



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

**Processo n°** 10950.720874/2015-96  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1402-002.998 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 10 de abril de 2018  
**Matéria** SIMPLES NACIONAL  
**Recorrente** OSSOLIDER MOINHO E COMÉRCIO DE FARINHA DE CARNE - EIRELI - EPP  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

**Ano-calendário: 2010, 2011, 2012**

**NULIDADE DOS LANÇAMENTOS. INEXISTÊNCIA.**

Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais e não havendo prova de violação das disposições contidas no artigo 142 do CTN e artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se falar em nulidade do lançamento em questão.

**DIREITO DE DEFESA. CERCEAMENTO.**

É incabível a alegação de cerceamento ao direito de defesa, quando as infrações apuradas estiverem identificadas e os elementos dos autos demonstrarem a que se refere a autuação, dando-lhe suporte material suficiente para que o sujeito passivo possa conhecê-los e apresentar sua defesa sem empecilho de qualquer espécie.

**EXCLUSÃO DE OFÍCIO. OCORRÊNCIA. SUBSUNÇÃO ÀS NORMAS.**

Detectado, no decorrer a ação fiscal, que a fiscalizada incorreu em hipótese impeditiva de permanência no Simples Nacional, correto o procedimento fiscal que excluiu a contribuinte do regime.

**EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. CONFIRMAÇÃO. POSSIBILIDADE LANÇAMENTO DE OFÍCIO DOS TRIBUTOS POR OUTRA FORMA DE TRIBUTAÇÃO. INDEPENDÊNCIA.**

Independente da confirmação do ato de exclusão da empresa do Simples Nacional para que se proceda de ofício o lançamento dos tributos devidos, seja por qualquer outra forma de tributação.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**  
**DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.**

Para que a regra geral prevista no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional seja aplicada aos tributos sujeitos a lançamentos por homologação é preciso que não haja recolhimentos feitos pelo contribuinte e que a fiscalização impute procedimento doloso aos atos infracionais. Não tendo o Fisco sequer qualificado a multa de ofício, a contagem decadencial subsume-se à normatização do artigo 150, § 4º, do mesmo diploma legal, ou seja, cinco anos a partir dos fatos geradores.

Decadência que se reconhece parcialmente.

**PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. OBTENÇÃO.**

Válida é a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

**ASSUNTO: SIMPLES OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA**

O artigo 42 da lei 9.430/1996 estabeleceu a presunção legal de que os valores creditados em contas de depósito ou de investimento mantidas junto a instituição financeira e em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não faça prova de sua origem, com documentação hábil e idônea, serão tributados como receita omitida.

**OMISSÃO DE RECEITAS. PROVA DIRETA.**

Caracterizam-se como prova direta da omissão de receitas, os valores escriturados pelo sujeito passivo em sua contabilidade e que não foram levados à tributação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, i) afastar as preliminares de nulidade e cerceamento de defesa; ii) negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão da recorrente do regime do Simples Nacional; iii) dar provimento parcial ao recuso voluntário para reconhecer a decadência relativamente ao 1º Trimestre/2010 para o IRPJ e CSLL e meses de janeiro/2010, fevereiro/2010, março/2010 e abril/2010 para o PIS e a COFINS, nos valores de R\$ 45.484,46, R\$ 24.003,68, R\$ 17.474,55 e R\$ 80.838,39, respectivamente.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone – Presidente e Relator

Processo nº 10950.720874/2015-96  
Acórdão n.º **1402-002.998**

**S1-C4T2**  
Fl. 2.857

---

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Edgar Bragança Bazhuni, Leonardo Luis Pagano Goncalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Paulo Mateus Ciccone (presidente).

## Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte acima identificada em face de decisão exarada pela 4ª Turma da DRJ/BSB em sessão de 26 de fevereiro de 2016 (fls. 2813/2825)<sup>1</sup>, que julgou improcedente a impugnação apresentada, mantendo a exclusão do Simples Nacional da recorrente e os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS perpetrados pelo Fisco, anos-calendário 2010/2011 e 2012, relativamente às infrações estampadas nos autos de infração (fls. 1740/1844 e 1865/1868).

## DA ACUSAÇÃO FISCAL

Segundo o TVF (fls. 1845/1861), bem resumido pela decisão recorrida, estas foram as irregularidades praticadas pela contribuinte que levaram à exclusão do Simples Nacional e aos lançamentos de ofício, sob o regime do lucro arbitrado:

*“A exclusão se deu em virtude de procedimento de fiscalização relativo aos anos-calendário de 2010 a 2012, levado a efeito contra o contribuinte em cumprimento ao disposto no Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 09.1.05.00-2013-00518-1, englobando o período de 01/2010 a 12/2012, iniciado no ‘Termo de Início do Procedimento Fiscal’ de folhas 25, de 31/10/2013, cuja ciência se deu pessoalmente na mesma data, conforme Termo de Intimação Fiscal de fls 26 e 27.*

*As ações desenvolvidas no procedimento de fiscalização estão detalhadas no ‘Termo de Verificação da Ação Fiscal’ de fls. 1845 a 1861, lavrado na mesma data da autuação ocorrida em 28/04/2015, do qual destaca-se que:*

- os documentos apresentados em atendimento aos Termos de Intimação Fiscal – TIF – no 01 a 02 subsidiaram a análise e constatação de que não estaria ocorrendo a declaração nem a escrituração contábil de créditos nas contas correntes da fiscalizada;*
- excluindo-se os créditos cuja origem pôde ser determinada previamente, foi encaminhada planilha anexa ao TIF nº 03 requerendo explicações para os lançamentos ainda sem comprovação;*
- a resposta ao TIF nº 03 em 08/09/2014, após cinco concessões de dilações de prazo, foi suficiente para justificar parte dos créditos nas contas correntes;*
- requerida explicação para os créditos remanescentes sem comprovação por meio do TIF nº 04 e após uma concessão de dilação de prazo, a Fiscalização recebeu em 02 de dezembro, vencido o prazo, uma carta manuscrita informando a impossibilidade de oferecer mais documentos probatórios;*
- diante da confirmação de que não estaria ocorrendo a escrituração da movimentação financeira, isto é, a manutenção das contas bancárias estaria à margem da contabilidade registrada nos Livros Diário números 09, 10 e 11 - com Termos de Autenticação 11/171771-0, 13/166643-6 e 13/166644-4 - o contribuinte sujeitou-se à exclusão do Simples Nacional.*

<sup>1</sup> A numeração referida das fls., quando não houver indicação contrária, é sempre a digital

- a prática reiterada restou caracterizada pela impossibilidade da identificação de sua movimentação financeira e pela ausência da escrituração de disponibilidades financeiras bancárias com habitualidade.

Dessa forma, cada depósito em conta, descontando-se aqueles que compõem receita bruta declarada e aqueles comprovados pela natureza de seus lançamentos bancários ou por documentação comprobatória, guardaria presunção legal de omissão de receita.

- determinou-se a Exclusão do Simples Nacional pelo 'Ato Declaratório Executivo N° 06/2015' de 09/03/2015 de fl. 1739, em atendimento à 'Representação Fiscal para Exclusão de Ofício – Simples Nacional' de fls 1737/1738.

### **Do Lançamento do Crédito Tributário**

O lançamento de ofício de IRPJ, de CSLL, de PIS/PASEP e de COFINS, em desfavor da empresa deu-se em conclusão ao procedimento de fiscalização relativo aos anos-calendário de 2010 a 2012, levado a efeito contra o contribuinte em cumprimento ao MPF nº 09.1.05.00-2013-00518-1 iniciado no Termo de Início do Procedimento Fiscal de folhas 25, de 31/10/2013, cuja ciência se deu pessoalmente na mesma data, conforme Termo de Intimação Fiscal de fls 26 e 27.

Do 'Termo de Verificação da Ação Fiscal' – TVF de folhas 1845 a 1862 e dos elementos contidos nos autos, destaca-se que:

- em continuidade ao procedimento fiscal, a contribuinte foi intimada duas vezes (fls. 1733 e 1735) a optar pelo regime de tributação a ser utilizada para os anos de 2010, 2011 e 2012, haja visto que a soma dos créditos em contas correntes não comprovados com documentação hábil e idônea extrapolariam os limites de receita bruta para permanência no Simples Nacional.

- a ausência de opção por regime de tributação dentro dos prazos determinados na TIF no 06, e na respectiva reintimação, em conjunto com a imprestabilidade da contabilidade para fins de apuração do lucro implicou no arbitramento do lucro para fins de tributação.

- o crédito tributário lançado de IRPJ, CSLL, PIS/PASEP e de COFINS decorrentes das infrações apuradas foram acrescidos de multa de 75% e juros.

Após a empresa ter sido excluída do Simples Nacional, a tributação promovida de ofício pela autoridade fiscal foi realizada com base no Lucro Arbitrado.

Conforme campo 'Descrição dos Fatos e Enquadramentos Legais' que consta do Auto de Infração, a Fiscalização apurou, ao final dos trabalhos, as seguintes infrações com base nas receitas auferidas pela empresa, as quais foram tributadas pelo Lucro Arbitrado

- (I) Omissão de Receita por Presunção Legal – Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada;
- (II) **Receitas da Atividade – Receita Bruta na Revenda de Mercadorias Da Manifestação de Inconformidade contra o ato que a excluiu do Simples Nacional**

*Cientificada em 04/05/2015 por via postal (AR de fls. 2659 e 2660) do 'Ato Declaratório Executivo N° 06/2015' de 09 de março de 2015 (fl. 1739), a pessoa jurídica excluída do Simples Nacional protocolou em 27/05/2015 a manifestação de inconformidade de fls. 2674 a 2695, assinada pelo representante legal; relatando os fatos ocorridos; citando vasta legislação, doutrina e jurisprudência; e protestando pela nulidade da exclusão com os argumentos resumidos a seguir:*

*A) os valores utilizados no período de 2010 a 2012, cujos fatos geradores ocorreram há mais de 05 (cinco) anos, seriam inservíveis para sustentar a exclusão da impugnante do regime de tributação do Simples Nacional, haja vista estarem caducos pela decadência quinquenal, ademais, porque simples depósitos bancários não são sinônimos de renda, ou seja, atípicos para configurar receita bruta;*

*B) reitera que depósitos bancários não seriam sinônimos de renda típicos para exigir tributo, não se prestando para serem utilizados como receita bruta auferida no período de 2010 a 2012”.*

## **DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE E DA IMPUGNAÇÃO**

Cientificada da exclusão do Simples Nacional e dos lançamentos, a contribuinte acostou MI (fls. 2674/2695) e impugnação (fls. 2701/2724) apontando, acerca do processo excludente que, a) os valores utilizados no período de 2010 a 2012, cujos fatos geradores ocorreram há mais de 05 (cinco) anos, seriam inservíveis para sustentar a exclusão da impugnante do regime de tributação do Simples Nacional, haja vista estarem caducos pela decadência quinquenal; e, b) que depósitos bancários não seriam sinônimos de renda típicos para exigir tributo, não se prestando para serem utilizados como receita bruta auferida no período de 2010 a 2012.

Sobre os lançamentos consignou, preliminarmente, a nulidade da constituição do crédito tributário, pois enquanto o ato de exclusão estiver protegido por recurso administrativo, a Receita Federal estaria impedida de efetuar lançamento de ofício para exigência de eventuais diferenças entre os valores recolhidos no Simples Nacional e os devidos pelo lucro real ou presumido e, que o lançamento de ofício datado de 04/05/2015, tendo como base de cálculo as movimentações bancárias realizadas durante o ano de 2010 a 2012 ofenderia a legislação, haja visto que todos dos fatos e acontecimentos ocorridos anteriormente à 04/05/2010 seriam inservíveis para sustentar imposições tributárias ou constituição de crédito tributário, cujo lançamento seria por homologação, incidindo, as disposições do art. 150, §4o do CTN.

Já no mérito; reitera que depósitos bancários não seriam elementos suficientes para exigir tributo, não se prestando, para serem utilizados como receita bruta auferida no período do ano-calendário 2010 a 2012.

Depois de citar doutrina e jurisprudência, finaliza requerendo a decretação da nulidade da exclusão do Simples Nacional consubstanciada no Ato Declaratório Executivo N° 06; o reconhecimento da preliminar suscitada de questão prejudicial externa, diante da ausência de definitividade do processo de exclusão do simples, decretando a nulidade do lançamento e o acolhimento da decadência sobre os fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2010 a 04/05/2010, extinguindo o crédito tributário.

## **DA DECISÃO RECORRIDA (fls. 2813/2825)**

Debruçando-se sobre os autos, a Turma de Julgamento, unanimemente, confirmou a exclusão do Simples Nacional e, por maioria, manteve integralmente os lançamentos, havendo discordâncias de dois julgadores no sentido de acatar a decadência suscitada, conforme razões de decidir abaixo reproduzidas:

**“Ato de Exclusão**

*A interessada se insurge contra o ‘Ato Declaratório Executivo N° 06/2015’ de 09 de março de 2015 (fl. 1739), expedido pelo Delegado Adjunto da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Maringá – PR, que a excluiu do Simples Nacional com efeitos retroativos a partir de 01/01/2010 com base no conteúdo da ‘Representação Fiscal para Exclusão de Ofício - Simples Nacional’ de fls. 1737/1738, formalizada pela autoridade que executou o procedimento fiscal realizado em desfavor da manifestante.*

*Requer na sua defesa o cancelamento da exclusão da empresa do Simples Nacional, sob os argumentos de que os valores utilizados no período de 2010 a 2012, cujos fatos geradores estariam viciados pela decadência e seriam inservíveis para sustentar a exclusão da impugnante do regime de tributação do Simples Nacional; e de que simples depósitos bancários seriam atípicos para configurar receita bruta.*

*Não merece acolhida a pretensão requerida.*

*Cumpra destacar inicialmente que a exclusão do Simples Nacional decorre das infrações à legislação de regência do Simples Nacional detectadas no âmbito do procedimento fiscal e apontadas na Representação Fiscal para Exclusão de Ofício – Simples Nacional.*

*A decadência, por outro lado, opera seus efeitos, tão somente, quanto à constituição do crédito tributário, matéria estranha ao procedimento de exclusão do Simples Nacional. Como estamos analisando neste voto as duas peças de defesa, a questão da decadência será tratada oportunamente na análise da Impugnação contra os Autos de Infração.*

*Com efeito, a redação do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 2006, que traz as hipóteses exclusão do Simples Nacional no caso de: (a) tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na própria lei; (b) houver falta de escrituração do livro-caixa ou esta escrituração não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor.*

*(...)*

*Conforme consta consignado no ‘Termo de Verificação da Ação Fiscal’, o Auditor Fiscal responsável pela ação apurou que a empresa elaborou escrituração contábil imprecisa, impedindo a identificação da sua movimentação financeira, inclusive bancária. A prática reiterada configurou-se com a ausência habitual da escrituração de disponibilidades financeiras bancárias, afastando a hipótese de erro escusável.*

*Assim, fruto dessas constatações que evidenciam as hipóteses de exclusão da interessada no Simples Nacional, tem-se como correto o ato da Administração Tributária que excluiu a empresa dessa sistemática de apuração de tributos a*

*partir de janeiro de 2010, mês em que incorridas as hipóteses de exclusão, conforme dispõe o parágrafo 1º, do artigo 29, da Lei Complementar nº 123 de 2006.*

*Rejeita-se, dessa forma, os pedidos apostos na Manifestação de Inconformidade contra a Exclusão do Simples Nacional.*

### **Do Lançamento de Ofício**

*Das preliminares*

*Da nulidade*

*Na impugnação apresentada contra o lançamento de ofício, a empresa autuada argui, em sede de preliminares pela nulidade do lançamento com o argumento de que não houve o julgamento definitivo da defesa apresentada contra o ato administrativo que a excluiu do Simples Nacional.*

*Não merece acolhida a nulidade suscitada.*

*Em matéria de processo administrativo fiscal só ocorrem nulidades caso se verifiquem as circunstâncias previstas no artigo 59, do Decreto nº 70.235, de 1972, que trata do processo administrativo fiscal (PAF)*

*(...)*

*Entretanto, em face dos argumentos apresentados na defesa, cumpre esclarecer que o lançamento realizado de ofício, qualquer que seja a forma de tributação, independe da confirmação da exclusão da empresa do Simples Nacional.*

*No caso em tela não se verifica nenhuma das hipóteses que justificariam a nulidade do lançamento, sendo, portanto, válido.*

*Dessa forma, rejeita-se a preliminar de nulidade.*

*Da decadência*

*Em relação à preliminar de decadência argüida pela impugnante, a Autoridade Fiscal transcreveu o trecho do livro que apresenta as 5 regras jurídicas que regulam a decadência no Direito Tributário (fl. 1858):*

*(...)*

*Ocorre, todavia, que outra tese seria aplicável no caso concreto. Essa tese, também entende que o termo inicial da contagem do prazo decadencial ocorreu em 31/10/2013 nos termos do Art. 173, parágrafo único do CTN.*

*O fundamento desta tese, entretanto, encontra-se consubstanciado na (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória;*

*Segundo essa regra, em havendo dolo, o prazo de início de contagem para a decadência rege-se pelo Art. 173, parágrafo único, conforme previsão textual do Art. 150, §4º.*

*A lógica de aplicação dessa regra exige que durante a Fiscalização, a Autoridade Fiscal tenha detectado a ocorrência de Crime contra a Administração Tributária.*

*Os Crimes contra a Administração Tributária estão tipificados no Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal) e na Lei no.8.137 de dezembro de 1990:*

*(...)*

*Da análise conjunta desses dispositivos, depreende-se que somente haverá crime contra a ordem tributária se o agente realizar quaisquer das condutas descritas nos incisos do artigo 1º e 2º e desde que objetivem a supressão ou redução do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório.*

*Ocorre que para a existência de crime contra a ordem tributária, é imprescindível que haja um determinado fim de agir, o que vem a ser o elemento subjetivo do tipo. Esse determinado fim de agir caracteriza os crimes contra a ordem tributária como crimes dolosos, ou seja, exige a vontade e consciência para a prática do delito, vez que não há crime tributário culposos, por força de ausência de previsão legal.*

*Na espécie, tendo verificado indícios de crimes contra a ordem tributária, o Fiscal elaborou a Representação Fiscal para Fins Penais (fls. 03 a 20 do Processo 10950.721042/2015-97, atualmente apensado a este).*

*Em síntese, como haveria dolo pela tipificação do crime, a regência do início da contagem do prazo decadencial se daria pelo Art. 173, parágrafo único do CTN, isto é, a data da ciência da notificação ao sujeito passivo da primeira medida preparatória indispensável ao lançamento (31/10/2013).*

*Elementos fáticos*

*Qualquer que seja a tese aplicável no caso em tela, alguns elementos fáticos são relevantes para auxiliar a formação de convicção:*

*1 – Os extratos das 6 contas correntes em nome da fiscalizada totalizam 636 páginas deste processo (fls. 34 a 669) e as movimentações nelas identificadas não encontram guarida na contabilidade de folhas 1869 a 1904, ou seja, nos termos da Autoridade Fiscal “ausência total da escrituração da movimentação financeira no Livro Diário”;*

*2 – A Fiscalização requereu informações para explicar a movimentação financeira em 4 oportunidades, tendo, ao longo da Fiscalização prorrogado a pedido o prazo para entrega da documentação em, pelo menos, seis oportunidades;*

*3 – O volume de recursos omitidos da tributação ao longo dos três anos fiscalizados montam R\$ 67.340.667,13. Nesse período a interessada ofereceu a tributação R\$ 7.792.958,65, ou seja, uma vez considerado correto o arbitramento da Receita Bruta pela Autoridade Fiscal, significa que a*

*impugnante omitiu perto de 90% da Receita Bruta Total apurada (R\$ 75.133.625,78).*

#### *Convicção do relator*

*Nos termos do Art. 29 do Decreto 70.235/72 (PAF), “Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias”.*

*Ou seja, diante do conjunto probatório oferecido neste processo e em seu apenso (10950.721042/2015-97), em especial os fatos destacados acima, este relator, entende que se trata de caso em que os elementos objetivos afastam de plano a tese de decadência apresentada pela contribuinte, ou por outra forma, neste caso não se aplicaria a decadência conforme o Art. 150 §4º do CTN.*

*Nesse diapasão, as demais teses aplicáveis ao caso concreto, deslocariam a data de início da contagem da decadência para 31/10/2013 conforme o Art. 173, parágrafo único do CTN, o que inviabilizaria a pretensão da impugnante.*

*Sendo assim, o lançamento do crédito tributário seria íntegro e válido não sendo possível descaracterizar qualquer parte dele por decadência.*

*Rejeita-se, dessa forma, a preliminar de decadência.*

*Por conseguinte, rejeitam-se todas as preliminares suscitadas.*

#### **Do mérito**

*No caso em apreço, a fiscalização detectou que a impugnante infringira a legislação do Simples Nacional, o que é motivo de impedimento para permanecer nesse regime e a intimou em duas oportunidades a optar pela forma de tributação a ser utilizada para o período de 2010 a 2012 (fls. 1733 e 1735).*

*Na ausência de resposta quanto à forma de tributação a ser utilizada pela fiscalizada a autoridade fiscal procedeu ao lançamento de ofício com base no Lucro Arbitrado tomando o cuidado de excluir da base de cálculo os depósitos de origem comprovada.*

*Ademais, conforme consta do ‘Termo de Verificação da Ação Fiscal’ de fls. 1845 a 1866, esse arbitramento do lucro deu-se com base em extratos bancários pelo fato de a fiscalização verificar que não ocorrera a escrituração da movimentação financeira.*

*Neste ponto, é relevante frisar que a matéria tributária objeto da autuação se socorreu dos dados da movimentação bancária da contribuinte, haja visto que as exigências se fundam na presunção de omissão de receita com base em depósitos bancários de que trata o art. 42 da Lei nº. 9.430, de 1996, in verbis:*

*(...)*

*Em suma, no que pertine à matéria contestada, as bases de cálculo da imposição fiscal foram determinadas a partir da receita bruta coligida de*

*prova produzida pela própria impugnante, consubstanciada no conteúdo dos extratos bancários, sendo relevante ressaltar também que não houve no caso concreto a construção de qualquer presunção que comprometa a certeza e a liquidez do crédito tributário exigido.*

*Pois bem, diante da falta de apresentação dos livros e documentos da escrituração da impugnante que identificassem a movimentação financeira, o arbitramento se deu dentro dos limites da legislação de regência da matéria, sendo, portanto, legítimo.*

*Como consequência do exposto, rejeita-se o argumento de mérito.*

### **Conclusão**

*Assim, a luz do que foi apresentado, voto no sentido de que:*

*- seja julgada **improcedente** a manifestação de inconformidade apresentada em face da exclusão de empresa do Simples Nacional pelo 'Ato Declaratório Executivo N° 06/2015' de 09 de março de 2015, ratificando a decisão da Delegacia de jurisdição da contribuinte; e*

*- seja julgada **improcedente** a impugnação apresentada em face do lançamento de ofício, mantendo-se as exigências da autuação fiscal a título de IRPJ, de CSLL, de PIS/PASEP e de COFINS, mais acréscimos correspondentes”.*

A decisão recorrida está assim ementada:

#### **ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

**Ano-calendário: 2010, 2011, 2012**

#### **NULIDADE. PRESSUPOSTOS.**

*Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa*

#### **EXCLUSÃO DE OFÍCIO. OCORRÊNCIA. SUBSUNÇÃO ÀS NORMAS.**

*Detectado, no decorrer a ação fiscal, que a fiscalizada incorreu em hipótese impeditiva de permanência no Simples Nacional, perfeito o procedimento da autoridade tributária em excluir a contribuinte do Simples Nacional*

#### **EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. CONFIRMAÇÃO. POSSIBILIDADE LANÇAMENTO DE OFÍCIO DOS TRIBUTOS POR OUTRA FORMA DE TRIBUTAÇÃO. INDEPENDÊNCIA.**

*Independente da confirmação do ato de exclusão da empresa do Simples Nacional para que se proceda de ofício o lançamento dos tributos devidos, seja por qualquer outra forma de tributação.*

#### **PROCEDIMENTO FISCAL. LEGITIMIDADE.**

*É legítimo o procedimento fiscal que, após proceder a inúmeras intimações ao contribuinte e a promover diversos cruzamentos de informações, identificou receitas omitidas e corretamente apurou o imposto devido.*

---

***PRESUNÇÃO LEGAL. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITA OU DE RENDIMENTOS.***

*Conforme disposição legal, caracteriza-se como uma omissão de receitas ou de rendimentos sujeito a lançamento de ofício os depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.*

***RECEITA CONHECIDA. MEIO DE PROVA.***

*Os extratos bancários fornecidos pelo sujeito passivo constituem meio de prova direta hábil para conhecimento da receita bruta auferida pelo contribuinte.*

***LUCRO ARBITRADO.***

*Cabível o arbitramento do lucro do contribuinte quando este não apresenta ao Fisco os livros e documentos de sua escrituração contábil e fiscal*

***CSLL. PIS. COFINS. LANÇAMENTOS DECORRENTES.***

*Aplica-se ao lançamento das contribuições, quando decorrente do mesmo fato, o decidido em relação à exigência principal (IRPJ).*

*Manifestação de Inconformidade Improcedente  
Sem Crédito em Litígio*

*Impugnação Improcedente  
Crédito Tributário Mantido*

**DO RECURSO VOLUNTÁRIO (fls. 2835/2851)**

Cientificada do R. *decisum* (fls. 2833), a contribuinte interpôs recurso voluntário contestando a decisão recorrida e no mérito repeliu a exclusão do Simples Nacional e os lançamentos havidos, repisando os argumentos já expendidos na impugnação inaugural.

É o relatório do essencial, em apertada síntese.

## Voto

Conselheiro Paulo Mateus Ciccone - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo, a recorrente está corretamente representada (fls. 2735/2736) e os demais pressupostos exigidos para admissibilidade foram atendidos, de modo que o recebo e dele conheço.

Preliminarmente, afasto as alegações de nulidade dos lançamentos e cerceamento de defesa, no primeiro caso porque não se verificam nos autos quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, *verbis*:

*“Art. 59. São nulos;  
I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;  
II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”*

Igualmente foram atendidos os preceitos do artigo 10 do PAF<sup>2</sup> (Decreto nº 70.235, de 1972), ratificando a inexistência da nulidade pretendida, pelo que se indefere o pleito.

Sobre o segundo ponto, cerceamento de defesa, basta uma vista d'olhos dos autos para se verificar que a recorrente teve todas as oportunidades possíveis para contrapor seus argumentos ao trabalho fiscal, desde o período investigativo e de auditoria, passando pela defesa em 1º Piso e depois junto a este Colegiado de 2º Grau, juntando os documentos e aduzindo os argumentos que entendeu lhe aproveitar, pelo que, por óbvio, inexistiu a decantada barreira processual.

Pedido de cerceamento de defesa inconsistente, por isso negado.

Sobre as acusações, há dois pontos principais a analisar: i) a exclusão da empresa do Simples Nacional; e, ii) os lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

---

<sup>2</sup> Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

- I - a qualificação do autuado;
- II - o local, a data e a hora da lavratura;
- III - a descrição do fato;
- IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;
- V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;
- VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

**Quanto ao primeiro**, afastos os argumentos da recorrente de que a exclusão do Simples Nacional teria sido indevida.

Na verdade, como bem pontuado pela decisão *a quo* a exclusão teve como fundamento a prática reiterada de irregularidade pela recorrente, infringindo o artigo 29, da LC nº 123/2006, *verbis*:

*LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE  
2006*

*Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando: (...)*

*V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar; (...)*

*VIII - houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária; (...)*

*§1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes. (...) (sublinhados acrescidos)*

A “prática reiterada” restou caracterizada pela impossibilidade da identificação de sua movimentação financeira e pela ausência da escrituração de disponibilidades financeiras bancárias com habitualidade.

Ou seja, a exclusão do Simples Nacional é decorrente do cometimento de infrações à legislação de regência detectadas no âmbito do procedimento fiscal e apontadas na Representação Fiscal para Exclusão de Ofício – Simples Nacional.

E esse quadro se mostrou absolutamente configurado diante da confirmação de que não estaria ocorrendo a escrituração da movimentação financeira, isto é, a manutenção das contas bancárias estaria à margem da contabilidade registrada nos Livros Diário números 09, 10 e 11.

Por isso, determinou-se a Exclusão do Simples Nacional pelo Ato Declaratório Executivo nº 06/2015, de 09/03/2015 (fls. 1739), em atendimento à Representação Fiscal para Exclusão de Ofício – Simples Nacional de (fls. 1737/1738):

<p>MINISTÉRIO DA FAZENDA          Secretaria da Receita Federal do Brasil          Delegacia da Receita Federal do Brasil em Maringá-PR</p> <p>ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 06/2015 DE 09 DE MARÇO DE 2015</p> <p>Declara excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional - a pessoa jurídica que menciona.</p> <p><b>O DELEGADO-ADJUNTO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM MARINGÁ/PR</b>, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 203, de 14 de maio de 2012, publicada no Diário Oficial da União - DOU de 17 de maio de 2012, e tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e na Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, declara:</p> <p>A empresa <b>OSSOLÍDER MOINHO E COMÉRCIO DE FARINHA DE CARNE-ETRELI EPP</b>, CNPJ nº 05.047.577/0001-72, fica <b>EXCLUÍDA</b> do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional - por se apresentar em situações excludentes previstas na Lei Complementar nº 123, de 14 de Dezembro de 2006, em seu artigo 29 e incisos V e VIII, conforme Representação Fiscal nº 10950-720.874/2015-96.</p> <p>A exclusão surtirá efeito a partir de <b>01/01/2010</b>, conforme artigo 29, § 1º da Lei Complementar nº 123 de 14 de Dezembro de 2006 e artigo 76, inciso VI, alíneas 'd' e 'g' da Resolução nº 94 do Comitê Gestor do Simples Nacional de 29 de novembro de 2011.</p> <p>Poderá o contribuinte, dentro do prazo de trinta dias contados a partir do recebimento deste Termo, impugnar a presente exclusão, por escrito, nos termos do Decreto nº 70.235, de 7 de março de 1972 e suas alterações posteriores, ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba ou em suas unidades, assegurados, assim, o contraditório e a ampla defesa.</p> <p>Não havendo manifestação neste prazo, a exclusão do SIMPLES NACIONAL tomar-se-á definitiva.</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Quanto ao mérito da exclusão, os fatos narrados no TVF mostram a correção do procedimento fiscal e a planilha demonstrativa com os montantes declarados e omitidos é contundente (fls. 1863), mostrando que nos anos-calendário de 2010, 2011 e 2012, para uma receita total de R\$ 75,1 milhões, foi **omitido** o montante de R\$ 67, 3 milhões, ou seja, quase 90%.

Portanto, medida – ainda que possa ser tida pela recorrente como extrema – mais que acertada.

Sobre a pretensão da recorrente de que somente depois de decidida e confirmada a exclusão do Simples Nacional é que se poderiam perpetrar os lançamentos presentes nestes autos nenhuma razão.

Primeiro porque há o julgamento simultâneo do ato excludente e dos referidos lançamentos, motivo pelo qual, se determinado o cancelamento do ADE, automaticamente as infrações não subsistirão. De outro lado, se estas foram tidas como indevidas, ou seja, entender-se que os lançamentos não têm suporte, nenhum prejuízo haverá à recorrente.

Em suma, os dois procedimentos serão (com estão sendo) julgados em conjunto e a decisão que se lhes der aproveitará a um ou outro caso.

Diante dos fatos estampados, mantenho a decisão recorrida e ratifico o ADE de exclusão.

Destaco, por fim, que, a teor do artigo 1º, da IN (RFB) nº 666, devem ser “objeto de um único processo administrativo: (...) III - as exigências de crédito tributário relativo a infrações apuradas no Simples que tiverem dado origem à exclusão do sujeito passivo dessa forma de pagamento simplificada, a exclusão do Simples e o lançamento de ofício de crédito tributário dela decorrente”, como se verifica neste processo. Portanto, nenhum reparo ao trabalho fiscal neste aspecto.

Passo ao segundo tópico sob análise, cuidando aos autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, estes no regime do Lucro Arbitrado, em face da exclusão havida.

Antes, destaco ter sido suscitada preliminar de decadência. Em razão de se confundir com o mérito, com ele será tratada.

Os lançamentos têm duas infrações:

**a) omissão de receitas – depósitos bancários de origem não comprovada – artigo 42, da Lei nº 9.430/1996; e,**

**b) receitas declaradas pelo Simples Nacional e submetidas, de ofício, ao regime do Lucro Arbitrado.**

Não houve qualificação da multa e os valores estão assim resumidos (fls. 1866):

Processo	Documento	Tributo	Crédito Tributário
10950-720.874/2015-96	Auto de Infração	IRPJ	R\$ 3.493.163,48
10950-720.874/2015-96	Auto de Infração	CSLL	R\$ 1.598.106,19
10950-720.874/2015-96	Auto de Infração	COFINS	R\$ 4.440.525,15
10950-720.874/2015-96	Auto de Infração	PIS/PASEP	R\$ 966.762,56
<b>Total do Crédito Tributário</b>			<b>R\$ 10.498.557,38</b>

Em relação à primeira infração, a norma violada foi o artigo 42, da Lei nº 9.430/1996, *verbis*:

*Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento 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 nessas operações.*

Embora na impugnação de 1º Grau e no RV agora apreciado a recorrente tenha focado o tema “omissão de receitas” e “depósitos bancários de origem não comprovada”, sua dissertação limitou-se a aspectos teóricos e sobre possíveis inconstitucionalidades, omitindo-se por completo acerca das provas de que deveria se munir e apresentar para justificar a **origem** dos recursos que permitiram canalizar às suas contas bancárias os vultosos valores que o Fisco detectou. Diria mais, não só vultosos como absurdamente desproporcionais em relação aos valores escriturados.

A planilha elaborada pelo Fisco, já com todas as exclusões que o artigo 42, da Lei n 9.430/1996, impõe, mostra o quadro (fls. 1863):

Processo nº 10950.720874/2015-96  
Acórdão nº 1402-002.998

S1-C4T2  
Fl. 2.871

OSSOLIDER MOINHO E COMERCIO DE FARINHA DE CARNE - EIRELI - EPP CNPJ: 05.047.577/0001-72

**Demonstrativo de Apuração da Receita Bruta Conhecida**

DESCRIÇÃO	Janeiro	Fevereiro	Março	Abril	Maió	Junho	Julho	Agosto	Setembro	Outubro	Novembro	Dezembro	Totais
<b>ANO CALENDÁRIO DE 2010</b>													
Banco do Brasil	532.092,75	542.340,46	398.532,45	1.960,40	94.280,85	299.824,30	198.981,95	143.286,53	551.392,31	645.193,02	369.135,59	678.498,22	4.455.518,83
Bradesco	6.348,40	24.050,40	27.181,00	253.235,00	1.508,80	2.466,00	2.974,87	68.744,52	96.885,33	68.218,85	659.438,91	1.081.631,73	2.292.686,81
HSBC	100.869,26	114.306,59	152.723,70	198.485,43	99.682,93	120.136,69	125.598,21	158.255,83	185.132,92	192.754,30	125.894,69	21.116,19	1.594.956,74
Itaú Unibanco	61.904,40	262.214,14	0,00	84.101,50	0,00	0,00	0,00	237.304,06	136.875,43	504.095,56	481.952,29	764.738,88	2.533.186,26
Safra	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	100.332,00	42.574,00	56.745,00	0,00	0,00	343.947,99
Santander	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	94.797,00	49.216,00	0,00	54.864,00	198.877,00
créditos omitidos	568.201,21	831.806,69	465.424,05	411.372,78	79.683,98	268.142,39	147.742,98	558.678,24	938.019,49	1.329.981,43	1.421.782,68	2.424.290,16	9.445.126,08
receita bruta declarada	133.013,60	111.104,90	113.013,10	126.409,55	115.788,60	154.286,60	179.812,05	149.244,70	169.637,50	186.241,30	214.638,80	320.855,85	1.974.046,55
<b>TOTAL</b>	<b>701.214,81</b>	<b>942.911,59</b>	<b>578.437,15</b>	<b>537.782,33</b>	<b>195.472,58</b>	<b>422.428,99</b>	<b>327.555,03</b>	<b>707.922,94</b>	<b>1.107.856,99</b>	<b>1.516.222,73</b>	<b>1.636.421,48</b>	<b>2.745.146,01</b>	<b>11.419.172,63</b>
<b>ANO CALENDÁRIO DE 2011</b>													
Banco do Brasil	741.835,24	339.978,91	575.213,24	675.504,76	975.959,01	1.055.993,55	1.065.338,08	1.096.462,03	905.970,80	1.240.135,28	1.134.155,31	803.327,68	10.609.873,89
Bradesco	1.914.182,39	1.201.364,44	1.021.017,48	879.620,19	959.372,76	667.763,87	1.098.964,79	1.129.685,78	836.197,74	792.582,37	1.016.718,26	466.775,63	11.984.245,70
HSBC	9.552,00	20.215,10	33.968,83	67.235,00	99.210,81	99.040,80	50.812,49	84.051,68	10.840,23	52.401,33	77.383,18	49.575,12	654.284,57
Itaú Unibanco	1.150.483,29	1.258.168,62	1.146.140,52	848.376,64	1.088.189,80	1.041.465,97	452.983,81	678.948,58	1.188.591,65	821.709,00	940.660,50	937.205,00	11.552.923,38
Safra	0,00	0,00	0,00	222.046,00	3.000,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	225.046,00
Santander	0,00	0,00	67.252,00	0,00	9.100,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	76.352,00
créditos omitidos	3.573.755,32	2.564.554,37	2.623.742,97	2.468.830,49	2.924.642,98	2.745.897,74	2.453.350,47	2.813.971,22	2.760.094,12	2.669.551,48	2.932.171,25	2.003.785,03	32.534.347,44
receita bruta declarada	242.297,60	255.170,70	219.849,10	223.952,10	210.189,40	118.366,45	214.748,70	175.176,85	181.506,30	237.276,50	236.746,00	253.098,40	2.568.378,10
<b>TOTAL</b>	<b>3.816.052,92</b>	<b>2.819.725,07</b>	<b>2.843.592,07</b>	<b>2.692.782,59</b>	<b>3.134.832,38</b>	<b>2.864.264,19</b>	<b>2.668.099,17</b>	<b>2.989.148,07</b>	<b>2.941.600,42</b>	<b>2.906.827,96</b>	<b>3.168.917,25</b>	<b>2.256.883,43</b>	<b>35.102.725,54</b>
<b>ANO CALENDÁRIO DE 2012</b>													
Banco do Brasil	893.648,69	1.381.315,03	839.911,10	1.664.687,23	1.520.310,56	1.232.769,64	2.059.973,79	1.665.389,38	1.153.356,67	247.377,06	745.039,42	46.224,42	13.450.001,99
Bradesco	858.988,69	503.707,15	952.242,70	321.419,57	902.075,86	510.948,03	453.438,82	529.301,44	523.431,00	240.000,00	150.000,00	300.433,12	6.245.986,36
HSBC	0,00	56.821,88	87.199,18	96.197,23	72.139,30	49.277,39	90.626,75	286.056,13	73.410,83	98.793,12	105.933,53	90.980,97	1.107.236,31
Itaú Unibanco	1.207.843,86	499.174,01	490.720,00	503.721,00	1.098.121,53	513.351,70	1.441.523,99	711.523,48	727.633,95	614.889,41	0,00	0,00	7.808.502,93
créditos omitidos	2.709.163,54	2.184.578,97	2.103.300,38	2.310.608,63	3.275.320,95	2.043.885,16	3.821.170,55	2.913.720,83	2.200.155,15	928.032,29	717.554,95	153.702,21	25.361.193,61
receita bruta declarada	251.317,70	256.239,10	266.772,60	275.416,40	317.326,30	262.461,60	224.392,80	278.549,60	277.676,30	273.027,30	283.418,00	283.936,30	3.250.534,00
<b>TOTAL</b>	<b>2.960.481,24</b>	<b>2.440.818,07</b>	<b>2.370.072,98</b>	<b>2.586.025,03</b>	<b>3.592.647,25</b>	<b>2.306.346,76</b>	<b>4.045.563,35</b>	<b>3.192.270,43</b>	<b>2.477.831,45</b>	<b>1.201.059,59</b>	<b>1.000.972,95</b>	<b>437.638,51</b>	<b>28.611.727,61</b>

Melhor visualizando:

Ano-calendário	Créditos Bancários (art. 42)	Receita Bruta Declarada	Receita Total
2010	9.445.126,08	1.974.046,55	11.419.172,63
2011	32.534.347,44	2.568.378,10	35.102.725,54
2012	25.361.193,61	3.250.534,00	28.611.727,61
<b>TOTAIS</b>	<b>67.340.667,13</b>	<b>7.792.958,65</b>	<b>75.133.625,78</b>

Uma estarrecedora fotografia que mostra que, para cada 10 reais de receitas, 9 reais, ou seja, 90% foram mantidos à margem da escrituração e consequentemente da tributação.

Nessa linha, o trabalho fiscal restou incólume e deve ser mantido, posto que a contribuinte não conseguiu afastar as acusações, embora fosse intimada de forma detalhada dos valores apontados.

Em suma, aquilo que a Lei nº 9.430/1996, por seu artigo 42, impõe, ou seja, que a pessoa física ou jurídica, regularmente intimada, comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nas operações mantidas junto a instituições financeiras, não se fez presente, fortalecendo a presunção adotada pela Autoridade Fiscal.

Ademais, como não se admite prejuízo à incidência tributária pela impossibilidade de se produzir a prova direta da infração, a presunção de omissão de receita construída a partir de tal indício é suficiente para a exigência, até porque lastreada legalmente.

Mais ainda, não se perca o entendimento de que a chamada prova indiciária é pacificamente admitida em nosso direito como ferramenta necessária para apurar eventos que não se mostram explícitos, como já decidido pelo CARF:

*Primeira Turma/Quarta Câmara/Primeira Seção de Julgamento Data da Sessão 25/01/2011 Relator(a) ANTONIO BEZERRA NETO Nº Acórdão 1401-000.405*

*ASSUNTO: PROVA INDICIÁRIA*

*A prova indiciária é meio idôneo admitido em Direito, quando a sua formação está apoiada em uma concatenação lógica de*

*fatos, que se constituem em indícios precisos, “econômicos” e convergentes.*

Cumpra ao Fisco, em tais circunstâncias, tão só provar o indício, como, de fato, foi feito. A relação de causalidade, entre ele e a infração imputada, é estabelecida pela própria lei, o que torna lícita a inversão do ônus da prova e a conseqüente exigência atribuída ao contribuinte de demonstrar que tais valores não são provenientes de receitas omitidas, mantidas à margem da escrituração regular ou em poder dos sócios.

A prova contrária à presunção legal, como dito, não foi fornecida pela autuada, como já enfatizado anteriormente.

Assim, concretizada a hipótese abstrata prevista na lei, o Fisco pode lançar mão da figura da presunção legal, como no caso em análise, quando se presume a ocorrência de omissão de receitas se o fiscalizado, devidamente intimado, não consegue comprovar, com documentos hábeis e idôneos, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Nesse cenário, não restando elidida a presunção pela recorrente, consolida-se a omissão de receita, na forma do artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996.

Todavia, há necessidade de definir se a manutenção será integral ou parcial, dependendo do acatamento ou não da tese de decadência aventada pela recorrente, tema que se verá adiante.

De outro lado, para que não se possa pretender alegar eventual omissão neste acórdão, registre-se que discussão acerca da possibilidade de o Fisco poder ou não acessar as contas bancárias dos contribuintes restou pacificada após a decisão do STF exarada no RE nº 601.314 – SP, de 24/02/2016, assim ementada:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 225 da repercussão geral, em conhecer do recurso e a este negar provimento, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello.

Por maioria, o Tribunal fixou, quanto ao item “a” do tema em questão, a seguinte tese: **“O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”**; e, quanto ao item “b”, a tese: **“A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, § 1º, do CTN”**, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso

de Mello. Brasília, 24 de fevereiro de 2016. Ministro  
EDSON FACHIN Relator.

Quanto à segunda infração, tratando-se de receitas declaradas pela própria recorrente os lançamentos são incontroversos, devendo-se - como corretamente feito pelo Fisco – submetê-los ao regime de tributação assumido (Lucro Arbitrado) em face da exclusão do Simples Nacional, naturalmente com o aproveitamento dos valores já tributados (o que igualmente foi realizado pela Fiscalização).

Desse modo, sem maiores delongas, mantenho os lançamentos.

## DO ARBITRAMENTO

Como extensamente relatado no TVF e nos autos de infração, a escrituração da recorrente “é imprestável para determinação do Lucro Real em virtude ausência total da escrituração da movimentação financeira bancária”.

Com isso, a submissão ao artigo 530, III, do RIR/1999 é imperiosa:

*Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando ([Lei nº 8.981, de 1995, art. 47](#), e [Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º](#)):*

*(...)*

*III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do [art. 527](#).*

E a base de cálculo encontra definição no artigo 531:

*Art. 531. Quando conhecida a receita bruta ([art. 279](#) e [parágrafo único](#)) e desde que ocorridas as hipóteses do artigo anterior, o contribuinte poderá efetuar o pagamento do imposto correspondente com base no lucro arbitrado, observadas as seguintes regras ([Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, §§ 1º e 2º](#), e [Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º](#)):*

Conhecida a receita bruta (fls. 1863), o Fisco perpetrou os lançamentos pelo regime do Lucro Arbitrado, não sem antes deduzir os valores recolhidos pelo regime do Simples Nacional.

Por fim, esclareça-se, o arbitramento não é uma penalidade, e sim a única consequência possível a uma situação consumada, que é a não-apresentação, para exame, dos necessários livros contábeis e fiscais para validar a autenticidade das informações prestadas ao Fisco. **O arbitramento é simplesmente um critério adotado para o cálculo do lucro.**

Nesse sentido, perfila a jurisprudência administrativa da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CARF – órgão colegiado administrativo de julgamento em instância definitiva:

**“ARBITRAMENTO NÃO É PENALIDADE – O arbitramento não possui caráter de penalidade; é simples meio de apuração do lucro” (Ac. CSRF/01-0.123/81).**

## DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Sustenta a recorrente (RV – fls. 2841 e 2844):

**B)- DECADÊNCIA QUINQUENAL - ART. 150, § 4º. DO CTN.**

**PERDA DO DIREITO MATERIAL – EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - art. 156, V DO CTN.**

7- Tendo o débito sido constituído em 04.05.2015, (mediante lançamento de ofício), os fatos geradores ocorridos durante o período de 01.01.2010 à 04.05.2010 estão irremediavelmente submersos pela DECADÊNCIA, a teor do art. 150, 4º. do CTN.

9.2- Forçoso concluir de todo exposto que, a r. decisão de 1ª. instância deve ser integralmente reformada, no sentido de reconhecer a decadência sobre os créditos tributários constituídos sobre os fatos geradores corridos no período compreendido entre: 01.01.2010 à 4.05.2010, com arrimo no art. 150, § 4º. do CTN.

Pois bem, que os lançamentos tratados são por “homologação” não restam dúvidas. Induvidoso também que, nesse contexto, deve ser observada a decisão do STJ, em Recurso Repetitivo, em decisão prolatada no Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), relatado pelo Ministro Luiz Fux, assim ementada:

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*

Igualmente:

TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA – DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO – LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO (ART. 150 § 4º E 173 DO CTN).

Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da

ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). **Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.** Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. Recurso especial improvido. (REsp 816558/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2006, DJ 25/05/2006 p. 218)

Consequentemente, não havendo *animus* doloso nos atos do contribuinte e tendo ocorrido pagamentos antecipados, a regra do artigo 150, § 4º, do CTN se confirma; caso contrário, a contagem do prazo de decadência segue o rito do artigo 173, I, do mesmo diploma.

Pois bem, que há pagamentos antecipados não restam dúvidas, tanto que o próprio autuante, quando da consecução dos lançamentos, os deduziu da imputação, como relatado no TVF (fls. 1853):

*“Quanto à outra infração, “RECEITA BRUTA NA VENDA DE PRODUTOS DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA” com código 0221.0305, a receita bruta declarada indevidamente no Simples Nacional é base para esta incidência tributária observando-se na discriminação dos valores calculados nos Documentos e Arrecadação do Simples Nacional os recolhimentos ocorridos durante o exercício desta opção, com períodos de apuração nos anos de 2010, 2011 e 2012, que são aproveitados como deduções de valores devidos para cada espécie tributária: IRPJ, CSLL, Pis e Cofins neste PAF e Contribuição Previdenciária Patronal e no de nº 10950.721.001/2015-09 com orientações do artigo 74, § 12º, inciso II, alínea 'a' da Lei nº 9.430 e 'caput' do artigo 41 e artigo 59 da Instrução Normativa RFB nº 1.300 de 20 de novembro de 2012. As infrações de falta de recolhimento de tributo são originadas para a apuração reflexa”.* (destacou-se).

Resta ver se houve espírito doloso no procedimento da recorrente.

No TVF, há menção lacônica sobre o fato (fls. 1857):

*“Este lançamento obedece ao prazo decadencial estipulado pelo artigo 173, parágrafo único, da Lei nº 5.172 - CTN, segundo o qual o termo inicial do prazo decadencial flui da ciência pelo contribuinte ao Termo de Início do Procedimento Fiscal, ocorrida em 31 de outubro de 2013. Nesse sentido manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça - STJ no julgamento do recurso especial REsp nº 1.143.534-PR, julgado em 19 de agosto de 2010, expressamente mencionado como precedente o REsp nº 766.050/PR, sendo este julgado em 2008”.*

Na decisão recorrida, o tema foi mais analisado, tendo o Relator declinado (fls. 2823/2824):

*“Qualquer que seja a tese aplicável no caso em tela, alguns elementos fáticos são relevantes para auxiliar a formação de convicção:*

1 – Os extratos das 6 contas correntes em nome da fiscalizada totalizam 636 páginas deste processo (fls. 34 a 669) e as movimentações nelas identificadas não encontram guarida na contabilidade de folhas 1869 a 1904, ou seja, nos termos da Autoridade Fiscal “ausência total da escrituração da movimentação financeira no Livro Diário”;

2 – A Fiscalização requereu informações para explicar a movimentação financeira em 4 oportunidades, tendo, ao longo da Fiscalização prorrogado a pedido o prazo para entrega da documentação em, pelo menos, seis oportunidades;

3 – O volume de recursos omitidos da tributação ao longo dos três anos fiscalizados montam R\$ 67.340.667,13. Nesse período a interessada ofereceu a tributação R\$ 7.792.958,65, ou seja, uma vez considerado correto o arbitramento da Receita Bruta pela Autoridade Fiscal, significa que a impugnante omitiu perto de 90% da Receita Bruta Total apurada (R\$ 75.133.625,78).

#### *Convicção do relator*

*Nos termos do Art. 29 do Decreto 70.235/72 (PAF), “Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias”.*

*Ou seja, diante do conjunto probatório oferecido neste processo e em seu apenso (10950.721042/2015-97), em especial os fatos destacados acima, este relator, entende que se trata de caso em que os elementos objetivos afastam de plano a tese de decadência apresentada pela contribuinte, ou por outra forma, neste caso não se aplicaria a decadência conforme o Art. 150 §4º do CTN.*

*Nesse diapasão, as demais teses aplicáveis ao caso concreto, deslocariam a data de início da contagem da decadência para 31/10/2013 conforme o Art. 173, parágrafo único do CTN, o que inviabilizaria a pretensão da impugnante.*

*Sendo assim, o lançamento do crédito tributário seria íntegro e válido não sendo possível descaracterizar qualquer parte dele por decadência”.*

Inicialmente, destaco que a decisão prolatada na DRJ em relação à decadência foi por maioria, ou seja, houve divergência de dois julgadores que acatavam a preliminar da decadência dos fatos geradores ocorridos entre 1º/01/2010 e 04/05/2010.

Como não há declaração de voto, impossível saber os motivos que levaram à divergência. Provavelmente, porém, deve ter relação direta com a figura do dolo.

Feitas estas colocações, passo à minha análise do caso concreto e nessa linha, divirjo da decisão recorrida (e do entendimento fiscal).

Explico.

Induvidoso ter havido subtração de gigantesca receita da tributação, procedimento que se repetiu por três anos consecutivos e que levou, inclusive, à exclusão da recorrente do Simples Nacional.

Porém, SÓ o fato de o autuante ter entendido que houve dolo e por isso ter elaborado processo de Representação Fiscal para Fins Penais, MESMO QUE POSSA TER SUBSTÂNCIA para prosseguimento de eventual procedimento na esfera penal, só pode ser tomado neste círculo e não para fins de contagem do prazo decadencial.

Explico.

Nos lançamentos perpetrados o Fisco impôs multa de ofício de 75%, ou seja, a multa “normal”, NÃO HAVENDO QUALIFICAÇÃO, o que levaria, automaticamente, a se estar diante dos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502, de 1964 (cf. art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), *verbis*:

*§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis*

Dispositivos com a seguinte redação:

*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;*

*II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.*

*Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.*

*Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.*

Está-se, assim, diante de situação *sui generis*: o Fisco entende ter havido dolo, mas não qualifica a multa!

Em outro dizer, por via diversa, pugna que a decadência reger-se-ia pelo artigo 173, I, do CTN (que exige dolo) e – ao mesmo tempo – por via diversa entende que **não houve sonegação** (art. 71), **não houve fraude** (art. 72) e **não houve conluio** (art. 73), ainda que possa ter infringido o Código Penal e Lei nº 8.137/1990.

Nesse eito, independentemente do que vier a ocorrer com a Representação Fiscal para Fins Penais elaborada pelo Fisco, fato é que, para contagem do termo decadencial, a imputação dolosa, que permitiria o deslocamento do prazo para os ditames do artigo 173, I, do CTN, não me parece consistente.

Ademais, não se perca de vista o teor das Súmulas CARF nº 14 e 25:

*Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.*

*Súmula CARF nº 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.*

Mais a mais, no caso de depósitos bancários, há expressa determinação de que a qualificação da multa exige a utilização de interposta pessoa, o que não se viu no caso dos autos:

*Súmula CARF nº 34: Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas.*

Portanto, se a qualificação da multa não foi feita (por um motivo ou outro) certo que não houve a imputação dos crimes dolosos previstos nos artigos 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502, de 1964.

Não havendo acusação de **dolo, fraude ou simulação** (cf. Recurso Especial nº 973.733 - SC 2007/0176994-0), não há como deslocar a contagem decadencial para o ritmo do artigo 173, I, do CTN, impondo seja seguida a regra do artigo 150, § 4º, do CTN.

Em outras palavras, como enquadrar-se nos ditames da Súmula CARF nº 72, “**Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN**”, se o autuante, ao não qualificar a multa, enquadrando-a no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996, acabou por não fazer expressa imputação de dolo, fraude ou simulação?

Resumindo, ainda que eventual ação penal possa ter seguimento em razão da Representação Fiscal formulada, no âmbito da contagem decadencial a acusação que pudesse levar ao fluxo do artigo 173, I, do CTN não restou caracterizada.

Em outras palavras, a tipificação legal assumida deve estar em consonância com os fatos narrados, o que entendo não ter ocorrido.

Com isso, tendo os lançamentos sido científicos em 04/05/2015 (fls. 2661), RESTARAM DECAÍDOS os seguintes tributos, períodos e valores:

1. IRPJ
  - 1º Trimestre/2010 – R\$ 45.484,46
2. CSLL
  - 1º Trimestre/2010 – R\$ 24.003,68
3. PIS

---

➤ Janeiro/2010	-	R\$ 4.557,90
➤ Fevereiro/2010	-	R\$ 6.128,93
➤ Março/2010	-	R\$ 3.759,84
➤ Abril/2010	-	R\$ 3.027,88

#### 4. COFINS

➤ Janeiro/2010	-	R\$ 21.036,44
➤ Fevereiro/2010	-	R\$ 28.287,35
➤ Março/2010	-	R\$ 17.353,11
➤ Abril/2010	-	R\$ 14.161,49

Concluindo, encaminho meu voto para:

- i) AFASTAR as preliminares de nulidade e cerceamento de defesa;
- ii) NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário no que se refere à exclusão da recorrente do regime do Simples Nacional, mantendo a decisão recorrida;
- iii) DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recuso voluntário para reconhecer a decadência relativamente ao 1º Trimestre/2010 para o IRPJ e CSLL e meses de janeiro/2010, fevereiro/2010, março/2010 e abril/2010 para o PIS e a COFINS, conforme valores acima discriminados.

É como voto.

Brasília (DF), em 10 de abril de 2018.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone

Processo nº 10950.720874/2015-96  
Acórdão n.º **1402-002.998**

**S1-C4T2**  
Fl. 2.880

---