



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

Processo n° 11516.723239/2013-91
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-003.269 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de julho de 2018
Matéria EXCLUSÃO SIMPLES/OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente COMERCIO CATARINENSE DE METAIS EIRELI - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2010

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE MOVIMENTAÇÕES BANCÁRIAS. RETROATIVIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL.

Ainda que existente Livro-Caixa ou *conta* correspondente em Livro-Razão, a verificação da ausência de registro de movimentações bancárias do contribuinte se amolda à previsão objetiva do inciso VIII do art. 29 da Lei Complementar 123/2006, dando margem à exclusão de ofício do SIMPLES Nacional. Os efeitos temporais da exclusão em tal hipótese se operam na forma como prevista no §1º do art. 29 da Lei Complementar 123/2006.

LEI COMPLEMENTAR 105/2001. REVOGAÇÃO TÁCITA DO ARTIGO 42 DA LEI 9.430/96. INOCORRÊNCIA.

É improcedente a alegação de que, a partir da vigência da Lei Complementar nº 105/2001, caberia ao Fisco o ônus da prova da origem dos depósitos bancários, pois estaria revogado *tacitamente* o art. 42 da Lei nº 9.430/96.

A norma veiculada no §4º do art. 5º da referida Lei Complementar versa especificamente sobre prerrogativas das Autoridades Fiscais diante de questões de sigilo bancário, não estando a validade e a *vigência* da presunção de omissão de receitas condicionadas aos meios e à autonomia do poder de fiscalização do Fisco.

OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO VÁLIDA. ÔNUS DA PROVA. CONTRIBUINTE. AUSÊNCIA DE CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL. MANUTENÇÃO DA EXIGÊNCIA.

A Lei nº 9.430/1996, no seu art. 42, estabelece uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento de ofício dos tributos correspondentes sempre que o titular da conta bancária, regularmente

intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem e a natureza dos recursos lá creditados.

Diante da legítima constatação de omissão de receitas tributáveis, cabe ao contribuinte o ônus da prova da insubsistência da infração. As alegações do contribuinte devem ser cabalmente comprovadas através de meio hábil, com teor diretamente relacionado aos créditos constituídos.

Súmula CARF nº 26: *A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.*

ARBITRAMENTO. OMISSÃO DE RECEITAS. MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA NÃO DECLARADA E REGISTRADA. REGRA DO ART. 530 RIR/99. LEGALIDADE.

O arbitramento não é espécie de sanção fiscal e tampouco uma *prerrogativa* ou uma *faculdade* do contribuinte quando autuado. Trata-se de modalidade de apuração do lucro tributável, aplicável quando verificadas concretamente as suas hipóteses legais de adoção.

Quando constatado pela Fiscalização que o contribuinte não procedeu a nenhum registro de movimentação financeira/bancária no período da infração, é cabível o arbitramento, nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 530 do RIR/99.

DIREITO ADQUIRIDO E NÃO CONFISCO. ART. 29 LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. ABUSO E CONFISCATORIEDADE DA MULTA DE OFÍCIO. ARGUMENTOS EXCLUSIVAMENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO.

É vedada a discussão, em esfera administrativa, sobre o afastamento de normas sob o argumento de violação a dispositivos constitucionais, sendo tal matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário. Não compete ao CARF analisar e declarar a inconstitucionalidade de lei ou normativo (Art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 e Súmula CARF nº 2).

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. PREVISÃO LÍCITA.

Sobre o crédito tributário não pago no vencimento incidem juros de mora, calculados sob a Taxa SELIC. Compõem o crédito tributário o tributo (*principal*) e a multa de ofício proporcional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer das matérias de cunho constitucional, divergindo o Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves que a conhecia e, na matéria conhecida, no mérito, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

Processo nº 11516.723239/2013-91
Acórdão n.º **1402-003.269**

S1-C4T2
Fl. 656

(assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente Substituto.

(assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella - 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 (Presidente Substituto).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 580 a 645) interposto contra v. Acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Florianópolis/SC (fls. 537 a 559) que negou provimento à Impugnação e à Manifestação de Inconformidade apresentadas (fls. 298 a 529), mantendo a exclusão do Contribuinte do SIMPLES Nacional (*ADE* às fls. 237), bem como as Autuações sofridas (fls. 241 a 296).

A Contribuinte era optante pelo SIMPLES Nacional e, como se verifica do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 217/2013, a sua exclusão de tal *sistema* especial de arrecadação motivou-se em face da constatação de (i) *falta de escrituração do livro-caixa*, de modo a *não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária* e que (ii) a infração de omissão de receitas estendeu-se pelo período de 12 (doze) meses (de janeiro a dezembro de 2010), configurando *prática reiterada*:

Art. 1º O contribuinte **Comércio Catarinense de Metais Ltda - ME, CNPJ 06.245.322/0001-87**, excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional pela falta de escrituração do livro-caixa ou por não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, por ter sido constatada prática reiterada à Lei Complementar 123/2006, fatos que importam na sua exclusão de ofício do Simples Nacional, com fundamento no artigo 29, incisos V e VIII, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 2º A presente exclusão surtirá efeitos a partir de 1º de janeiro de 2010, conforme disposto no artigo 29, §1º da Lei Complementar 123/06, facultada a apresentação de manifestação de inconformidade, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência, à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis - SC.

Em relação ao lançamento de ofício perpetrado, exige-se no presente feito créditos de IRPJ, CSLL (calculados mediante o Arbitramento do Lucro), PIS e COFINS, referentes apenas ao ano-calendário de 2010, acrescidos de multa de ofício na monta de 75%, sob a mencionada acusação de omissão de receitas, diante da constatação da existência de depósitos bancários, não informados ao Fisco, cuja origem e natureza também não foram comprovadas, com arrimo legal no art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Por bem resumir a contenda, adota-se a seguir trechos do preciso relatório elaborado pela DRJ *a quo*:

Por meio dos Autos de Infração às folhas 241 a 287, foram exigidas da contribuinte acima qualificada as importâncias de R\$ 73.594,13 a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, de R\$ 43.664,27 de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, de R\$ 26.090,77 de Contribuição para o PIS/Pasep e de R\$ 120.443,93, a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, acrescidas de

multa de ofício de 75% e encargos legais devidos à época do pagamento, referentes a fatos geradores ocorridos no ano calendário de 2010, sob as regras do Lucro Arbitrado.

Em consulta à “Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)”, verifica-se que a autuação se deu em razão de “Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte, excluído do SIMPLES NACIONAL, notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, no regime de tributação do Lucro real ou Presumido, conforme Termo de Intimação Fiscal 3, deixou de apresentá-los.” [Enquadramento legal: art.530, inciso III do RIR/99] e, também, “Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que a escrituração mantida pelo contribuinte, é imprestável para determinação do Lucro Real...”. [Enquadramento legal: art.530, inciso II do RIR/99]

*O arbitramento teve como base a receita bruta conhecida, no caso por omissão de receitas por conta de depósitos bancários de origem não comprovada, nos termos do art.42 da Lei 9.430/96, consignado no Auto e detalhadamente descrito no **Termo de Verificação Fiscal e de Encerramento do Procedimento Fiscal**, item 3.1.2. **Depósitos bancários de origem não comprovada.***

*Do referido **Termo** extrai-se que o contribuinte foi excluído do SIMPLES, por não haver em seu Livro Caixa a escrituração da movimentação financeira e, como não mantinha a documentação de suas operações e nem os livros de registro obrigatório, teve seu lucro arbitrado relativamente ao ano-calendário de 2010. Eis o relato fiscal:*

3. INFRAÇÕES À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

O presente procedimento fiscal foi motivado em face do flagrante descompasso, evidenciado ainda na fase de análise e programação, entre a movimentação financeira e as receitas declaradas/tributadas. Consoante levantamento então realizado, os créditos/depósitos informados pelas instituições bancárias, atinentes ao ano de 2010, registram montante na ordem de R\$ 7.039.213,00, enquanto que a contribuinte registrou na respectiva DIPJ que havia auferido como receitas tributáveis a quantia de R\$ 242.641,00.

Prosseguindo o feito fiscal, visitamos o escritório de contabilidade, responsável pela escrita da contribuinte, onde buscamos esclarecer as divergências. O contador nos forneceu as copias do livro Razão, dos extratos bancários e também do Livro Registro de Saídas. Analisando estes documentos, verificamos que os valores registrados como receitas operacionais estão muito aquém dos movimentados nas suas contas correntes bancárias. Também verificamos que a contribuinte não registrou no Livro razão a movimentação bancária. Desta feita cumprindo os ditames da legislação pertinente, caracterizou-se a prática reiterada de infração a legislação tributária.

Tal fato culminou com a exclusão da contribuinte do SIMPLES NACIONAL. Por conseguinte inferimos que a empresa omitiu grande parte dos valores das receitas operacionais do ano calendário de 2010.

Desta feita as receitas operacionais emitidas caracterizam bases imputáveis não submetidas ao gravame dos impostos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

As verificações fiscais empreendidas, norteadas pelas regras de tributação do Lucro Arbitrado em face das circunstâncias retro anotadas, culminaram na caracterização das infrações que se passa a explicitar, ora imputadas ao sujeito passivo pelas normas do lançamento de ofício.

3.1.1. Arbitramento do lucro: Receita Bruta Escriturada/Declarada Sob as Regras do Simples Nacional

[...]

Pelas normas de regência do Lucro Arbitrado, e considerando o ramo de atividade efetivamente explorado (comércio), a base imputável do imposto de renda é fixada na percentagem de 9,6% da receita, em conformidade com o disposto no artigo 532 do RIR/99.

[...]

3.1.2. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

Analisando os extratos bancários, detectamos diferenças entre as receitas declaradas pela empresa e os valores depositados na suas contas bancárias, no ano calendário sob fiscalização. Sendo assim foi o contribuinte instado a justificar a origem dos recursos que ingressaram nas suas contas correntes bancárias. Ressaltamos que a contribuinte declarou que os depósitos foram feitos pela contribuinte, porém silenciou quanto a origem dos recursos movimentados nas suas contas bancárias, o que levou esta fiscalização a considerar que todos os valores são receitas operacionais, abaixo planilhados.

[...]

*A contribuinte apresentou sua **manifestação de inconformidade** contra a exclusão do SIMPLES NACIONAL e **impugnação** aos lançamentos, nas quais expõe suas razões de irrisignação que a seguir se resume:*

- Da Exclusão do Simples Nacional;

- nos termos norteadores do Ato Declaratório Executivo DRF/FPOLIS/SC n.217, emitido em 09 de outubro de 2013, a fiscalização fundou a exclusão da impugnante do Simples Nacional na suposta prática reiterada de infração à legislação tributária e na ausência da escrituração da movimentação bancária;

- Da suposta caracterização de prática reiterada de infração à legislação tributária;

- que causa estranheza o fato do agente fiscal considerar como reiteração da prática infracional, desconsiderando que é a primeira vez em que foi supostamente constatada a realização de ato em desacordo com a legislação; reitera significa repetição de um ato, renovar, fazer pela segunda vez, reincidência na infração (transcreve conceito do art.63 do Código Penal), para arrematar que “se em determinado ano supostamente ficou constatada qualquer infração, obrigatoriamente deveria ser aberto processo administrativo para apurar os fatos, e se a decisão administrativa transitada em julgado fosse no sentido de caracterizar infração, somente no ano subsequente, se acaso houvesse nova infração, poderia a impugnante ser excluída em razão da prática reiterada. Portanto, a prática só se torna REITERADA quando efetivamente a empresa já foi penalizada pela mesma infração fiscal, o que não se observa no presente caso.”;

- que, apenas por desejo à discussão, destaca-se que houve alteração na Lei complementar 123/2006, incluída pela LC 139/2011, acerca do conceito de prática reiterada, alteração totalmente ilegal;

- Da ausência de registro de Movimentação Bancária;

- que o fato da impugnante não ter lançado na escrituração comercial a movimentação bancária, não pode servir de subsídio para a exclusão do Simples Nacional, haja vista que a forma de tributação optada não diz respeito ao lucro obtido com a atividade e sim o faturamento declarado; que a ausência da escrituração bancária não trouxe qualquer prejuízo para a fiscalização, posto que foi apresentado todos os extratos;

- portanto, como o lançamento se pautou pela presunção de omissão de receitas, não restando provas concretas da situação alegada, deveria o fiscal lançar a notificação que entendesse coerente e adequada sem impor a exclusão do Simples Nacional, posto que possuía os documentos necessários para análise, não sofrendo qualquer prejuízo na sua atuação pela ausência da movimentação bancária não escriturada no livro da impugnante;

- Da impossibilidade dos efeitos da exclusão retroativos à 01/01/2010

- que conforme mostrado que não existem as razões apontadas para exclusão do Simples Nacional, “[...] deve ser aplicado ao caso o princípio geral da ciência dos atos, no qual os efeitos só se iniciam a partir da notificação do contribuinte...”;

- conclui que não se pode pretender que os efeitos maléficos de uma exclusão tributária sejam suportados pela impugnante antes mesmo da sua própria ciência; que a pretensão dos efeitos retroativos da desqualificação como optante do Simples fere também os princípios constitucionais-tributários da anterioridade, irretroatividade e da não surpresa tributária.

- Da impugnação aos autos de infração;

- *que não obstante a apresentação de defesa quanto ao Ato Declaratório que questiona a exclusão do Simples Nacional, a Impugnante foi informada acerca da exigência dos tributos em autos de infração;*
- *que de acordo com levantamento fiscal, a Impugnante supostamente teria omitido receitas, deixando de lançar em sua contabilidade a movimentação bancária;*
- *assim, o fiscal desconsiderou a escrita contábil arbitrando a receita (sic), tanto a supostamente omitida quanto a já declarada e tributada; ocorre que o auto de infração apresenta vários vícios que maculam sua legalidade;*
- *Da revogação do art.42 da Lei n. 9.430/96 em razão de antinomia jurídica com o art.5º, §4º da LC 105/01;*
- *que o art.42 da Lei n. 9.430/96 foi revogado tacitamente devido à antinomia jurídica com o art.5º, §4º da LC 105/01; pois se a Receita Federal pode requisitar os documentos que entender necessários (extratos bancários, cfe. LC 105/01) para a apuração adequada dos fatos, como consequência será tributada a real e efetiva omissão de rendimentos provada pelo órgão, tornando ilegal a tributação com base na presunção do art.42 da Lei 9.430/96, o qual considera os depósitos bancários de origem não comprovada como omissão de receita, cabendo ao contribuinte realizar prova negativa;*
- *devido à revogação tácita do art.42 da Lei 9.430/96 em face do advento do art.5º, §4º da LC 105/01, o Auto de Infração impugnado é ilegal, eis que não vige mais a presunção legal de omissão de receita;*
- *Da desproporcionalidade do auto de infração: que a tributação efetuada viola o princípio da proporcionalidade, descrito pela doutrina como o conjunto de três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade; (i) que a exigência deve estar de conformidade ou adequação entre meios e fins (adequação) e no caso em questão, a mera situação de depósitos sem origem explicada não pode levar à conclusão da existência de fato gerador de tributos; (ii) o subprincípio da necessidade traduz o direito do sujeito à menor restrição possível de seu direito; no caso o meio usado para averiguar a presunção do art.42 foi a intimação para apresentação de documentos, mas a autoridade já dispunha de outros meios, desde o advento da LC 105/01; (iii) que o ônus da prova recaiu totalmente sobre o Impugnante, parte mais fraca da relação de tributação;*
- *Do lançamento com base nos extratos bancários – da utilização da movimentação financeira como parâmetro para configuração de receita;*
- *que nem todas as operações de entradas em banco podem ser consideradas como uma receita do titular da conta/ a movimentação financeira é mero indício de riqueza, sendo necessário, para a caracterização da receita e conseqüente exigência do tributo, prova cabal que relacione os depósitos a elementos concretos;*

- a argumentação de que, após o advento da Lei 9.430/96, cabe ao fisco somente a evidenciação da existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada, não tendo a necessidade de estabelecer um nexo de causalidade entre os depósitos e os fatos concretos ensejadores do ilícito é um tanto frágil; estaria dando poderes ilimitados ao fisco, cabendo ao contribuinte fazer prova negativa da situação;

- em síntese, é imprescindível a comprovação de vínculo entre fatos materiais e os indícios bancários que, juntos, formem o nexo causal entre o fato gerador descrito na norma e a efetiva obrigação tributária a ser lançada de ofício; sem isso, carece totalmente de legitimidade o auto de infração;

- por esse motivo, resta totalmente incoerente a exigência do IRPJ e seus reflexos com base nos extratos bancários, presumidos como se receita fosse;

- Do arbitramento da receita conhecida e - Do erro na base de cálculo;

- que seria equivocado o percentual lançado na Notificação Fiscal em comento do acréscimo de 20% (lucro arbitrado), haja vista que o Agente Notificante tinha por referência de receita o total movimentado em conta corrente e conhecia a tributação da contribuinte; nesse caso, se entendesse que a Impugnante tivesse perdido o direito à tributação diferenciada, poderia, no máximo, lançar o valor com base no Lucro Presumido, sem o devido arbitramento;

No **item 7. Da Exclusão do Simples Nacional**, a Impugnante repete os argumentos já relatados em sua manifestação de inconformidade.

Continuando com a impugnação:

- Da Multa Excessiva (neste tópico, argumenta que a CF/88 veda a utilização de qualquer tributo com efeito confiscatório)

- Da ilegalidade da aplicação da Taxa SELIC para o cálculo dos Juros de mora (neste tópico, alega que a taxa SELIC não pode ser utilizada no cálculo crédito tributário, que sua aplicação é ilegal e fere princípios constitucionais);

Processadas as *Defesas*, foi proferido pela 3ª Turma da DRJ de Florianópolis o v. Acórdão, ora recorrido, negando provimento às razões apresentadas, tanto de Manifestação de Inconformidade, como de Impugnação, mantendo a exclusão do Contribuinte do SIMPLES Nacional e integralmente os lançamentos de ofício procedidos:

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

Data do fato gerador: 31/03/2010, 30/06/2010, 30/09/2010, 31/12/2010

Exclusão. Prática Reiterada de Infração à Legislação. Omissão de Receita.Exclusão de Ofício. Efeitos.

Créditos bancários sem origem justificada caracteriza omissão de receita, por força de presunção legal, e se constitui em prática reiterada de infração à legislação tributária se tal situação se verificou por doze meses e em valores bem superiores as receitas declaradas. Ocorrida esta situação, os efeitos da exclusão já se notam na data da infração, por expressa previsão legal.

Exclusão. Ausência de escrituração de Movimentação Financeira/Bancária.

As microempresas e as empresas de pequeno porte deverão manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária, sendo que a ausência deste registro implica na exclusão do Simples Nacional.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/03/2010, 30/06/2010, 30/09/2010, 31/12/2010

Presunções Legais Relativas. Distribuição do ônus da Prova.

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

Lançamento de Ofício. Multa Aplicável

As multas de ofício não possuem natureza confiscatória, constituindo-se antes em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias, atingindo, por via de consequência, apenas os contribuintes infratores, em nada afetando o sujeito passivo cumpridor de suas obrigações fiscais.

Juros de Mora. Aplicabilidade da Taxa SELIC.

Estando os juros lançados em absoluta conformidade com a legislação de regência, não podem ter seus percentuais reduzidos aleatoriamente pelo julgador administrativo, em virtude de alegada feição de inconstitucionalidade/ilegalidade da exigência de juros com base na taxa Selic. Sobre os débitos tributários para com a União, não pagos nos prazos previstos em lei, aplicam-se juros de mora calculados, a partir de abril de 1995, com base na taxa SELIC.

Súmula CARF nº 4. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2010, 30/06/2010, 30/09/2010, 31/12/2010 Depósitos Bancários. Origens. Presunção Legal. Omissão de Receita.

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Lucro Arbitrado.

O imposto devido será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, com a inclusão de toda a movimentação financeira, no caso da opção pelo lucro presumido.

Receita Bruta Conhecida. Base de Cálculo. Lucro Arbitrado.

Quando a receita bruta conhecida for utilizada como base de cálculo do Lucro Arbitrado, ao coeficiente de presunção aplicável deve ser acrescido o percentual de vinte por cento (20%).

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/03/2010, 30/06/2010, 30/09/2010, 31/12/2010

Arguições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Legislação Tributária.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

PIS. COFINS. CSLL. Lançamentos Decorrentes. Efeitos da decisão relativa ao lançamento principal (IRPJ).

Em razão da vinculação entre o lançamento principal (IRPJ) e os que lhe são decorrentes, devem as conclusões relativas àquele prevalecerem na apreciação destes, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Diante de tal *revés*, foi oposto singular Recurso Voluntário, versando sobre a exclusão do SIMPLES Nacional e sobre as exigências dos lançamentos de ofício, trazendo as mesmas alegações de Impugnação e Manifestação de Inconformidade, bem como atacando diretamente as razões do v. Acórdão recorrido.

Na sequência, os autos foram encaminhados para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella - Relator

O Recurso Voluntário é manifestamente tempestivo e sua matéria se enquadra na competência desse N. Colegiado. Os demais pressupostos de admissibilidade igualmente foram atendidos.

Exclusão do SIMPLES Nacional

Inicialmente, passa-se a apreciar a matéria referente ao Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 217/2013, que promoveu a exclusão da Recorrente do SIMPLES Nacional, a partir de 1º janeiro de 2010.

Conforme relatado, são dois os fundamentos para a exclusão da Contribuinte do SIMPLES Nacional: **(i)** a *falta de escrituração do livro-caixa ou por não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária* e **(ii)** *por ter sido constatada prática reiterada [de infração] à Lei Complementar nº 123/2006, fatos que importam na sua exclusão de ofício do Simples Nacional, com fundamento no art. 29, inciso V e VIII, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (vide fls. 237).*

Posto isso, primeiramente, passa-se a analisar o primeiro *motivo* de exclusão, referente à *falta de escrituração do livro-caixa ou por não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária*, conforme previsto no inciso VIII, do art. 29, da Lei Complementar nº 123/2006.

No caso concreto, como se verifica dos autos, após intimar e receber da ora Recorrente seu Livro Razão do ano-calendário de 2010, foi constatado que *contrariando a legislação[...] a conta "CAIXA" não contempla a escrituração da movimentação bancária da empresa, e no qual não há qualquer escrituração de qualquer conta onde tal movimentação tenha sido registrada* (fls. 3).

Sobre tal fato, a Recorrente, em suma, alega que, apesar de realmente não ter sido registrada no seu Livro Razão a movimentação bancária existente (reconhecendo a veracidade de tal fato), posteriormente colhida pelo Fisco, existiria *toda documentação apta a subsistir esta exigência*, assim como, sendo optante pelo SIMPLES Nacional, só teria

relevância o registro contábil de seu faturamento propriamente dito, sendo este o elemento adequado para a base tributável dessa sistemática. Também acrescenta que tal postura não acarretou em *dificuldade ou impedimento para o exercício da fiscalização*

Pois bem, não obstante as afirmações da Contribuinte, é certa existência de dispositivo que objetivamente prevê tal *falha* de contabilidade como motivação para a exclusão do SIMPLES Nacional:

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

(...)

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

A redação do dispositivos é incisiva e clara, não deixando margens interpretativas que socorram às alegações da Recorrente.

Certamente, *subsumi-se* à hipótese legal acima colacionada o fato verificado pela Fiscalização, ao passo que a conta *Caixa* do Livro Razão, ainda que efetivamente mantido pela Empresa autuada, não trazia o fluxo financeiro bancário da Empresa, o que perfeitamente se revela como *não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária*.

Não há na referida norma nenhuma ressalva ou mesmo previsão para a *retificação* dos Livros de forma a mitigar a ocorrência dessa hipótese de exclusão dos contribuintes, diante da sua verificação concreta pelas Autoridade Fiscais.

Mais importante é que a mesma Lei Complementar nº 123/2006 obriga o optante, constituído e operando na modalidade societária e empresarial da Contribuinte, a manter, especificamente, esse registro contábil:

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

II - manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos e o cumprimento das obrigações acessórias a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar enquanto não decorrido

o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

*§1º O MEI fará a comprovação da receita bruta mediante apresentação do registro de vendas ou de prestação de serviços na forma estabelecida pelo CGSN, ficando dispensado da emissão do documento fiscal previsto no inciso I do **caput**, ressalvadas as hipóteses de emissão obrigatória previstas pelo referido Comitê.*

§ 2º As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão, ainda, manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária (destacamos).

Posto isso, revela-se correta e procedente a exclusão da Recorrente do SIMPLES Nacional, nos termos do art. 29, inciso VIII, da Lei Complementar nº 123/2006, não merecendo qualquer reforma nesse ponto o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 217/2013.

Em relação ao segundo *motivo* da exclusão promovida, referente à constatação de *prática reiterada* [de infração] à *Lei Complementar nº 123/2006*, este Conselheiro entende ser improcedente tal fundamento, vez que não configuradas as circunstâncias que implicam em *prática reiterada* - inclusive nos termos da própria Lei Complementar nº 123/2006.

Contudo, tal constatação e entendimento não guarda relevância jurisdicional em relação à exclusão da Contribuinte, vez que já demonstrada a ocorrência eficaz da hipótese do inciso VII do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006.

Apenas registrando e esclarecendo, mas de forma breve (considerando a *ineficácia* dessa posição), primeiro temos que a constatação de omissão de receitas no presente caso deu-se com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96, diante da ausência de informação ao Fisco de depósitos bancários contidos em sua movimentação financeira. Frise-se que para a constatação de tal infração tributária, a falta de registro contábil é irrelevante. Incorreria a Contribuinte na mesma *infração presumida* se apenas deixasse de declarar tais valores, mesmo tendo lançado a movimentação bancária na conta *Caixa* de seu Livro Razão.

Deve-se considerar que os contribuintes optantes pelo SIMPLES Nacional, mesmo devendo promover recolhimentos mensais, estão sujeitos à apresentação de Declaração anual, na qual consolidam-se todas as informações e eventos de relevância fiscal do ano-calendário.

Assim, o critério de sazonalidade *mensal* não é absoluto para apuração definitiva dos tributos devidos pela sistemática do SIMPLES Nacional, vez que sujeito a uma declaração anual de suas informações fiscais.

Primeiro porque a infração em tela não abrange nenhuma postura ativa, *comissiva* - mas apenas a conduta *omissiva* em relação a informar sua movimentação financeira, sendo, por causa de tal *silêncio*, considerados os depósitos colhidos pela Fiscalização como receita omitida tributável (e ausente também, mas já em fase fiscalizatória, justificativa considerada apta para elidir a presunção legal aplicável).

Tem-se aqui já que a *definitividade* (diga-se, até impropriamente, *aperfeiçoamento*) da ocorrência de tal infração esteve, na verdade, condicionada à apresentação da mencionada Declaração, referente a todos os meses do ano-calendário, sem tais informações bancárias (o que, de fato, ocorreu no presente caso).

Tanto assim é que a própria Fiscalização instrui os autos com cotejo direto das informações prestadas na Declaração de rendimentos da Contribuinte para confirmar e apontar a ausência de declaração da movimentação bancária colhida:

Analisando as informações prestadas na mencionada declaração de rendimentos detectamos que os valores declarados como faturamento mensal no ano de 2010, está muito aquém dos valores depositados nas contas bancárias mantidas pela contribuinte. Sendo assim com o fito de dirimir as dúvidas surgidas lavramos intimação fiscal, onde solicitamos que esclarecesse a origem dos valores depositados nas suas contas correntes. O quadro demonstrativo a seguir retrata, de forma cristalina a situação materializada.

DEMONSTRATIVO DAS RECEITAS OMITIDAS

| MÊS/ANO | INGRESSOS BANCÁRIOS | RECEITAS DIPJ | DIFERENÇA A TRIBUTAR |
|---------|---------------------|---------------|----------------------|
| jan/10 | 200.546,85 | 25.263,75 | 175.283,10 |
| fev/10 | 63.178,82 | 28.833,60 | 34.345,22 |
| mar/10 | 380.829,01 | 16.100,00 | 364.729,01 |
| abr/10 | 273.469,04 | 15.250,00 | 258.219,04 |
| mai/10 | 281.666,49 | 16.300,00 | 265.366,49 |
| jun/10 | 165.951,73 | 24.714,00 | 141.237,73 |
| jul/10 | 239.456,45 | 25.007,40 | 214.449,05 |
| ago/10 | 373.282,38 | 25.074,10 | 348.208,28 |
| set/10 | 546.951,68 | 19.112,40 | 527.839,28 |
| out/10 | 559.555,01 | 22.986,30 | 536.568,71 |
| nov/10 | 692.514,06 | - | 692.514,06 |
| dez/10 | 313.473,77 | 24.000,00 | 289.473,77 |
| TOTAL | 4.090.875,29 | 242.641,55 | 3.848.233,74 |

(fls. 2)

Considerando o acima exposto, denota-se que o *ciclo de ocorrência eficaz* (e, conseqüentemente, apuração) da infração de omissão de receitas, com base na ausência de informação de depósitos bancários, considerados de natureza e origem não comprovada, e nos termos presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96, é anual.

Frise-se que não existe qualquer menção sobre a ocorrência da mesma infração em anos-calendário anteriores.

Dessa forma, a *reiteração* na prática dessa infração dependeria - pelo menos - da sua ocorrência eficaz, em mais um *período* do ano-calendário de 2011, colhida após a apresentação da Declaração de rendimentos desse outro exercício.

E, independentemente disso, após a edição da Lei Complementar nº 123/2006, em face da previsão de seu art. 29, § 9º, a *prática reiterada* deixou de ser um conceito indeterminado e passou a ter *conteúdo* claramente delineado:

§ 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, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

No presente caso temos situação em que: **a)** a reiteração não foi suportada com base em infração anterior formalizada por auto de infração ou notificação de lançamento e **b)** não existe acusação de emprego de ardil, artifício ou fraude, além da simples postura omissiva da Contribuinte. E tanto assim é que a infração de omissão de receitas no presente caso deu-se de forma presumida, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96 (o termo *utilização* pressupõe conduta específica, *comissiva*, ativa, para perpetrar a *infração fim*).

Além disso, a multa aplicada foi de ofício, não havendo sua qualificação. Não obstante, o próprio teor das Súmulas CARF nº 14 e 25 deixam claro que a simples omissão de receitas não se confunde com fraude, dolo ou simulação.

Desse modo, entende-se e aqui registra-se que não restou configurada a ocorrência de *prática reiterada*, nos termos da própria Lei Complementar nº 123/2006, merecendo reforma o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 217/2013 nesse ponto, mas sem implicar no afastamento da exclusão da Contribuinte do SIMPLES Nacional ou redução de qualquer exação.

Ainda, a Recorrente combate os efeitos retroativos da sua exclusão, os quais tiveram *início* em 1º de janeiro de 2010. Para isso, em suas razões, primeiro reitera a improcedência da sua exclusão, repetindo os argumentos de invalidade do *ADE*.

Depois, afirma que a previsão do §1 art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006 ferem seu *direto adquirido* e configura confisco, expressamente apontando violação ao art. 5º, inciso XXXVI e art. 150, inciso IV, da Constituição da República de 1988.

Logo, aqui é incidente o disposto no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, bem como a Súmula nº 2 deste E. CARF, não se podendo conhecer das alegações exclusivamente fundamentadas em dispositivos constitucionais.

Por fim, pugna no sentido que, de acordo com os cálculos da Fiscalização, a omissão de receitas apurada apenas fez superar o limite à época do SIMPLES Nacional (de R\$ 2.400.000,00) em setembro de 2010, mas - mesmo assim - nos termos da Lei Complementar nº 123/2006 vigentes à época dos fatos geradores, somente poderia ter sido excluída dessa *sistemática* especial de arredação a partir do ano-calendário subsequente.

Não assiste razão à Recorrente. Como já decidido, é incidente ao caso a hipótese do inciso VIII, do art. 29, da Lei Complementar nº 123/2006, que, por sua vez, implica na exclusão do contribuinte *a partir do próprio mês em que* ocorrida a hipótese apurada, como previsto no § 1º daquele mesmo artigo.

É irrelevante, ao presente caso, o momento ou mesmo a ocorrência do extrapolamento do limite de receita bruta máxima previsto para a permanência no SIMPLES Nacional. Na mesma esteira, a argumentação conhecida sobre o tema não é capaz de afastar a cogência das normas veiculadas no art. 29 da referida Lei Complementar e seus efeitos.

Logo, não só a exclusão apresenta-se como correta e lícita, como também o início de seus efeitos em 1º de janeiro de 2010.

Autuações

A primeira alegação preliminar da Recorrente no que tange à improcedência das exações é da suposta ocorrência de revogação tácita do art. 42 da Lei nº 9.430/96, diante da sua *antinomia jurídico* com norma posterior veiculada no art. 5º, § 4º, da Lei Complementar nº 105/2001.

Para a Contribuinte, diante das *novéis* prerrogativas do Fisco atinentes ao acesso a informações bancárias sem a necessidade de autorização judicial, empregando-as normalmente na atividade fiscalizatória, teria se tornado *ilegal* a presunção contida no art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Não assiste razão à Recorrente nesse ponto.

Tal dispositivo da Lei Complementar nº 105/2001 refere-se efetivamente a questões de sigilo bancário quando da fiscalização de operações financeiras, concedendo à Autoridade Fiscal a faculdade de requerer diretamente ao contribuinte - e ser lhe diretamente fornecidos - informações e documentos sobre tais transações, sem o aval do Poder Judiciário.

Não há qualquer coincidência na *jurisdicização* de fatos e hipóteses tratados nas normas em que se afirma existir antinomia. A criação de meios para investigar e constatar, direta e concretamente, a omissão de receitas não tem o condão de revogar a modalidade presuntiva da mesma infração, regularmente prevista em Lei, de modo plenamente vigente e inalterado.

Pode-se, seguramente, afirmar que tal matéria hoje é pacífica no entendimento desse E. CARF, não se justificando um maior aprofundamento da alegação.

Muito recentemente, esta mesma 2ª Turma Ordinária enfrentou o tema, afastando a posição agora defendida pela Recorrente, por unanimidade, como ilustra trecho a ementa do Acórdão nº 1402.002.957, de relatoria deste mesmo Conselheiro, publicado em 27/04/2018:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. CARÊNCIA DE PROVAS. PRESUNÇÃO. POSSIBILIDADE E VALIDADE.

A Lei nº 9.430/1996, no seu art. 42, estabelece uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento de ofício dos tributos correspondentes sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante

documentação hábil e idônea, a origem e a natureza dos recursos lá creditados.

LEI COMPLEMENTAR 105/2001. REVOGAÇÃO TÁCITA DO ARTIGO 42 DA LEI 9.430/96. INOCORRÊNCIA.

É improcedente a alegação de que, a partir da vigência da Lei Complementar nº 105/2001, caberia ao Fisco o ônus da prova da origem dos depósitos bancários, pois estaria revogado tacitamente o art. 42 da Lei nº 9.430/96. A norma veiculada no §4º do art. 5º da referida Lei Complementar versa especificamente sobre prerrogativas das Autoridades Fiscais diante de questões de sigilo bancário, não estando a presunção de omissão de receitas condicionada aos meios e à autonomia do seu poder de fiscalização.

O mesmo entendimento também foi adotado no Acórdão nº 1401-001.373, proferido pela C. 1ª Turma Ordinária dessa mesma 4ª Câmara, de relatoria do I. Conselheiro Fernando Luiz Gomes de Mattos, publicado em 04/09/2015:

ÔNUS DA PROVA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PODER DE INVESTIGAÇÃO DO FISCO.

É insustentável a tese segundo a qual, a partir da Lei Complementar nº 105/2001, cabe ao fisco o ônus da prova da origem dos depósitos bancários, em vista da amplitude de poderes conferidos às autoridades fazendárias, eis que: a) trata-se de presunção legal, que não foi derogada; b) a presunção não se encontra condicionada ao poder de fiscalização do fisco; c) a aceitação da tese implicaria a revogação de todas as demais presunções legais de omissão de receitas, uma vez que o fisco sempre dispôs da prerrogativa de examinar livros e documentos de qualquer contribuinte.

Diante disso, afasta-se tal alegação preliminar de nulidade do lançamento.

Na sequência, a Recorrente afirma que o lançamento violou o *princípio da razoabilidade*, no sentido de que *o Auto de Infração revela-se desproporcional, considerando os depósitos bancários, por si só, como receita, sem amparo nos demais elementos configuradores do conceito efetivo de rendimentos, como sinais externos de riqueza. Tratou-se de aplicação irrazoável e desproporcional da presunção prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/96 (...).*

Ainda que arrimando tal alegação principiológica em doutrina de notórios constitucionalistas e Min. do E. Supremo Tribunal Federal, afirma a Recorrente ser permitido o

seu conhecimento por este E. CARF, vez que o art. 2^o da Lei nº 9.784/99 prevê sua observância pela Administração Tributária.

Traz ainda, no tópico subsequente, matéria relacionada diretamente a tal alegação, pugnando que não se poderia proceder a lançamento de ofício com base apenas em depósitos bancários, vez que esses não revelam a *disponibilidade econômica como base de cálculo dos "impostos" devidos pela Recorrente*. Complementa que, *per si*, não há nexo causal direto entre depósitos bancários e a infração de se omitir as receitas tributáveis, realmente auferidas.

Primeiro temos que a suposta violação ao *princípio da razoabilidade*, ainda que possa ser *desdobrado* em regras de conteúdo determinado e menos abstrato, não se presta como motivação exclusiva para o cancelamento do crédito tributário, apurado, então, pela aplicação, de forma direta e dentro da vinculação da atividade administrativa fiscal, das prescrições do art. 42 da Lei nº 9.430/96, assim como de outras normas referentes à quantificação e formalização dos Autos de Infração.

Nesse sentido, à luz da *supremacia da constituição* - e legalmente reforçado pelo teor do art. art. 2^o da Lei nº 9.784/99 - é certa a necessidade de observância das Autoridades Fiscais de toda a *principiologia* invocada em tal dispositivo. Contudo, tal prescrição dirigi-se, de forma mais eficaz e pragmática, aos atos que apresentam graus de discricionariedade ou mesmo natureza decisória.

Ainda que a Contribuinte afirme que *tratou-se de aplicação irrazoável e desproporcional da presunção prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/96, não é apresentado especificamente nenhum desvio ou abuso na sua adoção e, tampouco, é demonstrada a suposta forma alternativa, então devida e correta, de sua aplicação* (diversa daquilo, então, procedido pela Fiscalização).

Tudo aquilo que se apontou como *irrazoável* nas exações combatidas é fruto ordinário e objetivo do seu próprio conteúdo e resultado dos efeitos jurídicos da presunção veiculada em tal dispositivo. Por consequência, o que claramente se revela aqui é que, na verdade, questiona a Contribuinte a *razoabilidade da própria norma jurídica*, veiculada no art. 42 da Lei nº 9.430/96.

¹ Art. 2^o A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

Desse modo, essa *abordagem* na construção postulatória e alegações são inadequadas para afastar, no contencioso administrativo fiscal, a validade e a procedência das Autuações fiscal, ficando limitado ao Julgado ao conteúdo normativo de hierarquia legal.

Já em relação ao fato de os depósitos bancários não demonstrarem a *disponibilidade econômica* referente aos tributos exigidos, não poderão considerá-los integralmente como elemento tributável, pois não haveria demonstração concreta da infração de omitir-se receitas, mais uma vez, não procede tal arguição.

O art. 42 da Lei nº 9.430/96 está validamente inserido no sistema tributário nacional, veiculando presunção *iuris tantum* da omissão de receitas quando devidamente colhidas e comprovadas pela Fiscalização as condutas e ocorrências legalmente arroladas, justificadas, inclusive, pela *praticabilidade tributária*.

O efeito de tal disposição é a inversão do ônus da prova sobre a ocorrência da infração de omissão de receitas, diante da devida fundamentação para a sua aplicação, dentro das hipóteses previstas.

Logo não se trata de tributação fundada diretamente em movimentação bancária, mas, sim, em disposição legal expressa, presente há mais de duas décadas na legislação federal da tributação sobre a renda, que vale-se de corriqueira técnica jurídica de abstração. Não existe violação ao conceito legal de *receita tributável*.

Há muito a legitimidade jurídica de tal dispositivo não representa celeuma neste E. CARF, não procedendo os supostos *conflitos* conceituais aventados pela Recorrente.

Também, cabível aqui a dicção da Súmula CARF nº 26: *A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.*

Dessa forma, afasta-se tais alegações.

Mais adiante, opõe-se a Contribuinte ao *arbitramento de receita conhecida* e, conseqüentemente, alega-se *erro na base de cálculo*.

Contudo, a Recorrente afirma diversas vezes que era optante pelo Lucro Presumido, como quando, por exemplo, alega que *a correta interpretação aplicável ao caso é que o arbitramento só deve ser promovido no caso de não haver segurança na apuração das bases segundo o regime ordinário de tributação do sujeito passivo (Lucro Presumido)*.

E defende que deviria ser *aplicado o mesmo regime de tributação o qual esta submetido a Recorrente, nos termos do art. 288 do RIR. Assim, não deve prevalecer o entendimento do Fisco quanto do acórdão recorrido de que é correto o arbitramento do lucro da empresa Recorrente, ante ao descumprimento às normas do regime de tributação a que se submeteu, qual seja: lucro presumido*.

Ou seja, a maior parte das razões e a conclusão da Contribuinte sobre tema são alheias aos fatos da presente demanda, o que até justificaria delas não conhecer.

Como exaustivamente visto no presente voto, a Recorrente era optante pelo SIMPLES Nacional e de tal *sistemática* foi excluída, desde o início do ano-calendário de 2010, período em que foram lançadas as exações em tela, sob a acusação de omissão de receitas.

Uma vez excluída regularmente de tal *regime*, não se poderia proceder às exigências nos moldes do SIMPLES Nacional, em atenção exclusiva, *isolada* - e indevida - ao disposto art. 288 do RIR/99² (que se revela regra geral).

Além disso, tal assunto (ausência de escrituração de movimentação financeira) é precisa e especialmente tratado no art. 530 do RIR (art. 45 da Lei nº 8.981/95), que deve ser interpretado e aplicado de maneira sistemática em relação às demais normas que disciplinam a apuração do imposto sobre a renda e os procedimentos para o lançamento de ofício.

Nessa esteira, é fato incontroverso que os depósitos bancários e toda a movimentação financeira em referência, colhidos pela Fiscalização, que deram base para a quantificação das infração, não estavam registrados nas Livros da Contribuinte.

Sem a necessidade de maiores aprofundamentos, está claro que a hipótese *in casu* se amolda ao previsto no art. 530 do RIR/99:

² Art. 288. Verificada a omissão de receita, a autoridade determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração a que corresponder a omissão.

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando:

(...)

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou (destacamos)

O arbitramento não é espécie de sanção fiscal e tampouco uma *prerrogativa* ou uma *faculdade* do contribuinte quando autuado. Trata-se de modalidade de apuração do lucro tributável, aplicável quando verificadas, concretamente, as suas hipóteses legais de adoção.

Desse modo, mostram-se procedentes as Autuações no que tange à adoção do regime do Lucro Arbitrado.

Ainda, alega a Recorrente ser abusiva e *confiscatória* a percentagem de 75% da multa de ofício aplicada, literalmente afirmando existir violação ao art. 150, inciso IV, da Constituição da República vigente. Inclusive traz julgado de E. Supremo Tribunal Federal.

Todavia, mais uma vez, observa-se que a única base legal de seu argumento é o art. 150, inciso IV, da Constituição da República de 1988. Desta feita, é também incidente aqui o disposto no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, bem como a Súmula nº 2 deste E. CARF, não se podendo conhecer dessa alegação.

Por fim, a Recorrente alega ser ilegítima e inconstitucional a adoção de juros, indexados pela Taxa SELIC, que violaria tanto seu direito constitucionalmente garantido, como aspectos legais do sistema tributário nacional.

Nesse *tema*, em relação à alegada violação do art. 150, inciso I, da Carta Magna de 1988, incide o disposto no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, bem como a Súmula nº 2 deste E. CARF, não se podendo conhecer dessa alegação

Além disso, abrangendo a matéria infraconstitucional arguida, esta C. 2ª Turma, acompanha o atual entendimento da C. Câmara Superior de Recursos Fiscais, que professa ser devida tal postura fiscal, inclusive com a correta eleição da Taxa SELIC.

Ilustrando tal posição, confira-se trecho da ementa do recente Acórdão nº 9101-003.222, da C. 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, como voto vencedor do I. Conselheiro Rafael Vidal de Araújo, publicado em 05/03/2018:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008, 2009

INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

Sobre o crédito tributário não pago no vencimento incidem juros de mora à taxa SELIC. Compõem o crédito tributário o tributo e a multa de ofício proporcional.

(...)

Por fim, especificamente ainda em relação à taxa adotada, incide ao caso o claro teor da Súmula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

O mesmo entendimento foi adotado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.073.846/SP, de 25/09/2009, de relatoria do Exmo. Min. Luiz Fux, sob a dinâmica do art. 543-C do Código de Processo Civil vigente à época.

Diante do exposto, voto por não conhecer da matéria constitucional alegada e, na parte conhecida, negar provimento ao Recurso Voluntário, mantendo-se a exclusão da Contribuinte do SIMPLES Nacional, bem como as Autuações lavradas.

(assinado digitalmente)

Caio Cesar Nader Quintella