



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

Processo nº	11634.720699/2011-59
Recurso nº	999.999 Voluntário
Acórdão nº	1401-001.139 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	12 de março de 2014
Matéria	SIMPLES
Recorrente	E. F. CLEMENTE & CIA LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE

Tendo o auto de infração preenchido os requisitos legais e o processo administrativo proporcionado plenas condições à interessada de contestar o lançamento, descabe a alegação de nulidade

INCONSTITUCIONALIDADES.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária (Súmula 1ºCC nº 2).

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 no processo próprio, correta sua exclusão aos benefícios do Simples Nacional desde a implantação do regime.

EXCLUSÃO AO SIMPLES. CONSEQUÊNCIAS.

A legislação da Simples prevê que ao ser excluída do benefício o sujeito passivo fica sujeito às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS E VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA.

A Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, estabeleceu a presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove,

mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta corrente ou de investimento.

MULTA DE OFÍCIO DE 75%. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

O lançamento decorrente de procedimento fiscal implica a exigência de multa de ofício, cujo percentual é fixado em lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, EM REJEITAR as preliminares e, no mérito, EM NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva – Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Maurício Pereira Faro, Sérgio Luiz Bezerra Presta e Jorge Celso Freire da Silva. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Alexandre Antônio Alkmim Teixeira

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Curitiba-PR.

Adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância, compondo em parte este relatório:

O presente processo trata dos seguintes atos a serem analisados: a) o Ato Declaratório Executivo nº 62 (fl.651), de 03/10/2011, que determinou a exclusão da contribuinte ao Simples Federal, desde 01/01/2007; b) manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo nº 61 (fl.650), de 03/10/2011, que determinou a exclusão do ora sujeito passivo ao Simples Nacional a partir de 01/07/2007; c) a impugnação aos autos de infração lavrados pela sistemática do Lucro Arbitrado e Presumido, relativos aos fatos geradores ocorridos nos anos calendário de 2007, 2008 e 2009.

Do Ato Declaratório Executivo nº 62, de 03/10/2011

Do Ato Declaratório Executivo nº 61, de 03/10/2011

2. O ADE nº 62, de 03/10/2011 foi expedido em face da Representação Fiscal de fls. 634-644, onde restou comprovado que a contribuinte em análise, auferiu no ano calendário de 2006 movimentação bancária de R\$8.333.301,76, sendo que deste montante, ofereceu à tributação apenas R\$ 400.502,29. Após a análise das justificativas do contribuinte, foi considerado como receita omitida o importe de R\$ 5.534.122,26, conforme detalhado na representação. A fundamentação para a emissão do ato foi afronta ao disposto no artigo 2º, inciso II e artigo 9º, inciso II, da Lei nº 9.317, de 1996, com efeitos a partir de 01/01/2007. Para este ADE não foi apresentada manifestação de inconformidade específica.

3. Já o ADE nº 61, de 03/10/2011, foi emitido em face da Representação Fiscal de fls 622-633, sob o mesmo argumento que o ato anteriormente mencionado, com efeitos a partir de 01/07/2007, tendo como fundamento legal infração ao artigo 3º e 16, da Lei Complementar nº 123, de 2006, combinado com o artigo 12, inciso II 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. Apresentou manifestação de inconformidade em 03/11/2011, fls. 2401-2412, contra o ADE nº 61 que excluiu a empresa do Simples Nacional, com base no disposto no inciso I do artigo 12 da Resolução CGSN nº 04, de 30/05/2007 e inciso XI do artigo 5º da Resolução do CGSN nº 15 de 23 de julho de 2007, qual seja, ter extrapolado, no ano calendário de 2006 o limite de receitas estabelecido para a sistemática. Sustenta que a decisão do fisco foi equivocada uma vez que a ação fiscal visava verificar a regularidade das obrigações pertinentes ao Simples e, na seqüência, lhe foram solicitados livros e documentos, sendo que vários deles não obrigatórios à consecução dos trabalhos de fiscalização. Com base na documentação apresentada foi elaborado um demonstrativo dos depósitos/créditos havidos no ano calendário de 2006 tendo sido intimada a comprovar a origem daqueles recursos, no prazo de cinco dias. Afirma ter solicitado prorrogação de prazo para o atendimento da intimação ao que a autoridade fiscal deferiu apenas mais cinco dias, que foi

insuficiente para o cumprimento, razão pela qual a autoridade inferiu ter havido omissão de receitas e efetuou o lançamento.

5. Após traçar este histórico afirma ter oferecido impugnação ao lançamento, que se encontra pendente de julgamento. Entretanto, apesar disso, foi emitido o ato de exclusão sem qualquer razão uma vez que aquele procedimento ainda não está findo e, todos os desdobramentos de ações fiscalizadoras estatais, somente passam a ter a exigibilidade líquida e certa, após o completo encerramento do procedimento administrativo que visa constituir a obrigação.

6. Afirma que a exigibilidade que se tenta emprestar ao processo nº 11634.720160/2011-08, por meio do ADE ora impugnado, é ilegal, uma vez que os autos de infração foram impugnados e não há nenhuma decisão há respeito. Traz como amparo legal o previsto no inciso III do artigo 151 do CTN e transcreve julgados para concluir que não poderia ser expedido o ADE enquanto não definitivamente julgado o processo de constituição do crédito tributário já mencionado.

7. Ao final, solicita que seja declarada a nulidade do ADE, por afronta ao disposto no artigo 151 do CTN.

Dos autos de infração pelo Lucro Arbitrado - fatos geradores ocorridos entre 01/2007 e 06/2007 - IRPJ e CSLL

Dos autos de infração pelo Lucro Presumido - fatos geradores ocorridos entre 07/2007 e 12/2009 - IRPJ e CSLL

8. Em face da exclusão da contribuinte ao Simples, na seqüência foram lavrados os autos de infração relativos aos fatos geradores ocorridos nos anos calendário de 2007, 2008 e 2009, fls.810-849, onde se exige o crédito tributário de R\$167.484,50 de IRPJ (fl.821) e, R\$120.940,93 de CSLL (fl.838).

9. O lançamento em relação aos fatos ocorridos entre janeiro e junho de 2007 foi realizado por arbitramento e os demais períodos foram lançados pelo Lucro Presumido.

10. O suporte legal para a exigência dos tributos obedece ao seguinte:

a) IRPJ - artigos 25, 27, inciso I, e 42 da Lei nº 9.430, de 1996 e artigos 224, 518, 528, 530. II, 532 e 537 do RIR/99;

b) CSLL - artigo 2º e §§ da Lei nº 7.689, de 1988, art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995, art. 29 da Lei nº 9.430 de 1996 e artigo 37 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002, art. 3º da Lei nº 7.689, de 1988, com as alterações introduzidas pelo art. 17 da Lei nº 11.727, de 2008.

11. Aqui, estão sendo imputadas as seguintes infrações: depósitos bancários de origem não comprovada e, receita escriturada e não declarada.

Do auto de infração para a exigência da Cofins e do PIS – fatos geradores 01/2007 a 12/2009

12. O auto de infração de fls.850-866, que exige , relativamente aos anos calendário de 2007, 2008 e 2009, R\$70.342,15 de PIS (fl.860), ao amparo do disposto nos artigos 1º e 3º da Lei Complementar nº 7 de 07/09/1970 e, artigos 2º, inciso I, alínea "a" e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 17/12/2002.

13. Por fim, o auto de infração de fls.867-883, que exige para os mesmos anos calendário a importância de R\$316.609,44 de COFINS (fl.877) tendo como base legal os artigos 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22 e, 51 do Decreto nº 4.524, de 17/12/2002. Nos dois casos a infração apontada é a falta ou insuficiência de recolhimento das contribuições.

Da impugnação

14. Cientificada em 10/01/2012, apresentou em 09/02/2012, impugnação ao feito (fls. 2853-2882), onde sustenta que a ação fiscal visava verificar a regularidade das obrigações pertinentes ao Simples e, posteriormente lhe foram solicitados diversos documentos, sendo que vários deles não obrigatórios à consecução dos trabalhos de fiscalização. Com base na documentação apresentada foi elaborado um demonstrativo dos depósitos/créditos havidos no ano calendário de 2006 tendo sido intimada a comprovar a origem daqueles recursos, no prazo de cinco dias. Afirma ter solicitado prorrogação de prazo para o atendimento da intimação ao que a autoridade fiscal deferiu apenas mais cinco dias, que foi insuficiente para o cumprimento, razão pela qual a autoridade inferiu ter havido omissão de receitas e efetuou o lançamento.

15. Após traçar o histórico argúi em preliminar ter havido cerceamento ao direito de defesa posto não lhe ter sido concedido os trinta dias pleiteados para o cumprimento à intimação; que as infrações apontadas nos autos de infração foram imputadas por mera inferência; fala em afronta aos princípios constitucionais da legalidade, finalidade, contraditório, ampla defesa, razoabilidade e proporcionalidade e; que não consta do auto de infração o prazo máximo estimado para a conclusão das diligências (art. 196 do CTN) devendo ser declarado nulo o procedimento pois nem mesmo o termo de início do procedimento fiscal cumpriu as determinações legais.

16. Adentrando ao mérito, aventa que a exigência está pautada em meras suposições, isto porque limitou-se a afirmar que a ora impugnante não apresentou documentos hábeis e idôneos à comprovar a real situação de sua movimentação bancária; que causa espanto a falta de diligência da autoridade fiscal no sentido de verificar a origem das diferenças, as quais poderiam advir de simples equívocos relativos a obrigações acessórias ou, serem derivadas de desencontro de informações do setor contábil da empresa; que para o saneamento das dúvidas, bastava autorizar o prazo pleiteado para a juntada dos documentos; que nem mesmo a autoridade fiscal parece estar convencida dos fatos efetivamente ocorridos e que se não há certeza, a dúvida deve ser resolvida com a aplicação do disposto no artigo 112 do CTN; que tal norma é direito subjetivo da reclamante, não estando sob a égide da discricionariedade do Agente Público e que o auto de infração, se devido fosse, jamais poderia ter sido lavrado nos termos como foi, glosando-se créditos e aplicando-se multa abusiva sem ao menos restar comprovado o dolo nas supostas infrações.

17. Alega também que foram considerados créditos valores debitados por instituições financeiras decorrentes de duplicatas não honradas em seus vencimentos, que foram descontadas em operações ordinárias decorrentes de sua mercancia, bem como contrapartidas contábeis relativas a diversos sinistros havidos na ocasião dos transportes, além de devolução de mercadorias, fatos corriqueiros no setor de transportes. Isso sem contar os fatos que fazem parte do dia a dia de qualquer empresa como devolução de cheques, estornos de lançamentos indevidos, créditos de mesma titularidade, estorno de DOC's, estorno de tarifas, estorno de ordens de pagamentos e outros. Montou planilha relativa à conta corrente nº

096.08614.08, do Banco HSBC Brasil S.A.,enumerando supostos equívocos e alegando que a mesma situação teria ocorrido com as outras instituições financeiras.

DATA	HISTÓRICO	HISTÓRICO	VALOR	EQUÍVOCO
29/01/2009	Ted mesma titularidade	Sistema TIF	30.000,00	Mesma
		titularidade		
12/02/2009	Líber. Oper. Crédito		70.000,00	Empréstimo
bancário				
19/02/2009	Ted mesma titularidade	Sistema TIF	50.000,00	Mesma
titularidade				
13/03/2009	Ted mesma titularidade	Sistema TIF	50.000,00	Mesma
titularidade				
13/03/2009	Ted mesma titularidade	Sistema TIF	25.000,00	Mesma
titularidade				
17/03/2009	Ted mesma titularidade	Sistema TIF	70.000,00	Mesma
titularidade				
18/03/2009	Cheque devolvidos/0009245/960111		SBC/0009245/0000	
700,00 Dev. cheque				
18/03/2009	Lib. Desc. Cheques	Rds/descont.	50.930,30	
Desconto caucionado				

18. Na mesma esteira, sugere que o auditor sequer analisou os lançamentos relacionados no demonstrativos, lançando como receita todos os valores constantes dos extratos bancários. Transcreve jurisprudência administrativa

19. Relativamente à exigência da CSL e do PIS, afirma que enquanto a própria administração não julgar as impugnações ofertadas, não é lícito exigir os créditos tributários apontados, devendo ser declarados nulas as autuações, até que definitivamente decidida a legalidade do procedimento fiscal bem como do ato declaratório. Instrui suas razões com farta jurisprudência.

20. Ataca a representação fiscal para fins penais taxando-a de abusiva, ilegal e inconstitucional, solicitando que a mesma não seja encaminhada ao Ministério Público Estadual.

21. Combate a multa de ofício à razão de 75% dizendo que ela possui efeito de confisco e pede a redução do seu valor.

22. Ao final requer:

a) a nulidade da ação fiscal por afronta ao disposto no artigo 196 do CTN, que acarretou cerceamento ao direito de defesa e afronta a princípios constitucionais, possibilitando a produção das provas antes requeridas, por imprescindíveis à legalidade da fiscalização;

b) a invalidade do auto de infração, expurgando-se o tributo cobrado, em virtude do caráter presuntivo do auto de infração, uma vez que o auditor lançou como receita todos os valores constantes do extratos bancários;

c) que sejam afastadas a multa agravada e a representação ao MP, por ausência de dolo e;

d) a produção de todos os meios de prova admitidos em direito, em especial pela juntada de novos documentos, depoimento pessoal do impugnante, oitiva de testemunhas, perícias e sustentações orais.

A DRJ Manteve os lançamentos, nos seguintes termos:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2007

Ementa: SIMPLES FEDERAL. EXCLUSÃO PARA O 1º SEMESTRE DE 2007.

Mantém-se a exclusão do sujeito passivo ao Simples Federal 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, conforme processo administrativo já julgado por essa DRJ.

Assunto: Simples Nacional

Ano-calendário: 2007

Ementa: 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 no processo próprio, correta sua exclusão aos benefícios do Simples Nacional desde a implantação do regime.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

Ementa: EXCLUSÃO AO SIMPLES. CONSEQÜÊNCIAS.

A legislação da Simples prevê que ao ser excluída do benefício o sujeito passivo fica sujeito às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS. OMISSÃO DE RECEITAS PRESUNÇÃO LEGAL

Configuram omissão de receita, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito do sujeito passivo mantida em instituição financeira, quando, regularmente intimado, deixa de comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados. A presunção legal de omissão de receita tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o sujeito passivo, que, por sua vez, pode afastá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

DECORRÊNCIAS. CSLL - PIS - COFINS.

Aplica-se ao lançamento reflexo o mesmo tratamento dispensado ao lançamento matriz, em razão da relação de causa e de efeito que os vincula.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

Ementa: NULIDADE. ALEGAÇÕES DE ILEGALIDADE, AGRESSÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

São passíveis de anulação pela administração os atos próprios que estejam comprovadamente eivados de vício de legalidade. A nulidade dos autos de infração depende da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto 70.235/72.

DOS ARGUMENTOS DE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Não cabe ao órgão administrativo apreciar arguição de legalidade ou constitucionalidade de leis ou mesmo de violação a qualquer princípio constitucional de natureza tributária.

JURISPRUDÊNCIA.

As decisões administrativas ou judiciais, mesmo quando proferidas por órgãos colegiados, ausente lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares da legislação tributária, não podendo ser estendidas genericamente a outros casos que não aquele objeto de sua apreciação, vinculando, dessa forma, apenas as partes envolvidas no respectivo litígio.

APLICAÇÃO DO ART. 112 DO CTN. IN DÚBIO PRÓ RÉU.

Os benefícios do "in dúvida pró réu" determinados no artigo 112 do CTN, só se aplicam no caso de dúvidas quanto à capitulação legal do fato, à natureza ou às circunstâncias material do fato, ou à natureza dos seus efeitos, à autoria, imputabilidade ou punibilidade, ou à natureza da penalidade aplicável ou à sua graduação.

MULTA DE OFÍCIO. ARGUIÇÃO DE CONFISCO.

O lançamento deve observar, obrigatoriamente, a lei aplicável, que goza de presunção de constitucionalidade. É defeso ao agente público imiscuir-se no exame de aspectos constitucionais, cuja competência de apreciação é reservada ao Poder Judiciário. Cabível, portanto, a aplicação da multa de 75% prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, devendo ser rejeitada a arguição de confisco.

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.

PEDIDO DE PERÍCIA.

Devem ser indeferidos os pedidos de perícia, quando forem prescindíveis ao deslinde da questão a ser apreciada, não sendo o caso de solicitação de realização de perícia para produzir provas que caberia ao autuado apresentar, ainda mais quando se trata de presunção legal.

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.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS.

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.

Irresignada com a decisão de primeira instância, as interessadas interpuseram recursos voluntários a este CARF. Recurso Voluntário encaminhado pela empresa NOVAPELLI INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, às fls. 1.401 a 1.434; Recurso Voluntário encaminhado pela responsável solidário GUIFASA S/A — INDÚSTRIA E COMÉRCIO, as fls. 1.435 a 1.452; E Recurso Voluntário encaminhado pela empresa FASOLO ARTEFATOS DE COURO LTDA, CNN nº 68.826,007/0001-09, as fls. 1.453 a 1.470.

O processo foi sobrestado, nos termos do § 2º do art. 2º da Portaria CARF nº 001, de 03 de janeiro de 2012, visto que no presente recurso se discutia questão idêntica àquela que está sendo apreciada pelo STF no RE 601.314-RG/SP (sob a sistemática do art. 543-B do CPC) e RE 410.054 – AgR/MG).

O processo retornou foi redistribuído à minha relatoria novamente, pois a Portaria MF nº 545, de 28 de novembro de 2013, revogou os §§ 1º e 2º do art. 62^A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Tendo em vista a edição desse ato normativo tornou-se obrigatória a inclusão em pauta para julgamento os processos referentes às matérias que estão em repercussão geral no Supremo, em conformidade com as normas do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

É o Relatório

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade.

Preliminares de nulidade

A Recorrente alega cerceamento do direito de defesa, mas como se verá, na essência a sua insurgência é contra o mérito.

A teor do art. 59 do Decreto 70235/72, considera-se nulo o ato, se praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não tendo se caracterizado quaisquer das situações, pois não se põe em dúvida a competência do autor, auditor fiscal, bastando para tanto a assinatura do mesmo, nem há que se falar em preterição do direito de defesa, vez que os fatos apurados foram descritos com o respectivo enquadramento legal, e levados ao conhecimento, da autuada, levando a mesma a defender-se plenamente através da peça impugnatória e recurso acostados aos autos, como efetivamente o fez.

Outrossim, foram observados dois requisitos fundamentais à validade do ato administrativo. Os requisitos apontados estão previstos em lei, são os incisos III e IV do art. 10 do Decreto 70.235/72 e têm a seguinte redação:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente: (...)

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; (...)

Outrossim, é claro que a recorrente nunca teve seu direito de defesa preterido, na medida em que foi intimada de todos os atos praticados pela fiscalização, de modo que teve conhecimento de todas as provas juntadas ao processo, dos argumentos invocados pela autoridade fiscal, das medidas adotas pela fiscalização.

Ainda em relação a esse mesmo item, assiste razão ao julgador *a quo* em destacar a distinção entre a fase inquisitorial e a fase processual inaugurada com a apresentação da impugnação. São diferenciados os princípios constitucionais e legais aplicáveis em cada uma delas. É na fase processual que se há de assegurar o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Em relação à alegação de falta de prazo para contestação das infrações, também não procede. O Fiscal ofertou um prazo de cinco dias e foi prorrogado por mais cinco dias, não infringindo assim nenhuma Lei. O Fiscal no caso estava dentro do seu poder

discretório de ofertar mais prazo ou não. Ademais, terminando a fase inquisitorial já explicada, dentro da Lide se oferece naturalmente mais prazo para a Recorrente oferecer as provas ainda de que dispunha para se contrapor à autuação. A Recorrente tomou ciência do lançamento quanto foi intimado a recolher ou impugnar, no prazo de 30 (trinta) dias, o débito constituído para com Fazenda Nacional. Porém, não se desincumbiu a contento nem nessa fase nem em sede de recurso voluntário, caindo por terra ainda mais a sua insurgência contra a suposta falta de prazo para completar sua defesa.

Em relação às demais alegações, na verdade trata-se de insurgência contra o mérito propriamente da autuação que serão deslindadas ao longo do voto.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar de nulidade.

Perícia/Diligência

A contribuinte requer a realização de perícia bem assim se insurge contra a decisão de primeira instância que a considerou prescindível. Porém, conforme se verificará na exposição mais adiante do mérito, assim como também ficou bastante claro em todo o contexto da decisão de primeira instância, os elementos indispensáveis à solução do litígio encontram-se nos autos, motivo pelo qual o pedido de perícia dever ser indeferido nos termos do art. 18 do Decreto nº 70.235/72. Ademais, o deferimento de diligência e perícia é uma decisão do âmbito de discricionariedade do julgador, cabendo a ele fazê-la ou não a depender da formação de sua convicção (diligência) ou mesmo que se lhe exigirão conhecimentos técnicos específicos que somente um perito especializado poderia ter (perícia), o que não é o caso dos autos em que se requer apenas análise de meros dados contábeis, fiscais e legais., perfeitamente dentro da alcada de competência do Auditor Fiscal. No caso concreto, tratando-se de comprovar a origem dos depósitos bancários ocorridos nos períodos fiscalizados, os elementos probatórios, como já se verá mais adiante, deviam ter sido produzidos pela parte

Portanto, indefiro o pedido de perícia e diligência.

Da Exclusão do SIMPLES- ARBITRAMENTO E TRIBUTAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES

Delimitação da Lide

A recorrente foi excluída do SIMPLES em 2006, com efeitos a partir de 2007. Portanto, ex vi art. 16 da Lei nº 9.317, de 1996, para os anos subsequentes a exclusão (2º semestre de 2007, 2008, 2009) passa a sujeitar-se às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Para tanto, foi emitido o Ato Declaratório Executivo nº 61 que determinou a exclusão do contribuinte ao Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/07/2007 e o Ato Declaratório Executivo nº 62, que determinou a exclusão do contribuinte ao Simples Federal, a partir de 01/01/2007. O Contribuinte defende-se apenas do Ato Declaratório Executivo nº 61 e , portanto, fora da lide está o litígio contra o Ato Declaratório nº 62.

Como foi constatada omissão de receita por falta de comprovação da origem dos depósitos bancários, a autoridade corretamente determinou que o IRPJ/CSLL fossem calculados por arbitramento, uma vez que a contribuinte não mantém escrituração regular com observâncias das leis comerciais e fiscais, para que fossem apurados os tributos devidos nos

regimes do lucro real ou presumida. É que sua movimentação financeira praticamente estava à margem da contabilidade, não possuindo o Livro caixa contendo a mesma.

E como se sabe aquelas pessoas jurídicas, apesar de desobrigadas de escrituração comercial, estão obrigadas a manter em boa ordem e guarda Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária, e todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração, o que não foi o caso. É que o tratamento jurídico diferenciado dispensado às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) optantes do Simples não exime esses empresários de cumprirem obrigações acessórias mínimas ou simplificadas, como a de manter escrituração contábil ou de escriturar o livro caixa, o que é determinado pelos arts. 258, 259 ou 527 do RIR/99. Em segundo lugar, se a ME ou a EPP não reunir condições para estar no Simples, deverá se submeter à sistemática de apuração dos tributos aplicável às demais pessoas jurídicas (lucro real, presumido ou arbitrado), ex vi do art. 16 da Lei nº 9.317, de 1996.

E por consequência, excluída, então, do SIMPLES, e não tendo apresentado escrituração contábil para fins de determinação do Lucro Real, alternativa não restou que não fosse o arbitramento de lucro para os anos-calendários posteriores à sua exclusão do SIMPLES (2007,2008 e 2009)..

Outrossim, de acordo com o art. 224 e parágrafo único do RIR/1999, a receita bruta das vendas ou serviços compreende o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos condicionais concedidos. Portanto, tanto a receita bruta declarada pela contribuinte quanto à receita omitida apurada pela fiscalização com base nos depósitos bancários, compõe as bases de cálculo do arbitramento do lucro para fins de aplicação dos percentuais na apuração do IRPJ e CSLL, bem como são bases de cálculo para aplicação das alíquotas e determinação dos valores devidos mensalmente de PIS/COFINS.

O contribuinte ainda contra a exclusão do Simples Nacional alega que não se poderia ter lançado os autos de infração em questão enquanto não se processarem os efeitos da manifestação de inconformidade à exclusão do simples que suspenderia o processo. Ora, o que se suspende é a exigibilidade do crédito tributário enquanto litígio houver. No caso, o lançamento não é impedido enquanto ainda não julgada exclusão do Simples. Caso ocorra, a reversão dessa exclusão no curso do procedimento administrativo fiscal, daí então o seu efeito será de fulminar o auto de infração que veio por consequência. Somente isso.

Por todo o exposto, mantenho a exclusão do SIMPLES NACIONAL nos moldes do Ato Declaratório n. 61.

PRESUNÇÃO LEGAL - Depósitos bancários sem comprovação da origem dos recursos

O art. 42, da Lei nº 9.430/1996 é cristalino ao determinar que a omissão de receitas pode ser caracterizada por meio de valores creditados em conta de depósito mantida junto à 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.

Ora, como se vê da descrição dos fatos, a empresa não apresentou documentação alguma que comprovasse a origem dos recursos daqueles diversos depósitos. A

recorrente não logrou comprovar, através de documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, a origem dos recursos recebidos em conta bancária.

Em sede impugnatória e recursal, a interessada ao invés de tentar provar os fatos alegados, quedou-se inerte, centrando sua defesa toda na questão da ilegalidade do aspecto presuntivo da apuração da base de cálculo.

Como já se disse o mandamento da Lei é bem claro em estabelecer uma presunção legal:

LEI n° 9.430, de 27 de dezembro de 1996 - DOU de 30.12.96

“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.

Tratando-se de uma presunção legal de omissão de rendimentos, o ônus da prova fica invertido, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova à contribuinte. O contribuinte, por sua vez, não logrando êxito nessa tarefa que se lhe impunha, como ocorre no caso presente, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, ou seja, por presunção legal se toma como verdadeiro que os recursos depositados representam rendimentos do contribuinte. Por se tratar de uma presunção relativa *juris tantum*, somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

Como se vê, o simples fato da existência de depósitos bancários com origem não comprovada é, por si só, hipótese presuntiva de omissão de receitas, cabendo ao sujeito passivo a prova em contrário que, conforme dito, não as apresentou.

Ao fisco cabe provar o fato constitutivo do seu direito, no caso em questão, a existência de depósito bancário sem origem comprovada. À recorrente, comprovar a origem desses depósitos.

Também não procede as justificativas da Recorrente no sentido de afirmar que a origem das diferenças, as quais poderiam advir de simples equívocos relativos a obrigações acessórias ou, serem derivadas de “desencontro de informações do setor contábil da empresa”. Basta comparar o volume de receitas consideradas omitidas com o montante informado à Receita Federal para perceber que o ilícito verdadeiramente ocorreu e não foi fruto de mero erro ou desencontro de informações.

A esse respeito veja-se o TVF:

(...) No ano-calendário de 2006, apresentou Declaração Anual Simplificada (PJSI 2007 - SIMPLES) reconhecendo receita bruta no montante de apenas R\$ 625.936,44, tendo todavia apresentada movimentação, financeira de R\$ 8.333.301,76, no período de abril a dezembro de 2006, sendo que a receita bruta declarada no período de abril a dezembro de 2006 perfaz o montante de R\$ 400.502,29; ou seja, totalmente incompatível com a receita bruta declarada naquele ano-calendário;(...)

Outro ponto a ser esclarecido refere-se às suas alegações de que o auditor não teria agido com o necessário zelo na apuração dos fatos. Ora, a DRJ a esse respeito ilustrou muito bem como foi bem pontuada toda a fiscalização, onde inclusive toda a movimentação

bancária encontrada de cada um dos anos calendário auditados foram excluídos os valores que comprovadamente não constituem receita da pessoa jurídica.

De outra banda não consegue provar sua alegação genérica “de que teriam sido considerados créditos valores debitados por instituições financeiras decorrentes de duplicatas não honradas em seus vencimentos, que foram descontadas em operações ordinárias decorrentes de sua mercancia, bem como contrapartidas contábeis relativas a diversos sinistros havidos na ocasião dos transportes, além de devolução de mercadorias, fatos corriqueiros no setor de transportes.”

Alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

Por fim, também não socorre a Recorrente na tentativa vã de macular a atuação apontando supostos equívocos na análise da conta corrente nº 096.08614.08, do Banco HSBC Brasil S.A., enumerando desses aspectos e alegando que a mesma situação teria ocorrido com as outras instituições financeiras.

Ora, essa mesma alegação já havia sido feita de uma forma um pouco mais genérica ainda na impugnação. A DRJ infirmou com dados concretos e não foi refutada. A Recorrente limita-se a apontada as mesmas falhas e acrescenta alguns outros fatos relacionadas, mas esquece-se de refutar aquilo que a DRJ muito bem sublinhou:

91. Mais uma vez a argumentação não o socorre uma vez que nenhum dos valores que ele questiona compõem a base de cálculo dos tributos, conforme se pode comprovar da relação de exclusões de créditos/depósitos bancários que instrui o processo de representação fiscal para fins penais, nº 10930.724244/2011-03, apensado ao presente procedimento e cujo conteúdo se encontra disponibilizado para consulta do interessado.

Ora, bem se vê que tais alegações são meramente protelatórias e apelativas, tentando descharacterizar a atuação com situações inexistentes.

Por todo o exposto, mantenho a presunção legal levantada pelo auditor fiscal.

Multa confiscatória

Sobre a argüição de ser confiscatória a multa aplicada, cumpre gizar que ao julgador administrativo, que se encontra totalmente vinculado aos ditames legais, mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN), não é dado apreciar questões – como a de que a multa fiscal seria confiscatória – que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal válido e vigente. Tal prática encontra óbice, inclusive na Súmulas nº 2 deste CARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).

INCONSTITUCIONALIDADE

Quanto às alegações de ofensa a princípios constitucionais, cabe esclarecer que a autoridade administrativa é vinculada a lei válida e vigente, não cabendo a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-las, encontrando óbice, inclusive na Súmula nº 2 deste Conselho (atual Primeira Sessão do CARF):

Súmula 1ºCC nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).

DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENais

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

A DRJ a respeito desse aspecto soube precisar bem a questão, sem ter sido infirmado pela Recorrente:

98. 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.

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.

Lançamentos Reflexos

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção das exigências lançadas por via reflexa,

Por todo o exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, NEGO provimento ao recurso .

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto