



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

Processo nº 10950.722904/2012-56
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1102-001.304 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de março de 2015
Matéria SIMPLES. EXCLUSÃO E LANÇAMENTOS DE OFÍCIO.
Recorrente DROGARIA SILVA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, situações inocorrentes no caso.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIACÃO.

As autoridades administrativas são incompetentes para apreciar arguições de inconstitucionalidade de lei regularmente editada, tarefa privativa do Poder Judiciário.

SIGILO BANCÁRIO. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

É lícito ao Fisco requisitar dados bancários, sem autorização judicial (art. 6º da Lei Complementar 105/2001).

DILIGÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE PRODUÇÃO DE PROVAS.

Estando os autos instruídos com os documentos necessários para embasar o convencimento do julgador, indefere-se o pedido para a realização de diligências. Diligências não se destinam a suprir deficiências na prova que incumbe à parte interessada produzir.

EXCLUSÃO DE REGIME SIMPLIFICADO. LAVRATURA CONCOMITANTE DE AUTO DE INFRAÇÃO.

A possibilidade de discussão administrativa de Ato Declaratório Executivo que exclui a empresa de regime de tributação simplificada não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão, nem caracteriza qualquer violação ao contraditório e ampla defesa a ciência simultânea do ato de exclusão e dos autos de infração decorrentes.

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

LIMITE DE RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Ultrapassado o limite legal da receita bruta estabelecido pela legislação do Simples, impõe-se a exclusão da empresa deste sistema de tributação incentivada, com efeitos a partir do ano-calendário subsequente àquele em que ocorreu o excesso de receita.

PESSOA JURÍDICA EXCLUÍDA DO SIMPLES. TRIBUTAÇÃO.

A pessoa jurídica excluída do Simples sujeitar-se-á, a partir do período em que ocorrerem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

LIMITE DE RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

Ultrapassado o limite legal da receita bruta estabelecido pela legislação para a opção pelo Simples Nacional, impõe-se a exclusão da empresa deste sistema de tributação incentivada, com efeitos retroativos à data da opção indevida.

PESSOA JURÍDICA EXCLUÍDA DO SIMPLES NACIONAL. TRIBUTAÇÃO.

A pessoa jurídica excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que ocorrerem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITAS.

Configuram omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nestas operações.

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

Sujeita-se ao arbitramento do lucro o contribuinte cuja escrituração revelar-se imprestável para identificar a real movimentação financeira e determinar o Lucro Real, e que, intimado, não manifestou opção pelo lucro presumido após sua exclusão do Simples Nacional.

DEDUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS/PASEP E COFINS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E CSLL.

Não há previsão legal para a dedução, das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL apuradas pelo arbitramento, dos valores das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as alegações de nulidade dos Atos Declaratórios Executivos que excluíram a empresa dos regimes do Simples e do Simples Nacional, bem como dos autos de infração decorrentes, indeferir o pedido de diligência, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé – Presidente e Relator.

Participaram do julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, Ricardo Marozzi Gregório, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Jackson Mitsui, João Carlos de Figueiredo Neto e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Relatório

Todas as indicações de folhas no presente relatório e voto a seguir dizem respeito à numeração digital do e-processo.

Trata-se de recurso voluntário interposto por DROGARIA SILVA LTDA contra acórdão proferido pela 2ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em Curitiba - PR, que concluiu pela procedência parcial da impugnação interposta.

O processo trata dos seguintes atos a serem analisados:

- a) manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo DRF/MGÁ nº 16, de 30/05/2012, que determinou a exclusão do contribuinte do Simples Federal, desde 01/01/2007 (fls. 2839);
- b) manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo DRF/MGÁ nº 17, de 30/05/2012, que determinou a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, desde 01/07/2007 (fls. 2840);
- c) impugnação aos autos de infração lavrados pela sistemática do Lucro Arbitrado, relativos aos fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009;

Os atos que excluíram a empresa do Simples Federal e do Simples Nacional foram expedidos em face da Representação Fiscal de fls. 2-11, na qual restou demonstrado que o contribuinte auferiu, nos anos-calendário de 2006, 2007, 2008 e 2009, receitas em montante muito superior aos limites para a permanência no regime simplificado, conforme quadro de fls.

7, considerando as receitas declaradas e o montante considerado omitido, relativo aos depósitos bancários de origem não comprovada.

Intimado a comprovar, por meio de documentos hábeis e idôneos, a origem dos recursos relativos aos valores creditados nas respectivas contas bancárias, o contribuinte alegou que grande parte desses créditos seriam oriundos do recebimento de contas de água, luz e telefone, visto que possui contratos celebrados com a Sanepar, Copel, e Brasil Telecom, bem como do recebimento de boletos de pagamento emitidos pelo Banco Bradesco, dentre outros serviços prestados àquele banco, também por conta de contrato firmado.

Sucederam-se diversas intimações, e, à vista dos elementos apresentados e verificações efetuadas, expurgou a fiscalização, dos créditos a serem comprovados, aqueles referentes à Sanepar.

De se observar que as receitas declaradas foram subtraídas dos montantes considerados como depósitos bancários não comprovados, para a determinação da receita considerada omitida.

Com relação ao ADE nº 16 (Simples Federal), centrou sua inconformidade na impossibilidade de serem conferidos efeitos retroativos ao ato de exclusão, o que fere diversos princípios constitucionais, e no desrespeito ao contraditório e ampla defesa, na medida em que só foi concedido o direito de recorrer do ato após este ter surtido seus efeitos. Requer a decretação da nulidade do ato, extensiva aos lançamentos dele decorrentes.

Com relação ao ADE nº 17 (Simples Nacional), além dos mesmos argumentos acima, acusa o ato de não apontar um enquadramento legal específico, e, assim, não permitir saber com exatidão o motivo da exclusão, o que caracteriza cerceamento do direito de defesa.

Com relação aos autos de infração, relata que entregou os livros fiscais requeridos; que, não estando de posse dos extratos bancários, só os obteve por intermédio da própria fiscalização; que deu as devidas explicações e esclarecimentos ao fisco e que apresentou cópias dos contratos com a Sanepar, Copel, Brasil Telecom, e Bradesco, mas que apesar de ter reiteradamente solicitado das referidas empresas que lhe fornecessem demonstrativos dos valores que recebeu, somente foi atendido pela Sanepar.

Reclama que, sem efetuar qualquer diligência junto à Sanepar, Copel e Brasil Telecom ou Bradesco, a fiscalização encerrou as investigações, emitiu os atos de exclusão do Simples Federal e do Simples Nacional, e lavrou os autos de infração.

Requer a nulidade dos autos de infração, ao argumento de que a empresa só poderia ser excluída do tratamento diferenciado a partir do exercício fiscal seguinte, preservando, assim, a segurança jurídica.

Afirma que o lançamento concomitante à exclusão evidencia inobservância do efeito suspensivo, o que acarreta nulidade dos autos; sustenta que a exclusão do contribuinte do Simples Federal e do Simples Nacional não é definitiva e não pode produzir efeitos, dado que contestada pelo interessado, e, conseqüentemente, não pode ensejar cobrança de eventuais diferenças em virtude da mudança no sistema de tributação.

Requer a nulidade dos autos de infração por falta de motivação e desrespeito à legalidade, posto que embasados em meros indícios, não tendo a autoridade fiscal se desincumbido de fazer prova dos fatos alegados; sustenta que a presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430/96 é inadequada, por não haver correlação direta e segura entre depósitos bancários e omissão de receitas.

Afirma que não houve individualização das movimentações bancárias, mas apenas exclusão dos débitos, sendo o relatório apresentado cópia integral de todos os créditos nas contas, ou seja, foi feita uma solicitação genérica de comprovação dos créditos, fugindo totalmente à exegese da Lei nº 9.430, de 1996.

Acusa de inadequados os atos de exclusão, repetindo os argumentos das manifestações de inconformidade.

Contesta o arbitramento, alegando que a fiscalização, ao considerar todo o montante da movimentação financeira na apuração do imposto, violou o dever de apurar a real receita bruta.

Protesta pela dedução do PIS e da COFINS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, e afirma não haver nos autos qualquer dispositivo a fundamentar o lançamento de Adicional do IR.

Requer diligência para a expedição de ofícios às empresas Copel, Brasil Telecom, e Bradesco, para que informem a respeito dos valores pertencentes a essas empresas que transitaram por suas contas bancárias.

Analisando a defesa apresentada, a DRJ julgou-a parcialmente procedente, proferindo o Acórdão nº 06-39. 928, cuja ementa encontra-se assim redigida:

Assunto: Normas de Administração Tributária

Data do fato gerador: 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007, 31/03/2008, 30/06/2008, 30/09/2008, 31/12/2008, 31/03/2009, 30/06/2009, 30/09/2009, 31/12/2009

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

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. EXCLUSÃO DO SIMPLES CONTESTADA. EFEITO SUSPENSIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

Descabida a alegação de que a contestação apresentada aos atos de exclusão do contribuinte da sistemática simplificada suspende seus efeitos até julgamento definitivo da exclusão, porque inexistente previsão legal para tanto; e a alegação de cerceamento de defesa por terem sido cientificados os atos de exclusão na mesma data em que os autos de infração, se ao contribuinte foi dado direito de se defender, o que exerceu, e a exigibilidade do crédito tributário lançado de ofício fica suspensa pela apresentação de impugnação; e a alegação de cerceamento de defesa por deficiente capitulação legal, se em ambos os atos de exclusão consta o motivo como excesso de receitas no ano anterior e as correspondentes capitulações legais.

DILIGÊNCIA. PRESCINDÍVEL.

Indefere-se o pedido de diligência, considerado prescindível, porque o contribuinte pretende transferir à autoridade administrativa o encargo de buscar provas de alegações que apresentou na impugnação, desacompanhadas de documentação.

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

Data do fato gerador: 01/01/2007

OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO. RETROATIVA, POSSIBILIDADE.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior, prevendo a legislação a exclusão retroativa, não se aplicando ao caso o princípio da irretroatividade, que veda a possibilidade de uma lei aplicar-se a fatos anteriores a sua publicação, pois a lei que deu base à exclusão já havia sido publicada em 1996.

EXCESSO DE RECEITAS. DATA DA EXCLUSÃO.

A exclusão de ofício, por falta de comunicação pelo contribuinte do excesso de receitas, é a partir do ano-calendário seguinte ao ano em que o excesso se deu.

Assunto: Simples Nacional

Data do fato gerador: 01/07/2007

OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO. RETROATIVA, POSSIBILIDADE.

A opção pela sistemática do Simples Nacional é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior, prevendo a legislação a exclusão retroativa, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, não se aplicando ao caso o princípio da irretroatividade, que veda a possibilidade de uma lei aplicar-se a fatos anteriores a sua publicação, pois a lei do Simples Nacional foi publicada em 2006.

EXCESSO DE RECEITAS. DATA DA EXCLUSÃO.

A exclusão de ofício, por falta de comunicação pelo contribuinte do excesso de receitas, é a partir do ano-calendário seguinte àquele em que o excesso ocorreu.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Data do fato gerador: 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007, 31/03/2008, 30/06/2008, 30/09/2008, 31/12/2008, 31/03/2009, 30/06/2009, 30/09/2009, 31/12/2009

LUCRO. ARBITRAMENTO. CONTABILIDADE. DEFICIÊNCIAS.

Cabe arbitrar o lucro da pessoa jurídica excluída do Simples e do Simples Nacional, que não recompôs a contabilidade a fim de incluir a movimentação bancária, apesar de intimada, nem manifestou opção pelo lucro presumido.

RECEITA BRUTA.

A receita bruta conhecida do contribuinte cuja contabilidade não abrange todas as suas operações pode ser apurada por meio de presunção legal.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL.

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, mediante intimação individualizando os valores, não comprovou mediante documentação hábil e idônea que fossem valores isentos, já oferecidos à tributação, não tributáveis ou tributados exclusivamente na fonte ou de outra origem justificada.

LANÇAMENTO COM BASE EM PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE.

O lançamento com base em presunção legal transfere o ônus da prova ao contribuinte em relação aos argumentos que tentem descaracterizar a movimentação bancária detectada.

SÚMULA 182 DO TFR. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM LANÇAMENTOS RELATIVOS A FATOS GERADORES OCORRIDOS SOB A ÉGIDE DE LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE.

A Súmula 182 do Tribunal Federal de Recursos, tendo sido editada antes do ano de 1988 e por reportar-se à legislação então vigente, não serve como parâmetro para decisões a serem proferidas em lançamentos fundados em lei editada após aquela data.

LUCRO ARBITRADO. NÃO DEDUÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES.

A dedutibilidade de tributos e contribuições na determinação do lucro real, não se aplica ao lucro arbitrado.

AUTO DE INFRAÇÃO. ADICIONAL DE IMPOSTO DE RENDA. BASE LEGAL.

A alíquota do imposto de renda das pessoas jurídicas é de quinze por cento e a parcela do lucro real, presumido ou arbitrado, que exceder o valor resultante da multiplicação de vinte mil reais pelo número de meses do respectivo período de apuração, sujeita-se à incidência de adicional de imposto de renda à alíquota de dez por cento, conforme capitulação legal constante do auto de infração.

RECOLHIMENTOS DE IMPOSTO E CONTRIBUIÇÕES. SIMPLES E SIMPLES NACIONAL.

Cabe excluir das exigências de ofício os valores de imposto e contribuições recolhidos, nas sistemáticas simplificadas, das quais o contribuinte foi excluído.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS e CSSL

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Em síntese, a DRJ rejeitou as alegações de nulidade, julgou improcedentes as manifestações de inconformidade contra os atos de exclusão, indeferiu o pedido de diligência,

e julgou procedente em parte a impugnação aos autos de infração, para deduzir, dos valores exigidos de ofício, os valores que o contribuinte recolheu nas sistemáticas simplificadas, conforme demonstrado na planilha de págs. 3077-3086, mantendo, de resto, as exigências efetuadas.

Cientificado desta decisão em 24.04.2013 (fls. 3124), e com ela inconformado, o contribuinte interpôs recurso voluntário em 24.05.2013, fls. 3125-3154, no qual, em síntese, reprisa os argumentos expostos na inicial, e acrescenta ainda o pleito de nulidade dos autos de infração por indevida quebra de seu sigilo bancário sem autorização judicial, observando que o CARF deve submeter-se, nos termos do artigo 62-A, do seu Regimento Interno, ao quanto decidido pelo STF a respeito desta matéria.

Na sessão de 7 de novembro de 2013, por meio da Resolução 1102-000.220, o julgamento do recurso foi sobrestado em razão do § 1º do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, e da discussão pelo STF a respeito da possibilidade da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Com a revogação do citado dispositivo regimental, o processo retorna à pauta de julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

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

Quebra do sigilo bancário

Conforme relatado, tendo em vista a revogação dos §§ 1º e 2º do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, a despeito de o STF não ter ainda proferido decisão definitiva no processo paradigma de repercussão geral (RE 601.314), no qual se discute a legalidade da quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, não há mais motivos para o sobrestamento do julgamento, que era um dos pleitos da recorrente, e que fora anteriormente acolhido por meio da Resolução 1102-000.220.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, a empresa foi intimada por diversas vezes a apresentar seus extratos bancários, tendo solicitado sucessivas prorrogações de prazo, sob a alegação de dificuldades na sua obtenção, as quais foram concedidas pela autoridade fiscal. Contudo, não tendo os mesmos sido apresentados, após as sucessivas prorrogações de prazo, foram os mesmos solicitados diretamente às instituições financeiras, por meio da expedição da competente Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF).

Alega a recorrente que somente com autorização judicial poderia o fisco ter obtido dados protegidos pelo sigilo bancário e utilizá-los para efetuar lançamentos. Não

havendo tal autorização, o lançamento seria nulo, por violação do seu direito constitucionalmente assegurado, nos termos de jurisprudência que cita.

Não lhe assiste razão.

Em primeiro lugar, cediço que falece competência ao julgador administrativo para apreciar alegações de inconstitucionalidade, tarefa esta privativa do Poder Judiciário.

A Lei Complementar 105/2001 expressamente revogou o art. 38, da Lei nº 4.595, de 1964, sobre o qual erigiu-se a jurisprudência anterior, no sentido de que somente por meio de autorização judicial poderia a administração tributária obter acesso às informações bancárias dos contribuintes, e estabeleceu os procedimentos administrativos concernentes à requisição, acesso e uso daquelas informações, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, independentemente de ordem judicial.

Não se verificando (e tampouco tendo a recorrente indicado haver) qualquer falha com relação ao procedimento descrito na referida lei complementar e legislação correlata, deve-se concluir pela regularidade da obtenção dos extratos bancários diretamente das instituições financeiras, sendo desprovida a autorização judicial para tanto.

A jurisprudência do CARF é uníssona a este respeito, conforme se verifica nos precedentes a seguir colacionados:

Acórdão 101-95.488, relatora Sandra Faroni, sessão de 27 de abril de 2006:

SIGILO BANCÁRIO. VIOLAÇÃO. É lícito ao Fisco requisitar dados bancários, sem autorização judicial (art. 6º da Lei Complementar 105/2001).

Acórdão 103-23.632, relator Antonio Bezerra Neto, sessão de 17 de dezembro de 2008:

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO VIA ADMINISTRATIVA - ACESSO ÀS INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL - É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº. 105, de 2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.

Acórdão 105-17.212, relator Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, sessão de 17 de setembro de 2008:

REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO FINANCEIRA - SIGILO BANCÁRIO E SIGILO FISCAL - Desatendidas as intimações e reintimações da fiscalização para apresentação dos extratos de movimentação bancário do contribuinte, podem esses ser diretamente requisitados à Instituição Financeira, sem que isto implique em

quebra de sigilo bancário, nos termos da Lei complementar nº. 105/2001. As informações albergadas pelo sigilo bancário objeto de fiscalização sujeitam-se, igualmente, ao sigilo fiscal.

Acórdão 108-09.692, relator Irineu Bianchi, sessão de 14 de agosto de 2008:

SIGILO BANCÁRIO - As informações bancárias obtidas regularmente e usadas reservadamente, no processo, pelos agentes do Fisco, não caracterizam violação do sigilo bancário.

Acórdão CSRF/04-00.456, relator Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, sessão de 13 de dezembro de 2006:

SIGILO BANCÁRIO - Os agentes do Fisco podem ter acesso a informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes sem que isso se constitua violação do sigilo bancário, eis que se trata de exceção expressamente prevista em lei.

Exclusão do Simples e do Simples Nacional

Aduz a recorrente, em síntese, a nulidade do ato que a excluiu deste regime, em razão: (i) da impossibilidade de serem conferidos efeitos retroativos ao ato de exclusão, o que fere diversos princípios constitucionais; (ii) no desrespeito ao contraditório e ampla defesa, na medida em que só foi concedido o direito de recorrer do ato após este ter surtido seus efeitos; (iii) falta de motivação do ato, em razão de estar apoiado em meros indícios e presunções e da falta de análise dos documentos apresentados; (iv) falta de apontamento de um enquadramento legal específico.

Não assiste razão à recorrente.

Os efeitos do ato de exclusão das empresas do regime simplificado estão expressamente previstos em lei.

No caso do Simples, considerando-se a situação identificada pelo fisco (receita bruta auferida superior ao limite para permanência no sistema), pelo art. 15 da Lei nº 9.317/1996, *verbis*:

“Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;”

E, no caso do Simples Nacional, considerando-se a situação identificada pelo fisco (receita bruta auferida no ano-calendário imediatamente anterior superior ao limite para ingresso no sistema), nos termos da Lei Complementar nº 123/2006 e legislação complementar, da qual se transcreve, em especial, o art. 6º da Resolução Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - CGSN nº 15 de 23.07.2007, *verbis*:

“Art. 6º A exclusão das ME e das EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

VII - a partir da data dos efeitos da opção pelo Simples Nacional, nas hipóteses previstas nos incisos XI e XII do art. 5º.”

Portanto, sem qualquer procedência a reclamação contra os efeitos retroativos dos atos de exclusão.

De igual modo, tem-se que o direito de defesa é exercido a partir da ciência do ato de exclusão, e não há nenhum cerceamento a este direito pelo fato de o contribuinte ser cientificado da exclusão de forma concomitante ao próprio auto de infração lavrado. A manifestação de inconformidade, tempestiva e regularmente interposta, por certo suspende os efeitos do ato, mas, de forma alguma, impede a autuação do fisco. E o direito de defesa contra os autos de infração lavrados se dá por meio de impugnação.

Neste sentido, o CARF já pacificou esta questão, por meio da seguinte súmula:

Súmula CARF nº 77

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.”

As alegações de falta de motivação e de enquadramento legal específico também carecem completamente de fundamento.

Os atos de exclusão possuem todos os requisitos formais e materiais exigidos por lei. Encontram-se devidamente fundamentados, e os enquadramentos legais aplicáveis estão neles referidos, permitindo o amplo exercício do direito de defesa da recorrente.

A alegação de que os atos estariam apoiados em meros indícios e presunções, sem qualquer análise dos documentos apresentados, não corresponde ao que se constata nos autos, conforme a seguir será analisado.

Depósitos bancários e arbitramento do lucro

Conforme relatado, a autuação amparou-se na constatação de omissão de receitas, a partir da falta de comprovação da origem dos valores creditados nas contas bancárias da fiscalizada.

Alega a recorrente que os depósitos bancários, por si só, não constituem fato gerador do imposto de renda, mas meros indícios, e que a fiscalização não se desimcumbiu do seu ônus de prova.

Não lhe assiste razão. A norma que fundamentou o lançamento fiscal por omissão de receitas é o artigo 42 da Lei nº 9.430/96, que estabeleceu uma presunção legal específica, e cujo *caput* está assim redigido:

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.

Nesta nova realidade erigida pelo legislador à condição de presunção legal, a caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um depósito bancário, isoladamente considerada, mas sim pela falta de esclarecimentos da origem dos numerários depositados. Ou seja, há uma correlação lógica estabelecida pelo legislador entre o fato conhecido (ser beneficiado com um depósito bancário sem demonstração de sua origem) e o fato desconhecido (auferir rendimentos), e é esta correlação que dá fundamento à presunção legal em comento, de que o dinheiro surgido na conta bancária, sem qualquer justificativa, provém de receitas ou rendimentos omitidos.

Trata-se, como é cediço, de presunção legal relativa, i.e., que admite prova em contrário. Mas essa prova cabe à recorrente, em face da inversão do ônus probatório. Ao Fisco cabe apenas provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção.

Regularmente intimada a comprovar os valores dos créditos bancários (devidamente individualizados e já expurgados dos créditos identificados pelo fisco como não sendo representativos de recursos novos), após a concessão de um prazo inicial de vinte dias, a recorrente solicitou quatro pedidos de dilação de prazo, cada um pelo período de 30 dias, sendo que os mesmos foram concedidos pela fiscalização para que a empresa pudesse obter os documentos necessários.

Contudo, apenas com relação aos créditos que alegava serem oriundos do recebimento das contas de consumo de água da Sanepar logrou a empresa comprovar ao fisco as suas alegações. Já com relação aos créditos que alegava serem relativos a valores pertencentes a outras empresas (Copel, Brasil Telecom, e Bradesco), que teriam transitado por suas contas bancárias, a despeito das sucessivas dilações de prazo, não logrou a recorrente produzir qualquer prova que corroborasse suas alegações.

Intimado a identificar em quais contas bancárias teriam ocorrido, e a identificar quais recebimentos seriam referentes aos convênios e contratos mantidos com Copel, Brasil Telecom e Bradesco, respondeu o contribuinte (fls. 1797):

“3.1. Os valores recebidos referentes às contas de Luz e Telefone não eram creditados em uma conta corrente específica, já os valores líquidos recebidos pelos serviços prestados não eram depositados em conta corrente e sim descontados no momento em que fazíamos o repasse às empresas.

3.2. No que se refere ao convênio celebrado com o Banco Bradesco, os valores oriundos de prestação de serviço de correspondente bancário, estão identificados no extrato entregue pelo fiscal Luiz Roberto Fukasawa, no dia 05/04/2012. Já os recebimentos de clientes como correspondente bancário, não foi possível identificá-los, uma vez que os mesmos eram creditados com outros valores nas contas citadas no item 3.1.

3.3. Não é possível atender a solicitação deste item, pois como já mencionamos acima, os créditos eram feitos de forma aleatória nas referidas contas,

e como já explicitado anteriormente, os pedidos de demonstrativos dos valores repassados pelas empresas conveniadas (Copel, Sanepar, Telepar) não foram respondidos, apesar de reiterados pedidos.”

Portanto, foi a recorrente quem não se desincumbiu do seu ônus probatório. A fiscalização seguiu rigorosamente as prescrições legais do art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

O pedido da recorrente para que fosse efetuada diligência fiscal junto à Sanepar, Copel e Brasil Telecom ou Bradesco não deve ser acolhido. Diligências não se destinam a suprir deficiências na prova que incumbe à parte interessada produzir.

Tendo sido cabalmente demonstrada pelo fisco a impossibilidade de permanência da empresa no Simples e no Simples Nacional, foram expedidos os atos de sua exclusão destes regimes, e, passo seguinte, o fisco intimou a empresa a declinar, sendo do seu interesse, a sua opção pela tributação com base no lucro real (para o período de janeiro a junho de 2007), desde que recompusesse sua contabilidade e incluísse toda a movimentação financeira, ou a sua opção até mesmo pela tributação com base no lucro presumido (para o período de julho de 2007 em diante), nos termos da faculdade conferida pelo art. 32, § 2º, da Lei Complementar 123/2006.

Findo o prazo, não tendo a empresa procedido conforme sugerido, nem sequer manifestado qualquer intenção de opção pelo lucro presumido no período posterior a junho de 2007, restou à fiscalização tão somente o recurso ao arbitramento do lucro, com relação a todo o período compreendido na ação fiscal.

Absolutamente regular, portanto, o procedimento do fisco.

Pelo exposto, restam afastadas as seguintes alegações de nulidade relativas aos autos de infração, as quais, em grande parte, são também reproduções das alegações de nulidade relativas aos atos de exclusão da empresa dos regimes simplificados, já afastadas por este voto:

- nulidade dos autos de infração, ao argumento de que a empresa só poderia ser excluída do tratamento diferenciado a partir do exercício fiscal seguinte, preservando, assim, a segurança jurídica;

- nulidade dos autos de infração, em face de sua lavratura concomitante à exclusão, desrespeitando o efeito suspensivo da contestação ao ato de exclusão;

- nulidade dos autos de infração, por falta de motivação e desrespeito à legalidade, posto que embasados em meros indícios, não tendo a autoridade fiscal se desincumbido de fazer prova dos fatos alegados;

Adicional do imposto de renda

Alega a recorrente não haver nos autos qualquer dispositivo a fundamentar o lançamento de adicional do imposto de renda.

Entretanto, tal alegação já foi adequadamente enfrentada e refutada pela decisão recorrida: a base legal consta às fls. 2.677 e 2.678, relativas ao auto de infração do IRPJ, onde está referido o art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

Dedução do PIS e da COFINS das bases de cálculo do IRPJ e CSLL

Protesta a recorrente pela dedução do PIS e da COFINS lançados de ofício das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Contudo, inexistente qualquer previsão legal neste sentido. Tratando-se do lucro arbitrado, os percentuais previstos em lei devem se fazer incidir sobre a receita bruta, assim entendida aquela definida no art. 224 do RIR/99, que possui a seguinte redação:

“Art. 224. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia (Lei nº 8.981, de 1995, art. 31).”

Parágrafo único. Na receita bruta não se incluem as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário (Lei nº 8.981, de 1995, art. 31, parágrafo único).”

Os impostos “não cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário”, pela própria redação do dispositivo, compreendem, por exemplo, na legislação federal, o IPI, e na legislação estadual, o ICMS cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário, mas não incluem o PIS e a COFINS incidentes sobre as vendas.

De se ressaltar, ainda, que este mesmo conceito de receita bruta foi também adotado pela legislação da CSLL, a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 9.249/95.

Inexiste, portanto, previsão legal para a dedução do PIS e da COFINS lançados de ofício das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, no âmbito do lucro arbitrado.

Conclusão

Pelo exposto, afasto as alegações de nulidade dos Atos Declaratórios Executivos que excluíram a empresa dos regimes do Simples e do Simples Nacional, bem como dos autos de infração decorrentes, indefiro o pedido de diligência, e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário.

Documento assinado digitalmente.

Processo nº 10950.722904/2012-56
Acórdão n.º **1102-001.304**

S1-C1T2
Fl. 16

João Otávio Oppermann Thomé - Relator

CÓPIA