



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

Processo nº 11634.000098/2008-21
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-00.794 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de outubro de 2011
Matéria IRPJ e outros e EXCLUSÃO DO SIMPLES
Recorrente LCTHEC INFORMÁTICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004

LUCRO ARBITRADO. EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES. RECEITA BRUTA NÃO ULTRAPASSADA NO ANO-CALENDÁRIO ANTERIOR.

Tendo a exclusão do regime do Simples sido motivada no excesso de receita bruta em relação ao limite de R\$ 1.200.000,00 que teria ocorrido no ano-calendário de 2003, e sendo o valor total de receitas declaradas relativas a esse ano, acrescidas das receitas omitidas do período de maio a dezembro desse mesmo ano que foram objeto de lançamento (presunção legal de que trata o art. 42 da Lei 9.430/96), inferior a esse limite, não foi incorrida essa hipótese de exclusão, e consequentemente, cancela-se o lançamento do ano-calendário de 2004, por ter sido efetuado sob o regime do lucro arbitrado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Ausente momentaneamente, o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima – Presidente e Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moises Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Albertina Silva Santos de Lima.

Relatório

Trata-se de processo relativo a exclusão do regime do Simples, conforme Ato declaratório executivo nº 4, de 08.02.2008, cuja ciência à contribuinte foi dada em 27.02.2008.

Trata-se também de lançamento relativo ao ano-calendário de 2004, em razão da falta de comprovação da origem dos recursos creditados/depositados em contas correntes bancárias.

A exclusão do Simples se deu em razão de ter ocorrido a hipótese de exclusão obrigatória, prevista no art. 9º, II, e art. 23, II, da Lei 9.317/96 (excesso de receita em relação ao limite de R\$ 1.200.000,00 no ano-calendário de 2003, com efeitos a partir de 01.01.2004).

Em 21.05.2006, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão nº 15/2006, policiais federais compareceram na empresa C. Brusque Costa, no shopping Catuaí, em Londrina, e os documentos apreendidos pela Polícia Federal foram encaminhados à Receita Federal.

Em 20.03.2007, com o objetivo de cientificar a empresa do Termo de início da ação fiscal, a mesma não foi localizada no endereço cadastral, tendo sido cientificada, por meio da sócia, Sra. Liciane Lopes Costa.

Em 19.06.2007, a empresa foi intimada a apresentar extratos de todas as aplicações financeiras e de todas contas correntes bancárias movimentadas pela empresa de janeiro de 2003 a dezembro de 2004.

As informações sobre a movimentação financeira foram solicitadas às instituições bancárias, com atendimento, uma vez que a sócia, por meio de sua advogada, informou que havia solicitado às agências bancárias, os extratos bancários, mas que em razão, de haver custo alto para obtenção dos mesmos, caso a Receita Federal requisitasse as informações, nesse caso, pediria mais prazo.

Em 28.09.2007, a empresa foi intimada a comprovar, por meio de documentos hábeis, a origem dos valores depositados/creditados em duas contas correntes bancárias; em 24.10.2007, a empresa solicitou dilação do prazo para atendimento à intimação, bem como, solicitou a restituição de todos os livros contábeis apresentados; em 23.11.2007, a empresa foi reintimada, e nesse ato, foi informada de que a documentação solicitada em 24.10.2007, encontrava-se à sua disposição desde 31.10.2007, fls. 167/169, tendo sido entregue em 11.12.2007; a empresa não atendeu à intimação.

Em 31.01.2008, a empresa foi novamente intimada a comprovar a origem dos valores creditados/depositados em suas contas correntes bancárias. A empresa não atendeu à intimação, e em 08.02.2008, foi intimada a apresentar o livro de registro de inventário de mercadorias do ano de 2004. A contribuinte não atendeu à intimação.

Em 27.02.2008, a empresa foi cientificada, via postal, do Ato Declaratório de exclusão do Simples, sendo que, em 26.03.2008, a empresa protocolou impugnação ao ato declaratório.

Em 07.04.2008, a empresa foi informada por meio de Termo de intimação fiscal, de que a tributação dos valores omitidos no ano-calendário de 2004, seria efetuada com base no art. 530, II, do RIR/99 (lucro arbitrado), uma vez que havia optado pela tributação simplificada e não possuía escrituração (contabilidade completa por trimestre, demonstrações financeiras, documentação e os livros auxiliares obrigatórios, inclusive lalur), que permitisse a tributação pelo lucro real trimestral, fls. 235/236.

Os valores relacionados no demonstrativo de fls. 158 a 162, foram considerados como receita da empresa, conforme art. 42 da Lei 9.430/96, uma vez que a contribuinte embora intimada por várias vezes, não comprovou a origem dos recursos creditados/depositados em suas contas correntes mantidas junto a instituições financeiras. Foram excluídos os valores dos cheques depositados e posteriormente devolvidos. Os valores devidos pelo regime do Simples, apurados na Declaração, foram compensados no auto de infração, por tributo. Foi aplicada a multa de ofício de 75%.

Consta a informação de que a Sra. Liciane Lopes Costa foi considerada sócia solidária juntamente com seu cônjuge Sr. Celso Brusque da Costa e seu sogro Jair Delfim da Costa, da empresa **Lucena & Cia Ltda**, em auto de infração já lavrado, tendo em vista que foi constatado que os sócios de direito tratavam-se de interpostas pessoas.

Informa que o ano-calendário de 2003 foi encerrado em outro processo: 11634.000306/2008-91.

DA DECISÃO DA TURMA JULGADORA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EXCLUSÃO DO SIMPLES. AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

ADE. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não há cerceamento pelo fato de o ADE ter sido cientificado à interessada antes da ciência do auto de infração por omissão de receitas no ano precedente, se a interessada já havia sido intimada e re-intimada 4 (quatro) vezes a justificar os depósitos/créditos em contas bancárias de sua titularidade, sem apresentar qualquer prova e o prazo de resposta a essas

intimações já se havia esgotado, e tampouco porque esse auto de infração ainda não foi julgado em todas as instâncias administrativas, dado que, se porventura vierem a ser julgadas improcedentes as omissões, a exclusão decorrente será revertida.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

ACESSO A EXTRATOS BANCÁRIOS. PRAZO PARA DEFESA. *Não há cerceamento do direito de defesa se a empresa não exerceu o direito de vistas ou solicitação de cópias de documentos apreendidos e dispôs de mais de seis meses para a der, além de lhe ser facultada a apresentação de documentos a posteriori, caso haja motivo justificado, bem como recurso à segunda instância de julgamento.*

MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO E PERCENTUAL.

LEGALIDADE *Aplicável a multa de ofício no lançamento de crédito tributário que deixou de ser recolhido ou declarado e no percentual determinado expressamente em lei.*

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.

APRECIAÇÃO. VEDAÇÃO.

Não compete à autoridade administrativa manifestar-se quanto à inconstitucionalidade ou ilegalidade das leis, por ser essa prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

EXCLUSÃO DO SIMPLES EXCESSO DE RECEITA BRUTA. FALTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO *Mantém-se a exclusão da empresa a partir do primeiro dia do ano-calendário seguinte àquele em que a fiscalização identificou receita bruta superior ao permitido no Simples, identificada por presunção legal de omissão de receitas, ainda que esta não tenha sido objeto de lançamento fiscal devido à decadência.*

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS.

A Lei nº 9.430, de 1996, no seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do 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.

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

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

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, CSLL, COFINS e INSS - Simples.

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

NOVAS PROVAS.

As provas devem ser apresentadas junto com a impugnação, precluindo o direito de a interessada fazê-lo em outra ocasião, ressalvada a impossibilidade por motivo de força maior, quando se refira a fato ou direito superveniente ou no caso de contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

PERÍCIA. PEDIDO NÃO FORMULADO Considera-se não formulado pedido de perícia genérico, sem formulação de quesitos específicos nem indicação de perito.

OITIVA DE TESTEMUNHAS.

Indefere-se o pedido para oitiva de testemunhas, no âmbito da primeira instância do contencioso administrativo fiscal, por falta de previsão legal.

Lançamento Procedente

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

A ciência da decisão de primeira instância se deu em 13.04.2009, e o recurso voluntário foi interposto em 07.05.2009.

A recorrente parte do pressuposto que a exclusão do Simples se deu em razão da sócia Sra. Liciane ter sido considerada sócia solidária da empresa Lucena & Cia Ltda.

Argumenta que apesar de ter sido consignado no TVF que foi propiciado à recorrente a justificativa dos lançamentos bancários, quando desejou o acesso e a prorrogação do exíguo prazo, e que não lhes foi permitido, havendo cerceamento do direito da ampla defesa e do contraditório.

Aborda a inexistência de decisão com trânsito em julgado quanto à solidariedade passiva de Liciane Lopes da Costa nos autos de infração lavrado em face de Lucena & Cia Ltda.

Também aborda a nulidade do auto de infração, por lesão ao contraditório e ampla defesa e a necessidade de prova técnica: (i) que o fisco deve permitir a participação contraditória do sujeito passivo, tanto que permitiu até o limite que ao Estado era conveniente, (ii) que não basta uma mera suspeita para legitimar a formalização do lançamento, porque há o resguardo das garantias constitucionais contra o excesso de exação, contra o confisco, que decorrem de exigência supostas, de lançamentos indiciários, fruto de arbítrio; (iii) que não basta para legitimar um lançamento, a simples lavratura de um auto de infração, quando existem fundadas razões para dar continuidade à elucidação dos fatos, como no caso dos autos, (iv) que a lei não admite que o sujeito passivo integre a instância quando a fase oficiosa não tenha

seguido as determinações legais, pois, o legislador quis evitar que o sujeito passivo tivesse o incômodo de percorrer todas as instâncias administrativas para demonstrar fato negativo, quando a ação fiscal não tivesse a condição de prosperar, (v) que é dever da administração tutelar seus próprios atos; (vi) que a administração está presa ao princípio da legalidade e que os princípios da ampla defesa e do contraditório há muito tempo não mais são exclusivos do processo judicial; (vii) que a súmula 473 do STF, não deixa margem a qualquer dúvida de que a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornariam ilegais, (viii) faz referência à segurança jurídica; (ix), que depósitos bancários são somente indícios e que meros indícios de renda (depósitos bancários) não podem legitimamente ser transformados em acréscimos patrimoniais suscetíveis de tributação, sem que previamente se exerça o dever de prova e investigação que a norma de lançamento exige, (x) discute o conceito de renda; (xi) argumenta que os auditores imputaram responsabilidade tributária e tomaram como fato gerador de imposto de renda e outros reflexivos os lançamentos existentes em contas correntes da empresa Lcthec, fazendo vistas grossas à necessidade de se apurar qual foi o acréscimo patrimonial da referida pessoa jurídica; (xii) que a presunção de infração formulada pelos auditores é figura jurídico-fiscal imaginária e inadmissível, e que o direito fiscal deve constituir-se em fato perfeitamente delineado e evidenciado, sem o que não nasce o fato gerador da infração, a tipicidade.(xiii) conclui que é totalmente nula e improcedente a exigência contida na autuação e o próprio auto de infração, pelo cristalino cerceamento de defesa, consubstanciado na necessária e indispensável perícia técnica e contábil, no qual obteria êxito na demonstração de que não omitiu receitas, (xiv) pede a aplicação do princípio da interpretação mais favorável ao contribuinte de reconhecida aplicabilidade do Conselho de Contribuintes.

Aborda ainda a desproporção entre o desrespeito à norma e sua consequência jurídica, em razão do caráter confiscatório, e que quando a multa ultrapassa o valor do principal, abandona-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, razão pela qual, deveria ser reconhecida a nulidade da multa imposta.

Como prova, requer a realização de perícia contábil na escrita e documentos da empresa, assegurando-lhe a indicação de assistente técnico, quesitos e participação em atos do contraditório, na época oportuna, bem como, a juntada de novos documentos, requisição de informações à Secretaria da Fazenda do Estado, ou qualquer outro órgão, oitiva de testemunhas e demais meios admitidos em direito.

Não sendo esse o entendimento, que ainda assim, sejam acolhidos os fundamentos da recorrente, observando-se que por não haver coisa julgada em relação à solidariedade passiva da Sra. Liciane na empresa Lucena & Cia Ltda, há de ser mantida a opção pelo Simples, afastando-se o enquadramento da empresa LCTHEC na modalidade de lucro arbitrado.

Consta no voto condutor do acórdão, que este processo foi analisado e julgado em conjunto com os seguintes, devido aos elementos em comum existentes entre os mesmos:

11.634.000307/2008-36 e 11634.000100/2008-61: Ower Computadores Ltda.
11634.000305/2008-47 e 11634.000099/2008-75: C. Brusque Costa
11634.000306/2008-91: LCTHEC Informática Ltda
11634.0001263/2007-81 e 11.634.001267/2007-69: Technology
Componentes Eletrônicos Ltda.
11634.001279/2007-93: Lucena e Cia Ltda.

11634.000471/2008-43: PCPlug Comércio de Equipamentos Eletrônicos Sistemas e Automação Industrial.

Este é o relatório.

Voto

A Conselheira Albertina Silva Santos de Lima

A Turma Julgadora julgou a impugnação relativa a estes autos juntamente com a impugnação de outros 9 processos que têm elementos em comum.

Desses 9 processos, estão em julgamento nesta sessão, também os recursos relativos ao processos 11634.000098/2008-21 da LCTHEC Informática Ltda, ao processo 11634.001279/2007-93, da pessoa jurídica Lucena & Cia Ltda, e aos processos 11634.0011634.001267/2007-69 e 11634.001263/2007-81 relativos ao sujeito passivo Technology Componentes Eletrônicos Ltda.

Dos demais processos julgados em conjunto, cujos recursos voluntários foram apreciados pelo CARF, destaco:

a) 11634.000099/2008-75 – C. Brusque Costa: Acórdão 1801-00.340, de 31.08.2010: recurso voluntário negado;

b) 11634.000100/2008-61 - Ower Computadores: Acórdão 1202-00546, de 28.06.2011: não foi conhecido o pedido de perícia, a preliminar de nulidade dos autos de infração foi negada, foi considerada definitiva a matéria não contestada, e no mérito, foi negado provimento ao recurso;

c) 11.634.000307/2008-36 - Ower Computadores: Acórdão 1202-00.547, de 28.06.2011: recurso voluntário negado.

Ainda não foram julgados no CARF os recursos relativos aos seguintes processos:

a) 11634.000305/2008-47 – C. Brusque Costa.

b) 11634.000471/2008-43: PCPlug Comércio de Equipamentos Eletrônicos Sistemas e Automação Industrial.

O recurso atende às condições de admissibilidade e deve ser conhecido.

Trata-se de autuação relativa ao ano-calendário de 2004, em razão de falta de comprovação da origem dos recursos creditados/depositados em contas correntes mantidas junto a instituições financeiras, efetuado no regime do lucro arbitrado.

Trata-se também de exclusão do regime do Simples, conforme Ato declaratório executivo nº 4, de 08.02.2008, cuja ciência à contribuinte foi dada em 27.02.2008.

A exclusão do Simples se deu em razão de ter ocorrido a hipótese de exclusão obrigatória, prevista no art. 9º, II, e art. 23, II, da Lei 9.317/96 (excesso de receita em relação ao limite de R\$ 1.200.000,00 no ano-calendário de 2003, com efeitos a partir de 01.01.2004).

A autuação relativa ao lançamento do ano-calendário de 2003 foi cientificada ao sujeito passivo em 23.05.2008, e refere-se à infração de falta de comprovação da origem dos recursos creditados/depositados em contas correntes bancárias movimentadas pela empresa, que está sob controle do processo nº. 11634.000306/2008-91.

O recurso voluntário relativo a esse processo foi julgado nesta sessão tendo sido rejeitada a preliminar de nulidade, e no mérito, foi negado provimento ao recurso.

Deve-se registrar que contrariamente o que alega a recorrente, a razão da exclusão do Simples, não foi o fato da sócia Sra. Liciania ter sido considerada responsável solidária no lançamento relativo à empresa Lucena & Cia Ltda. A razão da exclusão foi o excesso de receita, no ano-calendário de 2003, em relação ao limite de R\$ 1.200.000,00.

Registro que o valor das receitas omitidas no período de maio a dezembro do ano-calendário de 2003, que foram objeto do lançamento acrescidas da receita declarada no mesmo período resultou no valor de R\$ 768.592,58 (fls. 190 do processo 11634.000306/2008-91).

Adicionando-se a esse valor, as receitas declaradas do período de janeiro a abril de 2003, que segundo a Declaração Simplificada apresentada e que consta no processo relativo ao ano-calendário de 2003, acumulada até abril desse ano, corresponde a R\$ 204.598,49 (fls. 173 do processo 11634.000306/2008-91), se atinge o valor de R\$ 973.191,07, inferior, portanto, ao limite de R\$ 1.200.000,00.

A Turma Julgadora manteve a exclusão por entender que quando da emissão do ADE, a interessada já havia sido intimada a justificar os depósitos bancários de todo o ano-calendário, que deram origem à constatação de omissão de receitas e já haviam sido esgotados os prazos concedidos nessas intimações para que apresentasse suas comprovações das origens desses recursos.

Discordo desse entendimento. Tratando-se da infração de omissão de receitas caracterizada por falta de comprovação da origem dos recursos creditados/depositados em contas correntes mantidas junto a instituições financeiras, para que seja apurado o valor de receitas omitidas, necessariamente há de haver um lançamento.

Assim, ainda que os recursos depositados/creditados nos meses de janeiro a abril de 2003, não tenham tido a respectiva origem comprovada, mas não tendo os mesmos sido incluídos no lançamento, não restou caracterizada a presunção legal de omissão de receitas para esse período, razão pela qual não se pode adicionar o valor dos depósitos/créditos dos meses de janeiro a abril de 2003.

Consequentemente, sendo o valor total de receitas (declaradas no ano-calendário de 2003 mais receitas omitidas no período de maio a dezembro do mesmo ano)

Processo nº 11634.000098/2008-21
Acórdão n.º **1402-00.794**

S1-C4T2
Fl. 9

inferior a R\$ 1.200.000,00, não se pode afirmar que a pessoa jurídica incorreu nessa hipótese de exclusão.

Nesse sentido, deve-se dar provimento ao recurso para cancelar a exclusão do regime do simples, e tendo em vista que o lançamento foi efetuado sob o regime de tributação do lucro arbitrado, quando deveria ter sido efetuado sob o regime do simples, não pode o mesmo prosperar.

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

Deixo de apreciar os demais argumentos contidos no recurso, por não serem necessários à solução da lide.

Do exposto, oriento meu voto para dar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Relatora