



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11634.720028/2011-98
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-006.829 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de fevereiro de 2024
Recorrente CARLOS MARCO TRANSPORTES RODOVIARIOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Exercício: 2007, 2008, 2009

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO PARA O 1º SEMESTRE DE 2007. Mantém-se a exclusão do sujeito passivo ao Simples Federal para o primeiro semestre de 2007, quando este não obtém êxito em afastar a hipótese impeditiva que lhe foi imputada de ter auferido excesso de receitas no ano calendário de 2006.

EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES.

A partir do momento em que operados os efeitos da exclusão, a pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeita-se às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFEITO SUSPENSIVO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. NECESSIDADE DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. DESCABIMENTO. ART. 151, III DO CTN. APLICABILIDADE LIMITADA À EXIGÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

No âmbito do processo administrativo, o efeito suspensivo não se presume, isto é, deve estar expresso em lei, o que impede à DRJ receber a manifestação de inconformidade contra ato de exclusão do Simples no efeito suspensivo, descabendo recorrer ao art. 151, III do CTN, que cuida tão somente de suspensão da exigibilidade de crédito tributário.

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. EFEITOS A PARTIR DA IMPLANTAÇÃO EM 01/07/2007.

Confirmado o auferimento de receitas acima do limite estabelecido, pela legislação pertinente no ano calendário de 2006, sem que o contribuinte tenha logrado afastar tal impedimento, correta sua exclusão aos benefícios do Simples Nacional desde a implantação do regime.

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO.

Não provada a violação das disposições dos artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se falar em nulidade dos lançamentos formalizados por meio do Auto de Infração.

Não há que se falar de nulidade quando a exigência fiscal foi lavrada por pessoa competente e sustenta-se em processo instruído com todas as peças

indispensáveis, contendo o lançamento descrição dos fatos suficiente para o conhecimento da infração cometida. Não restou comprovada nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no RPAF.

PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA PELA DRJ. INOCORRÊNCIA.

O processo administrativo tributário é informado pelo princípio do livre convencimento motivado, o qual permite ao julgador que analise o caso concreto à luz da legislação pertinente e firme seu convencimento a partir da prova constante dos autos, devendo relatar os fundamentos de sua decisão e os motivos que o levaram a determinada conclusão.

Estando a DRJ convencida que o processo estava pronto para julgamento não teria porque convertê-lo em diligência. Não se trata de um direito subjetivo do contribuinte.

LUCRO ARBITRADO. FATOS OCORRIDOS ENTRE JANEIRO E JUNHO DE 2007.

Haja vista o Simples Federal (Lei nº 9.317, de 1996) não tratar da possibilidade de opção pelo lucro presumido, impõe-se o arbitramento do lucro, na hipótese de exclusão de sua sistemática.

ALEGAÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

Discussões acerca da constitucionalidade, legalidade ou equidade das leis exorbitam da esfera de competência das autoridades administrativas, às quais cabe apenas cumprir o que determina a legislação em vigor, principalmente em se tratando de norma validamente editada, segundo o processo legislativo constitucionalmente estabelecido.

ANISTIA. REMISSÃO. EXIGÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA E EXCLUSIVA.

Descabe a concessão de anistia/remissão pela autoridade tributária quando, em se tratando de assunto constitucionalmente reservado à lei específica e exclusiva, inexistente previsão legal nesse sentido.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182 DO EXTINTO TRF.

Inaplicável a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos - TRF, visto que inteiramente superada pela entrada em vigor da Lei nº 9.430/1996, que tornou lícita a utilização de depósitos bancários de origem não comprovada como meio de presunção legal de omissão de receitas ou de rendimentos.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS OU JUDICIAIS

A eficácia de decisões administrativas ou judiciais alcança apenas aqueles que originalmente figuraram na contenda.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.

Não é de competência das Delegacias da Receita Federal de Julgamento (DRJ) se manifestar sobre processo de formalização de representação fiscal para fins penais, já que nele não há interesse tributário envolvido.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

JUROS SELIC. SUMULA CARF N. 108.

De acordo com a Súmula CARF nº 108, incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

APLICAÇÃO DO ART. 114 § 12º, INC. I DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. DECLARAÇÃO DE CONCORDÂNCIA COM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. FACULDADE DO JULGADOR.

Plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que a Recorrente não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Daniel Ribeiro Silva (Vice-Presidente), Cláudio de Andrade Camerano, Andre Severo Chaves, Fernando Augusto Carvalho de Souza e Andre Luis Ulrich Pinto.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão proferido pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR, que julgou improcedentes, a Impugnação apresentada pelo contribuinte contra o Auto de Infração de fls.

890/952, assim como a Manifestação de inconformidade apresentada contra os Atos Declaratórios Executivos - ADE que resultaram na exclusão do contribuinte, do regime do SIMPLES FEDERAL/NACIONAL (fls. 53/54).

Referido Auto de Infração foi lavrado com o objetivo de constituir crédito tributário referente a IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, referentes ao ano-calendário de 2007 a 2009, no valor histórico de R\$ 722.041,37, e que originalmente fazia parte do PAF n.º 11634.720241/2011-08, cujos autos foram anexados ao presente feito, conforme Despacho de fl. 1.085.

Por sua parte, a exclusão do contribuinte do regime do SIMPLES, se deu sob o fundamento de que ele auferiu receita superior ao limite de R\$ 2.400.000,00, no ano-calendário de 2006.

Tendo tomado ciência acerca dos ADE em comento, o sujeito passivo apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 58/63), sob os seguintes fundamentos:

- a) Alega que, conforme determina o art. 179 da Carta Magna, cabe à União garantir às pequenas empresas o tratamento jurídico diferenciado, incentivando-as mediante a redução da já elevadíssima carga tributária, e que somente no caso do Impugnante são mais de 100 empregos diretos gerados pelos incentivos fiscais que lhe são constitucionalmente garantidos;
- b) Que jamais deixou de fazer jus à condição de microempresa, e jamais ultrapassou o limite de R\$ 2.400.000,00, e que os Atos Declaratórios Executivos impugnados em momento algum demonstram os motivos pelos quais o Impugnante foi excluído do SIMPLES; e
- c) Que é inadmissível a retroatividade da exclusão do simples, enquanto não transitar em julgado a decisão acerca da presente manifestação de inconformidade, já que a referida manifestação possui efeito suspensivo.

Por sua vez, ao tomar ciência do lançamento, o contribuinte apresentou Impugnação (fls. 959/973) o que fez com base nas seguintes alegações:

- a) Alega que o crédito tributário não poderia ser exigido, tendo em vista que o Impugnante apresentou manifestação de inconformidade à sua exclusão do SIMPLES, cuja análise ainda encontra-se pendente, bem como que a referida manifestação possui efeito suspensivo, nos termos do art. 23 da Instrução Normativa n.º 608/06 c/c inciso III do art. 151 do CTN;
- b) Que conforme determina o art. 179 da Carta Magna, cabe à União garantir às pequenas empresas o tratamento jurídico diferenciado, incentivando-as mediante a redução da já elevadíssima carga tributária, e que somente no

caso do Impugnante são mais de 100 empregos diretos gerados pelos incentivos fiscais que lhe são constitucionalmente garantidos;

- c) Que o Impugnante jamais deixou de fazer jus à condição de microempresa, e jamais ultrapassou o limite de R\$ 2.400.000,00, e que os Atos Declaratórios Executivos impugnados em momento algum demonstram os motivos pelos quais o Impugnante foi excluído do SIMPLES;
- d) Que o crédito tributário objeto do presente lançamento, referente ao exercício de 2006, é praticamente igual ao valor total das receitas auferidas pelo Impugnante nos exercícios de 2006 e 2007 somados, o que revela a desproporcionalidade da autuação, e na redução da capacidade competitiva do Impugnante;
- e) Que inexistem movimentações que representam receita e que não foram escrituradas! Eventuais movimentações "não escrituradas" não o foram justamente pelo fato de não representarem fatos geradores de tributos;
- f) Que a jurisprudência se posiciona no sentido de que são ilegítimos os lançamentos efetuados unicamente com base em movimentações financeiras, como ocorreu no presente caso;
- g) Por fim, que a multa aplicada não merece prosperar, já que absolutamente confiscatória, posto que ela equivale a mais de 50% da receita da Impugnante no ano de 2006.

Posteriormente, a 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR, proferiu o Acórdão n.º 06-38.253 (fls. 1.087/1.117) abaixo ementado:

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

Período de apuração: 01/01/2007 a 30/06/2007

SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO PARA O 1º SEMESTRE DE 2007. Mantém-se a exclusão do sujeito passivo ao Simples Federal para o primeiro semestre de 2007, quando este não obtém êxito em afastar a hipótese impeditiva que lhe foi imputada de ter auferido excesso de receitas no ano calendário de 2006.

EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES.

A partir do momento em que operados os efeitos da exclusão, a pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeita-se às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFEITO SUSPENSIVO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. NECESSIDADE DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. DESCABIMENTO. ART. 151, III DO CTN. APLICABILIDADE LIMITADA À EXIGÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

No âmbito do processo administrativo, o efeito suspensivo não se presume, isto é, deve estar expresso em lei, o que impede à DRJ receber a manifestação de inconformidade contra ato de exclusão do Simples no efeito suspensivo, descabendo recorrer ao art. 151, III do CTN, que cuida tão somente de suspensão da exigibilidade de crédito tributário.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Data do fato gerador: 01/07/2007

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. EFEITOS A PARTIR DA IMPLANTAÇÃO EM 01/07/2007.

Confirmado o auferimento de receitas acima do limite estabelecido, pela legislação pertinente no ano calendário de 2006, sem que o contribuinte tenha logrado afastar tal impedimento, correta sua exclusão aos benefícios do Simples Nacional desde a implantação do regime.

SIMPLES. EXCLUSÃO. EFEITO SUSPENSIVO. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. NECESSIDADE DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. DESCABIMENTO. ART. 151, III DO CTN. APLICABILIDADE LIMITADA À EXIGÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

No âmbito do processo administrativo, o efeito suspensivo não se presume, isto é, deve estar expresso em lei, o que impede à DRJ receber a manifestação de inconformidade contra ato de exclusão do Simples no efeito suspensivo, descabendo recorrer ao art. 151, III do CTN, que cuida tão somente de suspensão da exigibilidade de crédito tributário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007, 31/03/2008, 30/06/2008, 31/07/2008, 30/09/2008, 31/12/2008, 31/01/2009, 28/02/2009, 31/03/2009, 30/04/2009, 31/05/2009, 30/06/2009, 31/07/2009, 31/08/2009, 30/09/2009, 31/10/2009, 30/11/2009, 31/12/2009

LUCRO ARBITRADO. FATOS OCORRIDOS ENTRE JANEIRO E JUNHO DE 2007.

Haja vista o Simples Federal (Lei nº 9.317, de 1996) não tratar da possibilidade de opção pelo lucro presumido, impõe-se o arbitramento do lucro, na hipótese de exclusão de sua sistemática.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

ALEGAÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

Discussões acerca da constitucionalidade, legalidade ou equidade das leis exorbitam da esfera de competência das autoridades administrativas, às quais cabe apenas cumprir o que determina a legislação em vigor, principalmente em

se tratando de norma validamente editada, segundo o processo legislativo constitucionalmente estabelecido.

PROTESTO PELA JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS E PELA PRODUÇÃO DE PROVAS.

O protesto pela juntada de novos documentos aos autos, deve ser fundamentado e concomitante à apresentação da correspondente documentação, ficando prejudicado, destarte, o pedido efetuado no desfecho da peça impugnatória, no sentido de posterior juntada de documentos, frisando-se que, até a data do presente julgamento, o suplicante não trouxe qualquer documentação adicional que pudesse justificar o referido pedido.

DA VEDAÇÃO AO CONFISCO COMO NORMA DIRIGIDA AO LEGISLADOR E NÃO APLICÁVEL AO CASO DE PENALIDADE PECUNIÁRIA.

O princípio da vedação ao confisco está previsto no art. 150, IV, e é dirigido ao legislador de forma a orientar a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco. Portanto, uma vez positivada a norma, é dever da autoridade fiscal aplicá-la. A multa de ofício é devida em face da infração tributária, e por não constituir tributo, mas penalidade pecuniária estabelecida em lei, é a ela inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso IV do art. 150 da Constituição Federal.

DESFECHO GENÉRICO POR PRODUÇÃO DE PROVAS.

Não deve ser acolhido o protesto genérico, no desfecho da impugnação, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidas, nos termos dos arts. 15 e 16, III e § 4º, do Decreto nº 70.235/1972, que prescreve a preclusão consumativa para apresentação de provas com a interposição da petição contestatória.

OITIVA DE TESTEMUNHAS. SUSTENTAÇÃO ORAL

Indefere-se o pedido para oitiva de testemunhas e de sustentação oral do representante da empresa, bem como de testemunhas, no âmbito da primeira instância do contencioso administrativo fiscal, por falta de previsão legal.

ANISTIA. REMISSÃO. EXIGÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA E EXCLUSIVA.

Descabe a concessão de anistia/remissão pela autoridade tributária quando, em se tratando de assunto constitucionalmente reservado à lei específica e exclusiva, inexistente previsão legal nesse sentido.

MULTA DE OFÍCIO DE 75%. ARGÜIÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO.

A multa de 75%, prescrita no artigo 44, inciso I, da Lei 9.430/1996, é aplicável sempre nos lançamentos de ofício realizados pela Fiscalização da Receita Federal do Brasil.

INFORMAÇÃO AO CONTRIBUINTE.

No processo administrativo fiscal inexistente previsão para que o sujeito passivo seja informado sobre quando o litígio será colocado na pauta de julgamento da DRJ.

PAF. PERÍCIA E DILIGÊNCIA. REQUISITOS.

Descabe a realização de diligência ou perícia quando presentes nos autos os elementos necessários e suficientes à dissolução do litígio administrativo, notadamente quando a produção probatória invocada pelo sujeito passivo não necessita de qualquer conhecimento técnico especializado, em se tratando de perícia.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 182 DO EXTINTO TRF.

Inaplicável a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos - TRF, visto que inteiramente superada pela entrada em vigor da Lei nº 9.430/1996, que tornou lícita a utilização de depósitos bancários de origem não comprovada como meio de presunção legal de omissão de receitas ou de rendimentos.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS OU JUDICIAIS

A eficácia de decisões administrativas ou judiciais alcança apenas aqueles que originalmente figuraram na contenda.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.

Não é de competência das Delegacias da Receita Federal de Julgamento (DRJ) se manifestar sobre processo de formalização de representação fiscal para fins penais, já que nele não há interesse tributário envolvido.

Impugnação improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Inicialmente, a DRJ esclareceu que o lançamento foi efetuado nos moldes das leis que regem a matéria e, por força dos princípios da legalidade e da independência e harmonia dos poderes da República, foge à competência da autoridade administrativa apreciar a arguição e declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento pátrio, por se tratar de prerrogativa reservada ao Poder Judiciário.

Seguiu aduzindo que os presentes autos são a continuação do PAF nº 11634.720070/2011-17, já apreciado em primeira instância, e no qual foi reconhecido que no ano-calendário de 2006, o sujeito passivo ultrapassou o teto do SIMPLES, de modo que por tal razão deve-se julgar procedentes os atos de exclusão nº 24 e 25, ambos de 2011, que determinaram a perda do benefício ao Simples a partir de 01/01/2007 e 01/07/2007, data em que começou a vigor o Simples Nacional, regido pela Lei Complementar nº 123 de 2006.

Alegou ainda que a legislação contempla a hipótese de que qualquer contribuinte que tenha extrapolado o limite de receitas estipulado no artigo 2º, inciso II e artigo 9º, inciso II da Lei nº 9.317 de 1996, possa ser excluído de ofício à sistemática e que os efeitos do ato de exclusão devem se operar a partir do primeiro dia do ano calendário subsequente à ocorrência deste fato, o que foi feito corretamente no presente caso.

No tocante ao lançamento dos tributos, afastou a alegação de nulidade, tendo em vista que, nos termos do art. 59 do Decreto n.º 70.235/72, somente são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, o que não foi o caso, e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, o que, por suposto, somente pode ocorrer em fase posterior à lavratura do Auto de Infração.

Posteriormente, deixou de acolher o pedido de suspensão dos efeitos da exclusão, sob o fundamento de que a manifestação de inconformidade aos atos de exclusão, não se sujeita ao efeito suspensivo, por ausência de previsão legal, bem como que efeito suspensivo não se presume, isto é, ele só existe quando o legislador manifesta a intenção de conferir esse efeito, conforme o disposto no art. 61 da Lei nº 9.784/99.

Também restou afastada a alegação de ilegalidade da reunião dos processos de exclusão do simples e do lançamento, pois trata-se de medida de ordem lógica, já que o julgamento do lançamento do IRPJ e reflexos depende da decisão a respeito do ato de exclusão do Simples, uma vez que, caso este seja julgado improcedente, todo o lançamento posterior restará prejudicado, tendo em vista que o contribuinte retomará a condição de microempresa ou EPP.

Ademais, a decisão que exclui o contribuinte do Simples possui caráter declaratório, e simplesmente reconhece que a empresa não cumpria os requisitos para ingresso no regime simplificado desde o ano calendário de 2006, e que, por consequência, já estava sujeita às normas de tributação incidentes às demais pessoas jurídicas, o que justifica sua retroatividade a partir de 01/01/2007.

Dito isso, afirmou que o presente lançamento foi realizado com base na presunção de omissão de receitas de que trata o art. 42 da Lei n.º 9.430/96, tendo em vista a constatação de depósitos sem origem comprovada. Ademais, salientou que o que se tributa não são os depósitos bancários como tais considerados, mas sim a omissão de receitas ou rendimentos que eles representam.

Aduziu que, sendo presunção relativa, caberia ao sujeito passivo comprovar a origem dos referidos depósitos, bem como se tais valores referem-se a receitas não tributáveis, isentos ou que pertencessem a terceiros, ou outra justificativa que elidisse a autuação, o que não foi feito no caso das receitas consideradas para lavratura do lançamento. Ressaltou ainda que, no âmbito dos procedimentos de fiscalização, os depósitos em que houve efetiva comprovação foram excluídos da caracterização de omissão de receitas.

No tocante ao arbitramento, consignou que sua utilização decorre do fato de que o sujeito passivo não ter realizado escrituração fiscal no período fiscalizado, por não contemplar a totalidade da movimentação financeira, de modo que correto o arbitramento realizado.

Por fim, sustentou que a aplicação da multa se deu nos exatos termos em que determina a legislação, e que as alegações de inconstitucionalidade suscitadas pelo sujeito passivo fogem à competência daquele órgão julgador, razão pela qual foram desconsideradas.

Ciente da decisão do Acórdão, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 1.204/1.222), em que reitera os argumentos tecidos na defesa, sendo necessário evidenciar os seguintes:

- a) Alegou que a presunção de que trata o presente lançamento seria *iuris tantum*, e que por isso caberia prova em sentido contrário, e que por isso a decisão recorrida seria absolutamente nula, na medida em que negou o pedido de oitiva de testemunha e de juntada posterior de documentos probatórios, cerceando o direito de defesa do Recorrente; e
- b) Que seria ilegal o apensamento do presente PAF, que trata da exclusão do SIMPLES, com o PAF 11634.720241/2011-08, que se refere ao lançamento de tributos, já que as normas que regulam o processo administrativo e determinam as hipóteses de apensamento não preveem o apensamento dos processos que tenham por objeto a exclusão do SIMPLES;
- c) Que o fato de o lançamento ter sido realizado apenas e tão somente com base em depósitos bancários fragiliza-o sobremaneira, já que até poderia, diante da ausência de documentos suscitada na decisão recorrida, ter sido realizado com base em arbitramento de lucro e não apenas com base em toda a movimentação bancária, o qual, neste particular, revela-se mais gravoso ao contribuinte; e
- d) Que o arbitramento do lucro é absolutamente ilegal uma vez que em momento algum a recorrente esquivou-se da obrigação de apresentar livros e documentos de escrituração comercial e fiscal, até porque tais documentos somente deixaram de ser apresentados em razão de o Recorrente estar inserido no SIMPLES, não sendo obrigado a manter referida documentação.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

Preliminarmente, inova o Recorrente ao alegar nulidade da decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa em razão do indeferimento da juntada posterior de provas bem como da não conversão em diligência. Não assiste razão à Recorrente.

O Decreto n. 70.235/72 que regula o processo Administrativo Fiscal em seu art. 16, §4º estabelece a regra geral de preclusão do direito de prova juntamente com a impugnação, estabelecendo exceções que permitiriam a juntada posterior de novos elementos de prova.

Tal dispositivo legal tem sido interpretado por este relator, de forma a se garantir eficiência e a busca da verdade material, ponderando-se cada caso concreto e o efetivo diálogo com a decisão recorrida.

No caso concreto, tal pleito é absolutamente genérico, assim como o pedido de conversão em diligência. Oportuno ressaltar, ainda, que até o presente momento, mais de 10 anos após a intimação do respectivo lançamento, nenhum elemento adicional de prova foi juntado.

Necessário ressaltar ainda que a diligência não se presta a substituir a parte na sua atividade de produção de prova.

A diligência é faculdade do julgador e que apenas deve ser exercida quando existir alguma dúvida que não seja possível de ser sanada de pronto. As provas constantes dos autos foram suficientes para formação da convicção de mérito do julgador da lide.

Outrossim, nos termos do que dispõe a Súmula 163 do CARF, de aplicação vinculante:

Súmula CARF nº 163

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis. (Vinculante, conforme [Portaria ME nº 12.975](#), de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Assim, não acolho a preliminar de nulidade suscitada.

Quanto à alegada ilegalidade da apensação do auto de infração que exige o débito com o ato declaratório de exclusão, nada mais absurdo. Ao contrário do que alega o Recorrente é recomendável que seja feita essa apensação tendo em vista se tratarem de processos diretamente relacionados e o destino de um está diretamente relacionado ao destino do outro. Trata-se de medida que visa dar maior efetividade ao processo administrativo.

Outrossim, o contraditório e a ampla defesa foram respeitados e a impugnação e manifestação tempestivas suspenderam os efeitos da exclusão e a exigibilidade do crédito. Também nego provimento ao recurso neste ponto.

Os demais pontos destacados no relatório acabam por se repetirem de forma indireta com o mérito, e já foram enfrentados pela DRJ.

No mais, da análise dos autos é fácil constatar que o Recurso Voluntário apresentado, com exceção de uma alegação de nulidade da decisão recorrida e o fundamento acima relatado, constitui-se basicamente em reprodução da impugnação cujos argumentos foram detalhadamente apreciadas pelo julgador *a quo*.

Cumprе ressaltar a faculdade garantida ao julgador pelo inc. I, § 12º do Art. 114 do novo Regimento Interno do CARF (aprovado pela Portaria n. 1.634 de 21 de dezembro de 2023):

Art. 114. As decisões dos colegiados, em forma de acórdão ou resolução, serão assinadas pelo presidente, pelo relator, pelo redator designado ou por conselheiro que fizer declaração de voto, devendo constar, ainda, o nome dos conselheiros presentes, ausentes e impedidos ou sob suspeição, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos, a matéria em que o relator restou vencido e o voto vencedor.

§ 1º O relator deverá formalizar o acórdão no prazo de quinze dias, contado da movimentação dos autos para essa atividade.

(...)

§12. A fundamentação da decisão pode ser atendida mediante:

I - declaração de concordância com os fundamentos da decisão recorrida; e

II - referência a súmula do CARF, devendo identificar seu número e os fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento a eles se ajusta.

Da análise do presente processo, entendo ser plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Assim, , desde já proponho a manutenção da decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, considerando-se como se aqui transcrito integralmente o voto da decisão recorrida, na parte que se aplica:

Voto

15. No presente processo a contribuinte se indispõe contra os atos que levaram à sua exclusão ao regime do Simples , bem como contra o lançamento referente aos anos calendário de 2007, 2008 e 2009.

Da preliminar de inconstitucionalidade e ilegalidade

16. Em preliminar, a impugnante contestou o lançamento, tendo ressaltado aspectos acerca da inconstitucionalidade da tributação indiscriminada dos depósitos bancários.

17. Primeiramente, deve-se esclarecer que o lançamento foi efetuado nos moldes das leis que regem a matéria e, por força dos princípios da legalidade e da independência e harmonia dos poderes da República, foge à competência da autoridade administrativa apreciar a arguição e declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade de norma

legitimamente inserida no ordenamento pátrio, por se tratar de prerrogativa reservada ao Poder Judiciário (CF, art. 102).

18. É bom lembrar ainda que, 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, consoante o disposto no art. 26º do Decreto nº 70.235, de 1972, na redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, salvo os casos de declaração de inconstitucionalidade por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal (STF), e edição de atos específicos do Procurador-Geral da Fazenda Nacional e da Advocacia Geral da União, nos estritos termos previstos no § 6º da referida norma legal.

19. Desta forma, o procedimento fiscal, assim efetivado, segue estritamente as normas pertinentes, conforme se passa a explicitar.

20. Nesse sentido, cumpre destacar os seguintes dispositivos da LC nº 105, de 2001:

(...)

21. Também é importante frisar que o Decreto nº 3.724, de 2001, dispõe, no § 5º do art. 2º (na redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 30 de abril de 2007), que a RFB, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis. Por sua vez, a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) está prevista no art. 4º. 22. No que respeita à obtenção da prova, conforme documentado nos autos e relatado no TVF, notadamente em relação às RMF expedidas, verifica-se que todas as formalidades essenciais exigidas pelo Decreto nº 3.724, de 2001, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas, foram devidamente observadas pela autoridade fiscal.

23. Note-se, ainda, que a obtenção de informações bancárias das instituições financeiras, levada a efeito nos estritos termos do Decreto nº 3.724, de 2001, diferentemente do entendimento da defesa, não está sujeita à prévia autorização judicial.

24. Trata-se, no caso concreto, portanto, de informações/documentos bancários obtidos de forma lícita, ao amparo da lei, afastando qualquer hipótese de nulidade do lançamento.

Das decisões judiciais e administrativas

25. A título de preliminar, em relação às decisões judiciais e administrativas citadas na peça recursal, é imperioso observar o disposto nos art. 102, § 2º, e 103ª da Constituição Federal (DOU de 31/12/2004), com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, além do artigo 8º desta Emenda.

26. O artigo 102, § 2º, da CF/1988 determina que:

(...)

27. Já o artigo 103-A estipula que: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e

municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

28. Por fim, o artigo 8º da Emenda Constitucional n.º 45/2004 preconiza que “As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”.

29. Por essas normas constitucionais, apenas as súmulas vinculantes supramencionadas deverão ser observadas pela Administração Pública e aquelas decisões judiciais em que o contribuinte se configure como parte.

30. Mesmo em relação ao entendimento e às súmulas (não vinculantes) dos Tribunais Superiores, *data venia* sua respeitabilidade, não submete o administrador em seus julgados, já que não faz parte da legislação tributária de que tratam os arts. 96 e 100 do CTN. Diferentemente seria se tratasse de súmulas vinculantes, mas tais comandos jurisprudenciais não foram trazidos pelo(a) contribuinte.

Da exclusão ao Simples Federal e Simples Nacional

31. Na manifestação de inconformidade contra os atos de exclusão a contribuinte sustenta que a atitude do fisco foi inconstitucional e ilegal, posto que, lhe é assegurado tratamento jurídico diferenciado, por força do disposto no artigo 179 da Constituição Federal; que não ultrapassou o limite legal de receita para nenhum dos anos calendário analisados; que não restaram demonstrados os motivos que ensejaram sua exclusão;

que discorda da data a partir da qual os efeitos da exclusão devem se operar, razão pela qual pede diligências, juntada de documentos, efeito suspensivo dos atos declaratórios, a anulação dos autos de infração ou, que a exclusão se opere a partir do exercício seguinte àquele em que transitar em julgado a decisão em face da presente manifestação de inconformidade.

32. Impõe-se explicar que o processo em análise é continuação do PAF nº 11634.720070/2011-17, já apreciado por essa Turma de Julgamento, onde restou confirmado que o sujeito passivo, no ano calendário de 2006, para uma receita bruta declarada de R\$686.260,00, obteve créditos em suas contas correntes bancárias no importe de R\$3.754.040,84, gerando uma omissão de receitas da ordem de R\$3.067.780,84.

33. Aquele processo recebeu o Acórdão nº 33.783, de 29/09/2011, tendo a contribuinte sido notificada em 11/11/2011, contra o qual não apresentou recurso ao CARF.

Atualmente o processo se encontra na Procuradoria da Fazenda Nacional para cobrança executiva, nos termos do §3º do artigo 21 do Decreto nº 70.235, de 1972 e suas alterações. A ausência de recurso ao CARF assemelha-se à concordância tácita com o lançamento.

34. Assim, se o Acórdão da DRJ manteve integralmente a exigência formulada no processo 11634.720070/2011-17, posto a interessada não ter comprovado a origem dos valores que circularam pela conta corrente bancária no ano calendário de 2006 e cujo volume ultrapassou o limite previsto no inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996, impõe-se julgar procedentes os atos de exclusão nº 24 e 25, ambos de 2011, que determinaram a perda do benefício ao Simples a partir de 01/01/2007 e 01/07/2007, data em que começou a vigor o Simples Nacional, regido pela Lei Complementar nº 123 de 2006.

35. Pois bem, não tendo logrado afastar a presunção de omissão de receitas e, tendo restado comprovado que naquele período circularam pelas contas bancárias da contribuinte mais de 16 milhões em créditos no ano de 2006, os quais presumem-se receita bruta da pessoa jurídica, em face de a boa prática contábil prever que o

patrimônio desta não pode se confundir com nenhuma outra, caracterizou-se a afronta ao disposto no inciso II do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 1996, que dispõe:

(...)

36. Isto desencadeou as duas representações fiscais de fls. 298303, propondo a exclusão da contribuinte do Simples Federal e do Simples Nacional que foram concretizadas pelos ADE nº 24 e 25 de 08 de abril de 2011.

37. Contra os atos de exclusão a impugnante pede a realização de diligência, a recepção de outros documentos, e a anulação da exclusão.

38. Todas as questões aqui levantadas pelo sujeito passivo repetem aquilo que ele já falou na impugnação ao auto de infração relativo ao ano calendário de 2006.

39. Por primeiro volta-se a repetir que, em se tratando de lançamento por presunção, ocorre a inversão do ônus da prova, qual seja, cabe ao fisco apenas demonstrar a existência de movimentação bancária em montante não condizente com aquele declarado pela pessoa jurídica ao fisco, enquanto que ao contribuinte, cabe demonstrar que aqueles valores já foram oferecidos à tributação.

40. Constatada a existência dessa movimentação, o sujeito passivo é intimado a comprovar a origem dos depósitos havidos nas contas correntes, a quem cabe afastar a presunção por meio de documentação hábil e idônea.

41. Especificamente quanto à realização de diligências e perícias, o Decreto nº 70.235, de 1972, prescreve:

“Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entende-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, *in fine*. (Redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)

§ 1.º. Deferido o pedido de perícia, ou determinada de ofício, sua realização, a autoridade designará servidor para, como perito da União, a ela proceder e intimará o perito do sujeito passivo a realizar o exame requerido, cabendo a ambos apresentar os respectivos laudos em prazo que será fixado segundo o grau de complexidade dos trabalhos a serem executados. (Redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/93)

§ 2.º. Os prazos para realização de diligência ou perícia poderão ser prorrogados, a juízo da autoridade. (Redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)

§ 3.º. Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada. (Redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993) “(grifou-se)

42. Como visto, na solicitação de diligência e/ou perícia devem ser atendidos os requisitos previstos para sua formulação, sob pena de indeferimento, a teor do art. 16, inciso IV, § 1º, do Decreto nº 70.235, de 1972.

43. Ademais, a adoção do procedimento de diligência ou perícia objetiva, única e tão somente, dirimir dúvidas com relação às provas anteriormente carreadas ao processo, não se prestando, portanto, a suprimir o encargo que cabe aos sujeitos ativo e passivo da relação tributária processual, quanto à formação da demonstração probatória que a cada um compete.

44. Ressalte-se que o Código Tributário Nacional – CTN, aprovado pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, prescreve à contribuinte a observância da guarda dos documentos que acobertam a escrituração, nos seguintes termos:

“Art. 195 – (omissis)

Parágrafo único – os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.”

45. Nesse mesmo diapasão são as disposições constantes do art. 4º do Decreto lei nº 486, de 3 de março de 1969, tomado como base legal do artigo 264 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99):

“Art. 4º. O comerciante é ainda obrigado a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, a escrituração, correspondência e demais papéis relativos à atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial.”

46. E também as disposições do art. 37 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996:

“Art. 37. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.”

47. De se concluir que cumpre ao sujeito passivo a emissão de documentos em conformidade com a legislação, bem como a sua guarda, juntamente com a respectiva escrituração contábil e fiscal, enquanto não prescritas eventuais ações relativamente aos anos-calendário afetados por aquele resultado. Afirme-se, ainda, que descabe tentar imputar à autoridade fiscal qualquer tipo de responsabilidade por seu desleixo com os livros e documentos de sua escrita. Solicitar orientação sobre o que fazer com os papéis e documentos inutilizados, no curso da ação fiscal, é inócuo.

48. No presente caso, entende-se incabível a realização de perícia em se tratando de matéria passível de prova documental a ser apresentada no momento da impugnação. Desta forma deve ser rejeitado o pedido de perícia, posto que não cabe ao fisco produzir as provas de responsabilidade do contribuinte.

49. Também não pode prosperar o pedido de apresentação posterior de documentos, haja vista que o rito do processo administrativo fiscal não comporta, em regra, instrução probatória posterior à entrega da impugnação, pois este é o momento em que as provas devem ser apresentadas, consoante artigos 15, caput, e art.16, III, do Decreto nº 70.235/72:

Art. 15. A **impugnação**, formalizada por escrito e **instruída com os documentos em que se fundamentar**, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

(...)

Art. 16. A **impugnação** mencionará:

I a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II a qualificação do impugnante;

III os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e **provas que possuir**; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

IV as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

V se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

(...)

§4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

(Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Art. 17 Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

50. O lançamento, materializado pelo auto de infração atende plenamente aos requisitos previstos pela legislação acima citada, o que é suficiente para lhe conferir validade. Da leitura acima, percebe-se que a anexação posterior de documentos é possibilidade excepcional. O supracitado art.16, §5º, admite-a, porém, desde que o contribuinte demonstre a ocorrência de ao menos uma das situações contempladas nas alíneas do §4º daquele mesmo artigo, o que, concretamente, não ocorreu.

51. No presente caso, a contribuinte suprimiu ao fisco a quase totalidade da receita auferida, posto que declarou apenas 22,4% de toda a receita bruta auferida em 2006 e, tendo sido emitido o competente ato de exclusão, indigna-se contra o fato de seus efeitos serem retroativos. A autoridade fiscal simplesmente adotou as medidas previstas na norma, qual seja, extrapolado o limite de receita bruta auferida em um determinado ano calendário, a contribuinte deve ser automaticamente excluída do benefício, a partir do primeiro dia do ano calendário subsequente àquele em que de materializou a hipótese impeditiva. Portanto, a legislação contempla a hipótese de que qualquer contribuinte que tenha extrapolado o limite de receitas estipulado no artigo 2º, inciso II e artigo 9º, inciso II da Lei nº 9.317 de 1996, possa ser excluído de ofício à sistemática e que os efeitos do ato de exclusão devem se operar a partir do primeiro dia do ano calendário subsequente à ocorrência deste fato.

52. Portanto, no presente caso, não há que se falar em qualquer irregularidade dos atos de exclusão, já que foram emitidos em observância à legislação que rege a sistemática. De outro lado o interessado não logrou justificar de forma categórica a origem dos valores que transitaram pelas contas correntes.

53. Enfim, a exclusão obrigatória do Simples, quando a receita bruta exceder o limite legal, deve ser comunicada pela PJ optante, mediante alteração cadastral na forma e nos prazos definidos nos arts. 12 e 13 da Lei nº 9.317, de 1996 e alterações. Quando isso não é feito, a exclusão dar-se-á de ofício, nos termos do art. 14, inciso I, da mesma lei.

54. O mesmo entendimento deve ser adotado em relação ao Simples Nacional, regido pela Lei Complementar nº 123, de 2006, cujo ato de exclusão, também deve ser declarado correto. No ano calendário de 2007, quando até 30/06/2007 vigeu o Simples Federal, regulado pela Lei nº 9.317, de 1996 e, a partir de então, entrou em vigor o Simples Nacional, da Lei Complementar nº 123, de 2006 e, o ora impugnante agiu como optante pelos dois regimes, conforme se depreende das declarações então apresentadas ao fisco. Constatado o excesso de receitas em relação ao ano calendário de 2006, objeto do processo nº 11634.720070/201117, a autoridade fiscal promoveu sua exclusão aos dois regimes, por meio dos dois atos ora comentados: o ADE nº 24/2011 e, o ADE nº 25/2011. Desta forma, não tendo o contribuinte logrado afastar a omissão de receitas, caracterizada por depósitos bancários não escriturados e cuja origem não restou comprovada, são de se declarar procedentes os atos de exclusão.

55. Afastada, portanto, a alegação de que o fisco não teria comprovado o motivo que daria ensejo à sua exclusão.

Do lançamento

56. Como preliminar, afirma que o lançamento é nulo, haja vista que a exclusão do Simples, ainda não é definitiva, não produzindo efeitos e, portanto, nem tampouco dando ensejo à cobrança de eventuais diferenças apuradas em virtude de mudança de regime de tributação.

57. Acerca da nulidade estatuem os arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972, *in verbis*:

“Art. 59. São nulos:

I os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.”

58. Como se vê, de acordo com o art. 59, I, *supra*, só se pode cogitar de declaração de nulidade de ADE que se insere na categoria de ato ou termo, quando esse ato for lavrado por pessoa incompetente (art. 59, I). Descabe, por conseguinte, a alegação de nulidade quando não existirem atos insanáveis e quando a autoridade autuante observou os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação tributária, nos termos do art. 142 do CTN.

59. Assim sendo, não ocorreu nenhuma incorreção ou omissão que importe em nulidade, motivo pelo qual rejeito a preliminar suscitada pela interessada.

60. Perceba-se que as Representações Fiscais de fls. 0206 descrevem minuciosamente a situação impeditiva em que se encontrava a interessada, mencionando, inclusive, o montante da receita bruta auferida no ano calendário de 2006, fato que justificou a emissão dos atos de exclusão, tendo em vista que a própria contribuinte deixou de

adotar a conduta prevista na alínea “a” do parágrafo 3º do artigo 13 da Lei nº 9.317, de 1996, para promover sua exclusão por opção.

61. Assim como já disposto no item anterior, rechaça-se a alegação de que o lançamento seria nulo em face de ainda não existir decisão definitiva contra o ato de exclusão, já que a ação fiscal pautou-se nos estritos termos da lei que rege a sistemática.

62. Também não merece acolhida o pleito de suspensão dos efeitos da exclusão, tendo em conta que a impugnação contra o ato declaratório de exclusão não se sujeita ao efeito suspensivo, por ausência de previsão para tanto. Nesse sentido, cumpre consignar que o art. 151 do CTN arrola determinados casos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, que não é a hipótese aqui analisada, já que o ato de exclusão do Simples não exige nenhum crédito. Além disso, deve ser levado em conta que o efeito suspensivo não se presume, isto é, ele só existe quando o legislador manifesta a intenção de conferir esse efeito, conforme o disposto no art. 61 da Lei nº 9.784, de 29/01/1999. Assim, diante da falta de expressa previsão na legislação tributária, tem-se que a manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples não provoca a suspensão dos efeitos da decisão.

Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

(Grifou-se)

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

63. Os efeitos da exclusão também foram corretamente fixados pela autoridade fiscal, como sendo a partir do ano subsequente ao ano em que for constatado o excesso de receitas, nos termos de art. 15, IV da mesma lei.

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica

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

...

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

64. Não assiste razão ao contribuinte quando ele alega que ainda não há decisão sobre a defesa apresentada sobre a exclusão da empresa do Simples. A apontada decisão está sendo proferida nestes mesmos autos, e já foi apreciada no item anterior. Nenhuma irregularidade há neste procedimento; ao revés, a reunião dos processos de exclusão do Simples e de auto de infração de períodos posteriores é medida interna recomendada pela própria SRF. O motivo da orientação é de ordem lógica: o julgamento do lançamento do IRPJ e reflexos depende da decisão a respeito do ato de exclusão do Simples, uma vez que, caso este seja julgado improcedente, todo o lançamento posterior restará prejudicado, tendo em vista que o contribuinte retomará a condição de microempresa ou EPP. Ou seja, a apreciação do ADE constitui uma questão prejudicial para o julgamento do posterior auto de infração; e assim sendo, nada mais lógico do que reunir todos os procedimentos num mesmo processo administrativo. Transcreve-se a seguir o art. 1º, II da Portaria SRF nº 6.129, de 2 de dezembro de 2005, que dispõe

sobre formalização de processos relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal:

Art. 1º Serão objeto de um único processo administrativo:

...

II à exclusão do Simples, à suspensão de imunidade ou de isenção ou à não homologação de compensação e o lançamento de ofício de crédito tributário delas decorrentes;

65. A propósito dos efeitos retroativos da exclusão do Simples, que a litigante sugere inexistir previsão para tanto, tampouco constato qualquer irregularidade. Trata-se somente de dar cumprimento ao disposto no art. 16 da Lei do Simples, abaixo transcrito, que nada mais é do que o reconhecimento do caráter declaratório da decisão que exclui o contribuinte do Simples. Vale dizer, a decisão simplesmente reconhece que a empresa não cumpria os requisitos para ingresso no regime simplificado desde o ano calendário de 2006, e que, por consequência, já estava sujeita às normas de tributação incidentes às demais pessoas jurídicas.

Art. 16º A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

66. Por isso mesmo, os efeitos da exclusão devem surtir a partir do mês subsequente àquele em que ocorre a situação excludente, conforme art. 15, inciso II da mesma lei. O aludido princípio irretroatividade da lei tributária diz respeito à vigência da lei em relação à data de ocorrência dos fatos, questão esta que não se está discutindo na presente causa, já que os fatos são posteriores à lei do Simples, que foi publicada em 1996. Dessa forma, não há como acatar o pleito subsidiário da interessada, que pede que o ato de exclusão tenha efeitos somente a partir da data de sua emissão, devendo prevalecer o que consta no ADE, que corretamente declarou que os efeitos surtem desde 01/01/2007.

67. De outro lado, a Resolução do CGSN nº 04, de 30/05/2007, dispõe em seu artigo 12, inciso I:

“Art. 12. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a ME ou a EPP:

I que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais);...”

68. Assim, observada a regra do inciso XI do artigo 5º da Resolução do CGSN, de 23/07/2007, foi expedido o competente ato de exclusão:

Art. 5º A exclusão de ofício da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

...

XI – for constatado, quando do ingresso no Regime do Simples Nacional, que a ME ou a EPP incorria em alguma das hipóteses de vedação previstas no art. 12 da Resolução CGSN nº 4, de 2007;”

69. Desta forma, afastadas as questões preliminares, passo a apreciar o mérito do lançamento.

70. Ataca o lançamento realizado com base exclusivamente em movimentação financeira afirmando não ter deixado de escriturar nenhuma receita, e desta forma,

inexiste movimentação bancária que represente receita bruta de pessoa jurídica e que não tenha sido escriturada. Defende que nem toda a movimentação bancária é receita, revelando-se arbitrária e precipitada a autuação e requer que seja determinada a revisão do lançamento, excluindo-se os valores que efetivamente não sejam receita, bem como que lhe seja conferido prazo razoável para que possa demonstrar a origem dos depósitos bancários.

71. Em realidade, o sujeito passivo discorda do lançamento feito com base em dispositivo legal que criou um outro tipo de presunção, qual seja o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Para um melhor entendimento dos fatos, há que fazer a correta contextualização do lançamento efetuado, definindo o fato gerador e o ônus da prova atribuído a cada uma das partes, para que se possa melhor analisar o presente litígio.

72. Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que o que se tributa, no presente processo, não são os depósitos bancários, como tais considerados, mas a omissão de rendimentos por eles representada. Os depósitos bancários são apenas a forma, o sinal de exteriorização, pelos quais se manifesta a omissão de rendimentos objeto de tributação.

73. Depósitos bancários se apresentam, num primeiro momento, como simples indício da existência de omissão de rendimentos. Entretanto, esse indício se transforma na prova da omissão de rendimentos, quando a contribuinte, tendo a oportunidade de comprovar a origem dos recursos aplicados em tais depósitos, se nega a fazê-lo, ou não o faz satisfatoriamente.

74. Não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o dever/poder de considerar os valores depositados como rendimentos tributáveis e omitidos na declaração de ajuste anual, efetuando o lançamento do imposto correspondente.

75. Oportuno se faz um rápido histórico da legislação vigente sobre a tributação de depósitos bancários, com o objetivo de se aclarar à evolução do ordenamento jurídico que regeu, e rege, a matéria tributária objeto do presente lançamento.

76. A Lei nº 8.021, de 14 de abril de 1990, determinou:

“Art. 6º O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

(...)

§5º O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 6º Qualquer que seja a modalidade escolhida para o arbitramento, será sempre levada a efeito aquela que mais favorecer o contribuinte.”

77. À vista de tais regras tem-se que os rendimentos omitidos poderiam ser arbitrados com base nos sinais exteriores de riqueza, caracterizados por gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte. A omissão poderia, ainda, ser presumida no valor dos depósitos bancários injustificados, desde que apurados os citados dispêndios e que este fosse o critério de arbitramento mais benéfico à contribuinte.

78. A partir de 1997, entretanto, o assunto em tela passou a ter um disciplinamento diferente daquele previsto na Lei nº 8.021, de 1990: foi promulgada a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que nos arts. 42 e 88, XVIII, com a alteração do art. 4º da Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997, que, conforme art. 150, III da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 CF, de 1988 c/c o art. 105 do CTN, aplica-se aos fatos geradores futuros ou pendentes ocorridos a partir de 01/01/1997:

(...)

80. Assim, é do sujeito passivo o ônus de provar que os valores depositados/creditados nas contas correntes não são receitas, ou que foram devidamente oferecidos à tributação. Tal preceito legal veio justamente dispensar o Fisco de dispender esforços em investigações aprofundadas para produzir a prova do nexo de causalidade ou do liame entre os valores depositados/creditados e as receitas auferidas pela empresa. Basta ao Fisco intimar a empresa a comprovar a origem dos recursos depositados/creditados e, diante da falta de comprovação, torna-se juridicamente válida a imputação de omissão de receitas.

81. Aliás, a título de curiosidade, veja-se a disposição já contida em- Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF:

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.

82. Em verdade, na ausência de comprovação da origem dos depósitos bancários, o nexo de causalidade entre eles e as receitas tidas por omitidas é decorrência lógica da titularidade da conta bancária. Assim, a Fazenda Pública cumpriu o ônus a ela atribuído, de identificar os depósitos bancários de origem não comprovada e intimar a contribuinte a se manifestar acerca de tais créditos. Se a interessada não logra afastar a presunção (nesse caso, relativa), regular é o lançamento.

83. Tem razão a defesa quando afirma que o depósito bancário *não materializa o fato gerador do imposto de renda*. Todavia, a partir da edição do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, se a contribuinte não fizer prova da origem dos recursos depositados em suas contas correntes e de investimentos, pode a autoridade fiscal presumir a omissão de receitas, fato integrante da base de cálculo dos tributos em discussão.

84. E ao assim proceder, releva notar que não estão sendo tributados os depósitos bancários em si, mas a renda que eles representam. Os depósitos são, na verdade, apenas a forma, o sinal de exteriorização pelo qual se manifesta a omissão de receita, quando não comprovada a origem financeira dos recursos utilizados. Trata-se de lançamento por presunção.

85. Há que se distinguir, no campo das presunções, aquelas ditas de fato das chamadas presunções legais. São as primeiras as chamadas presunções do homem, revestindo-se, como os indícios, de pouco valor no direito tributário. Já as presunções legais, ao contrário, por decorrerem de norma jurídica expressa, transmudam-se em declarações de verdade, por força de lei, que, ante a dúvida ou a própria impossibilidade humana de atingir o conhecimento preciso sobre determinados fatos, declara antecipadamente a verdade sobre eles, que passam, então, a se ter como provados por presunção legal. No campo das presunções legais há que se distinguir, por sua vez, as presunções absolutas (*juris et de jure*), que não admitem prova em contrário, das presunções relativas (*juris tantum*), que por admitirem prova em contrário, são também chamadas de simples ou condicionais.

86. Sendo o lançamento tributário resultante do exercício da atividade administrativa, está ele subordinado aos princípios da legalidade e da tipicidade, só sendo possível, em consequência, exigir-se tributo quando expressamente autorizado por lei. Desta forma, quando a incidência do tributo resultar de presunções erigidas pela norma legal, os resultados podem e devem constituir a base impositiva da exação. De outro lado, eventuais indícios, suspeitas ou suposições não autorizam concluir pela ocorrência do fato impositivo, no caso vertente, omissão de receita.

87. Por esta forma, sendo o auto de infração a peça acusatória do processo administrativo, deve ele trazer, necessariamente, todos os elementos de prova a embasar a exigência fiscal, ou, então, fundamentar-se em presunção legalmente autorizada, cabendo, neste caso, ao autuado, elidir a imputação por meio de prova hábil e idônea.

88. Como é sabido, o tributo só pode ser exigido quando o fato apurado ajusta-se perfeitamente à hipótese de incidência. Por essa razão, a Fazenda Pública não pode considerar ocorrido um fato descrito abstratamente na hipótese de incidência sem a sua efetiva verificação, valendo-se de mera presunção de seu agente, a menos que esta presunção esteja prevista em lei. Se o agente fiscal presume, por conta própria, a ocorrência de omissão de receitas sem que a lei o autorize, está atribuindo a si função que é inerente ao legislador.

Assim, ou o agente do Fisco prova que efetivamente houve omissão de receitas ou ele se vale das presunções legais.

89. A hipótese de omissão de receita decorrente de depósitos bancários cuja origem não foi justificada constitui exemplo de presunção legal em que há a inversão do ônus da prova, ou seja, se o Fisco demonstra tal hipótese, cabe à contribuinte provar a origem dos depósitos. Ressalte-se que em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa à contribuinte foi dada, até o momento em que apresentou a impugnação ao auto de infração a possibilidade de refutar dita presunção.

90. Conforme se depreende do relatório a exigência tributária decorre da tributação de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada. Com base no preceptivo da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 42, passaram a ser considerados receita ou rendimentos omitidos, conforme o regime de tributação ao qual a contribuinte estiver submetida. Desse modo, basta a comprovação dos depósitos em nome da contribuinte, para os quais ela não comprovou a origem dos recursos, para que sejam considerados omitidos.

91. Portanto, com o advento da Lei nº 9.430 de 1996, que introduziu novas presunções legais no campo tributário, passou a ocorrer a inversão do ônus da prova, ou seja, agora cabe ao sujeito passivo da relação jurídica provar que a prática do fato que lhe está sendo imputado não corresponde à realidade.

92. Ao fazer uso de uma presunção legalmente estabelecida, o Fisco fica dispensado de provar no caso concreto a omissão de rendimentos. Trata-se de presunção *juris tantum*, que admite prova em contrário, cabendo à contribuinte a sua produção. É o que se depreende da leitura do artigo 334 do Código de Processo Civil (CPC), cujos preceitos aplicam-se subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal (PAF):

“Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

(...)

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

93. Trata-se de consequência que a lei deduz e que permite considerar-se como verdadeiro o resultado obtido, até prova em contrário. O principal atributo da presunção relativa é o de inverter o ônus da prova contra o sujeito passivo, autorizando o fisco a presumir a ocorrência do fato gerador pela verificação da situação tipificada em lei, como, no caso vertente, quanto aos depósitos bancários.

94. Reitere-se, portanto, que a caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação do crédito bancário considerado isoladamente e abstraído das circunstâncias fáticas.

95. Pelo contrário, a caracterização está ligada à falta de esclarecimentos da origem do numerário creditado e seu oferecimento à tributação, conforme dicção literal da lei. Existe, portanto, uma correlação lógica entre o fato conhecido ser beneficiado com um crédito bancário sem origem ou não oferecido à tributação – e o fato desconhecido – auferir rendimentos. Essa correlação autoriza plenamente o estabelecimento da presunção legal de que os valores surgidos na conta bancária, sem qualquer justificativa, procedem de rendimentos não declarados.

96. Assim, a tributação por omissão de receitas decorrente de uma presunção legal em nada fere o conceito legal de fato gerador a que se refere o art. 43 do CTN.

Ao revés, tal presunção, como fez a fiscalização no caso vertente, vem no sentido de reforçar o fato de que o sujeito passivo adquiriu a disponibilidade econômica ou jurídica dos valores movimentados (*creditados*) em conta corrente bancária por ele mantida. Pelo que a verdade (*seja material ou formal*) que dimana dos autos é a de que a contribuinte teve a disponibilidade de um acréscimo patrimonial, como decorrência direta de uma movimentação bancária cuja origem dos depósitos não foi comprovada.

97. Assim, carentes de fundamentação os argumentos levantados na defesa.

98. Quanto ao pedido de diligência, este não prospera já que em se tratando de lançamento por presunção cabe ao sujeito passivo constituir as provas necessárias para afastar a exigência, conforme já explicado em item anterior. Se os documentos não foram apresentados inexistente revisão a ser realizada.

99. A respeito da Súmula nº 182 do antigo Tribunal Federal de Recursos, citado pela defesa, esta refere-se a momento histórico distinto, no qual não era possível formular-se uma presunção legal com base em depósitos bancários e sinais exteriores de riqueza. Por conseguinte, não abrange o presente caso, que tem por base a Lei nº 9.430, de 1996, cuja legalidade e constitucionalidade não foi objeto de decisão judicial *erga omnes*, nem consta que tivesse sido judicialmente questionada pela interessada.

Do arbitramento

100. Mais adiante sustenta ter havido erro na apuração pelo lucro arbitrado o qual foi aplicado em relação, apenas aos fatos ocorridos sob, primeiro semestre de 2007, a vigência da Lei nº 9.317, de 1996, ou seja, o Simples Federal uma vez que a partir de 01/07/2007 passou a vigor o Simples Nacional regido pela Lei Complementar nº 123 de 2006 .

Afirma que com base nos dispositivos legais que transcreve (art. 519, 532 e 535 do RIR/99) que, sendo ou não conhecida a receita bruta, a base de cálculo não equivale ao valor total da receita e que o fisco utilizou como base de cálculo todos (ou quase todos) os depósitos realizados em suas contas; vale dizer, equiparou a base de cálculo à receita bruta, o que não se admite na hipótese de lucro arbitrado. Assim, devem ser anulados os autos de infração ou, ao menos, serem revisados tais valores.

101. A regra geral de apuração dos resultados consiste na determinação do lucro real. No entanto, a legislação faculta às pessoas jurídicas (à exceção daquelas expressamente mencionadas na lei) a opção por tributação mais simplificada, aí incluídas as modalidades do lucro presumido e do Simples, desde que atendidos os requisitos legais pertinentes a cada uma das citadas modalidades de apuração.

102. De qualquer sorte, a opção por uma ou outra forma simplificada de tributação (presumido ou Simples) depende da vontade expressamente exteriorizada pelo próprio sujeito passivo, não cumprindo ao Fisco tal exercício volitivo.

103. E a opção por quaisquer das modalidades simplificadas (presumido ou Simples) é irretratável para todo o ano-calendário (particularmente no caso do Simples, é

irretratável também para os anos-calendário seguintes ao da opção, até que sobrevenha a exclusão de tal sistemática).

104. Assim, ao aderir ao **Simples Federal**, a pessoa jurídica não mais pode optar por outra forma de tributação em mesmo ano-calendário.

Não cumpre à fiscalização formalizar, de ofício, vontade que não tenha sido expressamente manifestada pela contribuinte, ainda que a pessoa jurídica atenda os pressupostos legais para se adequar ao regime do lucro presumido.

105. Ressalte-se que, com o início do procedimento fiscal, exclui-se a espontaneidade do sujeito passivo, nos termos do art. 7º do Decreto nº 70.235, de 1972.

106. Diferentemente do Simples Nacional, a legislação que rege o Simples Federal (Lei nº 9.317, de 1996) não trata da possibilidade de opção pelo lucro presumido, na hipótese de exclusão de sua sistemática.

107. Nesse sentido, dispõe o Acórdão 10708.045, de 14 de abril de 2005, do 1º Conselho de Contribuintes (atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), segundo o qual a opção pela tributação com base no lucro presumido é sempre de iniciativa do contribuinte, de modo que, em ação fiscal, jamais pode o Fisco apurar o IRPJ e a CSLL por essa sistemática se o contribuinte não tiver optado tempestivamente.

108. Destarte, tratando-se de exclusão de ofício do Simples Federal, uma vez iniciado o procedimento de ofício, fica excluída a espontaneidade do sujeito passivo e, portanto, vedada a sua opção pela tributação na forma do lucro presumido.

109. Como dito, o mesmo não ocorre nos casos de exclusão do Simples Nacional, inexistindo vedação à opção pelo lucro presumido, ainda que no curso da ação fiscal, de acordo com entendimento expresso pela Administração Tributária (SCI COSIT nº 07, de 13 de abril de 2010). Contudo, seja para opção pelo lucro presumido, seja para adoção do lucro real, deve a interessada manter a escrituração exigida em cada sistemática de apuração.

110. Como dito, o lucro real, regra geral, sobrepõe-se naturalmente às demais modalidades de apuração, justamente por representar a renda efetivamente auferida, considerados todos os aspectos envolvidos na sua geração, precisamente determinados, em discriminado período de tempo. No entanto, referida forma de apuração desencadeia maior ônus procedimental por parte da contribuinte, mormente no que diz respeito à obrigatoriedade de manutenção de escrituração comercial e fiscal regular. É o que dispõe o RIR/99:

(...)

112. Como visto, na modalidade do lucro presumido a pessoa jurídica deve manter, ao menos, o Livro Registro de Inventário e o Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda movimentação financeira, inclusive bancária.

113. É importante ressaltar, portanto, que, tanto nas regras do lucro real, quanto do lucro presumido, impõe-se à contribuinte o dever de guarda e conservação dos livros contábeis e/ou fiscais pertinentes a cada uma dessas modalidades de apuração do lucro, bem como da documentação que acoberta os registros escriturados.

114. O lucro arbitrado, forma excepcional de se quantificar a renda tributável, é utilizado, via de regra, pela Administração Tributária, em casos de omissões ou erros graves constatados na escrituração na qual se deve respaldar a contribuinte. E este é o fato determinante para a adoção dessa modalidade de apuração do lucro, em detrimento daquela formalizada pela pessoa jurídica em sua declaração de rendimentos e/ou em seus registros contábeis/fiscais. Está regulado no art. 530 do RIR/99:

(...)

115. A autoridade responsável pela fiscalização pode e deve examinar a escrituração e documentação da empresa com a finalidade de verificar se a opção feita pela contribuinte é legítima e se a apuração do lucro, na modalidade facultada pela legislação tributária, é correta.

116. Veja-se a respeito o que dispõe o RIR/99, particularmente quanto à fiscalização das empresas que adotam a apuração do resultado pelo lucro real:

“Art. 276 – **A determinação do lucro real pelo contribuinte está sujeita à verificação pela autoridade tributária**, com base no exame de livros e documentos de sua escrituração, na escrituração de outros contribuintes, em informação ou esclarecimentos do contribuinte ou de terceiros, ou em qualquer outro elemento de prova, observado o disposto no art. 922 (Decreto-lei nº 1.598/77, art. 9º).”

117. Para que o exame fiscal seja possível, a empresa deve, além de cumprir outras obrigações acessórias, escriturar os livros e, sobretudo, **manter em boa guarda e ordem a documentação**, sob pena de frustrar qualquer possibilidade de verificação da legitimidade da opção, da conduta, e da apuração do lucro, pelo sujeito ativo.

118. Nesse sentido, dispõe o art. 264 do RIR/99:

“Art. 264 – A pessoa jurídica é obrigada a conservar em ordem, enquanto não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros, documentos e papéis relativos a sua atividade, ou que se refiram a atos ou operações que modifiquem ou possam vir a modificar sua situação patrimonial (Decreto-lei nº 486/69, art. 4º).

§ 1º Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas, documentos ou papéis de interesse da escrituração, a pessoa jurídica fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, dentro de 48 horas, ao órgão competente do Registro do Comércio, remetendo cópia da comunicação ao órgão da Secretaria da Receita Federal de sua jurisdição (Decreto-lei nº 486/69, art. 10).

§ 2º A legalização de novos livros ou fichas só será providenciada depois de observado o disposto no parágrafo anterior (Decreto-lei nº 486/69, art. 10, parágrafo único)

§ 3º Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios (Lei nº 9.430/96, art. 37)”.(grifouse)

119. Resta evidente a imposição primordial: o dever de cuidado por parte da contribuinte com relação à guarda de seus livros e documentações contábeis e fiscais, objetivando, enfatize-se, que, **quando solicitado**, possa o sujeito passivo da obrigação tributária **apresentar prontamente os elementos probatórios de suas operações comerciais**, de forma a **resguardar a legitimidade da opção efetuada** quanto à forma de apuração do seu lucro tributável, **sob pena de frustrar a pretensão da contribuinte quanto ao regime adotado/pretendido**.

120. É importante salientar que o dispositivo legal acima reportado visa, acima de tudo, a dar efetividade ao comando estipulado no art. 923 do mesmo Regulamento, que reza: “*A escrituração mantida com observância das disposições legais faz **prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis**, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais (base legal constante do Decreto-lei nº 1.598/77, art. 9º, § 1º)*”.

121. A ordem estipulada no citado art. 264 do RIR/99 se dirige, dessa forma, a defender aos interesses do sujeito passivo. Tanto é assim que o legislador admite, em mesmo dispositivo legal § § 1º e 2º, quando comprovada a existência de fatores alheios à vontade da pessoa jurídica, desde que efetuada a devida comunicação à sociedade, bem como aos órgãos competentes, a reconstituição da sua escrita, como **medida de exceção**.

122. Isso, porque a escrituração se presta a reproduzir, **dia a dia**, os atos ou operações da atividade que modifiquem ou possam vir a modificar a situação patrimonial da empresa, sendo que o registro atemporal dos atos de comércio não se encaixa dentro desse contexto.

123. Veja-se que a oportunidade oferecida não é a de legitimar as informações porventura já prestadas ao Fisco sem respaldo em documentação pertinente, em virtude da ocorrência de caso fortuito ou de força maior, mas, ao contrário, de oferecer elementos ao sujeito passivo para que este venha a **reconstruir sua documentação e livros contábeis e fiscais**, a fim de legitimar as mesmas informações antes apresentadas.

124. Para dar legalidade ao procedimento assim permitido deve a contribuinte observar, necessariamente, ambos os requisitos e na ordem prescrita. Ou seja, comunicar a sociedade e aos órgãos competentes – Registro do Comércio e SRF, no prazo previsto e, **em seguida**, efetivar a reconstituição da sua escrita, mediante a legalização de novos livros e fichas, tudo com apoio em documentos devidamente recuperados. Sem a adoção desse segundo procedimento, totalmente ineficazes se tornam os atos anteriormente praticados, para os efeitos fiscais.

125. São os **livros e os documentos** que acobertam os registros ali efetuados **elementos imprescindíveis para legitimar a adoção de tributação pelo lucro real/presumido**.

126. Enfatize-se que a causa do arbitramento é a não apresentação em tempo hábil dos livros contábeis e fiscais, a ausência da escrituração dos mesmos ou a sua imprestabilidade.

127. A não apresentação em tempo hábil, porque o Fisco dispõe de prazo fatal determinado para a revisão do procedimento adotado pelo sujeito passivo e eventual constituição do correspondente crédito tributário. Assim, a falta de apresentação dos livros e documentos ou a não reconstituição da escrita em prazo razoável, **concedido em juízo de admissibilidade**, quando necessário, por não permitirem a conferência fiscal, acarretam ao sujeito passivo o ônus de ver afastada a pretensão quanto à modalidade do lucro adotada.

128. A ausência ou imprestabilidade, porque, da mesma forma que a anterior, impossibilitam a autoridade competente de conferir a opção de tributação adotada pela contribuinte, afastando a legitimidade de seus atos.

129. Ressalte-se, aqui, que a obtenção de informações junto a terceiros tem como uma de suas finalidades a busca de elementos para confirmar ou infirmar a escrituração levada a efeito pela contribuinte, de forma a se permitir alcançar a conclusão da imprestabilidade, ou não, da escrita.

130. Ao contrário do que possa entender a impugnante, cumpre ao sujeito passivo a escrituração e/ou recomposição de seus registros contábeis e fiscais, e não ao Fisco. Também cumpre ao sujeito passivo a demonstração de que a modalidade de lucro pretendida está de acordo com as prescrições legais.

131. À fiscalização cumpre investigar e concluir pela autenticidade, ou não, dos documentos, registros contábeis e fiscais e declarações prestadas à Fazenda Nacional,

confirmando ou infirmando, inclusive, a pertinência da opção de lucro pretendida pela contribuinte.

132. No entanto, alcançada a conclusão da impertinência da opção do lucro, seja pela não apresentação, falta ou imprestabilidade da escrituração que não admita reparos, cumpre ao Fisco, tão somente, desclassificar a modalidade do lucro pretendida, adotando-se o arbitramento como única forma, com respaldo legal, para se apurar o resultado da pessoa jurídica, eis que as outras modalidades de apuração ensejam, necessariamente, como requisito legal, o apoio em escrituração e documentação regular, a qual deve ser mantida de acordo com a sistemática escolhida (Lucro Real ou Presumido).

133. Portanto, a não observância das disposições constantes da legislação tributária, no tocante à boa guarda e conservação da escrituração contábil e documentos que a acobertam, bem como dos procedimentos existentes para a formalização de comunicação de extravio e reconstituição da escrita em tempo hábil, acarretam o procedimento do arbitramento.

134. Como bem aponta a impugnante, o arbitramento é medida extrema e, como tal, enseja, antes da adoção desse procedimento, sejam exauridos, insistentemente, os esforços no sentido de permitir à contribuinte adotar as providências necessárias para justificar a apuração do lucro da forma como exercida.

135. Enfatize-se que, se as falhas são passíveis de retificação, entre as quais se encontra o atraso na escrituração ou a necessidade de sua reconstituição, em virtude de caso fortuito ou de força maior, há de se reclamar à contribuinte as providências cabíveis para a sua correção, em prazo razoável, **desde que o Fisco não vislumbre, na concessão de tal prazo, a hipótese de ocorrência de danos ao Erário.**

136. Isso, porque não se deve afastar da mente que à fiscalização cumpre a revisão, dentro de prazo fatal determinado, dos atos praticados pelo contribuinte, pelo que ao sujeito passivo se impõe, como dever original, o **pronto atendimento** na apresentação dos livros e documentos, já que a legislação determina a sua **manutenção obrigatória**, sob pena de vir a arcar com o ônus do afastamento da opção pretendida, em favor do arbitramento, única modalidade de apuração do lucro confiável, na situação imposta pela ausência dos elementos necessários à confirmação da pretensão da fiscalizada e a premência da decadência do direito do Fisco constituir o crédito tributário.

137. **A reconstituição da escrita e/ou a permissão de sua escrituração fora do prazo** previsto na norma de regência **constituem medida de exceção**, da mesma forma que o próprio arbitramento.

138. Oportuno ressaltar que, na hipótese da ocorrência de caso fortuito ou de força maior, a recuperação dos documentos e correspondente reconstituição da escrita deve se dar por **iniciativa da contribuinte e tão logo se verifique o sinistro**. Assim, não dá causa a justificativa plausível o procedimento meramente protelatório, no qual reste evidenciado que a pessoa jurídica arriscou a sorte de vir, ou não, a ser submetida a uma ação fiscal, para, só assim, iniciar a adoção dos procedimentos cabíveis na reconstituição da sua escrita, quando necessário.

139. Nesse contexto, à premência do prazo fatal para revisão do lançamento e constituição de eventual crédito tributário, não é moral, nem legal, afastar o interesse público em detrimento do particular, quando o direito do sujeito passivo que se pretende defender decorre da não observância de deveres originalmente impostos na lei, quanto à manutenção obrigatória de escrituração regular.

140. O interesse público deve, nesse caso, sobrepor-se ao particular, impondo-se o arbitramento, mesmo porque possui todo o respaldo na legislação de regência.

141. De outro giro, a falta de apresentação dos registros escriturais ou a falta do reconhecimento e comunicação da ausência ou atraso na escrituração, sem qualquer justificava, quando a contribuinte é regularmente intimada, configura procedimento meramente protelatório do sujeito passivo e, portanto, embaraço à fiscalização.

142. Novamente cumpre registrar que a celeridade dos trabalhos fiscais tem como objetivo a observância do prazo decadencial para revisão dos atos praticados pela fiscalizada e, por via de consequência, do prazo fatal para constituição de eventual crédito tributário, tudo em resguardo ao interesse público, sob pena de responsabilidade funcional.

143. Esclareça-se que o arbitramento não é uma penalidade, e sim a única consequência possível a uma situação consumada, que é a não apresentação, para exame, dos necessários livros contábeis e fiscais, ou a conclusão da imprestabilidade da escrita para validar a autenticidade das informações prestadas ao Fisco. **O arbitramento é simplesmente um critério adotado para o cálculo do lucro.** Nesse sentido, colaciona-se a seguinte jurisprudência administrativa:

“ARBITRAMENTO NÃO É PENALIDADE – O arbitramento não possui caráter de penalidade; é simples meio de apuração do lucro” (Ac. CSRF/010.123/ 81).

144. Quando conhecida a receita, opera-se pela aplicação de percentuais determinados de acordo com a atividade exercida, com o fim, inclusive, de respeitar os princípios da capacidade contributiva e de isonomia do sujeito passivo da obrigação tributária, consoante art. 532 do RIR/99:

“Base de Cálculo quando conhecida a Receita Bruta

Art. 532. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, § 11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento (Lei nº 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I).”

145. Impende esclarecer que não tem o condão de afastar a hipótese de arbitramento a documentação apresentada *a posteriori*, de modo a demonstrar a existência de regular escrituração e documentos que a suportam, uma vez que a falha apontada determinante para a adoção deste critério do arbitramento não é sujeita a reparação.

146. No presente caso, a interessada foi intimada e reintimada (fls. 03 e 23) a apresentar os livros contábeis e fiscais e o livro caixa, o que não foi cumprido tendo em vista a manifestação da autoridade fiscal no Termo de Verificação à fl. 2.9692.973:

“... tendo em vista que a empresa, a partir de 01/01/2007, foi excluída de ofício do Regime Simplificado, as receitas declaradas e omitidas, serão tributadas pelo Lucro Arbitrado até o mês de junho/2007, de acordo com o artigo 530, inciso III do Decreto nº 3.000/99, uma vez que não possui escrituração, (contabilidade completa por trimestre, demonstrações financeiras, documentação e os livros auxiliares obrigatórios, inclusive LALUR) que permita a apuração do Lucro Real trimestral.

O contribuinte não manifestou opção, alegando que seu regime tributário é o Simples (fl.390) e a tributação a partir do segundo semestre de 2007, será efetuada de acordo com a opção manifestada pela empresa e conforme dispõe o artigo 32 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

...

Assim, a tributação da omissão apurada será efetuada com base no Lucro Arbitrado, conforme artigo 530, inciso III do Decreto nº 3.000/99, uma vez que a empresa, apesar de intimada, não manifestou sua opção pela forma de tributação desejada.”

147. Assim, considerando a falta da escrituração para adoção do lucro real e a vedação legal, às pessoas jurídicas excluídas do **Simples Federal**, para a opção pelo lucro presumido, no curso de procedimento fiscal (AC 2006); bem como a falta de escrituração regular para adoção do lucro presumido pela pessoa jurídica excluída do **Simples Nacional**, por não contemplar a totalidade da movimentação financeira, inclusive bancária, correta é a exigência mediante o arbitramento do lucro na determinação do IRPJ e da CSLL, relativa aos anos-calendário 2007 a 2009.

Das exigências reflexas.

148. No que tange aos lançamentos de CSLL, PIS e da COFINS, há que se ressaltar que a decisão quanto à ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados, ou seja, o lançamento de CSLL, PIS e da COFINS decorrentes da autuação do IRPJ devem seguir o decidido no lançamento principal (IRPJ).

149. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes. A título de exemplo, reproduzimos as seguintes ementas:

“TRIBUTAÇÃO REFLEXA A decisão relativa ao auto de infração matriz deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração decorrente ou reflexo, uma vez que ambos os lançamentos, matriz e reflexo, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.” (1º Conselho de Contribuintes, 3ª Câmara, Acórdão 10322457, sessão de 25/05/2006)

“LANÇAMENTOS DECORRENTES Em se tratando de exigência fundamentada na irregularidade apurada em procedimento fiscal realizado na área do IRPJ, o decidido naquele lançamento é aplicável, no que couber, ao lançamento decorrente na medida em que não há fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa.” (1º Conselho de Contribuintes, 1ª Câmara, acórdão 10196542, sessão de 24/01/2008)

150. Portanto, não merecem reparos os lançamentos efetuados pela fiscalização.

Da representação fiscal para fins penais

151. A impugnante alegou que a Representação Fiscal para Fins Penais é de flagrante ilegalidade, posto que arbitrária e deve ser afastada.

152. O processo administrativo tributário tem como escopo decidir, na órbita administrativa, se houve ou não a ocorrência de fato gerador do imposto e, caso esse tenha ocorrido, verificar se o lançamento está de acordo com a legislação aplicável. Logo, em relação à Representação Fiscal para fins penais, portanto, não é de competência das DRJ se manifestar sobre sua formalização, por meio de outro processo, já que nele não há interesse tributário envolvido.

153. Portanto, não cabe a esta autoridade administrativa julgar a procedência ou improcedência da formalização da representação fiscal para fins penais pela autoridade lançadora, a qual deve formalizá-la, sempre que no curso de ação fiscal identificarem situações que, em tese, configurem crime definido no Art. 1º ou 2º da Lei nº 8.137, de 1990.

Da multa de ofício

154. Quanto à multa de ofício, que o interessado reputa confiscatória, faz-se necessário lembrar que o lançamento é ato administrativo plenamente vinculado à lei, sob pena de responsabilidade funcional do agente público, nos termos do art. 142 e parágrafo único do CTN. Assim, o lançador tem o dever de aplicar a lei ao caso concreto, considerando que toda norma legislativa nasce com a presunção de constitucionalidade, a qual só pode ser afastada por decisão do Poder judiciário. Por consequência, na feitura do

lançamento de ofício não pode ser a conduta do agente público senão a de aplicar a penalidade de 75% determinada no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996.

155. Este também é o entendimento do Conselho de Administração Tributária – CARF.

Súmulas 1 do 1º e 2º CC

Enunciado

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Do pedido de produção de provas e oitiva

156. Cabe tecer comentário relativamente ao pedido genérico do contribuinte de produção de provas, sob o fundamento de que devem ser adotadas todas as providências para averiguação dos fatos, em busca da verdade material, tanto pela administração pública quanto pela parte interessada.

157. Registre-se, inicialmente, que à impugnante foi dada ampla oportunidade de produção de provas e de defesa ainda na fase de fiscalização. Todavia, mesmo na fase de impugnação, não apresentou a interessada documentação hábil no sentido de comprovar que toda a receita foi oferecida à tributação.

158. Além disso, quanto à juntada de documentação comprobatória, sabe-se que o momento oportuno para sua apresentação é por ocasião da impugnação, sob pena dos argumentos de defesa se tornarem meras alegações e da ocorrência da preclusão deste direito *a posteriori*, conforme dispõe o art. 15, do Decreto nº 70.235, de 1972, *in verbis*:

(...)

160. Extrai-se dos artigos supra citados, que a prova documental deve ser apresentada sempre na impugnação, admitidas exceções somente nos casos expressamente previstos. É de salientar que cabia à contribuinte o ônus da comprovação de incidir em algumas destas hipóteses, não logrando êxito em demonstrar a ocorrência de quaisquer destes fatos previstos no Decreto 70.235/72.

161. A pretensão da autuada de imputar o ônus de apurar a verdade dos fatos à administração pública parte do falso pressuposto de que todo auto de infração deveria ser perfeito e acabado já na lavratura. Trata-se, assim, de uma quimera alimentada pela contribuinte, pois, as instâncias julgadoras administrativas existem justamente para aperfeiçoar o lançamento, por meio da sua revisão. A razão de ser do rito processual regulado pelo Decreto nº 70.235/1972 é apurar a legalidade do lançamento, onde, em tese, eventuais imperfeições no auto de infração não se prestariam para anulá-lo, mas tão somente para reforma-lo.

Essa é a função precípua das Delegacias de Julgamento e do Conselho de Contribuintes.

162. No que concerne ao argumento de que o lançamento não reproduz a verdade dos fatos, registre-se, de plano, que a verdade é um conceito metafísico (tal como a justiça, por exemplo) e, por isso, de espinhosa análise. Apesar de não ser passível de experimentação (já que é uma realidade metafísica), a verdade pode ser conhecida, racionalizada.

163. Fabiana Del Padre Tomé (in *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 25) destaca com agudeza que todos falam em nome da verdade: o autor inaugura a ação num processo judicial em nome de uma verdade que pretende demonstrar; o réu contesta também em nome desta mesma verdade; e o juiz de primeiro grau também decide se servindo do mesmo critério, ou seja, o critério da verdade. O sucumbente recorre ainda ao Órgão *ad quem* em nome de sua verdade violada. E, por

fim, o tribunal produz seu acórdão restabelecendo ou mantendo a verdade que considera “verdadeira”.

164. E continua a autora: “Nesse sentido, a verdade apresenta-se como elemento *a priori* da argumentação, pressuposto lógico do discurso comunicativo: ao realizar afirmações, o sujeito o faz com o objetivo de que o fato seja reconhecido como verdadeiro. Por isso, diante das diversas verdades argüídas, o direito estabelece formas que permitem chegar a um final, mediante decisões que fixam qual é a verdade que há de prevalecer no sistema jurídico”.

165. Nessa linha de raciocínio, alguns autores (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 3940; e TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2005, pp. 2325) vêm criticando a dicotomia clássica entre *verdade formal* e *verdade real*. Procede tal tese. Tanto o processo administrativo como o judicial deve buscar a *verdade processual* por meio do esquadramento dos fatos jurídicos, obtida pelos Órgãos competentes para tanto, na forma como o direito (material e processual) foi positivado para aquela questão. Logo o que se convencionou chamar de “verdade real” não é senão a submissão do processo administrativo aos princípios da *legalidade* e da *oficialidade*.

166. Assim, não procede o argumento da contribuinte, já que a autuação, conforme visto nos tópicos acima, ocorreu com observância ao princípio da legalidade.

167. Por fim, devem ser indeferidos os pedidos de depoimento pessoal do impugnante, oitiva de testemunhas e sustentações orais uma vez que inexiste previsão legal para qualquer um deles no âmbito da primeira instância.

168. Quanto ao pedido de perícia, vê-se, de logo, que ele visa transferir para o Fisco a produção de provas que deveriam ter sido apresentadas pela contribuinte no decorrer da ação fiscal ou no momento da impugnação. Em se tratando de presunção legal (art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996), compete ao sujeito passivo o ônus da prova de fatos que ensejaram o lançamento e, em geral, os registros da sua escrituração (art. 925 do RIR/1999).

169. Apesar de ser facultado ao sujeito passivo o direito de pleitear a realização de diligências e perícias, em conformidade com o artigo 16, inciso IV do Decreto nº 70.235, de 1972, com redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 8.748, de 1993, compete à autoridade julgadora decidir sobre sua efetivação, podendo ser indeferidas as que considerar prescindíveis ou impraticáveis (art. 18, *caput*, do Decreto nº 70.235, de 1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993).

170. A realização de diligência e perícia pressupõe que o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado e/ou esclarecimento de fatos considerados obscuros no processo. Todavia, elas não integram o rol dos direitos subjetivos do autuado, podendo o julgador, se justificadamente entende-las prescindíveis, não acolher o pedido.

171. No presente caso, tratando-se de comprovar a origem dos depósitos bancários ocorridos nos períodos fiscalizados, os elementos probatórios, como já se mencionou reiteradamente, deviam ter sido produzidos pela parte. Dessa forma, e em conformidade com o artigo 18, *caput*, do Decreto nº 70.235, de 1972, indefiro os pedidos de perícia, por considera-la prescindível para o julgamento da presente lide.

Da remissão

172. Por fim, ainda com a intenção de ver o crédito tributário extinto, alternativamente suscita a impugnante a aplicação do instituto da remissão, previsto no art. 156, IV, do Código Tributário Nacional – CTN.

173. No entanto, conforme prevê o art. 150, §6.º, da Constituição da República de 1988, eventual remissão do imposto sobre a renda deve ser precedida de lei específica:

(...)

174. Por seu turno, em conformidade com o dispositivo constitucional, o art. 172 do CTN determina que somente a lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário. Não é o caso que aqui se apresenta, razão pela qual, diante da absoluta inexistência de previsão legal, não há que se falar na outorga da remissão da exigência fiscal censurada.

175. Também não merece acolhida a solicitação para a intimação do representante legal, acerca da inclusão do processo em pauta de julgamento da DRJ, uma vez que inexistente previsão legal para tanto.

Conclusão

Ante o exposto e o contido nos autos, VOTO no sentido de AFASTAR as preliminares levantadas, INDEFERIR o pedido de produção de provas, depoimentos, oitiva de testemunhas, perícias, sustentações orais e a remissão da dívida e, no mérito JULGAR IMPROCEDENTE a manifestação de inconformidade contra os atos de exclusão do Simples Federal e do Simples Nacional e JULGAR IMPROCEDENTE a impugnação apresentada contra o lançamento para MANTER, integralmente as exigências **do IRPJ, do PIS, da Cofins** e da **CSLL**, objeto dos autos de infração em análise.

Da análise dos fatos vê-se que a questão é eminentemente fática e documental, e a recorrente permanece com alegações genéricas e não enfrenta concretamente o detalhado trabalho fiscal, bem como a análise perpassada pela DRJ que detalhou as razões para não acolhimento das razões de mérito.

De fato, o contribuinte teve oportunidade de exercer amplamente o seu direito de defesa, optando por fazê-lo com alegações genéricas e sem impugnar especificamente o lançamento.

Cumprido ressaltar ainda que, o presente processo trata do ato de exclusão do SIMPLES FEDERAL e NACIONAL, bem como do lançamento dos tributos fora das referidas sistemáticas. O ADE foi decorrente do fato de o contribuinte ter faturado durante o AC 2006 montante muito superiores aos declarados, que consistiram em aproximadamente 22% da receita apurada. Tais fatos foram apreciados também pelo lançamento consubstanciado no PAF n. 11634.720070/2011-17 relativo ao AC 2006, o qual já foi apreciado e mantido por esta TO, à unanimidade.

Assim, os fatos que levaram à exclusão já foram confirmados, o que nos deixa a apreciar quanto ao ADE eventuais nulidades no procedimento, o que não ocorreu.

A autoridade fiscal foi diligente e seguiu todo o processo administrativo fiscal nos termos do que dispõe a legislação.

No procedimento fiscal intimou o contribuinte a optar pela forma de tributação (Lucro Presumido) mas diante da ausência de entrega da documentação contábil e fiscal foi necessário proceder, de forma correta, ao arbitramento.

Por sua vez, o recorrente se insurge contra o arbitramento sem qualquer razão, vez que diante da inexistência da documentação fiscal e contábil (mesmo sendo intimado para reconstituí-la) não haveria outra medida a ser adotada.

Curioso ainda que, no PAF n. 11634.720070/2011-17 a autoridade fiscal procedeu ao lançamento do crédito tributário através da forma de tributação escolhida pelo próprio contribuinte e, naquele processo, o contribuinte defendeu, de forma absolutamente protelatória, que deveria ter sido procedido ao arbitramento, por entender que seria mais vantajoso.

Por sua vez, de forma absolutamente contraditória, nos presentes autos, mesmo diante da inexistência dos livros fiscais que fundamentaram o arbitramento, agora defende que o arbitramento seria mais danoso e que o fiscal deveria ter procedido ao lançamento na forma de tributação por ele escolhida.

Ora, tal postura contraditória, os argumentos genéricos e desconexos trazidos pelo contribuinte, alegações contra súmulas consolidadas no CARF, pedidos de remissão do débito, entre outros, apenas apontam pra uma atuação absolutamente protelatória no âmbito do processo administrativo, o que atenta para a boa-fé processual.

Em contrapartida, os problemas administrativos na própria gestão do contencioso administrativo acabam por nos trazer à análise, lançamentos relativos a fatos geradores ocorridos a aproximadamente 15 anos, o que é lamentável dentro do nosso sistema tributário.

A alegação de quebra de sigilo também não se sustenta vez que o STF no julgamento da ADI 2390 em 18.02.2016 entendeu ser constitucional a lei que permite ao Fisco o acesso aos dados bancários dos contribuintes.

Quanto à aplicação do art. 42 da Lei 9.430/96 o Recorrente basicamente defende a aplicação da antiga Súmula 182 do extinto TFR, o qual não é mais aplicável com o advento do próprio texto legal.

Com a edição da Lei nº 9.430/1996, art. 42, a existência dos depósitos bancários, cuja origem não seja comprovada, foi erigida à condição de presunção legal de omissão de receita, aplicável também na sistemática do Simples, na medida em que o contribuinte é obrigado a manter minimamente Livro Caixa, e a ele incorporar toda a movimentação bancária, observando também a guarda dos documentos e demais papéis que serviram de base para sua escrituração. Desta forma, passou a ocorrer a inversão do ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo da relação jurídica provar que a prática do fato que lhe está sendo imputado não corresponde à realidade.

Diante da falta de apresentação de documentos que comprovassem sua movimentação bancária, o Auditor-Fiscal efetuou o lançamento dos Autos de Infração em discussão, cumprindo com as obrigações impostas pela legislação pertinente.

Por sua vez, questões atinentes à constitucionalidade ou aplicação de princípios constitucionais fogem da alçada de competência deste Tribunal Administrativo nos termos do que dispõe a Súmula CARF n. 2.

Desta feita, nos termos da faculdade garantida pelo inc. I, § 12º do Art. 114 do Regimento Interno do CARF (aprovado pela Portaria n. 1.634 de 21 de dezembro de 2023), adoto a decisão da DRJ como razão de decidir, acrescidas das razões aqui expostas, e voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva