



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

Processo nº 10935.002797/2010-72
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-002.365 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de abril de 2018
Matéria SIMPLES. OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente JORGE TOME EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006

IMPUGNAÇÃO. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE. REGIMENTO INTERNO DO CARF.

Recurso voluntário que não apresente indignação contra os fundamentos da decisão supostamente recorrida ou traga qualquer motivo pelos quais deva ser modificada autoriza a adoção, como razões de decidir, dos fundamentos da decisão recorrida, por expressa previsão do regimento interno do CARF.

LANÇAMENTO. OBSERVÂNCIA AO REGIME ELEITO PELO CONTRIBUINTE. ARBITRAMENTO DO LUCRO INAPLICÁVEL.

Constatada a omissão de receitas e a extrapolação do limite admitido na legislação de regência do Simples, para efeitos de lançamento deve-se observar o regime de tributação eleito pelo contribuinte, enquanto não efetivada sua exclusão via ato declaratório executivo. O arbitramento dos lucros somente é possível após a exclusão da contribuinte do sistema simplificado de tributação.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. A existência de depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada pela pessoa jurídica regularmente intimada autoriza o lançamento de ofício por omissão de receitas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Livia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Abel Nunes de Oliveira Neto, Leticia Domingues Costa Braga, Daniel Ribeiro Silva e Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa.

Relatório

Trata-se de auto de infração para cobrança de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e INSS no regime do SIMPLES relativo ao ano-calendário de 2006, com aplicação de multa de ofício de 75% para a insuficiência de recolhimento sobre as receitas escrituradas e de 150% sobre as receitas omitidas, além de multa por infração regulamentar.

Segundo a fiscalização, no ano-calendário 2006 parte expressiva da receita bruta foi omitida na declaração entregue à Receita Federal, de forma que as alíquotas utilizadas pelo contribuinte para cálculo do Simples revelaram-se inferiores àquelas determinadas pela legislação (isso porque a alíquota aplicável é determinada em razão da receita bruta acumulada e, tendo sido declarado somente parte receita, os valores acumulados indicaram o enquadramento em alíquotas inferiores às devidas; uma vez considerada a totalidade da receita, inclusive aquela omitida ou não declarada, os valores acumulados apontaram para a aplicação de alíquotas superiores). Assim, identificadas as alíquotas corretas, foram estas reaplicadas sobre os valores já declarados.

Além disso, a fiscalização obteve os extratos bancários das contas correntes movimentadas pela empresa em 2006, tendo apurado discrepâncias significativas com relação à receita escriturada, as quais o contribuinte não logrou êxito, no seu entender, para comprovar a origem (o total listado, no ano de 2006, somou R\$ 5.775.787,65).

A análise e a tributação relativa ao ano-calendário 2007, pela forma do lucro arbitrado, após exclusão de ofício do SIMPLES (Ato Declaratório Executivo nº 48/2010 e Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 1/2010) foram realizadas no Processo nº 10935.002798/2010-17.

O relatório da decisão recorrida assim descreve os fatos e os argumentos da defesa em sua impugnação:

Em decorrência de ação fiscal levada a efeito foi lavrado o auto de infração de fls. 02-67, para exigir: a) R\$ 51.133,62 a título de Imposto de Renda Pessoa

Jurídica-Simples (fl.17), R\$ 37.512,22 a título de contribuição ao Programa de Integração Social-Simples (fl.27), R\$ 52.429,62 a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido- Simples (fl.36), R\$ 153.951,75 a título de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-Simples (11.45), R\$ 442.540,78 título de Contribuição para Seguridade Social-INSSSimples (11.54) e, adicionalmente, R\$ 2.789,65 referente à multa prevista no artigo 21 da Lei nº 9.317, de 1996.

2. O enquadramento legal das exigências ficou assim estabelecido:

a) para o IRPJ, art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995, art. 2º incisos I e II, § 2º, 3º, § 1º alínea "a". 5º a 7º. § 1º a 18 da Lei nº 9.317, de 1996, art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998, art. 1º e 2º da Lei nº 10.034, de 2000, alterados pelo art. 24 da Lei nº 10.684, de 2003 e pelo art. 82 da Lei nº 10.833, de 2003. art. 4º, § 4º da Lei nº 10.964 de 2004, alterado pelo art. 15 da Lei nº 11.051, de 2004, art. 186, 188 e 199 do RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3.000 de 1999.

Depósitos bancários não escriturados art. 42 da Lei nº 9.430 de 1996, regulamentado pelo art. 287 do RIR/99;

b) para o PIS, o art. 3º, "b" da Lei Complementar nº 07, de 07 de julho de 1970, combinado com o art. 1º, parágrafo único da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973, art. 2º, inciso I, art. 3º e 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 1995 e suas reedições, o § 2º do art. 2º alínea "b" do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;

c) para a Contribuição Social, o art. 1º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988; o § 2º do art. 2º alínea V do § 1º do art. 3º art. 5º § 1º do art. 7º e art. 18 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;

d) para a Cofins, o art. 1º c 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991; art. 5º, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998 e;

e) para a Contribuição ao INSS, o § 2º do art. 2º, alínea "C" do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

3. A multa de ofício, para os depósitos bancários não escriturados é de 150%, ao amparo do inciso II do artigo 44 e, para a diferença da base de cálculo e a insuficiência de recolhimentos é de 75% e está amparada no art. 44, inciso I, ambos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, combinado com o art. 19 da Lei nº 9.317, de 1996.

4. As infrações imputadas ao contribuinte são: 1) depósitos bancários não escriturados; 2) diferença da base de cálculo apurada para 31/07/2006 e, 3) insuficiência de recolhimento em face da mudança da faixa de tributação.

5. A ciência do auto de infração foi pessoal e ocorreu em 31/05/2010 e, em 29/06/2010 o sujeito passivo protocolou a impugnação de fls. 500-521. Na peça de defesa, inicialmente faz um relato do lançamento e destaca que a multa exigida tem como fundamento um suposto dolo do contribuinte, em face de não haver contabilizado parcelas significativas da receita auferida. Alega que a autoridade fiscal colocou em dúvida a veracidade das cartas-proposta de compra de cereais, firmadas pelas empresas interessadas na aquisição de feijão.

Transcreve alguns parágrafos do Termo de Verificação Fiscal que se encontra às lis. 68-80 c, afirma que a imputação de que o sujeito passivo teria saído à coleta de notas fiscais emitidas por produtores da região para vinculá-las às cartas-proposta de compra de cereais, não encontra guarida nos documentos que compõem o processo administrativo. Tal afirmativa do fisco estaria pautada nos documentos de lis. 346 c seguintes. Transcreve parte do requerimento protocolado em 01/12/2009, onde tenta justificar parte dos depósitos havidos em suas contas correntes, bem como outro, protocolado em 25/01/2010 c afirma que, em ambos os casos restaram claros os esclarecimentos prestados de que empresas de diversas localidades do País, mais acentuadamente das regiões Norte e Nordeste, contataram, a fim de adquirir e remeter feijão, diretamente do produtor, e que remetiam o numerário, como adiantamento para as aquisições, via conta corrente do ora sujeito passivo. Sustenta que os documentos acostados não deixam dúvidas sobre a atitude adotada; que, em nenhum momento agiu de má fé, porém, esta não foi a conclusão a que chegou a autoridade fiscal. Comenta o fato de o auditor fiscal ter efetuado uma série de anotações nas cartas proposta para, ao final, desprezar toda a documentação apresentada e que todas as cartas proposta estavam acompanhadas das notas fiscais de produtor rural.

6. Argumenta no sentido de que embora o valor expresso nas notas fiscais não corresponda exatamente aos valores dos depósitos bancários, estes eram aproximados, bem como as datas em que ocorreram também o eram. Justifica a diferença dos valores ao argumento de que ali estariam embutidas outras verbas como verbi gratia e/ou o frete e rechaça a alegação de que a documentação apresentada seja frágil.

7. Contra ataca taxando de frágil a argumentação esposada pela autoridade fiscal que procurou invalidar a veracidade de seus esclarecimentos ao argumento de que seu objeto social não prevê a intermediação de negócios e, afirma que tal fato ocorreu por ausência de orientação do profissional contábil. Reafirma que atua na intermediação de negócios entre os produtores rurais e as empresas adquirentes dos produtos.

8. Discorda do fato de a autoridade fiscal insistentemente colocar a empresa como optante pelo Simples Nacional, a qual, por excesso de receita bruta anual e exercício de atividade vedada teria que ser excluída do benefício, para fins de cálculo do imposto devido e, ataca a exigência da multa qualificada, quando, em seu entender, o correto seria aplicar a multa de 75%. Invoca o princípio da menor onerosidade em favor do devedor, previsto no artigo 620 do Código de Processo Civil e afirma que este mesmo princípio está insculpido no artigo 112 do Código Tributário Nacional, e deve prevalecer. Alega que deve ser observado, ainda, o instituto do in dubio pro reo do Direito Penal, para que se aplique a lei de maneira mais benéfica ao contribuinte e que descabe afirmar que inexistem dúvidas no procedimento ora atacado, posto que a interpretação subjetiva por parte da autoridade fiscal não é inconteste; que a ganância e o exagero daquele não ficou somente no campo imaginário do cometimento de infração intencional, fazendo com que a multa fosse exageradamente alta. E mais, como se não bastasse, a exigência foi lavrada na modalidade do Simples, quando, poderia ter ocorrido o enquadramento no Lucro Arbitrado.

9. Transcreve o último parágrafo do Termo de Encerramento Parcial que diz:

"Nada disso, entretanto, ficou comprovado. Para a fiscalização, os cereais adquiridos dos produtores representam custo das mercadorias vendidas. As vendas, representadas pelos depósitos não justificados, representam sua receita bruta, a maior parte dela, aliás, não escriturada."

10. Ao amparo de uma interpretação literal do parágrafo acima transcrito, sustenta que a autoridade fiscal teria sugerido que a solução seria a contabilidade pelo Lucro Real, já que os cereais adquiridos, acrescidos das demais despesas atinentes, representariam o custo das mercadorias vendidas e que, ante a falta de contabilidade organizada, o correto seria arbitrar o lucro c, mais, caso houvesse regularizado sua atividade, por meio da emissão de notas de venda, poderia, ainda, ter optado pelo lucro presumido, porém, optou pela sistemática do Simples. Assim, a autoridade fiscal poderia ter lavrado o auto de infração pelo Lucro Arbitrado, o que teria reduzido em muito o valor da exigência.

11. Ataca a multa, taxando-a de confisco, injusta e divorciada do princípio da razoabilidade. Transcreve manifestação doutrinária e afirma que a Constituição contempla o princípio da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, atingindo tanto as penas fiscais quanto os tributos.

12. Invoca que o lançamento foi emitido ao arrepio da norma, já que inexistindo o fato gerador, a tipificação legal descrita no enquadramento legal fica prejudicada, pois inexistente. Assevera que a legislação citada na descrição dos fatos e o enquadramento legal, trata da penalidade aplicada especificamente quanto à omissão de receita por depósitos bancários não escriturados. Novamente argumenta no sentido de que não é justo que seja apenado com o recolhimento dos tributos pela sistemática do Simples, já que a obrigação dali decorrente é impagável. Alega não ter agido de má fé, o que torna indevida a multa de 150%: que admitiu sua condição de intermediária de negócios; que os autos de infração caracterizam um verdadeiro festival de irregularidades e devem ser anulados; que estão sem embasamento legal, apoiados em hipóteses e presunções.

13. Pede, novamente, a aplicação do disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional; faz alusão ao artigo 196 do mesmo comando legal, contesta a lavratura da exigência fora de seu estabelecimento; volta à carga acerca da interpretação mais benigna quanto às penalidades; transcreve vasta doutrina sobre o assunto e finaliza solicitando que os autos sejam anulados.

14. Consta, ainda do processo a manifestação de inconformidade contra o Ato que determinou sua Exclusão ao Simples Federal e aquele que determinou a exclusão ao Simples Nacional, cópia dos atos atacados, os quais serão analisados quando do julgamento do processo administrativo fiscal nº 10935.002798/2010-17.

A DRJ em Curitiba julgou a impugnação improcedente, nos termos do acórdão assim ementado (fl. 653 e segs):

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte Simples

Ano-calendário: 2006

OPÇÃO PELO SIMPLES. A opção pelo Simples é ato volitivo do contribuinte e deve ser respeitado pelo fisco até que reste constatada alguma das hipóteses impeditivas, oportunidade em que serão adotadas as medidas cabíveis para sua exclusão, com os efeitos previstos na lei.

EXCESSO DE RECEITAS. EFEITOS. Constatado que em determinado ano calendário a empresa auferiu receitas em montante superior àquele previsto na legislação do Simples, resta justificada sua exclusão ao benefício, cujos efeitos se operam a partir do primeiro dia do ano calendário subsequente à constatação da infração.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS A existência de depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada pela pessoa jurídica regularmente intimada autoriza o lançamento de ofício por omissão de receitas.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO A insuficiência de recolhimento de tributos apurada em procedimento fiscal enseja o lançamento de ofício com os acréscimos legais.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. Tratando-se de exigência fundamentada em irregularidade apurada em ação fiscal realizada na esfera do Imposto de Renda Pessoa Jurídica Simples, o decidido quanto àquele lançamento é aplicável, no que couber, aos lançamentos decorrentes.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2006

Ementa: NULIDADE. DESCABIMENTO. 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.

AUTO DE INFRAÇÃO. LOCAL DA LAVRATURA. A lavratura do Auto de Infração em local diverso daquele em que o sujeito passivo exerce suas atividades é compatível com o ordenamento jurídico. O local da verificação da infração não significa o local em que foi praticada.

DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA A jurisprudência ressalvadas as previsões legais neste sentido e a doutrina não gozam do status de legislação tributária e não vinculam a Administração Tributária Federal.

APLICAÇÃO DO ART. 112 DO CTN. IN DÚBIO PRÓ RÉU. Os benefícios do "in dubio pró réu" determinados no artigo 112 do CTN, só se aplicam no caso de dúvidas quanto à capitulação legal do fato, à natureza ou às circunstâncias material do fato, ou à natureza dos seus efeitos, à autoria, imputabilidade ou punibilidade, ou à natureza da penalidade aplicável ou à sua graduação.

MULTA QUALIFICADA (150%). PRÁTICA REITERADA. INTUITO DOLOSO MANIFESTO. CABIMENTO. Justifica-se a qualificação da multa quando a autoridade fiscal comprova por meios hábeis o intuito doloso do contribuinte de reiteradamente omitir valores à tributação, posto que, no período fiscalizado, do montante movimentado nas contas correntes bancárias, informou na IPJ Simples menos de 5% daquele valor.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2006

LANÇAMENTO. OBSERVÂNCIA AO REGIME ELEITO PELO CONTRIBUINTE. Constatada a omissão de receitas e a extrapolação do limite admitido na legislação de regência do Simples, para efeitos de lançamento, deve-se observar o regime de tributação eleito pelo contribuinte, enquanto não efetivada sua exclusão via ato declaratório executivo.

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.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada da decisão em 03/05/2011 (fls. 679), a contribuinte interpôs o recurso voluntário no dia 2 do mês seguinte (fls. 680), alegando, em síntese:

(i) a acusação do Agente Fiscal de que as cartas-proposta teriam sido forjadas não encontra guarida nos documentos que compõem a formação do processo administrativo, ficando somente no campo de sua imaginação. Transcreve, então, trecho do documento apresentado em 1/12/2009 no curso da fiscalização, (fls. 457 e segs) que explica que, por inexperiência do funcionário, inúmeros documentos foram inutilizados, e transcreve dados extraídos da conta corrente no Banco do Brasil referente a 3 notas fiscais, uma de 2006 e duas de 2007.

(ii) repete sua defesa de que "*empresas de diversas localidades do País, mais acentuadamente da região Norte e Nordeste, contataram a empresa requerente, para adquirir e remeter FEIJÃO, diretamente do produtor, tendo como destinatárias aquelas empresas, remetendo o numerário, como adiantamento para tais aquisições, na conta corrente da empresa*".

(iii) reafirma que todas as cartas-remessas foram devidamente acompanhadas das notas fiscais de Produtor Rural (fls. 457 e seguintes), observando que os valores das notas, apesar e a despeito de não corresponder exatamente aos valores dos depósitos bancários, tinham seus valores aproximados, bem como as datas dos depósitos bancários eram também aproximadas, quando não coincidentes. E explica que os valores não eram exatos tendo em vista que, via de regra, eram realizados com "demais verbas, tais como, verbi gratia, a própria comissão por saca de feijão e/ou frete já incluso em referido depósito".

(iv) repete que juntou, à época, cópias de contas telefônicas a fim de provar que havia contato mais direto, através de telefonemas de confirmação, entre a empresa fiscalizada e as empresas interessadas em seu serviço de intermediação.

(v) afirma novamente que não tinha a previsão de intermediação de negócios em seus atos constitutivos por ausência de orientação do profissional contábil

(vi) clama aplicação do art. 112 do CTN por ter havido interpretação subjetiva do agente fiscal.

(vii) afirma que "*Resumindo, então, poderia perfeitamente o sr. Auditor-Fiscal ter lavrado o Auto de Infração pelo método do lucro arbitrado, por falta de contabilidade, ao invés do SIMPLES, como o fez, o que teria diminuído em muito o valor do tributo e contribuições*." (fl. 691).

(viii) sustenta que a multa aplicada tem caráter confiscatório.

O processo ficou sobrestado por envolver matéria relativa à RMF (Resolução n.º 1103-00.057).

Recebi o processo em distribuição realizada em 26 de janeiro de 2018. A distribuição ocorreu por conexão ao processo n. 10935002798/2010-17 (despacho de fl. 709).

Voto

Conselheira Livia De Carli Germano - Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos para a sua admissibilidade, portanto dele conheço.

Como se percebe do relatório supra, a Recorrente não se insurgiu especificamente contra nenhum ponto da decisão da DRJ/CTA, repetindo basicamente os termos da impugnação e contestando apenas o procedimento de fiscalização. Por tal motivo, em alguns trechos deste voto farei referência literal aos fundamentos da decisão recorrida, conforme autoriza o artigo 57, § 3º, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015.

Conforme detalhado no Termo de Verificação Fiscal, a fiscalização intimou o contribuinte por diversas vezes a apresentar documentos e esclarecimentos, atendendo aos diversos pedidos de prorrogação de prazo.

Sobre a escrituração, a autoridade autuante verificou que para o ano-calendário de 2006 a contribuinte escriturou receitas no montante de R\$ 285.031,35, mas declarou à Receita Federal somente R\$ 69.168,65.

Além disso, o levantamento das informações bancárias levou à constatação de expressivas diferenças entre os créditos levantados a partir dos extratos e os valores escriturados. Os indícios de omissão assim apurados totalizaram R\$ 5.490.756,30 em 2006 e levaram a autoridade fiscal ao entendimento preliminar de que inúmeras operações protagonizadas pela contribuinte circularam à margem da contabilidade.

Assim, a receita bruta total apurada, compreendendo a receita escriturada mais a receita omitida, totalizou R\$ 5.490.756,30 em 2006.

Intimada a se manifestar, a empresa limitou-se a explicar o que posteriormente repetiu em sua impugnação e na peça recursal, em síntese, que além praticar o comércio atuava também como intermediário (representação comercial) na aquisição de produtos agrícolas, sendo remunerado por comissão, e que os pagamentos aos produtores eram realizados através de sua conta corrente, utilizando-se dos recursos depositados remotamente pelos interessados, a título de adiantamento. Aduziu também que teve dificuldade na obtenção das provas em razão da inutilização de diversos documentos comprobatórios dessa intermediação causada por um inexperiente funcionário da empresa.

Sobre a atividade de intermediação, a fiscalização observou que em nenhum momento a contribuinte quantificou as eventuais comissões recebidas, não identificou em sua contabilidade, registros de receitas a esse título e também não lhe foram disponibilizadas as respectivas notas fiscais relativas à prestação de serviços de intermediação.

A contribuinte pretendeu comprovar que exercia as atividades de intermediação com a apresentação, a título de amostragem, de 25 cartas-proposta e seus anexos, na intenção de vincular diversas operações reais de venda de feijão realizadas por produtores da região com o seu pretenso papel de intermediadora. Não obstante, nas notas fiscais dos produtores não foram encontrados quaisquer indícios dessa intermediação, sendo que os únicos documentos que fazem referência ao nome da contribuinte na qualidade de intermediadora seriam as cartas-proposta que, além de não estarem vinculadas aos créditos bancários relacionados pela fiscalização, apresentavam indícios de terem sido forjadas.

Dentre tais indícios a fiscalização destacou:

a) Todas as cartas-proposta, menos uma, parecem terem saído da mesma fôrma (mesmo padrão, mesma formatação, mesma fonte), embora tenham sido emitidas, teoricamente, em datas e cidades diferentes. As cidades observadas foram 18 e significativamente distantes da sede do Fiscalizado, tais como Manaus/AM, Belém/PA, Ananindeua/PA, Itabaiana/SE, Gama/DF, Campo Grande/MS, Várzea Grande/MT e São José do Rio Preto/SP, entre outras;

b) Somente uma das 25 cartas-proposta contém data de emissão. Trata-se de um elemento vital em qualquer proposta minimamente séria, haja vista as implicações legais decorrentes, em especial no que diz respeito ao prazo de validade;

c) Todas as assinaturas dos subscritores das propostas são providencialmente ilegíveis e sem identificação, certamente para evitar um possível reconhecimento de firma;

d) O antigo e desusado "carimbo do CGC" foi cirurgicamente aplicado nas cartas-proposta, o que remete à lembrança de uma linha de produção. Da mesma forma, os aceites do titular indicam terem sido coletados sequencialmente, embora em datas díspares;

e) Um dos aceites ("Ciente e de acordo") foi datado fora do período da fiscalização (fl. 476) e outro corresponde a um domingo (fl. 483); e

f) Por fim, vale a pena observar, também, o esforço empreendido pelo Contribuinte para reproduzir uma mesma assinatura, em dois documentos diferentes, supostamente emitidos pela mesma empresa (fls. 430-478; fls. 472-473).

Diante disso, concluiu a autoridade autuante que a contribuinte não conseguiu comprovar que exercia a atividade de intermediação de negócios, tampouco comprovou que os créditos bancários relacionados pela fiscalização correspondiam a adiantamentos repassados por compradores de cereais. Por conseguinte, concluiu que as diferenças apontadas correspondem, sim, a receitas operacionais que circularam à margem da contabilidade, sem tributação.

A fiscalização observou, ademais, que se lograsse comprovar o exercício da atividade de intermediação de negócios — o que em sua análise não conseguiu fazer — teria incorrido em hipótese de exclusão do SIMPLES, e com efeitos retroativos, nos termos dos artigos 9º, XIII, 13, "a", e 15, II, da Lei nº 9.317/1996.

Em suas peças de defesa a contribuinte não trouxe qualquer fato ou informação nova que pudesse infirmar as conclusões da autoridade fiscal autuante.

No caso, para a comprovação das atividades de intermediação seria imprescindível a apresentação das respectivas notas fiscais. Todavia, conforme observou a decisão recorrida, "18. Da análise das explicações apresentadas, a autoridade fiscal intimou o sujeito passivo a apresentar todas as notas fiscais de entrada e de saída, posto que o mesmo afirmou exercer atividade de agente comissionado. A maioria das notas fiscais apresentadas

se referem a movimentação de mercadorias; as notas de prestação de serviços foram poucas e com lacunas de numeração, limitando a análise; (...)".

Ainda conforme apontou a decisão recorrida:

"66. Conforme bem observado pelo sujeito passivo, a autoridade fiscal efetuou diversas anotações ao lado dos documentos apresentados, num verdadeiro exercício de paciência, a fim de tentar estabelecer se existia alguma relação entre os valores questionados e aqueles ali expressos, sem nada conseguir. O empenho do auditor veio suprir o trabalho que deveria ter sido feito pelo contribuinte, a quem competia afastar a presunção de omissão de receitas, por meio da vinculação entre os valores questionados e os documentos apresentados. O fato de ele ter desprezado as cartas proposta se justifica por serem elas os únicos documentos que estabeleceriam algum vínculo do interessado com as operações de venda do feijão por produtores rurais da região. Em nenhuma nota fiscal existe qualquer menção a seu nome na qualidade de intermediador, nem tão pouco, existe menção a algum valor pago a título de comissão. E mais, as cartas proposta apresentam uma série de indícios de que tenham sido forjadas como o fato de não possuírem data de emissão; manterem sempre o mesmo padrão, embora, em tese, tenham origem em cidades dispares; divergência nas assinaturas e outros. Tudo isso foi minuciosamente descrito no Termo de Verificação Fiscal de fls. 68-80."

Assim, no caso, não vejo como as razões da Recorrente possam prosperar.

Quanto à aplicação do art. 112 do CTN, deve-se ter em mente que os benefícios do "in dubio pro reo" determinados no citado artigo só se aplicam a penalidades e não quanto ao principal de tributo. Além disso, sua aplicação está reservada ao caso de dúvidas quanto à capitulação legal do fato, à natureza ou às circunstâncias material do fato, ou à natureza dos seus efeitos, à autoria, imputabilidade ou punibilidade, ou à natureza da penalidade aplicável ou à sua graduação, o que não é o caso do presente processo, em que houve minuciosa descrição do procedimento fiscal e a completa ausência de provas do quanto alegado pela contribuinte.

Sobre o argumento de que a fiscalização "*poderia perfeitamente o sr. Auditor-Fiscal ter lavrado o Auto de Infração pelo método do lucro arbitrado, por falta de contabilidade*", reitero as observações da decisão recorrida:

71. A peça de defesa argumenta que a autoridade fiscal insistentemente coloca a empresa como optante do Simples Nacional e isso apenas demonstra que ou a defesa não tem conhecimento acerca da legislação do Simples ou, simplesmente não prestou atenção aos documentos que instruem o processo. Muito embora o questionamento sobre sua opção ao Simples Nacional não tenha qualquer relação com a presente autuação, posto só ter entrado em vigor a partir de 01/07/2007, período não abrangido no presente processo, é importante fazer um esclarecimento. Às folhas 490-493 está a cópia da Declaração Anual do Simples Nacional, relativa ao período de 01/07/2007 a 31/12/2007, que foi transmitida em 15/05/2008. A apresentação da declaração no programa do Simples Nacional, por si só, caracteriza a opção feita pela empresa, mesmo porque inexistia

qualquer relificadora apresentada por outra sistemática de apuração. Saliente-se que o Simples Nacional, regido pela Lei Complementar nº 123, de 2006 e que veio substituir o Simples Federal, entrou em vigor em 01/07/2007, conforme já explicado anteriormente.

72. Antes disso, desde a sua constituição, a empresa apresentou todas as suas declarações pela sistemática do Simples Federal, então regido pela Lei nº 9.317, de 1996, conforme tela de fl. 535.

73. E aqui cabe mais uma explicação sobre o argumento de que o presente lançamento deveria ter sido realizado pelo arbitramento. A presente exigência se refere ao ano calendário de 2006, quando o interessado era optante pelo Simples Federal, razão pela qual ao efetuar o lançamento a autoridade fiscal ateve-se à opção por ele exercida, qual seja, o lançamento foi realizado pela sistemática favorecida do Simples. Importa aqui fazer mais um esclarecimento: a opção pelo Simples Federal era ato volitivo do contribuinte, sujeito a uma posterior averiguação de sua regularidade, independente de qualquer previa manifestação da autoridade fiscal. Assim, ao iniciar-se a ação fiscal, a autoridade fiscal constatou que para o ano calendário de 2006 o contribuinte infringiu o disposto no inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996 que estabelece:

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

II - na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 11.307, de 2006)

74. 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)

75. A exclusão é formalíssima, tanto no caso da exclusão por comunicação (art. 13, I, § 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.

76. 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.

Por fim, quanto ao caráter confiscatório da multa, observo que esta está prescrita em lei e, nos termos da Súmula CARF n. 2, "*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*".

Também conforme observou a decisão recorrida:

51. No caso em análise, ocorreu uma série de fatos, minuciosamente descritos às fls.622-634 que por si só caracterizam a intenção dolosa do agente, fazendo com que a imputação da multa no percentual maior (150%) esteja de acordo com os ditames legais. Indubitavelmente, a prática contumaz do contribuinte, em omitir mais de 95% das receitas auferidas no ano em análise.

52. No presente caso, o interessado ocultou fatos tributáveis e assim, descumpriu a obrigação de efetuar o pagamento do imposto devido. Tendo esse valor de imposto devido ficado indisponível para o Estado, faz-se, pois, necessário o ressarcimento por esta indisponibilidade monetária.

Dispositivo

Ante o exposto, oriento meu voto para negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano