



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

**Processo n°** 11516.720397/2014-70  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1402-003.273 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 24 de julho de 2018  
**Matéria** OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS  
**Recorrente** A3 COMÉRCIO DE MOVEIS LTDA - ME  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Exercício: 2010, 2011

**EXCLUSÃO DO SIMPLES. FALTA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL.**

Ocorrido as motivações para exclusão do Simples Nacional, nos termos do art. 29 da LC 123/2006, no que tange aos incisos V e VIII, cabível o seu procedimento, com efeitos retroativos.

**DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. PRESUNÇÃO LEGAL.**

A Lei n° 9.430, de 1996, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza lançar o imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.**

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade de diplomas legais vigentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer das matérias de cunho constitucional, vencido o Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves que as conhecia e, no mérito, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas, negar o pedido de perícia e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Rogério Borges, Caio Cesar Nader Quintella, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira e Paulo Mateus Ciccone.

## **Relatório**

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto em face de decisão proferida pela 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém - PA, que julgou IMPROCEDENTE a impugnação do contribuinte acima mencionado, ora recorrente.

### **Da autuação:**

O presente processo versa sobre autos de infração relativos aos Simples Nacional, referente a fatos geradores corridos nos anos-calendário de 2010 e 2011, acrescidas de multa de ofício simples e mais os encargos moratórios de atualização.

As autuações fiscais envolvem o montante de R\$ 891.736,85, entre principal, multa e juros corrigidos até março/2014. Em essência, decorreram de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada e também conforme apuração nos livros de registro de saída apresentados durante o procedimento fiscal. Ocorreu o arbitramento do lucro no período fiscalizado.

Houve a exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2010, em virtude da falta da apresentação do livro caixa e prática reiterada de infração tributária.

Abaixo, por bem retratar, transcrevo da decisão *a quo*, os detalhes que fundamentarem a autuação fiscal:

Trata o processo de lançamentos (fls.738/823), com ciência em 07/03/2014 (fl.825), assim discriminados:

IRPJ: R\$239.780,12

PIS/PASEP: R\$89.369,16

CSLL: R\$148.779,77

COFINS: R\$413.807,80

2. As totalizações dos tributos a pagar constam das fls.738, considerando ainda que já estão computados os valores referentes à multa e juros até data de 03/2014.

3. De acordo com a autuação, fls.738/823, a imputação se deu em razão da seguinte situação:

O procedimento de fiscalização, instaurado pela Delegacia da Receita Federal em Florianópolis por meio do Mandado de Procedimento Fiscal nº09.2.01.00-2013-00867-5, foi inicialmente relativo ao Simples Nacional, ano-calendário 2010, e Imposto de Renda Pessoa Jurídica, ano-calendário 2011. Posteriormente, em virtude de nova exclusão de ofício do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2010, foi incluído o tributo IRPJ, ano-calendário 2010.

Em 06/09/2013, por meio do Termo de Intimação Fiscal nº001 (Termo de Intimação Fiscal nº001; Ciência do TIF nº001), a fiscalizada foi intimada a comprovar a origem dos depósitos bancários efetuados em suas contas bancárias em 2010 e 2011, conforme relação individualizada constante das planilhas anexas.

Sem que a fiscalizada tenha apresentado seus livros Diário e Razão, ou os livros Caixa, relativos a 2010 e 2011, assim como documentos para comprovar a origem dos créditos efetuados em suas contas bancárias, elaboramos representação para fins de exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2010, devido à falta de apresentação dos livros comerciais (Diário e Razão, ou Caixa) e pela apuração de omissões de receitas em 2010 e 2011, caracterizando prática reiterada de infração à legislação tributária (Representação para Exclusão do Simples Nacional), nos termos dos incisos V e VIII do artigo 5º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007 (incisos V e VIII do art. 29, e art. 34 da Lei Complementar nº 123/2006).

Em 21/02/2014, por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº30, a fiscalizada foi excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte Simples Nacional por ter sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/2006, com fundamento nos seus artigos 29, incisos V e VIII, e 34.

#### DO ARBITRAMENTO

Como a fiscalizada, após ter sido regularmente intimada, deixou de apresentar seus livros comerciais e fiscais, ou o livro Caixa contendo toda sua movimentação financeira e bancária, ficando portanto desabilitada a optar pela tributação na forma do lucro real ou do lucro presumido, procedemos ao arbitramento dos lucros nos anos-calendário 2010 e 2011, com base no art.530, III, do RIR/99.

Com base no art. 532 do RIR/99, utilizamos a receita bruta da empresa como base para o arbitramento, obtida em seus livros de Registro de Saídas e nas declarações apresentadas à RFB (DASN).

Por meio dos Termos de Intimação Fiscal nº 001 e 002 a fiscalizada foi intimada a comprovar a origem dos créditos bancários efetuados em suas contas em 2010 e 2011, tendo os mesmos sido relacionados individualizadamente nas planilhas anexas. Em resposta a fiscalizada indicou a existência de alguns cheques

depositados devolvidos e de transferências entre suas contas (Resposta 04) ; descontamos estes valores do total de créditos. Com base nos depósitos bancários e nos estornos de créditos e transferências, elaboramos demonstrativo das receitas omitidas apuradas (Bases de Cálculo).

Por meio desta infração foram lançados de ofício os valores de IRPJ devidos, calculados na forma do lucro arbitrado e apurados com base nas receitas omitidas, decorrentes de créditos bancários de origem não comprovada.

Em atendimento ao Termo de Início de Fiscalização foram apresentados somente os livros de Registros de Entradas e de Saídas do estabelecimento matriz da empresa, relativos a 2010 e 2011. Deixaram de ser apresentados os livros dos dois estabelecimentos filiais, mas as receitas dos mesmos foram declaradas por meio da DASN 2010. Essas filiais foram extintas em 2010 (Dados Cadastrais).

Por meio desta infração foram lançados os valores de IRPJ devidos, calculados na forma do lucro arbitrado e apurados com base nas receitas de revenda de mercadorias.

OBS: Em relação a 2010 utilizamos as receitas escrituradas no Registro de Saídas do estabelecimento matriz e as receitas relativas aos estabelecimentos filiais declaradas na DASN 2010; em relação a 2011 utilizamos as receitas escrituradas no Registro de Saídas.

#### FALTA DE RECOLHIMENTO DA CSLL DEVIDA SOBRE RECEITAS DA ATIVIDADE OMITIDAS

Por meio desta infração, que é decorrente da infração do IRPJ relativa às receitas omitidas, foram lançados de ofício os valores de CSLL apurados.

#### FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA CSLL

Por meio desta infração, que é decorrente da infração do IRPJ relativa às receitas de revenda de mercadorias, foram lançados de ofício os valores de CSLL apurados.

#### INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA COFINS

Por meio desta infração, que é decorrente da infração do IRPJ relativa às vendas de mercadorias, foram lançados de ofício os valores de COFINS apurados na forma cumulativa.

#### OMISSÃO DE RECEITA SUJEITA À COFINS

Por meio desta infração, que é decorrente da infração do IRPJ relativa às receitas omitidas, foram lançados de ofício os valores de COFINS apurados na forma cumulativa.

#### INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Por meio desta infração, que é decorrente da infração do IRPJ relativa às vendas de mercadorias, foram lançados de ofício os valores de PIS apurados na forma cumulativa.

#### OMISSÃO DE RECEITA SUJEITA À CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Por meio desta infração, que é decorrente da infração do IRPJ relativa às receitas omitidas, foram lançados de ofício os valores de PIS apurados na forma cumulativa.

OBS: Todos os valores de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS declarados pela fiscalizada na forma do SIMPLES NACIONAL (DASN 2010 Original; DASN 2011 Original) foram descontados dos valores dos tributos apurados (Autos de Infração - fls.744/746/748/750/752/771 a 780/798/799/809/810). Também elaboramos demonstrativo dos valores declarados levados em consideração (Resumo das DASN).

### **Da Impugnação:**

Por bem descrever os termos da peça impugnatória, transcrevo o relatório pertinente na decisão *a quo*:

O contribuinte apresentou sua impugnação em 07/04/2014, fls.831/871, alegando que:

Preliminarmente requer seja analisada a defesa da EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL retroativo ao ano de 2010, recebida em 07/03/2014.

É Nulo o ato, pois não tem fundamento jurídico, vejamos: Justifica a exclusão em "Prática reiterada de infração a lei do Simples Nacional. Não é uma justificativa legal para excluir e retroagir os efeitos em 4 (quatro) anos.

Qual é a segurança jurídica da empresa que está em dia com o Simples Nacional, e do dia para a noite, vê o fisco mudando as regras do jogo, e tornando-a uma empresa omissa, e aplicando multa com fins confiscatórios.

O Direito Tributário respeita o Principio da Ampla Defesa e do Contraditório, bem como o Principio do Devido Processo Legal, e não admite o Fisco mudar a tributação de uma empresa que esta certa, em dia, por presunção de infração a lei do Simples Nacional.

Tal fato insurge o Principio da Isonomia Tributária, pois a Receita Federal muda às regras do jogo, e ainda retroage, justamente para aumentar a tão esperada receita de tributos.

O Princípio da Isonomia encontra-se previsto na Carta Magna como um dos direitos fundamentais dos cidadãos, alcançado por relevante esforço daqueles que, anos e anos atrás lutaram em busca da igualdade e da aplicação da verdadeira democracia-" preconizada no Estado Democrático de Direito.

Reza o artigo 5º, caput, da Constituição Federal vigente que: "todos são iguais perante a Lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes(...)". Depreende-se do mencionado dispositivo constitucional que é assegurada a igualdade a todos os cidadãos, sem distinção alguma.

Ocorre que é vedado ao Poder Público utilizar o poder de tributar como uma penalidade ao contribuinte, limitando os seus direitos subjetivos, porquanto inexistente

qualquer subordinação nesta relação jurídica. Ambos possuem direitos e obrigações recíprocas, livre de qualquer arbitrariedade.

O fisco se prevalece de seu poder e impõem uma Exclusão do Simples Nacional, fundamentada em formula genérica, ou seja, não especificou qual foi o fato que causou a exclusão, e só por este motivo já é um ato nulo.

Aliás, caso seja pelo motivo da empresa ter passado por processo de exclusão do Simples Nacional retroagindo a 2011, também estaria agindo de forma arbitrária, pois a Impugnante conseguiu o reenquadramento através de Medida Judicial, como veremos nos próximos tópicos.

Tampouco poderia ser pelo fato da empresa ter apresentado pendências em um breve período de tempo, pois a mesma solicitou parcelamento da totalidade dos débitos abrangidos pelo sistema do Simples Nacional, na data de 10/10/2012. (comprovante de parcelamento do Simples nacional em anexo).

Tal prática reiterada de infração a norma do Simples Nacional não existiu, pois o contribuinte com suas obrigações tributárias, e cumpriu com o pagamento, mesmo que por parcelamento. O que não o difere dos demais contribuintes.

Não podendo o Fisco tirar os benefícios do Simples Nacional e arbitrar valores superiores e multa sobre a renda declarada e paga, sendo que o contribuinte encontra-se em dia com o Simples Nacional.

Diante do exposto deve ser declarada nula a Presente Exclusão do Simples Nacional retroativo a 2010, para garantir a isonomia entre o fisco e o contribuinte, bem como a segurança jurídica de sua relação.

Caso a preliminar seja julgada pela exclusão do Simples Nacional, gerará um dano irreparável á reclamante, que mesmo em dia com o Simples Nacional, sofrerá duras penalidades, correndo o risco de fechar as suas portas para honrar com estes novos tributos que foram arbitrados.

Súmula CARF n ° 22: É nulo o ato declaratório de exclusão do Simples que se limite a consignar a existência de pendências perante a Dívida Ativa da União ou do INSS, sem a indicação dos débitos inscritos cuja exigibilidade não esteja suspensa.

A empresa foi excluída do Simples Nacional em 2010 com efeitos a partir de 01/01/2011, pelo motivo de falta de pagamento.

Todavia fora regularizado tal situação,e a empresa já foi enquadrada ao Simples Nacional em 01/01/2011.

Serve como prova que a empresa é optante pelo Simples Nacional, extrato do sistema que demonstra a situação como optante desde 01/01/2011.

A empresa tem relatório de acompanhamento pelo Sistema do Simples Nacional, datadas em 10/10/2012 e 22/02/2013, onde apresentava resultado que a empresa era optante,pelo Simples Nacional.

A Impugnante moveu Processo Judicial junto a Justiça federal de Santa Catarina em face da Impugnada, (autos n°500059753.2011.404.7208), requerendo o reenquadramento no Simples Nacional e parcelamento dos débitos, o qual obteve êxito.

A Sentença concedeu o Reenquadramento ao Simples Nacional e o Parcelamento que foi realizado através de depósitos judiciais, posteriormente transferidos judicialmente para a União.

Tornando a Impugnante em dia com suas obrigações tributárias, e dentro da forma de tributação do Simples Nacional.

Em síntese o PAF desconsiderou que a empresa estava devidamente enquadrada no Simples Nacional, e não aceitou as declarações e pagamento dos tributos realizados com base na forma de tributação do Simples Nacional.

Ocorre que não foi observado que a empresa não havia sido notificada da nova exclusão do exercício de 2011.

Acredita-se que o Auditor entendeu que a empresa estava no SIMPLES e decretou a sua exclusão retroativa até 2010, para poder arbitrar mais um exercício, sem os benefícios do Simples Nacional.

Jamais uma empresa poderá ter seus tributos arbitrados, se esta sob o regime do Simples Nacional.

O correto seria o Fisco notificar e fundamentar a exclusão do Simples Nacional, retroativo a 2010, e somente após o trânsito em julgado da decisão, sendo esta negativa, preparar um Auto de Infração com novos valores e forma de tributação equivalente.

No momento em que o Fisco Federal constatou indícios de omissão de receita, e decide excluir do Programa do Simples Nacional, se faz necessário abrir prazo para o contribuinte apresentar defesa, para ao final concluir pela exclusão ou não, daí sim, lançar as obrigações tributárias principais e acessórias, através de arbitramento fiscal se a lei assim tipificar.

Sendo um lançamento diferente com nova forma de tributação, admitir-se-ia uma insegurança jurídica sem precedentes, pois a empresa não esta preparada.

A omissão de receita ocorre quando o contribuinte não informa a receita, para não recolher os devidos tributos.

A Contribuinte em tela apresentou a receita a ser tributada e pagou o valor a ser arrecadado ao fisco.

Não podendo se falar em omissão de receita, e sobre a renda devidamente declarada e parcelada o tributo devido, não poderá incidir nova tributação e muito menos multa de 75 % sobre o valor do tributo.

#### DA INFRAÇÃO DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM ORIGEM COMPROVADA

A Súmula nº 182 do Tribunal Federal de Recursos, destaca-se: E ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários.

Aliás, como pode uma empresa que teve uma receita de venda tributada em aproximadamente R\$1.680.538,07, ser acrescido de toda movimentação financeira dos bancos.

Somando um total de R\$7.332.347,55 que serviu de base de cálculo para apuração dos tributos dos exercícios de 2010 e 2011.

Bitributando a contribuinte, presumindo que toda a receita declarada por ele, não circulou pelas contas bancárias.

Sem contar que os próprios extratos financeiros demonstram que durante todo o tempo a empresa estava pagando juros ate 10 % sobre o valor de 200 mil reais, sendo este mais uma prova que a empresa não estava auferindo receita além da declarada.

A única explicação é que a empresa vem tendo prejuízo, e tal movimentação não condiz com a renda auferida.

O próprio extrato da conta corrente demonstra a dificuldade financeira que a contribuinte enfrenta para continuar suas atividades.

Destaca-se que a empresa registrou em seus livros de entradas referente o período de 2010 e 2011, bem como nas DASN, o valor de compra de mercadorias para revendas no total de R\$ 1.890.437,42, desta forma, como poderia o contribuinte ter auferido o valor de R\$ 7.332.347,55 como receita de revenda? Chega a 300 % de lucro.

Destaca-se a bitributação dos tributos já declarados com a movimentação financeira, que o correto seria, caso entenda-se que a movimentação é base de calculo, então que se abata o valor devidamente pago, e que não seja acrescido de multa.

Neste período a empresa não aumentou a renda e muito menos o capital.

Toda renda declarada e devidamente recolhida por parcelamento do simples nacional, deve ser abatida de tal renda arbitrada por movimentação financeira.

Se o fisco considera que a contribuinte, auferiu renda de R\$5.651.809,48, deverá abater o valor da renda declarada, que por lógica movimentou-se junto.

Devendo ter como base de calculo apenas o valor de 3.971.271,41. Reduzindo a base de calculo para todos os tributos.

Mesmo assim deste valor nem tudo é auferição de renda.

Se considerar que a empresa cumula a renda declarada com a movimentação financeira, haverá bitributação.

Sobre a renda declarada houve o pagamento, através de parcelamento do SIMPLES NACIONAL - não há o que se falar em multa de 75% por falta de pagamento.

A jurisprudência tem decidido que 75% é uma multa pesada, tendo em vista que seu caráter é educacional e não confiscatório, algumas decisões abaixam para 20 %, porcentagem que já seria suficiente para educar no caso de uma empresa optante do simples nacional.

Desta forma não incidirá multa de 75% sobre o valor declarado e pago através do parcelamento do Simples Nacional;

Se o julgador entender ser devido multa sobre dita omissão de rendimentos, se restar comprovada, deverá incidir sobre a diferença, abatendo-se o valor pago, da base de calculo;

Houve quebra do sigilo fiscal - inconstitucionalidade;

Caso no final deste contencioso administrativo, resulte algum tributo para recolher, desde já requer a igualdade com os parcelamentos concedidos aos órgão públicos com a União;

Os Autos de infração de Folhas 767, 793 e 804, estão faltando o dispositivo legal infringido. Devendo a nulidade ser declarada de ofício;

O Valor do crédito Tributário não é claro, não está esclarecido, e utiliza base de cálculo no sentido de bitributação.

No caso em tela é flagrante a falta de clareza na apuração do crédito tributário e falta do dispositivo infringido.

A ambos, administração fazendária e contribuintes, cabe não só alegar, mas principalmente produzir provas que criem condições de convicção favoráveis à sua pretensão.

Cabe, sim, à administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário, mesmo que a base de cálculo do montante devido seja determinado por arbitramento, sob pena de se instalar o arbítrio em matéria tributária. Entretanto, não conferiu a lei ao contribuinte o poder de se eximir de sua responsabilidade através da recusa da entrega dos elementos materiais à apreciação objetiva e subjetiva estabelecida na legislação tributária. Neste particular, autorizado está o lançamento do Crédito Tributário através de arbitramento, sempre fundamentado em elementos fáticos não estranhos ao movimento empresarial do contribuinte.

#### **Da decisão da DRJ:**

Ao analisar a impugnação, a DRJ, primeira instância administrativa, entendeu por dar negar provimento integral à impugnação do contribuinte, por unanimidade.

A ementa da decisão é a seguinte:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

ANO-CALENDÁRIO: 2010, 2011

EXCLUSÃO DO SIMPLES. FALTA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL.

A exclusão dar-se-á de ofício quando houver falta de escrituração do livro-caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária.

PRÁTICA REITERADA.

Para fins de exclusão de empresa do Simples, considera-se prática reiterada de infração à legislação tributária como sendo aquela prática habitual e repetida, de tal forma que fique caracterizado o seu uso freqüente, consubstanciando-se em um costume.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. PRESUNÇÃO LEGAL.

A Lei nº 9.430, de 1996, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza lançar o imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

SIGILO BANCÁRIO

A Lei Complementar 105 (Lei do Sigilo Bancário) revogou o art. 38 da Lei nº 4.595/64 e permitiu, expressamente, que o Poder Legislativo, CPI e a Receita Federal conheçam informações bancárias independentemente de ordem judicial.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do voto do relator, que foi acompanhado unanimemente pelo colegiado de primeira instância administrativa, extrai-se os seguintes excertos e destaques que entendo mais importantes para dar guarida a sua decisão final:

- não houve as nulidades arguidas pela recorrente;

- sobre a prática reiterada de infração à lei do Simples Nacional, que a excluiu desta sistemática de recolhimento, e que a recorrente evoca como não justificável, entendeu o v. acórdão recorrido que a situação está prevista na LC 123/2006, no seu art. 29. Igualmente, e adicionalmente, a exclusão se deu em virtude da não apresentação dos livros fiscais obrigatórios;

- sobre o arbitramento, não prosperam as alegações da recorrente, então impugnante, pois ao excluí-la do Simples Nacional, deve ser adotado outra forma de tributação, e na ausência dos livros fiscais, só caberia realmente o arbitramento do lucro;

- da multa de ofício, alegações da sua inconstitucionalidade são de competência do Poder Judiciário, fugindo do escopo do âmbito administrativo;

- quanto às alegações de presunção de omissão de receita com base em depósitos bancários de origem não comprovada, no presente caso, estar-se-á aplicando a legislação pertinente.

### **Do Recurso Voluntário:**

Tomando ciência da decisão *a quo* em 23/12/2014, a recorrente apresentou recurso voluntário em 22/01/2015.

Na sua peça recursal repisa praticamente os mesmos elementos e alegações da sua peça impugnatória, dos quais relembro, em apertada síntese:

- nulidade - cerceamento de defesa;

- nulidade - exclusão do simples foi indevida;

- nulidade - quebra do sigilo bancário sem ordem judicial - impossibilidade;

- não houve a prática reiterada de infração à legislação tributária;

- não houve omissão de receita - requer produção de prova pericial;

- houve ilegalidade no arbitramento, pois todos os documentos foram apresentados;

- requer perícia sobre os documentos da empresa;
- nulidade - não foram deduzidos os valores pagos pelo parcelamento do simples nacional;
- sobre sua exclusão do Simples Nacional improcede, pois ofende o princípio da isonomia entre contribuinte e fisco;
- multa de ofício com caráter confiscatório;
- nulidade por conta da falta do dispositivo legal infringido em folhas do auto de infração;
- seu pedido, nos seguintes termos:

*DIANTE DO EXPOSTO, requer:*

16.1. *Que sejam analisadas todas as PRELIMINARES, e as teses de recurso, demonstrada a insubsistência e improcedência do acórdão, e do auto de infração;*

16.2. *Espera e requer a recorrente que seja acolhida o presente recurso para o fim de assim ser decidido, reformando-se o acórdão, cancelando-se o Processo fiscal em epigrafe e seus Autos de Infrações, bem como declarando o indeferimento da exclusão do Simples Nacional;*

16.3. *A Recorrente impugna os valores apurados a título de IRPJ, PIS/PASEP, CSLL E COFINS, pelos motivos fáticos e de direito expostos no presente recurso, e ao final requer a exclusão de tais lançamentos;*

16.4. *REQUER PERÍCIA TÉCNICA sobre a documentação fiscal e contábil da empresa, ora recorrente, a fim de comprovar a real situação da empresa, para tanto, já fora formulados os quesitos, no capítulo próprio, e nomeado o assistente técnico, Sr. Luciano Elias Soares - Contador, para acompanhar;*

16.5. *Requer que a Receita Federal seja Intimada e compelida a apresentar o banco de dados contendo todos os pagamentos realizados no período fiscalizado, para assim comprovar a tributação, e também comprovar que não fora abatido do valor da notificação fiscal os valores das parcelas simples nacional, devidamente pagas e em dia com a Receita Federal;*

16.6. *Requer que seja declarado nulo e inconstitucional a quebra do sigilo bancário das contas da empresa;*

16.7. *Requer que seja permitido todos os meios de prova admitidas em direito, para provar que a recorrente não omitiu receita, e nem infringiu a legislação tributária;*

16.8. *Requer a suspensão do crédito tributário pelo período em que esteja sendo discutido.*

16.9. *Requer a impugnação total do acórdão infra mencionado, com fundamentos nas teses aqui expostas, bem como nos argumentos expostos na reclamação;*

*Termos em que*

*Pede deferimento.*

É o relatório.

## **Voto**

Conselheiro Marco Rogério Borges - Relator

O recurso voluntário apresentado foi tempestivo, e atendeu os demais pressupostos para sua admissibilidade, do qual conheço, ressaltando a matéria de inconstitucionalidade alegada, conforme abaixo descrito.

*Da síntese dos fatos:*

O presente processo versa sobre autos de infração relativos aos Simples Nacional, referente a fatos geradores corridos nos anos-calendário de 2010 e 2011, acrescidas de multa de ofício simples e mais os encargos moratórios de atualização. Em essência, decorreram de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, bem como de valores apurados no livro de registro de saídas da matriz, com o arbitramento do lucro no período, já que a recorrente não apresentou sua contabilidade. Houve exclusão do Simples a partir de 01/01/2010, constante no presente processo.

Na sua impugnação requer análise da sua exclusão do Simples Nacional. Quanto aos depósitos bancários, alega sua ilegalidade, e também que ao desconsiderar a receita declarada, estaria o bitributando. Alega caráter confiscatório da multa. Cabe a Fazenda produzir provas do ilícito tributário.

A decisão *a quo* rechaçou a nulidades arguidas. A exclusão do Simples Nacional foi procedente, pois além de ter incorrido em prática reiterada de infração, não houve a apresentação dos livros fiscais obrigatórios. O arbitramento do lucro no caso está correto. A multa de ofício é matéria que foge ao âmbito administrativo.

Na sua peça recursal repisa os mesmos elementos e alegações da sua peça impugnatória, nada de relevante a acrescentar sendo aduzido.

*Das questões suscitadas na peça recursal*

- *das preliminares de nulidade suscitadas*

A recorrente evoca na sua peça recursal vários itens, aos quais requer nulidade das autuações fiscais. Muitas das matérias alegadas se confundem e envolvem questões de mérito, bem como algumas são alegações que envolvem questão de entender ilegalidade e/ou inconstitucionalidade da imputação aplicada.

Primeiramente, alega cerceamento de defesa, pois entende que esteve limitada na produção de provas, o que lhe prejudicou, principalmente ao fato de não ter tido prazo para defesa da sua exclusão do Simples, segundo pela falta de análise das suas teses de bitributação no v. acórdão recorrido, e terceiro por inconstitucionalidade da autuação fiscal, ao quebrar seu sigilo das contas bancárias.

Segundo, requer nulidade por entender a exclusão do simples indevida, principalmente atacando o que entende inconstitucional a violação das suas contas bancárias.

Terceiro, requer nulidade por quebra do sigilo fiscal das contas bancárias sem ordem judicial.

Contudo, nada mais aduz além destas alegações.

Como algumas matérias acima envolvem questão de conhecimento deste CARF, e outras envolvem questões de mérito, serão abordados na questão de conhecimento e meritória que sobressai a seguir no presente voto.

De resto, compulsando os autos, não vislumbrei nenhuma nulidade, principalmente no que tange ao cerceamento de defesa, tendo ocorrido intimações já durante o procedimento fiscal para esclarecimentos, e aberta toda a oportunidade para a presente discussão litigiosa administrativa.

Em alguns momentos no transcorrer da sua peça recursal, suscita novamente a palavra *nulidade*, mas com temas e matérias que envolvem as questões de mérito. Assim, para qualquer questão de preliminar de nulidade suscitada em toda a peça recursal, não vislumbrei as alegadas nulidades, como já dito logo acima.

Destarte, REJEITO AS PRELIMINARES suscitadas pela recorrente.

- *do pedido de perícia técnica:*

A recorrente na sua peça recursal requer perícia *sobre os documentos da empresa para apurar a real situação fiscal e contábil*, para tanto, coloca alguns quesitos que entende pertinentes ao caso.

Contudo, entendo que todos os elementos necessários à formação da convicção deste julgador se encontram presente nos autos, o que dispensaria a instauração de uma perícia como pleiteada pela recorrente.

Ademais, há vários requisitos pleiteados na sua peça recursal que, além de estarem lacônicos, são de itens que já caberia à recorrente se manifestar, oportunizada há muito desde sua autuação fiscal ocorrida em março de 2014, durante todo o processo administrativo

fiscal. Se detém, praticamente, a atacar a autuação fiscal com alegações de cunho principiológico, quando a matéria imputada na autuação fiscal envolve questão probatória.

Destarte, REJEITO o pedido de perícia suscitada pela recorrente.

*No mérito:*

*- das alegações que não houve omissão de receitas*

Alega a recorrente que não houve a omissão de receitas, e que sempre declarou todo o seu movimento.

Repise-se a situação fática, sucintamente, que envolveu a autuação fiscal, conforme consta nos autos:

- a recorrente foi intimada com termo de início de ação fiscal em 29/05/2013, em que solicitou seus livros contábeis e fiscais obrigatórios, além dos extratos bancários.

- ao longo dos meses seguintes, apresentou os extratos bancários e livros de registro de entradas e saídas. Contudo, nunca apresentou os livros diário e razão e nem equivalente livro caixa;

- em 05/09/2013 foi intimada a justificar os valores de créditos ocorridos em suas contas-correntes, e reintimado em 18/12/2013. Neste ínterim apresentou uma resposta em que informa os cheques devolvidos e transferências entre mesma titularidade, silenciando em relação aos demais valores, os quais nunca mais se manifestou;

- em 18/02/2014 é efetuada a representação fiscal para exclusão do Simples Nacional, com o consequente ADE assinado dias depois;

- em março/2014 recebe a ciência do auto de infração, com respectivo termo de verificação fiscal e respectivo Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional.

Nos termos do termo de verificação fiscal, foi-lhe imputada duas infrações, por conta do arbitramento do lucro, quais sejam:

- receita bruta da revenda da atividade, em que foram aproveitados os valores informados anteriormente via DASN, cujo montante anual foi de R\$ 568.725,37 e R\$ 16.580,00, referente aos anos-calendário de 2010 e 2011, respectivamente;

- omissão de receitas, com base na presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, cujo montante anual, já descontados os cheques devolvidos e transferências mesma titularidade, de R\$ 2.897.959,90 e R\$ 2.456.128,77, referente aos anos-calendário de 2010 e 2011, respectivamente.

Ou seja, houve todo o trâmite necessário para a verificação da presunção de omissão de receitas que lhe foi imputado.

Em nenhum momento traz nenhum elementos comprobatórios para elidir tal situação, e sim, apenas teses e regras principiológicas.

É consabido nos julgados deste CARF a presunção de omissão de receita com base em depósitos bancários de origem não comprovada, desde o advento da lei nº 9.430/1996.

No caso concreto, em nenhum momento, desde o procedimento fiscal, procurou demonstrar com documentação hábil e idônea a justificativa para a origem dos valores creditados em suas contas-correntes. Não trouxe nem os livros contábeis e fiscais obrigatórios, diário e razão, ou livro caixa, para tentar demonstrar como escriturava suas operações.

Então, não cabe agora alegar que não houve omissão e que sempre declarou tudo.

Já que a recorrente praticamente repete e replica quase exatamente suas alegações da peça impugnatória, não cabe aqui repetir a análise legal do caso, das questões envolvidas no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, e a respectiva inversão do ônus da prova.

O fato inconteste é que regularmente intimada a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados nas suas contas-correntes, a titular desta conta bancária não o conseguiu, autoriza e compele a autoridade fiscal a proceder a autuação fiscal, pois a presunção legal enseja que tais valores presumem-se omissão de receitas.

Ao agir assim, a autoridade fiscal autuante está cumprindo o que a lei determina.

Não é culpa da autoridade fiscal se o contribuinte não mantém em boa ordem as informações e documentos conforme determina a legislação tributária.

No que tange aos valores declarados na sua DASN, não há nenhuma demonstração também que transitaram pelas contas-correntes, o que suscita a dúvida de tal situação. Da mesma maneira, não há previsão legal para exclusão destes valores dos valores omitidos, no caso por presunção legal. Assim, a autoridade fiscal autuou tais valores de forma distinta, não ocorrendo nenhuma bitributação de valores, como alegado em várias partes da sua peça recursal.

Destarte e apesar das longas alegações da recorrente, NEGOU PROVIMENTO quanto a este item.

*- das alegações de que o arbitramento foi ilegal*

Alega a recorrente que todos os documentos obrigatórios do Simples Nacional foram apresentados, pelo qual a autoridade fiscal autuante não poderia ter feito o arbitramento.

Como já exposto anteriormente, no transcorrer da ação fiscal, a recorrente foi instada a apresentar os livros contábeis/fiscais obrigatórios, e não atendeu, que primeiramente desencadeou sua exclusão da sistemática do Simples Nacional.

Identificando-se a situação de omissão de receitas com base no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, que foi apurado com base nos valores creditados em contas-correntes da recorrente, e mais os valores reconhecidos pela própria quando informa sua DASN, coube o arbitramento destes valores (omitidos + declarados) para fins da apuração do lucro.

Não prosperam as alegações da recorrente, até porque não foi isso que se vislumbrou nos autos e conforme já mencionado anteriormente neste voto.

Destarte, NEGO PROVIMENTO ao recurso voluntário quanto a este item.

*- das alegações de que não foram deduzidos os valores pagos no Simples Nacional*

Alega a recorrente que a autoridade fiscal não abateu o valor devidamente pago pela mesma referente ao período em que foi fiscalizada - anos-calendário de 2010 e 2011.

Contudo, analisando o auto de infração, verifica-se que foram computados valores deduzidos no campo próprio de cada imposto e/ou contribuição apurado, o que leva a crer que houve sim as deduções.

Verificando-se o termo de verificação fiscal, ali está consignado, *ipsis litteris*:

*OBS: Todos os valores de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS declarados pela fiscalizada na forma do SIMPLES NACIONAL (DASN 2010 Original; DASN 2011 Original) foram descontados dos valores dos tributos apurados (Autos de Infração – fls. 744/746/748/750/752/771 a 780/798/799/809/810). Também elaboramos demonstrativo dos valores declarados levados em consideração (Resumo das DASN).*

Ou seja, a autuação fiscal considerou sim os valores declarados e/ou pagos, o que inclui até os valores parcelados como alegado pela recorrente durante os anos-calendário de 2010 e 2011.

Destarte, NEGO PROVIMENTO a este item do recurso voluntário.

*- das alegações de indevida a exclusão dos Simples Nacional*

Alega a recorrente que sua exclusão do Simples Nacional, retroativo ao ano de 2010 foi nulo, pois não teria fundamento jurídico. A justificativa da exclusão baseada em *prática reiterada de infração a lei do Simples Nacional* não seria válida para excluir e retroagir os efeitos em 4 anos (já que tomou ciência da exclusão em 07/03/2014). Para tanto evoca o princípio da isonomia entre contribuinte e fisco.

Contudo, divirjo esta visão da recorrente.

As hipóteses de exclusão do Simples Nacional estão postas no art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, e no que tange ao inciso V, que envolve a questão de ter sido constatada prática reiterada de infração, há um regramento no §9º, que assim dispõe:

*§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:*

*I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco)*

*anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou*

*II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, artil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.*

Pode haver discussões do amplitude deste parágrafo, mas no caso concreto, estamos falando de uma situação fática que envolveu a análise, fiscalização e autuação de 2 anos (2010 e 2011). Não foi identificado um evento isolado, e sim vários eventos similares que ensejaram a autuação fiscal por omissão de receitas.

Ademais, a motivação da exclusão do Simples Nacional não se cingiu a apenas esta questão, mas também ao fato da recorrente não ter apresentado os livros fiscais obrigatórios, imputado no inciso VIII do mesmo art. 29 da LC 123/2006. Tal circunstância, por si só, já bastaria para promover a exclusão do Simples Nacional com efeitos retroativos.

De resto, como já analisado nos tópicos anteriores, está perfeitamente adequado o procedimento adotado de exclusão do Simples Nacional promovido pela autoridade fiscal autuante.

Destarte, NEGO PROVIMENTO ao recurso voluntário quanto a este item.

*- das alegações de que a multa de ofício foi confiscatória e inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário*

Contudo, nesta linha de defesa, exclusivamente adotada nesta parte da peça recursal, compreendo que se afasta das possibilidades de manifestação deste colegiado. Em verdade, há vedação expressa no art. 26-A do Decreto 70.235/1972 que se adentre ao mérito de validade constitucional de normas legais no âmbito da do processo administrativo fiscal:

*Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade*

Para tanto foi editada a Súmula CARF nº 2, a qual tão somente vem a espelhar o monopólio do Poder Jurisdicional sobre a temática:

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

Destarte, NÃO CONHEÇO destas matérias do recurso voluntário.

*Conclusão:*

Voto por CONHECER PARCIALMENTE, REJEITAR as preliminares, NEGAR a perícia requerida, e NEGAR PROVIMENTO na parte conhecida do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges