositiva por força dos preceitos do art. 45, VI do RICARF:

É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.

Roma locuta quaestio finita. Afasta-se, neste passo, a preliminar invocada

1.7 Da pretensa nulidade das autuações por falta de habilitação técnica do agente fiscal (contabilista ou técnico em contabilidade) para a análise de documentação contábil da empresa.

Assim como visto no subtópico anterior, também esta preliminar se resolve pela observância (obrigatória) à verbete de Súmula proferida por este CARF, mais especificamente, a Súmula de nº 8. Veja-se:

O Auditor Fiscal da Receita Federal é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

Deixo, ipso facto, de acolher a pretensão.

II - Do mérito.

II.1 - Ilegalidade da suscitada retroação dos efeitos do ADE 07/2010

Impende destacar, desde logo, que, ainda que nos fosse dado afastar as disposições legais que disciplinam a matéria (e o RICARF assim não nos autoriza), a natureza do Ato Declaratório Executivo não é constitutiva negativa; como o próprio nome o diz, o referido ato não desconstitui a situação fático-jurídica em que se encontra inserido o contribuinte mas, meramente, "declara" uma situação pré-estabelecida cuja consequência imediatamente aferível é a exclusão da empresa do regime tratado pela Lei 9.317/96.

Em outras palavras, a ME ou EPP incorreu em omissão ou ação que, automaticamente, importaria a sua exclusão; daí, inclusive, a razão de ser das disposições constantes do art. 13, inciso II, "a", da predita Lei 9.317/96:

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

(...)

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º (...).

A comunicação a que alude o preceito acima é obrigatória e imposta ao próprio contribuinte justamente porque os "fatos geradores" preconizados pelo mencionado art. 9º são suficientes, *per se*, para concretizar os efeitos elencados pelo art. 14 do mesmo diploma legal. O Ato Declaratório, pois, apenas ratifica e cientifica o sujeito passivo sobre a situação "excludente"... Não há, assim, retroação de seus efeitos mas, tão só, a constatação fática da hipótese de exclusão que já ocorreu.

Nada obstante, e como já alertado, a imposição da exclusão a partir do momento juridicamente eleito pelo legislador decorre, expressamente, de dispositivo legal cuja validade e vigência não foram impugnados em ação individual ou pelo Poder Judiciário em exercício concentrado (ou difuso, mas com efeito *erga omnes*) de constitucionalidade. E, assim o sendo, o RICARF, em seus artigos 45 e 62, veda, expressamente, aos conselheiros deste colegiado (inclusive sob pena de perda de mandato, como já dito anteriormente) afastar a aplicação de preceptivo legal.

Corretos, neste ponto, tanto o próprio ADE, como o acórdão recorrido.

II.2 Da pretendida exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS.

Vale lembrar, desde logo, que, quanto ao ano de 2006, a autuação se deu por presunção legal decorrente da constatação da existência de depósitos bancários de origem e natureza, *a priori*, desconhecidas, presunção, em momento algum, elidida pelo contribuinte (seja durante a fase de instrução, seja após o início do procedimento contencioso). E, nesta esteira, se o recorrente assim não demonstrar, não é possível afirmar que, dentre as receitas consideradas para apurar a base de calculadas das exações exigidas segundo a sistemática do simples, estariam ou não incluídas parcelas do ICMS.

O mesmo vale quanto a exigência relativa omissão de receitas identificada ao longo do ano de 2007, cuja origem também é o creditamento de valores em contas mantidas em instituições financeiras, sem o respectivo registro na escrita contábil e fiscal.

A pretensão externada pelo contribuinte, desta sorte, somente seria lógica e juridicamente possível quanto a parte do crédito tributário lançado pelo simples recálculo das exações (em função em da exclusão da empresa do Simples Federal), realizada a partir da receita conhecida.

Neste diapasão, e a par da discussão sobre a aplicabilidade do precedente do Supremo Tribunal Federal, formado com o julgamento do 574.706/PR, aos processos analisados por este Conselho, é preciso destacar que os lançamentos ora polemizados foram realizados a partir da receita informada **pelo contribuinte**, seja a partir de seu razão, seja a partir das próprias declarações entregues ao fisco, relativas ao Simples Federal, como destacado no TVF/2007 à e-fl. 193:

Receita bruta escriturada nas contas contábeis específicas do livro razão (anexo II — fls. 36 a 57) e declaradas através das declarações do SIMPLES federal e nacional (anexo II — fls. 2 a 27) (...).

E aqui chamo especial atenção aos meus pares; nem o razão, juntado à e-fls. 953 e ss, nem as DSPJs apresentadas à e-fls. 728 e ss, dão conta de que a empresa recorrente tenha, a qualquer tempo, ao longo do período fiscalizado, suportado ou promovido o recolhimento do ICMS. Pelo contrário, como se extrai da ficha 4A declarada simplificada transmitida (e-fl. 730) verifica-se a anotação explícita, lançado pelo próprio insurgente, de que o sujeito passivo **não era contribuinte do ICMS**, não obstante ser contribuinte do IPI:

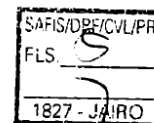
DF CARF MF

Fl. 730

CNPJ 95.381.091/0001-69 Declaração Simplificada PJ - Simples INFORMAÇÃO PROTEGIDA POR SIGILO FISCAL
Ano-calendário: 2007 PJSI 2008 Pag. 3**Ficha 04A - Demonstração das Receitas e Simples a Pagar**

61614319903072009141014MF200 Ano Calendário 2007 ND 6741506 CNPJ 95.381.091/0001-69

Discriminação	Janeiro
Contribuinte do IPI: SIM Contribuinte do ICMS: NÃO Contribuinte do ISS: NÃO	
01.Receita Bruta da Prestação de Serviços no Mês	0,00
02.Receita Bruta Não Decorrente da Prestação de Serviços no Mês	60.157,75
03.RECEITA BRUTA TOTAL NO MÊS	60.157,75
04.Receita Bruta Acumulada da Prestação de Serviços	0,00
05.Receita Bruta Acumulada Total	60.157,75
06.Perc. entre Rec. Bruta Acum. da Prest. de Serv. e Rec. Bruta Acumulada Total	0,00



E mesmo que se considere se tratar de um erro, o fato é que não foram trazidas ao processo nenhuma nota fiscal de venda que pudesse demonstrar que o tributo estadual, eventualmente, tenha sido destacado e incluído na sua receita bruta...

Trata-se de mais um pedido deduzido contra fatos do processo, numa revelada e aviltante demonstração de má-fé da parte recorrente.

Há que se negar provimento ao apelo neste ponto.

II.3 Do alegado erro na eleição da base de cálculo dos tributos exigidos por falta de dedução das vendas canceladas e do que chama "bonificações" e despesas incorridas.

Reprise-se o que já foi dito tópico anterior; a D. Auditoria Fiscal não apurou a receita tributável a partir de notas fiscais ou de documentos outros que não, e apenas, as próprias declarações do contribuinte. A receita considerada é a mesma receita declarada pela empresa e se o próprio recorrente não promoveu o ajuste destas receitas de acordo com as vendas canceladas ou com o que, denomina, bonificações, caberia a ele, por meio de documentos hábeis e idôneos, demonstrar que assim o procedeu por erro.

Como asseverado pela própria decisão recorrida, não foi trazido ao feito nenhum documento que pudesse dar lastro fático à pretensão ora analisada.

No que toca a dedução de despesas tratada em sede preliminar, vale dizer: estamos diante de lançamento de parcelas devidas segundo o regime simplificado tratado pela Lei 9.317 e de lançamento de IRPJ e CSLL segundo o lucro arbitrado; nenhuma destas modalidades contempla a possibilidade de dedução de despesas.

Nada a prover, destarte.

II.4 - Ilegalidade da cominação de juros moratórios calculados pela variação da Taxa Selic.

Sobre este tema, aplicam-se os termos da Súmula 4, deste Conselho:

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.

Como já, por vezes, afirmado ao longo deste voto, a observância aos verbetes das Súmulas do CARF nos é obrigatória.

II.5 - Da alegada impossibilidade de aplicação da multa de ofício no percentual de 150% por inocorrência de "reincidência" e por ausência de demonstração de ocorrência de fraude à legislação tributária (invocando, para tanto, os preceitos da Súmula/CARF de nº 14)

Frise-se, *prima facie*, que a qualificação da multa de ofício, tal como previsto no art. 44, § 1º, da Lei 9.430/96 não se dá, como sustentado pelo recorrente, em razão de reincidência na infração, ainda que esta (reincidência) possa balizar a análise do agente na apuração da prática dolosa de atos tendentes à ocultar a ocorrência do fato gerador ou de seus elementos constituidores.

Outrossim, não foi a prática reiterada a razão nuclear da imposição mais gravosa da multa de ofício, intentada pela D. Autoridade Lançadora; também não foi a mera constatação da existência de depósitos bancários de origem desconhecida o motivo determinante invocado pela Fiscalização para aplicar, ao caso, o gravame descrito no art. 44, § 1º, da Lei 9.430/96 (o que desafiaria a aplicação, ao caso, dos preceitos da Súmula/CARF de nº 14); o que, realmente, culminou com a qualificação da multa de ofício, na espécie, foi a disparidade absurda entre os valores efetivamente declarados pela empresa como receita tributável e os montantes movimentados em suas contas bancárias sem que tais valores fossem, a qualquer momento, registrados contabilmente... e isto sim, para além de dúvidas razoáveis, demonstra a intenção dolosa da empresa de ocultar o fato gerador ou um de seus elementos, tipificando, pois, a situação descrita, especialmente, no art. 71 da Lei 4.502/64:

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

Vale, aqui, reprisar o que o disse o relator do acórdão recorrido, cujo trecho transcrevo abaixo:

No presente caso o autuante considerou que o dolo resta caracterizado ao se concluir que houve ação dolosa da contribuinte de omitir o registro fiscal/contábil de receitas da atividade, haja vista o montante escriturado correspondente ao percentual de 3,87% e 14,56 % dos créditos bancários totais, respectivamente, nos anos-calendário de 2006 e 2007.

Entendo que a conduta reiterada da contribuinte, fartamente demonstrada no processo, de escriturar um percentual mínimo de suas receitas, impedindo o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação principal, bem como de suas condições pessoais (ao se enquadrar indevidamente no Simples), denotam a ocorrência da sonegação, como definido no art. 71 acima.

De outro turno, este mesmo Conselho já se pronunciou em casos similares pela manutenção da qualificação da penalidade quando observada uma omissão "substancial" de receitas. Confira-se:

MULTA QUALIFICADA. LEI 9.430, ART. 44. OMISSÃO SUBSTANCIAL.
SÚMULA CARF 25.

A omissão substancial de receita, sem que sejam justificados a quase totalidade dos depósitos bancários, legitima a aplicação de multa qualificada. Ademais, há que se considerar a apresentação de declarações zeradas, falta de livros fiscais, dentre outros elementos descritos no lançamento tributário (Nº Acórdão nº 9101-004.104).

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. COMPROVAÇÃO.

A omissão reiterada de informações ao Fisco (recorrência) em montantes significativos quando comparados com a receita declarada (relevância) pode caracterizar o dolo ensejador da multa qualificada. Não há como se admitir que a infração tenha sido fruto de mero erro ou negligência contábil. A conduta da contribuinte durante os trabalhos de auditoria também reforça o dolo na supressão dos tributos, em momento anterior. Foram inúmeros os termos de intimação, e conforme registrado no Termo de Constatação de Infração, o contribuinte não logrou êxito em respondê-los, nem tão pouco justificou e ou comprovou a origem dos recursos depositados em suas várias contas bancárias. A informação de que a contribuinte poderia estar vendendo a particulares veículos adquiridos com benefícios fiscais só agrava a infração de omissão de receita pela falta de comprovação da origem dos depósitos bancários. Nessas circunstâncias provado está, para além de qualquer dúvida razoável, o evidente intuito do agente em fraudar o Erário Público, sendo portanto cabível a qualificação da multa de ofício (Acórdão de nº 9101-003.970).

Insista-se: a conduta dolosa do contribuinte, aqui, evidencia-se pelas circunstâncias apuradas no processo, mormente pelos substanciais valores que passaram por contas bancárias sem o competente registro e, mais, pelo fato de que, como bem advertiu a autoridade lançadora, parte relevantel das movimentações realizadas nas instituições financeiras se referirem à liquidações de cobrança, revelando, sem o necessário contraponto do insurgente, que tais valores se refeririam às suas operações empresariais cotidianas.

Há que se negar provimento, também aqui, ao recurso voluntário.

II.6 - Alegações de inconstitucionalidade, ilegalidade e pedido de redução da multa de ofício.

Quanto a alegação de inconstitucionalidade da multa aplicada por desrespeito aos princípios da proporcionalidade e afeitos à ordem econômica, invoca-se, aqui, os preceitos da Súmula/CARF de nº 2:

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Noutro giro, o pedido de redução da multa ao patamar de 30% pressuporia o afastamento, por este Colegiado, dos preceitos do art. 44 da Lei 9.430 o que, como já apontado linhas acima, nos é expressamente vedado pelo Regimento Interno desta Casa (art. 62).

II.7 - Dos pedidos de perícia e diligência.

Como se extrai dos quesitos apresentados na peça recursal, pretenderia o recorrente demonstrar, por meio de prova pericial, dirimir questões que não demandam um conhecimento específico sobre a matéria que não aquele já detido pelos agentes fiscais da Receita (reconhecidamente, diga-se, a teor da Súmula 8 já invocada anteriormente). Daí as considerações apropriadamente apostas pelo D. Relator da decisão *a quo*:

Em primeiro lugar, nenhum dos quesitos formulados exige perícia para ser respondido. Como ensina Antônio da Silva Cabral, a perícia "supõe a pesquisa de fatos por pessoas de reconhecido saber, habilidade e experiência, que permitam o esclarecimento de certas dúvidas surgidas com o processo" (Processo Administrativo Fiscal. Editora Saraiva, São Paulo, 1993, pág. 320). E acrescenta que: "antes de tudo, portanto, é necessário que o simples exame dos autos pelo julgador não seja suficiente, exigindo-se o pronunciamento por parte de técnico especializado no assunto".

Trata-se, no caso, de matéria de prova a ser feita mediante a juntada de documentação, cuja guarda e conservação compete à própria interessada, ou de quesitos que o próprio julgador irá responder no curso do julgamento.

Outrossim, nem a perícia, nem tampouco a diligência requerida, se prestam para reinaugurar a fase instrutória do processo (adstrita, diga-se, aos procedimentos preparatórios realizados pela Autoridade Fiscal ou à oposição da impugnação administrativa - art. 16, *coput*, do Decreto 70.235). Tais instrumentos, diga-se, servem para dirimir dúvidas sobre os elementos presentes nos autos ou, quando muito, para trazer novos documentos necessários para refutar fatos ou argumentos novos surgidos por ocasião do julgamento realizado pelo DRJ (art. 16, § 4º, do predito Decreto 70.235).

No caso vertente, o recorrente não se dignou a responder aos termos de intimação lavrados pela D. Auditoria Fiscal (que não, e apenas, para trazer o livro razão), nem tampouco trouxe quaisquer provas ou documentos por ocasião de sua impugnação que pudessem, de qualquer forma, emprestar credibilidade à suas alegações.

O caso se encontra, e já se encontrava, em condições de análise, sendo dispicienda a realização de qualquer procedimento adicional.

III - Conclusão.

A luz de todo o exposto, voto por AFASTAR AS PRELIMINARES SUSCITADAS e, no mérito, POR NEGAR PROVIMENTO ao RECURSO VOLUNTÁRIO.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca

