



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

Processo n° 11634.720109/2011-98
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1202-001.118 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2014
Matéria IRPJ - SIMPLES
Recorrente VERGOTI COMERCIO DE METAIS LTDA. EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

SOBRESTAMENTO.

O disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 62-A não mais se aplica, ou seja, não se aplica o sobrestamento aqui alegado por ter sido revogado pela Portaria do MF nº 545/2013.

PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS

O lançamento é procedente uma vez que a diferença entre as receitas declaradas e a movimentação bancária, é omissão de receitas, por presunção legal, a qual pode ser afastada se comprovada. Não há obrigatoriedade, por parte da autoridade lançadora, em estabelecer o nexo causal entre o depósito e os fatos que levaram-nos, mas a recorrente, de forma a afastar a presunção.

**INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.
INAPLICABILIDADE.**

Não incidem os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei n.º 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Igualmente não incidem os juros previstos no artigo 161 do CTN sobre a multa de ofício.

PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO.

A exclusão do ICMS da base das contribuições não pode ser feita tendo em vista o artigo 62-A do Regimento do CARF uma vez que a decisão do tema cuja repercussão geral foi reconhecida não é definitiva.

IRPJ. TRIBUTOS REFLEXOS.

Em relação aos lançamentos decorrentes, CSLL, contribuição ao PIS, COFINS e contribuições previdenciárias, são decorrentes da autuação do IRPJ e devem seguir o lá decidido, pela íntima relação entre eles.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em REJEITAR as preliminares suscitadas; em NÃO CONHECER do pedido de perícia; e, no mérito, por maioria de votos, em DAR provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir a exigência dos juros de mora sobre a multa de ofício, vencido o Conselheiro Carlos Alberto Donassolo, que negava integralmente provimento ao recurso. Ausente, momentaneamente, o Conselheiro João Bellini Junior.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Presidente da Segunda Câmara

(documento assinado digitalmente)

Plínio Rodrigues Lima - Redator *ad hoc*.

EDITADO EM: 14/09/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Carlos Alberto Donassolo (Presidente em Exercício à época do julgamento), Plínio Rodrigues Lima, João Bellini Junior (suplente convocado), Nereida de Miranda Finamore Horta (redatora à época do julgamento), Geraldo Valentim Neto e Orlando José Gonçalves Bueno.

O Redator *ad hoc*, nos termos do art. 17, III, c/c o art. 18, XVII, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, publicada no DOU em 10/06/2015, formalizou a seguir o relatório e o voto do presente acórdão, considerando:

(I) a publicação no Diário Oficial da União (DOU) nº 66, de 08/04/2015, da Portaria do Ministério da Fazenda nº 186, que dispensou, a pedido, NEREIDA DE MIRANDA FINAMORE HORTA do mandato de Conselheira, representante dos Contribuintes, junto a Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF;

(II) a designação inicial de MARCELO BAETA IPPOLITO para redator *ad hoc*, nos termos do art. 17, III, do RICARF(Fls.1.181);

(III) a publicação no DOU nº 102, de 01/06/2015, da Portaria do Ministério da Fazenda nº 314, que dispensou, a pedido, em razão do Decreto nº 8.441, publicado no DOU em 30 de abril de 2015, MARCELO BAETA IPPOLITO do mandato de Conselheiro Suplente, representante dos Contribuintes, junto a Segunda Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF; e

(IV) a extinção da 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção por meio da Portaria CARF nº 34, de 31 de agosto de 2015.

Relatório

Segundo a relatora:

"VERGOTI COMÉRCIO DE METAIS LTDA EPP (CNPJ 81.709.800/000188), teve contra si iniciado procedimento administrativo, decorrente de dois Atos Declaratórios Executivos – nº 46, que determinou sua exclusão do Simples Federal, retroativa à data de 1º de janeiro de 2007, e nº 47, que determinou sua exclusão do Simples Nacional, retroativa à data de 1º de janeiro de 2007.

Em decorrência de tais ADE, foram lavrados Autos de Infração, pelo lucro arbitrado, relativos a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009.

Quanto aos Atos Declaratórios Executivos, ambos datados de 17.06.11, transcrevo trecho contido no acórdão recorrido para elucidar a situação:

“2. O ADE nº 46, de 17/06/2011 foi expedido em face da Representação Fiscal de fls. 301303, onde restou comprovado que a contribuinte em análise, auferiu no ano calendário de 2006 movimentação bancária de R\$16.456.958,68, sendo que deste montante, ofereceu à tributação apenas R\$1.341.347,59. Após a análise das justificativas do contribuinte, foi considerado como receita omitida o importe de R\$15.115.611,09, conforme detalhado na representação. A fundamentação para a emissão do ato foi afronta ao disposto no artigo 9º, inciso II e artigo 13, inciso II, da Lei nº 9.317, de 1996, com efeitos a partir de 01/01/2007.

3. Já o ADE nº 47, de 17/06/2011, foi emitido em face da mesma Representação Fiscal já mencionada e sob o mesmo argumento, com efeitos a partir de 01/07/2007, tendo como fundamento legal afronta ao disposto no artigo 12, inciso I da Resolução CGSN nº 4, de 30/05/2007 e artigo 5º, inciso IX e 6º, inciso VII, ambos da Resolução nº 15, de 23/07/2007.

4. Cientificado em 04/07/2011 (fl.306), apresentou manifestação de inconformidade em 19/07/2011, fls. 307314, onde solicita a realização de diligências, mediante a oitiva de prepostos da pessoa jurídica a fim de que seja devidamente comprovado que a impugnante faz jus à condição exigida nas leis que regulam o Simples; que sejam recebidos e conhecidos eventuais documentos apresentados posteriormente, haja vista que, diante da antiguidade dos fatos tratados no presente processo, não conseguiu levantar em tempo hábil, toda a documentação; que seja reconhecida a procedência desta manifestação, para o fim de anular os atos de exclusão ao Simples, bem como todos os autos de infração lavrados em decorrência desta exclusão ou; caso ocorrer a rejeição da manifestação, requer que a exclusão surta efeitos apenas a partir do exercício seguinte àquele em que transitar em julgado a decisão aqui prolatada, bem como da impugnação que será apresentada ao PAF 11634.720109/2011-98”.

Como dito, em decorrência da exclusão da sistemática do Simples Nacional e do Simples Federal, foram lavrados autos de infração. O lançamento se deu pelo Lucro Arbitrado, ante a ausência de manifestação ou opção do contribuinte quanto à tributação

desejada, a partir do 2º Semestre de 2007. Neste ponto, o contribuinte somente indicou que sua tributação é pelo Simples e que não haveria necessidade de retificar as GFIP's, já que contestou a exclusão ao Simples por defesa administrativa.

Não houve a comprovação da origem de valores depositados/creditados nos demonstrativos contidos em anexo ao termo de intimação fiscal, resultando na lavratura dos seguintes autos de Infração:

- IRPJ – Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - (fl. 2980).
Valor: 814.901,72
- CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fl. 3020),
Valor: R\$ 385.558,82
- Cofins (fl. 3061). Valor : R\$ 1.069.279,35
- Contribuição ao PIS (fl. 3073) . Valor: R\$ 231.564,72.

Aos mencionados valores acresceu-se multa de ofício no patamar de 75% e juros moratórios calculados com base na taxa SELIC.

Regularmente intimada, em 29 de dezembro de 2011, a contribuinte apresentou impugnação, onde indica que, em 2006, exercia atividade econômica consistente no comércio atacadista de sucata de metais, serviço de torno e repuxo de metais e indústria de vergalhões de metais, e em novembro do mencionado ano, alterou sua atividade para comércio atacadista de sucata de metais (exceto chumbos, acumuladores e resíduos industriais) e comércio atacadista de vergalhões e linguotes de metais. Aponta que sempre fora enquadrada como Empresa de Pequeno Porte (EPP), nos termos do art. 2º, II, da Lei Federal 9841/99, recolhendo seus impostos pelo Simples.

Mediante fiscalização da Receita Federal, ocorreu sua exclusão do Simples, justificada por terem suas receitas ultrapassado o teto legal para a opção. Contra o ato de exclusão, foi apresentada impugnação, que teria expressamente efeitos suspensivos. Ainda assim, teve contra si lavrados autos de infração, objetos do presente processo.

Discorrendo sobre o lançamento, aponta, inicialmente para a necessidade de se observar o efeito suspensivo da impugnação apresentada no PA n. 11634.720286/2011-74, onde se discute sua exclusão do Simples, manifestação esta ainda pendente de julgamento.

Considerando os efeitos suspensivos da impugnação apresentada, não pode a exclusão começar a produzir efeitos, consoante o artigo 3º dos Atos Declaratórios de Exclusão e o artigo 23, parágrafo único, da Instrução Normativa n. 608 de 09 de janeiro de 2006, que entende equiparar a manifestação de inconformidade apresentada ao ADE à impugnação do Decreto nº 70.235/72, que expressamente suspende a exigibilidade do crédito tributário, conforme artigo 151, III do CTN – Código Tributário Nacional.

Assim, sem sequer a análise da exclusão, sofreu autuação, que é manifestamente ilegal, sendo os Autos de Infração inexigíveis e merecedores de anulação.

Discorre sobre a invalidade do lançamento realizado unicamente com base em movimentação financeira, que entende ser o caso dos presentes autos.

Indica que o objeto do lançamento são valores creditados em contas de depósito ou investimento mantidas junto às instituições financeiras sem a comprovação de origem. Entende que não deixou de escriturar nenhuma receita, inexistindo movimentações

bancárias representativas de receitas não escrituradas. Aponta para o respeito à noção razoável de que nem toda movimentação bancária é receita, pelo que entende que a autuação foi arbitrária e precipitada.

Destaca sua boa-fé durante todo o procedimento, tendo atendido sempre e adequadamente as solicitações fiscais, mas que o exíguo tempo deferido para a juntada de documentação comprobatória compromete sua defesa, indicando que por parte do fisco, buscou-se realizar o lançamento de forma apressada e inválida, reiterando, neste ponto, não haver receita omitida.

Aponta que não há, pelo Fisco, a indicação do que considera como receita, eis que a totalidade de sua movimentação bancária foi como tal computada, sendo o lançamento realizado unicamente com base na movimentação bancária, prática vedada, inclusive pela jurisprudência do Conselho de Contribuintes e Tribunais pátrios, trazendo decisões neste sentido.

Por tais motivos, requer seja determinada a anulação do auto, ou que, alternativamente, seja determinada a revisão do lançamento, conferindo-se prazo razoável a contribuinte para que demonstre a origem dos depósitos bancários.

Aponta para a existência de erros na apuração pelo lucro arbitrado, apontando que o Regulamento de Imposto de Renda possui regras diferenciadas para sua aplicação, quando a receita é conhecida (artigos 519 e 533) e quando não é conhecida (artigo 535). Em ambos os casos, de se notar que a base de cálculo não equivale ao valor da receita, sendo encontrada pela aplicação de alíquotas sobre o montante da receita ou pelas formas de cálculo expostas no artigo 535.

No caso concreto, ao utilizar como base de cálculo todos ou quase todos os depósitos realizados em suas contas, houve a equiparação da base de cálculo à receita bruta, o que não é admissível no lucro arbitrado. Ante tais erros de apuração, de rigor a anulação dos autos de infração ou ao menos a revisão destes valores.

Ainda, indica o caráter confiscatório da multa que lhe foi imposta, no patamar de 75%, valor que no caso dos autos é de aproximadamente R\$ 1.800.000,00, valor superior a sua receita bruta do ano de 2006, consistente em R\$ 1.341.347,54, que dá a exigência fiscal viés de confisco, em descompasso com qualquer parâmetro de legalidade, impondo-lhe ainda a impossibilidade de continuidade de suas atividades com a manutenção desta, pelo que requer sua anulação.

Assim, requer a realização de diligências, com oitiva de prepostos seus, para comprovar que não houve a omissão de receitas, e a determinação a DRF de Londrina que apresente os documentos que comprovem sua inadimplência com o Simples.

Requer ainda sejam recebidos e analisados documentos posteriormente, por ter lhe sido conferido prazo insuficiente para demonstrar a origem das suas movimentações bancárias, considerando-se também a antiguidade das notas fiscais e documentos relacionados ao período de autuação.

Pugna por sua intimação na pessoa de seu representante legal quando da inclusão do processo na pauta de julgamento da DRJ Curitiba.

dos artigos 15 e 16, III do Decreto nº 70.235/72, indicando que a juntada posterior é excepcional, mediante possibilidades contempladas na legislação, o que não ocorreu.

Ante a situação dos autos, especialmente considerando-se que a contribuinte declarou apenas 8,2% da sua receita bruta auferida em 2006, também perfeitamente cabível a exclusão retroativa, pois ao verificar que a receita extrapolou o permissivo legal, a partir do primeiro dia do ano do calendário subsequente àquele em que se verificou a ofensa, haveria a exclusão de ofício, nos termos dos artigos 2º, II e 9º, II da Lei 9317/96. Destaca que, na hipótese de a receita bruta exceder ao limite legal, a PJ optante deve comunicar o fato, mediante alteração cadastral, em forma e prazos definidos nos artigos 12 e 13 da lei mencionada. Na hipótese de isto não ocorrer, tem lugar a exclusão de ofício, nos termos do artigo 14, I.

Esse mesmo entendimento deve ser aplicado ao Simples Nacional, regulamentado pela Lei Complementar nº 123/2006, indicando que o ato de exclusão praticado quanto a este sistema também deve ser considerado correto, atentando-se a seguinte situação:

“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 11634.720109/201198, a autoridade fiscal promoveu sua exclusão aos dois regimes, por meio dos dois atos ora comentados: o ADE nº 46/2011 e, o ADE nº 47/2011. 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.

Analisando as preliminares invocadas, afasta a argüida nulidade do lançamento. Cita os artigos 59 e 60 do PAF sobre o tema, transcrevendo-os, para apontar que na ausência de atos insanáveis e ante a observância dos procedimentos fiscais nos termos do artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade.

Afasta também a alegação de nulidade do lançamento ante a ausência de decisão definitiva quanto a discussão do ato de exclusão, já que a emissão dos atos de exclusão pautaram-se estritamente à legislação da matéria.

Melhor sorte não cabe à questão pleito de suspensão dos efeitos da exclusão. Indica que ao ato declaratório não é possível apontar o efeito suspensivo, por falta de previsão legal, sendo que as hipóteses previstas no artigo 151 do CTN não são cabíveis ao caso, já que a suspensão do Simples não envolve crédito. No mais, não há a presunção de efeito suspensivo ao ato, nos termos do artigo 61 da lei n. 9784/99, pelo que não aceita o pedido.

Aponta que os efeitos da exclusão também foram corretamente fixados pela autoridade fiscal, com início a partir do primeiro dia do ano subsequente em que for constatado o excesso de receitas, nos termos do artigo 15, IV da Lei 9317/96.

Indica ainda não haver razão quanto à ausência de decisão administrativa sobre a questão do Simples, apontando que referida decisão foi decidida nos presentes autos, com a reunião dos processos de exclusão do Simples e dos autos de infração de períodos posteriores é medida com recomendação da própria SRF, já que o julgamento do lançamento do IRPJ e reflexos depende da decisão a respeito do Simples, questão prejudicial ao primeiro lançamento, citando sobre o tema a Portaria SRF nº 6129/2005, artigo 1º, II.

Em relação aos efeitos da retroatividade da exclusão, aponta que a data determinada no ADE também está correta, não cabendo quanto a esta o respeito ao princípio da irretroatividade da lei tributária, que diz respeito a vigência da lei em relação a data dos fatos, indicando que no caso concreto, os fatos são posteriores à Lei do Simples, com vigência em 1996. Cita a respeito da exclusão, o artigo 15, II da lei do Simples e a Resolução CGSN nº 04 de 30.05.07, artigo 12, I e a Resolução CGSN de 23.07.2007, artigo 5º, XI.

Na análise do mérito, ante a alegação de que o lançamento foi realizado exclusivamente com base em movimentação financeira, indica que, na verdade, o inconformismo do contribuinte é o lançamento com base em dispositivo legal que criou nova presunção, contido no artigo 42 da Lei nº 9430/96, de onde passa a contextualizar o lançamento efetuado, definir o fato gerador e a distribuição do ônus da prova.

Aponta que a tributação discutida não é em relação aos depósitos bancários, mas a omissão de rendimentos por eles representada, sendo os primeiros somente sinal de exteriorização da omissão. Em um primeiro momento, estes são simples indício da aludida omissão, que se transforma em prova quando não há a comprovação de sua origem, por parte da contribuinte.

Diante de tal fato, há o poder-dever da autoridade de considerar os valores depositados como rendimentos tributáveis e omitidos na declaração de ajuste anual, efetuando o lançamento do imposto correspondente. Para aclarar a situação, traz histórico legislativo sobre o tema, que aqui transcrevo:

“64. 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.”

65. 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.

66. 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:

“Art.42.Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores

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

§1o O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2o Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§3o Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I – Os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II – no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). [...]”

67. Portanto, diante das expressas disposições legais, a autoridade fiscal está autorizada a presumir a ocorrência de omissão de receitas, quando o titular de conta de depósito ou de investimento, apesar de regularmente intimado, não conseguir comprovar a origem dos recursos depositados/creditados, mediante documentação hábil e idônea.”

Desta explanação, entende que o ônus da prova de que os valores depositados e creditados nas contas correntes não são receitas ou de seu oferecimento à tributação é incorreto é da contribuinte. Neste sentido, cita a Súmula nº 26 do CARF.

Assim, indica que, na ausência de comprovação da origem dos depósitos, o nexo de causalidade entre eles e as receitas tidas por omitidas se dá em decorrência lógica da titularidade da conta bancária, sendo da Fazenda Pública o ônus de identificar os depósitos de

origem não comprovada, intimar a contribuinte a se manifestar sobre tais créditos, e não afastada a presunção relativa, regular é o lançamento, que é, neste caso, por presunção.

Discorre sobre a diferenciação entre as presunções de fato das presunções legais. Diz que as primeiras são as presunções do homem, de pouco valor no direito tributário e as segundas decorrem de norma jurídica expressa, transmutando-se em declarações de verdade mediante ordem legal. Quanto às presunções legais, distingue as absolutas, que não admitem prova em contrário, das relativas.

Prossegue, informando que o lançamento é resultante da atividade administrativa, subordinado aos princípios da legalidade e da tipicidade, sendo a exigência de tributos somente possível quando prevista em lei de forma expressa. Na hipótese do lançamento decorrente de presunção legal, há a possibilidade de serem a base impositiva da exação, mas que meros indícios ou suspeitas não autorizam concluir pela ocorrência do fato impositivo.

Indica a necessidade do Auto de Infração, peça acusatória, de trazer todos os elementos de prova para embasar a exigência fiscal ou ser fundamentado em presunção legal, como é o caso, não cabendo ao fisco, neste ponto, mera presunção sem amparo legal.

No caso dos autos, a presunção indicada é presunção legal, que aponta para a inversão do ônus da prova, cabendo a contribuinte a comprovação da origem dos depósitos, conforme artigo 334 do Código de Processo Civil - CPC, aplicado subsidiariamente ao Decreto nº 70235/1072 - PAF. Atenta para o respeito ao princípio constitucional da ampla defesa, respeitado ante a possibilidade de na impugnação afastar tal presunção.

Por fim, analisando o pedido de diligências, rejeita-o, indicando que, no caso de presunção cabe ao sujeito passivo constituir as provas necessárias para afastar a exigência, e se estes não foram apresentados, inexistente a revisão a ser realizada.

Passa a analisar a alegação de que houve erro na apuração do lucro presumido.

De pronto, indica que a regra geral para apuração dos resultados é a determinação do lucro real, mas que há o permissivo legal para que as pessoas jurídicas optem por tributação mais simplificada, a exemplo do lucro presumido e do Simples, desde que atendidos os requisitos legais, sendo que é a pessoa jurídica que deve indicar expressamente sua vontade neste sentido. De tal opção às modalidades simplificadas, cabe a manutenção durante todo o ano-calendário, e em relação ao Simples, diz ser este pelos anos-calendários subsequentes até a exclusão da sistemática.

Esclarece ainda que com o início do procedimento fiscal, exclui-se a espontaneidade do sujeito passivo, conforme o artigo 7º do Decreto nº 70.235/72.

Ainda, aponta que a sistemática do Simples Federal, diferentemente do Simples Nacional, não prevê a possibilidade de opção pelo lucro presumido no caso de exclusão de sua sistemática. Cita a este respeito o acórdão proferido pelo 1º Conselho de Contribuintes, de nº 107-08.045, de 14.04.2005.

No caso do Simples Nacional, não há a vedação a opção ao lucro presumido, ainda que no curso da ação fiscal, citando neste sentido entendimento da Administração Tributária – SCI COSIT nº 7, de 13 de abril de 2010, indicando que seja para a opção pelo lucro real, seja para a opção ao lucro presumido, é dever da contribuinte manter a escrituração exigida para cada uma das sistemáticas de apuração.

Diz que o lucro real é representa a renda efetivamente auferida, mas impõe a contribuinte maior ônus procedimental, especialmente em relação à obrigatoriedade de manutenção de escrituração contábil comercial e fiscal regular, nos termos do artigo 251 do RIR/99. Ante tal situação, houve por parte do legislador a possibilidade de o contribuinte adotar outras formas de apuração de lucro, onde também há a exigência de dados de escrituração obrigatória, como no artigo 527 do RIR/99, disciplinando a exigência de se manter ao menos o Livro Registro de Inventário e o Livro Caixa, que deve conter toda movimentação financeira e bancária.

Prossegue, ensinado que o lucro arbitrado é forma excepcional de se quantificar a renda, sendo utilizado pela Administração Tributária nos casos de omissões ou erros graves constatados na escrituração na qual se deve respaldar o contribuinte, sendo este o fato determinante para a adoção desta modalidade de lucro, o que afasta a pela qual o contribuinte optou, nos termos do artigo 530 do RIR/99.

Ainda, indica que cabe a autoridade examinar a escrituração e a documentação de modo a verificar se a opção é legítima e se a apuração do lucro é correta, citando a este respeito o artigo 276 do RIR/99, sendo que para a efetivação deste exame, cabe a contribuinte o dever de escriturar os livros e manter em boa guarda e ordem a documentação, nos termos do artigo 264 do citado dispositivo legal, que serve, em última análise, a resguardar a legitimidade da opção efetuada quando a apuração do seu lucro tributado, ou seja, pode haver a frustração de tal pretensão em face do descumprimento da obrigação do art. 264, indicado como base da efetividade do comando previsto no art. 293 do regulamento, de modo a indicar que a escrituração regularmente mantida faz prova em favor da contribuinte.

Cabe reproduzir os ensinamentos do Acórdão recorrido.

*“108. 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**.*

*109. 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.*

*110. 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.*

*111. 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.

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

Indica, assim, que o arbitramento ocorre ante a não apresentação em tempo hábil dos livros contábeis e fiscais, sua ausência ou imprestabilidade. Neste ponto, se concedido em juízo de admissibilidade também há o arbitramento se a reconstituição da escrituração da escrita não se der no prazo assinalado.

Ainda, aponta que no tema, a obtenção de informações junto a terceiros tem como uma de suas finalidades a busca de elementos para confirmar ou afastar a opção do contribuinte para se determinar se a escrituração é ou não imprestável.

Destaca que é do sujeito passivo a obrigação de manter a escrituração e/ou composição de seus registros contábeis e fiscais, cabendo também a ele a demonstração de que a modalidade de lucro pretendida obedece aos termos legais.

De outra banda, cabe à fiscalização investigar e concluir pela autenticidade dos documentos e demais informações prestadas, e na hipótese da conclusão pela impertinência da opção do lucro, por qualquer dos motivos descritos, cabendo a adoção do arbitramento como a única forma legalmente respaldada pela lei para apurar a pessoa jurídica. Neste passo, tem-se o arbitramento como medida extrema, que necessita da exaustão de esforços que permitam a contribuinte adotar as providencias necessárias para justificar a apuração do lucro na forma em que é exercida, indicando ainda que eventuais falhas podem ser retificadas, como ocorre com o atraso de escrituração ou a possibilidade de sua reconstituição em ocorrência de caso fortuito ou força maior, em prazo razoável, desde que não se vislumbre pelo Fisco a ocorrência de danos ao Erário.

Informa assim que não se deve afastar a responsabilidade do fisco pela revisão, dentro do prazo fatal determinado, dos atos praticados pelo contribuinte e a este, cabe o pronto atendimento das determinações daquele, em relação aos livros e documentos, especialmente ante a manutenção obrigatória destes prevista em lei.

Assim, a reconstituição da escrita e/ou a permissão de sua escrituração fora do prazo, como prevista em lei, são medidas excepcionais, destacando que no caso da ocorrência de caso fortuito ou força maior deve ocorrer sua reconstituição por iniciativa do contribuinte e tão logo se verifique o sinistro.

Aponta que o prazo imposto decorre do interesse público em detrimento do particular, legalmente amparado, sendo que a celeridade do prazo indicado observa o prazo decadencial, e seu descumprimento gera responsabilidade funcional e a falta de apresentação dos registros ou falta do reconhecimento e comunicação da ausência ou atraso na escrituração, sem justificativa, sendo embaraço à fiscalização.

De tudo isso, indica que o arbitramento não é uma penalidade, mas a única consequência possível a uma situação consumada, de não apresentação dos livros no prazo correto, sendo o arbitramento é somente um critério adotado para o cálculo do lucro, trazendo

jurisprudência administrativa (Ac. CSRF/01-0.123/81), indicando a forma que este ocorre, nos termos do art. 532 do RIR/99.

Ainda, indica que a apresentação a posteriori de documentação não se presta a afastar o arbitramento, indicando que, no caso concreto, como se verifica o Termo de Verificação Fiscal, de que houve intimação e reintimação da contribuinte para apresentar os livros contábeis e fiscais e o livro caixa.

Entende pela correção do procedimento de exclusão, indicando que: *“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”*.

Passa a analisar as exigências reflexas, correspondentes aos lançamentos de CSLL, PIS e Cofins, destacando que estes são decorrentes da autuação de IRPJ e que, portanto, devem seguir o decidido no lançamento deste tributo, pelo que entende não caber reparos.

Neste sentido, aponta ser pacífica a jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes, citando julgados,

Em relação à multa de ofício, lembra que o lançamento é ato vinculado, nos termos do artigo 142 do CTN e parágrafo único, sendo dever do lançador aplicar a lei ao caso concreto. Sendo que a norma legislativa possui presunção de constitucionalidade, só afastável mediante decisão proferida pelo Poder Judiciário. Tais considerações, ao proceder ao lançamento de ofício, só cabe ao agente público a aplicação de penalidade no patamar de 75% prevista no art. 44, I da Lei 9430/96, indicando que este também é o entendimento contido na Súmula n. 1 do CARF.

Afasta também o pedido genérico de produção de provas, indicando inicialmente que foi dada ampla possibilidade de produção probatória e de defesa ainda na fase de fiscalização, não apresentando a interessada nenhum documento neste sentido.

Demais disso, a juntada de documentação comprobatória deve ter como momento oportuno a impugnação, sob pena de preclusão, conforme o art. 15 do Decreto n. 70.235/72, citando também o art. 16, §4º do mesmo diploma, que indica em quais situações a regra pode ser excepcionada, o que não ocorreu no caso concreto.

Nesse contexto, indica que a pretensão da contribuinte de imputar ao fisco o ônus de apurar a verdade dos fatos, parte de pressuposto falso de que todo auto de infração deve ser perfeito e acabado já em sua lavratura, afastando tal premissa. Diz que o rito processual administrativo serve para apurar a legalidade do lançamento, e se verificadas imperfeições no auto de infração, caberia sua reforma e não anulação.

Analisando o argumento de que o lançamento não reproduz a verdade dos fatos, diz que a verdade é um conceito metafísico, de análise difícil, e que apesar de não poder sofrer experimentação, pode ser conhecida, racionalizada. Cita doutrina de Fabiana Del Padre Tomé e Tarek Moyses Moussalem sobre o tema, identificando, em apertada síntese que o que

se convencionou chamar de “verdade real” não é senão a submissão do processo administrativo aos princípios da legalidade e da oficialidade, pelo que afasta o entendimento do contribuinte.

Indefere, da mesma forma, o pleito de depoimento pessoal do impugnante, de oitiva de testemunhas e sustenções orais ante a inexistência de previsão legal sobre o tema na primeira instância administrativa.

Em relação à perícia, entende que esta busca transferir ao Fisco o ônus probatório imposto a contribuinte a ser exercido no decorrer da ação ou na impugnação. Destaca que embora o pedido de prova pericial seja permitido, o mesmo pode ser indeferido, nos termos do art. 18 do PAF, se a autoridade julgadora decidir que estas são prescindíveis ou impraticáveis.

Ainda, indica que a realização da diligência ou perícia pressupõe a necessidade de conhecimento técnico especializado ou esclarecimentos de fatos considerados obscuros, não se incluindo entre os direitos subjetivos do contribuinte. No caso concreto, a perícia requerida busca comprovar a origem dos depósitos bancários no período fiscalizado, o que era de responsabilidade da parte, pelo que indefere o pleito, por considera-la prescindível para o deslinde do feito.

Por fim, em relação ao pedido alternativo de aplicação do instituto da remissão, nos termos do art. 156, IV do CTN, indica que eventual remissão do imposto sobre a renda deve ser precedida de lei, nos termos do art. 150, §6º da Constituição Federal, o que é repetido pelo artigo 172 do CTN, que acresce que a remissão deve ser feita em despacho fundamentado.

Ante a absoluta inexistência de previsão legal, afasta o pedido de outorga da remissão.

Afasta, a seu turno, o pleito de intimação do representante legal da contribuinte quando da inclusão em pauta de julgamento deste na DRJ, por falta de previsão legal.

Assim, mantém integralmente o lançamento.

A contribuinte foi intimada em 6 de agosto de 2012 e apresentou seu Recurso Voluntário em 5 de setembro de 2012, reiterando os argumentos apresentados na Impugnação, acrescidos do que a seguir sintetizamos.

Aponta a necessidade de atenção à repercussão geral reconhecida aos temas tratados no recurso junto ao Supremo Tribunal Federal, com o sobrestamento de todos os recursos em trâmite perante sua competência, referentes a “fornecimento de informações sobre movimentações financeiras ao Fisco sem autorização judicial, nos termos do art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001; b) Aplicação retroativa da lei n. 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência – Tema n. 225”.

Discorre quanto à necessidade do sobrestamento, ante o disposto no art. 62-A, §1º do Regimento Interno do CARF, vez que há nos autos a discussão da constitucionalidade e legalidade das provas – extratos bancários – que serviram de base dos autos de infração de modo a evitar decisões conflitantes entre o STF e o órgão administrativo.

Indica a nulidade da decisão por cerceamento de defesa surgido pelo indeferimento da produção de provas e realização de diligências. Aponta que tais pedidos foram feitos ante as inúmeras operações que lhe foram atribuídas, sendo requerido juntada posterior de documentos que pudessem afastar a presunção aplicada em seu desfavor, o que não foi aceita pelo julgador de primeira instância.

Diz que a decisão é nula, implicando em severo cerceamento de defesa, em violação a garantia fundamental da recorrente de proceder à produção de provas no âmbito administrativo (art. 5º, LIV e LV da CF).

Disto, refuta a afirmação que o processo administrativo deve buscar a verdade processual. Cita doutrina de Leandro Paulsen, que indica que é necessário a busca da realidade dos fatos. Neste passo, aponta que o formalismo excessivo não pode se sobrepor à verdade, citando o acórdão n. 1402-000.497 do CARF.

Destaca que é clara a intenção da recorrente em produzir as provas necessárias para afastar a presunção legal, especialmente por meio da juntada de novos documentos que irão comprovar que os depósitos realizados nas contas correntes não são receitas tributárias. Ainda, que a prova pericial requerida buscava afastar as incorreções dos cálculos realizados pela autoridade fiscal, especialmente por incluir na base de cálculo tributos como o ICMS ou valores correspondentes à venda de sucata para empresas no lucro real.

Só pelo volume de operações imputados, há a autorização do pedido de provas requerido, conforme indica os arts. 36, 57, §6º do Decreto n. 7574/2011, mas mesmo assim não houve o deferimento pela autoridade, o que aponta para o cerceamento de defesa.

Ainda no tema de nulidade, indica que este ocorreu também em virtude da ausência de motivação quanto ao coeficiente utilizado por ocasião por arbitramento do lucro, fixado no patamar de 9.60%. Diz que da análise dos autos de infração não há como se inferir as razões de tal valor, indicando que sequer há menção ao dispositivo legal que prevê tal coeficiente, sendo – lhe impossível impugnar este ponto do auto de infração, novamente incorrendo em cerceamento de defesa. Embora haja várias hipóteses de arbitramento e diferentes coeficientes previstas no RIR/99, sendo impossível no caso concreto quais os critérios jurídicos adotados, recaindo nulidade sobre as autuações.

Indica que embora o objeto do lançamento tenha sido a ausência de comprovação de origem de valores contidos em conta corrente, diz que não deixou de escriturar nenhuma receita, inexistindo movimentação bancária que represente receita bruta que não fora escriturada, sendo necessária ter a razoável noção que nem toda movimentação bancária é receita, o que indica arbitrariedade e precipitação da autuação realizada, o que seria comprovado por documentação a ser juntada.

Informa ter apresentado extratos bancários e outras informações consistentes em documentos contábeis, sendo estes últimos ignorados pela fiscalização, que se ateve exclusivamente às informações bancárias, de onde foram relacionados em documento consistente em seis anexos e mais de 500 operações bancárias, sobre as quais foi intimada a contribuinte em a se manifestar em 5 dias, prorrogados por mais 5 dias mediante solicitação da contribuinte.

Destaca que ante exíguo prazo, apresentou declaração referente ao ano-calendário de 2006, com receita bruta, despesas e pagamento do Simples devido; seu contrato social e alterações que indicam a atividade econômica exercido e seu enquadramento como EPP e notas fiscais que demonstram as origem dos depósitos bancários.

Diz que houve a conclusão de parte da fiscalização em menos de seis meses do início desta, e apenas 23 dias após a apresentação da documentação por parte da

contribuinte. Indica que houve nova intimação, e que prestou todos os esclarecimentos referentes à movimentação bancária, mas que as justificativas foram aceitas apenas em parte.

Menciona que é patente sua boa-fé, pois sempre atendeu às solicitações da fiscalização, que foram prontamente atendidos, comparecendo diversamente para prestar esclarecimentos, indicando a declaração da receita bruta não havendo qualquer omissão.

Ante tais indicações, conclui que não houve pela autoridade fiscal a demonstração do que considera como receita, pois todas as movimentações bancárias (sejam depósitos, cheques ou transferências) foram computadas como receitas, de onde esclarece que nem todo depósito é receita, eis que estes podem ser parte de pagamentos de despesas ou mesmo realizadas para cobrir cheques debitados para compras de materiais.

Neste ponto, aponta que não se demonstra idôneo o tempo conferido à recorrente para afastar a rápida e volumosa autuação, o que demonstraria que a autoridade fiscal buscou realizar o lançamento de forma apressada e inválida, já que não há qualquer despesa omitida, destacando que houve o completo desprezo à contabilidade da decorrente.

Cita ensinamento de Maria Rita Ferragut, que condiciona a validade da presunção de omissão de receitas com base em receitas bancárias não contabilizadas à verificação de outros documentos. Traz também jurisprudência que reforça que esta prova contábil é essencial pois a função destes é demonstrar em linguagem adequada a vida da empresa.

Ante o contexto explanado, diz ser possível afirmar que o lançamento foi realizado única e exclusivamente com base nas movimentações bancárias da recorrente, o que é vedado. Traz neste sentido jurisprudência.

Assim, requer a anulação dos autos de infração, pelos motivos explanados. Alternativamente, requer a determinação da revisão dos lançamentos, excluindo-se destes os valores que não sejam receitas e que lhe seja conferido prazo razoável para demonstrar a origem dos depósitos bancários. Pugna ainda pela necessidade da exclusão do ICMS e de receitas financeiras da base de cálculo do PIS e da COFINS. Indica que exerce atividades comerciais, pelo que se sujeita à tributação pelo ICMS, sobre o qual também incide a contribuição ao PIS por ser faturamento da empresa. Aponta que no como decido pelo STF, o ICMS, por se tratar de receita transferida a terceiro, a qual não incorpora definitivamente o patrimônio da empresa, não se inclui na base de cálculo do PIS e da Cofins, conforme voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, nos autos do RE 240.785-2/MG, pelo que entende que são nulos os créditos de PIS e COFINS constituídos com base na receita de ICMS.

Aponta que o artigo 48 da Lei n. 11.196/2005 prevê a suspensão da incidência de PIS e COFINS sobre a venda de sucatas (operação realizada pelo contribuinte) para pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, ressaltando que a ressalva contida no parágrafo único do mencionado artigo não se aplica ao caso, eis que embora incluída no Simples quando das operações, sua exclusão deu-se com efeitos retroativos, o que faz incidir a ela os termos do artigo 32 da Lei Complementar nº123/2006, pelo que a ela se aplicam todas as normas aplicáveis às pessoas jurídicas não incluídas no regime de tributação do Simples.

De toda estas exposições, indica que é possível se chegar a duas conclusões “(i) o lançamento é nulo pelo fato de que em momento algum se analisou a contabilidade da empresa a fim de averiguar se esta realizou as operações beneficiadas pela suspensão; (ii) o lançamento é nulo pela própria inclusão de valores indevidos.”.

Afasta ainda a incidência de juros sobre a multa aplicada, em atenção ao princípio da eventualidade. Menciona que em decisão recente de sua 1ª Turma, o CARF afastou de maneira expressa a incidência de juros sobre a multa, transcrevendo ementa da decisão. Por tal questão, considera evidente a ilegalidade da incidência de juros sobre a multa, sendo necessário anular os valores referentes à base de cálculo da taxa de juros aplicada.

Por fim, indica a ilegalidade de sua exclusão da sistemática do Simples, que por toda a argumentação trazida no recurso, tem-se que os ADE n. 46 e 47, de 17 de junho de 2011, eis que a suposta causa de exclusão do regime, o excesso de receita, não persiste aos argumentos trazidos".

Foi o relatório da Conselheira Nereida de Miranda Finamore Horta

Voto

Conselheiro Plínio Rodrigues Lima, Redator *ad hoc*

Segundo a relatora:

"O presente Recurso Voluntário cumpre os requisitos de admissibilidade, inclusive o temporal, portanto, dele tomo conhecimento.

Tratam-se os autos de exclusão do SIMPLES, consoante Atos Declaratórios Executivos de nº 46 que determinou sua exclusão do Simples Federal, retroativa à data de 1º de janeiro de 2007, e de nº 47, que determinou sua exclusão do Simples Nacional, retroativa à data de 1º de janeiro de 2007. Em decorrência da exclusão do SIMPLES, está sendo cobrado IRPJ, CSLL, contribuição ao PIS e COFINS com base no lucro arbitrado para o período em análise.

A exclusão foi fundamentada no artigos 9º, II, e 13, II, da Lei nº 9317/1996, pelo fato da autoridade fiscal ter constatado que o montante da receita bruta era superior ao limite previsto para opção do SIMPLES, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2007.

Para o ano de 2006, a autoridade fiscal identificou que 92% da movimentação bancária do período não constavam nas declarações entregues à Receita Federal. A empresa era optante do SIMPLES, considerada como Empresa de Pequeno Porte (EPP), nos termos do art. 2º, II, da Lei nº 9841/99. Consoante relatório, sua atividade em 2006 era o comércio atacadista de sucata de metais, serviço de torno e repuxo de metais e indústria de vergalhões de metais. A partir de novembro do mesmo ano, alterou sua atividade para comércio atacadista de sucata de metais (exceto chumbos, acumuladores e resíduos industriais) e comércio atacadista de vergalhões e linguotes de metais, continuando a ser uma EPP.

A recorrente, em seu Recurso Voluntário, traz o reconhecimento em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no Tema de nº 225 sobre o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras ao Fisco sem autorização judicial, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001, o que resultaria em sobrestamento do julgamento em virtude do artigo 62-A, §1º do Regimento Interno do CARF.

Cabe esclarecer que, em 18 de novembro de 2013, foi publicada Portaria nº 545, com o objetivo de revogar os §§ 1º e 2º do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, os quais possuíam a seguinte redação:

"§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes."

Ou seja, de acordo com a regra anterior, caso o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a repercussão geral de determinada controvérsia, esse colegiado deveria sobrestar os julgamentos dos recursos interpostos em sede de processos administrativos que versassem sobre matéria idêntica àquela tratada no *leading case* a ser julgado pela Suprema Corte. Após o julgamento da matéria que teve o reconhecimento em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, esse Colegiado deveria reproduzir em seus julgados a conclusão firmada no recurso julgado sob o regime da repercussão geral. Com a revogação desses parágrafos, não há mais o que se falar em sobrestamento dos recursos submetidos ao CARF com reconhecimento de repercussão geral, os julgamentos dos recursos administrativos sobrestados com base na regra antiga devem ser retomados, mesmo que o Supremo Tribunal Federal não tenha emitido juízo de valor definitivo sobre a controvérsia que teve a repercussão geral reconhecida.

Permanece o dispositivo 62-A, o qual determina que esse colegiado, em suas decisões, deve refletir o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (artigo 543-B, CPC) e pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos (artigo 543-C, CPC).

Desse modo, sem mesmo adentrar na semelhança ou da discussão aqui neste processo com o tema de nº 225 reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como de repercussão geral, o disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 62-A não mais se aplica, ou seja, não se aplica o sobrestamento aqui alegado por ter sido revogado pela Portaria do MF nº 545/2013. Voltemos ao julgamento das preliminares e mérito.

Alega a recorrente que o procedimento de fiscalização foi às pressas e não foi feita segregação do que é receita e o que não era. Como relatado pela autoridade lançadora e não refutado pela contribuinte, o procedimento fiscal se iniciou em 25 de outubro de 2010, para o período de janeiro de 2006 a setembro de 2010. Nos termos da Lei nº 9317/1996, artigo 7º, § 1º, a microempresa deve apresentar declaração simplificada em todos os anos-calendários e, apesar de não estar sujeita à escrituração comercial, deve manter em boa ordem e guarda o Livro Caixa, Livro de Registro de Inventário, e todos os demais documentos e papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos. Solicitada a apresentar os documentos, incluindo os extratos bancários, a recorrente o fez prontamente, quando possibilitou à autoridade fiscal a observar que foi declarada uma *"receita bruta de R\$1.341.347,59, enquanto que o total de crédito nas contas correntes bancárias foi de R\$16.456.958,68, com uma diferença de R\$15.115.611,09. Chamada a explicar a diferença, no prazo de 5 dias prorrogados por mais 5 dias, a recorrente apresentou notas fiscais, por amostragem, (cópias de fls. 338-342), que coincidem com créditos lançados em contas-correntes bancárias e também com receitas declaradas à Receita Federal, até o momento, a recorrente não explicou a diferença, como solicitado pela autoridade fiscal, individualizadamente e por conta e banco (fls. 250-269)".*

A reclamação da recorrente poderia estar correta se, em algum momento, tivesse dado indício de que há explicação para ter um crédito em conta-corrente bancária muito maior que o apresentado nas declarações simplificadas, mas não apresentou. Apenas argumenta com os fatos e entrega para a autoridade lançadora o ônus da prova dessa diferença. Não há nada nos autos que dê sustentação ao pedido de diligência, requerido pela recorrente, ou que

demonstre que há uma explicação para a não vinculação dos créditos em conta-corrente bancária e os registros da declaração simplificada. Com isso, a presunção aqui apontada de omissão de receitas, parece-nos correta.

Com base no artigo 42, da Lei nº 9430/1996, temos que:

“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.”

A partir de 1996, com o advento do artigo retro transcrito, temos que é considerada omissão de receitas ou rendimentos os valores creditados em contas de depósito ou investimento junto à instituição financeira que não forem comprovados sua origem, mediante documentação hábil e idônea. Suportada por tal regra, a autoridade lançadora efetuou o lançamento. Em nenhum momento, a recorrente apresenta qualquer documento que tenha uma explicação para tal diferença. Portanto, o lançamento é procedente uma vez que a diferença entre as receitas declaradas e a movimentação bancária, é omissão de receitas, por presunção legal, a qual pode ser afastada se comprovada. Não há obrigatoriedade, por parte da autoridade lançadora, em estabelecer o nexo causal entre o depósito e os fatos que levaram-nos, mas a recorrente, de forma a afastar a presunção.

Diante das expressas disposições legais, a autoridade fiscal está autorizada a presumir a ocorrência da omissão de receitas quando a contribuinte, titular de conta de depósito ou de investimento, não conseguir comprovar a origem dos recursos depositados/creditados, mediante documentação hábil e idônea.

Constatado que o limite excedeu o permitido com base no artigo 9º, II, da Lei nº 9317/1996, ou seja, receita bruta foi superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), portanto, é vedada a opção ao SIMPLES, dá-se a exclusão nos termos do artigo 13, II, da mesma lei. O início da exclusão dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2007, nos termos do artigo 15, IV, da Lei nº 9317/2007.

Portanto, entendemos procedentes os Atos Declaratórios Executivos emitidos em face dos fatos constatados, estando a recorrente excluída do SIMPLES a partir de 1º de janeiro de 2007.

Feita a exclusão do SIMPLES com base em omissão de receitas, foi apurada os tributos devidos com base no lucro arbitrado, consoante o artigo 530, III, do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 3000/99, tendo em vista que o contribuinte deixou de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do artigo 527 do mesmo Regulamento.

A recorrente alega que houve cerceamento de defesa, pois a autoridade fiscal utilizou percentual para o cálculo do lucro arbitrado que não consegue entender e não ficou esclarecido no Auto de Infração. Além disso, não segregou os valores que correspondem às receitas, imputou os créditos em conta-corrente como base de cálculo.

A alegação da recorrente não procede; no Auto de Infração consta a apuração do lucro arbitrado e do IRPJ, com detalhes dos valores e base legal.

Portanto, está sim esclarecido e apresentado, não podendo ser acatado o alegado pela recorrente em relação ao cerceamento de defesa.

A questão aqui é que não há contestação objetiva alguma das diferenças apresentadas pela fiscalização entre os valores creditados e os declarados, não há comprovação da origem dos créditos, portanto, a autoridade fiscal se valeu do artigo 42 acima transcrito, conjugado com o artigo 530, III, do RIR/99 para a apuração do lucro arbitrado.

O procedimento da fiscalização está correto, seguindo o disposto no artigo 142 do CTN e fundamentado na legislação tributária específica ao caso.

Sobre a perícia, produção de provas e oitiva de testemunhas, até o momento não temos documentação que traga algum indício de que não houve omissão de receitas, nada foi apresentado pela impugnante, nem na fase de Impugnação ou de Recurso Voluntário.

Nos termos do artigo 16, IV, §4º do Decreto 70235/1972, temos que:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

.....

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)”

As diligências ou perícias tem que estar motivadas, o que aqui não vemos apresentados. Não há motivo para retardar o julgamento e solicitar nova revisão por parte de peritos, uma vez que não há documentação que indique os peritos que devem ser indicados, basta que sejam apresentadas provas, documentos que justifiquem a diferença apresentada, o que não foi feito.

Assim, não cabe aqui também acatarmos o pedido da recorrente.

Em relação à aplicação de multa de ofício de 75%, os termos da Súmula 2 do CARF, esse colegiado não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Desse modo, devem ser seguidos os ditames do artigo 44, I, da Lei nº 9430/1996.

Para os juros incidentes sobre a multa de ofício, concordo com a recorrente que a melhor interpretação que se faz do artigo 61, parágrafo 3º, da Lei nº 9430/1996. Há juros de mora somente sobre os débitos de que trata o caput do artigo 61, conforme o § 3º do mesmo, isto é, só se aplica os juros sobre os tributos e contribuições e, não, sobre as penalidades aplicadas aos tributos e contribuições.

Esse também foi o entendimento desse colegiado, cuja ementa do Acórdão assim dispõe sobre os juros sobre multa de ofício:

“Processo nº 19515.003663/2005-27

Acórdão 101-96523

Sessão de 23/01/2008

INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE - Não incidem os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício, vez que o artigo 61 da Lei n.º 9.430/96 apenas impõe sua incidência sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições. Igualmente não incidem os juros previstos no artigo 161 do CTN sobre a multa de ofício.

RO Negado. RV Provido em Parte.”

Em relação aos lançamentos decorrentes, CSLL, contribuição ao PIS, COFINS e contribuições previdenciárias, são decorrentes da autuação do IRPJ e devem seguir o lá decidido, pela íntima relação entre eles.

A recorrente requer ainda que se observe, para o cálculo da contribuição ao PIS e COFINS, a exclusão do ICMS e receitas financeiras na determinação da base de cálculo. A exclusão do ICMS da base das contribuições não pode ser feita tendo em vista o artigo 62-A do Regimento do CARF uma vez que a decisão do tema cuja repercussão geral foi reconhecida não é definitiva.

Em relação à receita financeira, Decreto nº 5.164/2004, a questão aqui é que a recorrente deveria segregar os valores que correspondem às receitas financeiras, mas não apresentou nada, não só não comprovou a origem, como alega incorreções sem indicar documentação que possa cumprir com tal procedimento. Como não foi feito, está correta a apuração feita pela autoridade fiscal.

Por todo o exposto, o voto é no sentido de dar provimento parcial ao recurso apenas para excluir a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício".

Foi como votou a relatora.

Plínio

Rodrigues

Lima