

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

Processo nº 13839.002079/2005-15
Recurso nº 166.681 Voluntário
Acórdão nº 1301-00.290 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de abril de 2010
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente GOMES & GOUVEIA LTDA. - EPP
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-CAMPINAS/SP

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

Exercício: 2004

PRESUNÇÕES DE OMISSÃO DE RECEITAS. APLICABILIDADE. NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo SIMPLES todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos alcançados pelo sistema, desde que vigentes no momento da ocorrência dos respectivos fatos geradores. O art. 18 da Lei nº 9.317/1996 tem natureza procedimental, não devendo ser suas disposições cristalizadas e restringidas tão somente ao momento em que iniciou sua produção de efeitos no mundo jurídico. Assim, inexistente causa de nulidade em lançamento que apurou omissão de receitas com base em depósitos bancários cuja origem não restou comprovada, se essa presunção legal se encontrava em pleno vigor quando ocorreram os fatos indiciários apurados pelo Fisco.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONFISCO. PROTEÇÃO À MICROEMPRESA E À EMPRESA DE PEQUENO PORTE. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PROCEDÊNCIA. Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. RECEITAS EXCEDENTES DO LIMITE LEGAL. Mantido o lançamento por omissão de receitas e constatando-se que, computadas as receitas omitidas, o contribuinte excedeu o limite legal para permanecer no SIMPLES, deve ser declarado procedente o Ato

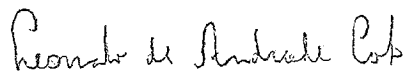
Assinatura 1

Declaratório Executivo que promoveu sua exclusão do sistema, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o excesso.

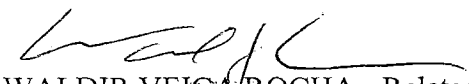
Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, manter os efeitos do ADE 37/2005, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Ausente, justificadamente o Conselheiro Ricardo Luiz Leal de Melo.



LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente



WALDIR VEIGA ROCHA - Relator

EDITADO EM: 28 MAI 2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Waldir Veiga Rocha, Thiago D'Ávila Melo Fernandes, Paulo Jakson da Silva Lucas, Sandra Maria Dias Nunes, Valmir Sandri e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

GOMES & GOUVEIA LTDA. - EPP, já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 05-20.667, de 07/01/2008, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Trata o presente processo de autos de infração, lavrados em 03/10/2005 (ciência em 04/10/2005), referentes aos tributos integrantes do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, quais sejam, Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) (fl. 637), Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) (fl. 645), Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) (fl. 653), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) (fl. 661) e Contribuição para Seguridade Social (INSS) (fl. 669), acrescidos de multa de ofício de 75%, além de juros de mora, perfazendo o crédito tributário de R\$ 452.752,36, tudo relativo ao ano-calendário 2003, conforme demonstrativo consolidado de fl. 07.

As infrações apuradas pelo Fisco, discriminadas na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 638/640), são, em apertada síntese: (i) omissão de receitas, apurada com base em depósitos bancários não escriturados; e (ii) insuficiência de recolhimento, por variação do percentual aplicável ao SIMPLES, decorrente da omissão de receitas apurada.

O detalhamento das infrações se encontra no Termo de Constatação Fiscal (fls. 616/620), do qual extraio os seguintes excertos:

1 – A ação fiscal foi iniciada em 29/09/2004 por meio do Termo de Início de Fiscalização, no qual foi solicitado, entre outros documentos, a apresentação dos comprovantes de repasses de cartões de crédito recebidos no ano-calendário de 2003.

2 – Em atendimento ao Termo de Início foram apresentados os seguintes documentos, que foram retidos conforme Termo de Retenção de 05/10/2004, com ciência pessoal na mesma data: livro Caixa, livro Registro de Saídas de Mercadorias, livro Registro de Entrada de Mercadorias, Livro Registro de Apuração de ICMS e livro Mod. 06 – Reg. Doc. Fiscais e Termos de Ocorrências; cópia do recibo de Entrega da Declaração Anual Simplificada – PJSI 2004 – SIMPLES; Cópias do Contrato Social e alterações posteriores.

Constatamos que os livros fiscais Reg. de Saídas, Reg. de Apuração de ICMS, Registro de Entradas e o Livro Caixa, não foram registrados em nenhum órgão público ou repartição fiscal, estando somente assinados pelo representante da pessoa jurídica e pelo contador.

3 – Na data de 13/10/2004, o contribuinte apresentou alguns comprovantes de repasses de cartões de crédito recebidos no ano de 2003.

4 – Em razão da falta de atendimento integral ao solicitado no Termo de Início de Fiscalização, foi feita a re-intimação para apresentação dos comprovantes dos repasses efetuados pelas administradoras de cartões de crédito faltantes, conforme o Termo de Reintimação Fiscal de 19/11/2004, com ciência em 25/11/2004 via postal.

5 – Em 29/11/2004, foram apresentados à fiscalização mais alguns comprovantes de cartões de crédito “Redecard” e Visanet, este em disquete.

6 – Analisando os documentos apresentados, constatamos que o contribuinte não efetuou a escrituração de sua movimentação bancária no Livro Caixa, conforme previsto no Art. 190, do RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3000/99, e também não registrou destacadamente no livro Registro de Saídas e no livro Caixa as vendas efetuadas através de cartões de crédito.

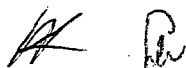
7 – Tendo sido constatado que a movimentação financeira bancária foi bem maior do que a receita bruta declarada, e pelo fato dos comprovantes de repasses de cartões de crédito não estarem completos, o contribuinte foi intimado por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 002 de 06/12/2004, com ciência em 22/12/2004, via postal, a apresentar os extratos de contas correntes bancárias movimentadas no ano calendário de 2003.

8 – Em atendimento ao solicitado no Termo de Intimação Fiscal nº 002, a pessoa jurídica fiscalizada, por intermédio de seu sócio, apresentou os seguintes extratos de contas-correntes bancárias:

a) – Banco do Brasil – Ag. 0415-4 – c/c nº 13912-2 e relação de aplicações financeiras no período de 01/01/03 a 31/12/03, e

b) – Banco HSBC – Ag. 1274 – c/c 03119-50.

9 – O demonstrativo de emissão e prorrogação da validade até 14/03/2005 do MPF foi encaminhado ao contribuinte e, anexo ao Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal de 04/02/2005, com ciência via postal em 21/02/2005.



10 – Devido à falta de atendimento integral ao solicitado anteriormente, o contribuinte foi re-intimado a apresentar extratos do Banco Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. e do Banco Triângulo S.A., por meio do Termo de Reintimação Fiscal nº 001, de 10/02/2005, com ciência via postal em 22/02/2005.

11 – Em 28/02/2005, o contribuinte apresentou os extratos do Banco Unibanco e cópia da carta e do respectivo AR, endereçada ao Banco Triângulo, no qual solicita os extratos das contas movimentadas neste Banco.

12 – Analisando a movimentação bancária dos extratos em nosso poder, constatou-se que realmente os valores dos depósitos/créditos do ano-calendário de 2003, incluindo-se os provenientes de cartões de crédito, foram bem superiores às receitas declaradas no mesmo período. Por isso, o contribuinte foi intimado a apresentar comprovação da origem dos recursos utilizados nas operações dos depósitos/créditos discriminados na relação anexa ao Termo de Intimação Fiscal nº 003, datado de 08/03/2005, com ciência pessoal na mesma data.

13 – Em resposta datada de 28/03/2005, o contribuinte informou que vários valores correspondentes a TEDs, constantes do extrato do Unibanco, foram provenientes de vendas com cartão, creditados na conta do Banco Triângulo e repassados via TEDs para aquele Banco. Esclareceu, também, que vários cheques depositados foram devolvidos e depositados novamente, gerando duplicidade de depósitos.

14 – O contribuinte foi intimado a apresentar relação de veículos e bens imóveis, conforme o Termo de Intimação Fiscal de 19/04/2005, com ciência em 25/04/2004, via postal. O atendimento a este termo de intimação ocorreu em 28/06/2005, após pedido de prorrogação de prazo conforme documento protocolizado na DRF Jundiá, sob nº 002295, em 26/04/2005.

15 – O Demonstrativo de Emissão e Prorrogação de MPF, com validade até 12/07/2005, foi encaminhado ao contribuinte, anexo ao Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal de 30/05/2005, com ciência via postal.

16 – O contribuinte foi re-intimado a apresentar o solicitado no Termo de Intimação Fiscal de 19/04/2005, conforme o Termo de Reintimação Fiscal nº 002, de 21/06/2005, com ciência via postal em 27/06/2005.

17 – Devido à falta de apresentação dos extratos do Banco Triângulo, a Senhora Delegada da Receita Federal em Jundiá emitiu a Requisição sobre Movimentação Financeira (RMF) nº 0812400-2005-00027-4, na data de 28/06/2005, para o Banco Triângulo S/A, com base no Artigo 3º, VII, do Decreto nº 3724/2001.

18 – O Demonstrativo de Emissão e Prorrogação de MPF com validade até 10/09/2005, foi encaminhado ao contribuinte, anexo ao Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal de 11/07/2005, com ciência postal em 14/07/2005.

19 – Em atendimento ao solicitado na RMF acima mencionada, o Banco Triângulo S/A apresentou, anexos à correspondência datada de 14/07/2005, os extratos da movimentação financeira no ano de 2003, das seguintes contas correntes: 0015058-4, 0003820-2, 0005269-8, 0005268-0, 0005729-0 e 0007600-7.

20 – Após a análise dos extratos, o contribuinte foi intimado a comprovar a origem dos recursos utilizados nas operações de depósitos relacionados no demonstrativo anexo ao Termo de Intimação Fiscal de 30/08/2005, com ciência via postal em 05/09/2005.



Deve ser esclarecido que os créditos bancários no Banco Triângulo, provenientes de cartões de crédito, foram informados ao contribuinte e no contexto do Termo de Intimação Fiscal acima mencionado, pelas somas mensais, para sua análise e manifestação.

21 – Como resultado da conciliação das contas do Bco. Triângulo com as demais contas bancárias, constatou-se a comprovação dos valores de transferências por TEDs, constantes da relação individualizada apresentado ao contribuinte em anexo ao Termo de Intimação Fiscal nº 003, datado de 08/03/2005.

22 - O Demonstrativo de Emissão e Prorrogação de MPF, com validade até 09/11/2005, foi encaminhado ao contribuinte, anexo ao Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal de 14/09/2005, com ciência via postal na data de 22/09/2005.

23 – Finalmente, conforme correspondência datada de 12/06/2005, o contribuinte respondeu ao Termo de Intimação Fiscal de 30/08/2005, fazendo suas considerações a respeito da origem dos créditos bancários no Banco Triângulo, mas sem apresentar os documentos ou provas confirmando os fatos alegados. Por isso, deixamos de considerar as informações apresentadas.

24 – Após as exclusões dos valores justificados, discriminamos os depósitos e/ou créditos bancários cujas origens não foram devidamente comprovadas, separadamente por banco, juntamente com os créditos bancários provenientes de cartões de crédito, conforme os demonstrativos anexos ao presente termo, a saber:

a) Demonstrativo dos Depósitos Bancários Bco. Triângulo, somando no ano de 2003 o valor de R\$332.158,62 (trezentos e trinta e dois mil, cento e cinquenta e oito reais e sessenta e dois centavos);

b) Demonstrativo de outros créditos Bco. do Brasil, somando no ano de 2003 o valor de R\$26.156,09 (vinte e seis mil, cento e cinquenta e seis reais e nove centavos);

c) Demonstrativo de créditos no Bco. do Brasil – Visanet, somando no ano de 2003 o valor de R\$724.886,15 (setecentos e vinte e quatro mil, oitocentos e oitenta e seis reais e quinze centavos);

d) Demonstrativo de créditos no Banco HSBC/créditos diversos, somando no ano de 2003 o valor de R\$5.456,57 (cinco mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e cinquenta e sete centavos);

e) Demonstrativo de créditos no Banco HSBC/Cartão de Crédito “Amex”, somando no ano de 2003 o valor de R\$57.845,69 (cinquenta e sete mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e sessenta e nove centavos);

f) Demonstrativo de crédito Bco Unibanco/Cartão Mastercard, somando no ano de 2003 o valor de R\$3.050,12 (três mil, cinquenta reais e doze centavos);

g) Demonstrativo de crédito no Bco Unibanco/Cartão Redeshop, somando no ano de 2003 o valor de R\$5.674,20 (cinco mil, seiscentos e setenta e quatro reais e vinte centavos);

h) Demonstrativo de depósitos/créditos diversos Banco Unibanco, somando no ano de 2003 o valor de R\$783.308,92 (setecentos e oitenta e três mil, trezentos e oito reais e noventa e dois centavos); e



i) Demonstrativo dos créditos no Bco. Triângulo/Cartões de Crédito, somando no ano de 2003 o valor de R\$1.040.455,06 (hum milhão, quarenta mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais e seis centavos).

25 – Os valores dos cheques depositados e devolvidos, que posteriormente foram re-depositados, deduzidos do montante dos depósitos não comprovados, foram relacionados no “demonstrativo de cheques depositados e devolvidos/Bco do Brasil e Unibanco”, que se encontra anexo ao presente termo.

Diante do exposto, por falta de comprovação da aplicação de recursos financeiros que não sejam provenientes de receitas da atividade comercial nas operações de depósitos/créditos bancários submetidos à apreciação da pessoa jurídica fiscalizada, presume-se que todos os recursos utilizados nesses depósitos e/ou créditos bancários foram originários de vendas nas operações de conta própria, os quais, somados aos créditos nas contas correntes bancárias referentes a vendas efetuadas através de cartões de crédito são componentes da receita bruta da empresa, que não foi integralmente registrada no livro Registro de saídas e também no livro Caixa.

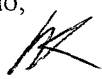
27 – Para fins de apuração da receita omitida foi deduzida a receita bruta declarada na PJSI 2004-Simples, do ano-calendário 2003, ND7220853, conforme o “Demonstrativo do total dos créditos bancários e apuração da receita omitida”, que se encontra anexo ao presente termo, e por meio do qual apuramos as receitas omitidas mensalmente no ano-calendário de 2003, a saber:

mês	Receita omitida
janeiro	127.372,27
fevereiro	127.833,87
março	211.277,79
Abril	149.779,51
Maio	206.621,16
Junho	210.775,09
Julho	196.164,61
Agosto	187.083,65
Setembro	230.943,21
Outubro	178.098,62
Novembro	137.212,76
Dezembro	185.655,26
soma do ano	2.148.817,80

Em consequência da omissão de receitas apurada pelo Fisco, a receita bruta da fiscalizada extrapolou os limites estabelecidos para a empresa de pequeno porte (EPP), razão pela qual foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), conforme Ato Declaratório Executivo nº 037, de 14/11/2005, expedido pela DRF/Jundiaí (fls. 760/761). O processo de exclusão recebeu o nº 13839.002139/2005-08, e foi, posteriormente, juntado por anexação ao presente processo de exigência de crédito tributário, para julgamento conjunto.

Contra a exclusão do SIMPLES, da qual foi cientificada em 29/11/2005, conforme AR de fls. 764, a contribuinte interpôs manifestação de inconformidade de fls. 767/768, com argumentos assim resumidos por ocasião do julgamento em primeira instância:

6.1 – diz, inicialmente, que deve ser decretada a nulidade do ato declaratório, que a excluiu do Simples, considerando-se os termos da Comunicação SACAT 08124/924/2005, que lhe concedeu apenas 30 (trinta) dias para defesa, a contar da publicação da exclusão no Diário Oficial da União;



6.2 – esse comando restringe o lapso temporal para defesa, interferindo em direitos da contribuinte, sendo razoável que lhe fosse concedido o prazo a partir da notificação pessoal da excluída, em seu domicílio fiscal;

6.3 – citando o artigo 23 da IN SRF nº 355, de 29 de agosto de 2003, assevera que tem direito ao contraditório e à ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo administrativo fiscal da União;

6.4 – faz menção à Medida Provisória nº 258, de 21 de julho de 2005, para aduzir que o seu decaimento torna o Ato Declaratório Executivo de exclusão carente de legitimidade, porque promanado de autoridade fiscal inexistente, considerando-se que deixou de existir a Secretaria da Receita Federal do Brasil;

6.5 – insiste que há necessidade de expedição de novo Ato Declaratório e solicita, ao final, que, se não aceitas as teses já expostas, se promova a juntada do feito contestado ao processo administrativo fiscal nº 13839.002079/2005-15, no qual se discutirá o mérito do lançamento de omissão de receitas, que redundou na exclusão da empresa do Simples.

Contra a exigência do crédito tributário, a interessada apresentou a impugnações separadas para cada tributo (fls. 702/707, 676/681, 689/694, 715/720 e 728/733), de idêntico teor, em que aduz os argumentos a seguir, também conforme sintetizados pela instância julgadora *a quo*:

9.1 – principia por citar o enquadramento legal da infração no artigo 199, do RIR/1999, cuja matriz legal é o artigo 18, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996, para afirmar que as presunções autorizadas são aquelas existentes à época da publicação da referida lei, razão pela não se aplicar o artigo 42, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996;

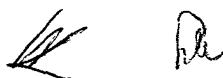
9.2 – cita jurisprudência favorável a respeito dos depósitos bancários e diz que os julgados mencionados são inspirados nos princípios da capacidade contributiva, da livre iniciativa e do não-confisco, além de se basearem no critério de mensuração de débito fiscal, à luz da interpretação econômica;

9.3 – aduz que a tributação federal, no importe de 7,3% sobre o faturamento de R\$2.964.699,12, apurado pela fiscalização, acrescidos às exações devidas ao Estado e à Municipalidade, além das folhas de pagamento e outros encargos, consumirá todo o ganho da empresa, em que pese o argumento de que as alíquotas de taxação impostas são as determinadas na legislação de regência;

9.4 – discorre, a seguir, sobre a co-existência de dois fatores, um concreto e outro virtual, que impediriam a transformação dos depósitos bancários em omissão de receitas;

9.5 – cita como fator concreto vários depósitos do Banco Triângulo, identificados como “*Depósito cheque caucionado 48 horas*”, lembrando que já havia informado à fiscalização, da instituição de promoção, no ano de 2003, de incentivo fidelidade aos clientes da empresa, pelo qual o comprador de mercadoria, com pagamento por cartão de crédito, faria jus a empréstimo correspondente a 50% do valor da compra, mediante garantia de cheque pré-datado, de 30 dias;

9.6 – como argumento virtual, assevera que a autuação fiscal, nos moldes em que foi efetuada, equipara a contribuinte às grandes redes de varejo, suprimindo-lhe todos os benefícios de microempresa;



9.7 – diz que o artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, não é aplicável ao caso, traz à colação o § 1º, do artigo 845, do RIR/1999, e assegura que o esclarecimento por ela prestado não foi rechaçada pela fiscalização, com meios seguros de prova, nem com indicação de falsidade veemente;

9.8 – alega inconstitucionalidade e ilegitimidade do citado artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, reafirma que a fiscalização ignorou a interpretação econômica do episódio fiscal, limitando-se à aplicação formal da lei, com desprezo pelo conteúdo real do fenômeno examinado (depósitos bancários);

9.9 – informa que o lançamento tributário, definitivamente constituído, ganha foros de título executivo, de modo que, em sua consolidação, deve ser examinada toda matéria suscitada, de sorte a não restar dúvida quanto à sua liquidez, o que não ocorre no presente caso, relativamente à impropriedade da equação “depósitos bancários/receita omitida”;

9.10 – requer, ao final, a anulação total do ato impositivo ou, em hipótese alternativa, a redução do lançamento, com exclusão dos depósitos bancários considerados como receita omitida.

A 4ª Turma da DRJ em Campinas/SP analisou a manifestação de inconformidade (contra a exclusão do SIMPLES) e a impugnação (aos lançamentos) apresentadas pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 05-20.667, de 07/01/2008 (fls. 778/785v), considerou válida a exclusão do SIMPLES e procedentes os lançamentos com a seguinte ementa:

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

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei n.º 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de receita com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

OMISSÃO DE RECEITA. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Caracterizada a omissão de receita, segue-se a lavratura de auto de infração que trará a exigência dos tributos compreendidos no SIMPLES e não recolhidos, em função do necessário realinhamento das correspondentes alíquotas (à conta da omissão de receita), mais a exigência daquelas mesmas espécies tributárias incidentes sobre a omissão de receita identificada (excedente à declarada).

Ciente da decisão de primeira instância em 14/03/2008, conforme Aviso de Recebimento à fl. 795, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 07/04/2008, conforme carimbo de recepção à folha 798.



No recurso interposto (fls. 798/807), alega preliminarmente que a presunção de receitas estatuída pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996 não poderia ser aplicada ao seu caso, visto que ainda não existia no mundo jurídico quando da edição da Lei nº 9.317/1996, especialmente seu art. 18.

No mérito, traz os argumentos abaixo sintetizados:

- Insiste na alegada lesão ao princípio fundamental constitucional da livre iniciativa, afirmando que a exigência se abeira do confisco.
- Sustenta, mais uma vez, os dois fatores já trazidos por ocasião da impugnação:
 - O primeiro fator, “*concreto e tangível*”, é, por sua ótica, a existência de 335 depósitos junto ao Banco Triângulo sob a modalidade “*depósito cheque caucionado*”. Insiste a recorrente que se trataria de empréstimos feitos a seus clientes, como forma de promoção de vendas, e não de receitas provenientes da venda de mercadorias. Reclama que seu argumento não foi aceito em primeira instância, e lembra que, nos termos do art. 845, § 1º, do RIR/99, seus esclarecimentos somente poderiam ser impugnados com elemento seguro de prova ou indício veemente de falsidade ou inexatidão, o que não teria ocorrido.
 - O segundo fator, de natureza “*abstrata ou virtual*”, é no sentido de que a autuação fiscal, nos moldes em que foi efetuada, equipara a contribuinte às grandes redes de varejo, suprimindo-lhe todos os benefícios de microempresa.

Conclui com o pedido de provimento de seu recurso e da nulidade dos lançamentos ou, alternativamente, pela exclusão da base de cálculo dos 335 depósitos referentes a cheques caucionados, por não se tratarem de receitas da recorrente. Aduz ainda que, acolhido qualquer de seus pedidos, deve ser também cassada a exclusão do SIMPLES, visto que a receita bruta auferida ao longo do ano 2003 ficará dentro dos limites estabelecidos pela legislação.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro WALDIR VEIGA ROCHA

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Preliminarmente, deve ser apreciado o argumento aduzido pela recorrente, de que não seria aplicável, à sua situação, a presunção de omissão de receitas estatuída pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Por sua ótica, o art. 18 da Lei nº 9.317/1996 é que autorizou a aplicação das presunções de omissões de receitas até então existentes às pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES. Com a superveniência da Lei nº 9.430/1996, a presunção trazida por ela seria inaplicável aos contribuintes tributados pelo regime simplificado, à mingua de previsão legal expressa.

Não lhe assiste razão. Eis o que dispõe o art. 18 da Lei nº 9.317/1996:

Art. 18. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.

Entendo que referido artigo tem natureza procedimental, e autoriza a aplicação das presunções vigentes na data da ocorrência dos fatos geradores apurados pelo Fisco, e não unicamente aquelas vigentes quando da entrada em vigor da Lei nº 9.317. Esse caráter procedimental fica ainda mais evidenciado pela análise sistemática do texto legal, ao se constatar que o art. 18 se insere no Capítulo VII – **DAS ATIVIDADES DE ARRECADAÇÃO, COBRANÇA, FISCALIZAÇÃO E TRIBUTAÇÃO**.

Sob esta ótica, ao ser introduzida no mundo jurídico uma nova presunção de omissão de receitas aplicável aos tributos abrangidos pelo SIMPLES, automaticamente o procedimento de fiscalização dela poderá se valer, independentemente de autorização específica, como deseja a recorrente. Da mesma forma, alterações posteriores nessas presunções ou mesmo sua supressão têm vigência imediata, não cabendo, de forma alguma, cristalizar as disposições vigentes no momento em que o art. 18 da Lei nº 9.317 iniciou sua produção de efeitos no mundo jurídico.

Ademais, conforme observado em primeira instância, a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/1996 não faz distinção entre os destinatários da norma legal, alcançando indistintamente pessoas físicas e jurídicas, independentemente do regime de tributação a que estejam submetidas.

Rejeito, pois, a preliminar argüida quanto à não aplicabilidade do art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

No mérito, os argumentos da recorrente repetem aqueles já trazidos em primeira instância.

De pronto, cabe observar a incompetência deste colegiado para apreciar questionamentos de ordem constitucional, à luz do *caput* do art. 62 do Anexo II do Regimento



Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009 e, ainda, da Súmula CARF nº 2, publicada no Anexo III da Portaria CARF nº 106/2009:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Súmula CARF Nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Assim, tendo o lançamento sido feito em conformidade com as normas legais vigentes e plenamente inseridas no mundo jurídico, não cabe a esta Turma afastar sua aplicação. Isto se aplica aos argumentos acerca da violação do princípio constitucional da livre iniciativa, à exigência de caráter confiscatório e à proteção constitucional garantida às microempresas e empresas de pequeno porte.

Prosseguindo com a apreciação dos argumentos de defesa, constato que a acusação trata de omissão de receitas, caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002, a seguir transcrito:

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;

[...]

Trata-se, como é cediço, de presunção relativa, que admite prova em contrário. Mas essa prova cabe à recorrente. Ao Fisco cabe provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, qual seja, a ocorrência de depósitos bancários de origem não comprovada. Não há dúvidas de que os depósitos efetivamente ocorreram. No entanto, regularmente intimada, a recorrente poderia afastar a presunção de omissão de receitas, desde que apresentasse, nos termos da lei, documentação

hábil e idônea que comprovasse, individualizadamente, a origem dos valores creditados em suas contas-correntes.

Para as pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES, situação da interessada, a obrigação de escriturar toda a movimentação financeira, inclusive bancária e, ainda, de guardar todos os documentos e demais papéis que sirvam de base para a escrituração está prevista no art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.317/1996, a seguir transcrito:

Art. 7º A microempresa e a empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES apresentarão, anualmente, declaração simplificada que será entregue até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos impostos e contribuições de que tratam os arts. 3º e 4º.

§ 1º A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

- a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;*
- b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;*
- c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores.*

Ao descumprir essa obrigação, a recorrente queda sem meios hábeis para comprovação da origem dos valores que transitaram por sua conta-corrente. Não tendo a interessada qualquer cautela em documentar adequadamente os fatos, ficam por sua conta e risco as consequências de tal negligência. No caso, a consequência é a aplicação da presunção legal de omissão de receitas, nos estritos termos da lei, conforme anteriormente mencionado.

De se observar que aquilo que a recorrente denomina “*fator concreto e tangível*” consiste tão somente em alegações, despidas de quaisquer provas, de que os 335 depósitos em conta-corrente com o histórico “*depósito cheque caucionado*” corresponderiam não a receitas omitidas, mas sim a empréstimos feitos a alguns de seus clientes, com o objetivo de alavancar suas vendas. Ora, um dos efeitos da presunção legal, como acima exposto, é o de inverter o ônus da prova, ou seja, cabe à recorrente provar o que afirma, para afastar a presunção estatuída em lei. E não encontro essa prova nos autos.

A interessada sustenta, ainda, que teria apresentado ao Fisco os livros a que estava obrigada, e que a infração de que é acusada não teria sido apurada com base neles, com determina o art. 18 da Lei nº 9.317/1996, mas tão somente com base na movimentação bancária.

Equivoca-se, mais uma vez. No Termo de Constatação Fiscal, o Fisco registra (parágrafo 6) a confrontação que faz da movimentação bancária e de cartões de crédito com os registros efetuados no Livro Caixa e no Livro Registro de Saídas. Fica patente que o ponto de partida para a apuração da infração foi o descumprimento, por parte da então fiscalizada, da obrigação de escriturar toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária.



Finalmente, no que toca à exclusão da recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), conforme Ato Declaratório Executivo nº 037, de 14/11/2005, expedido pela DRF/Jundiaí, constato que o único argumento aduzido é de que, na hipótese de que o lançamento viesse a ser afastado integral ou parcialmente, como pleiteava, as receitas auferidas no ano-calendário 2003 ficariam abaixo do limite legal, deixando de existir o motivo para sua exclusão do sistema. Desde que o lançamento foi integralmente, mantido, igual sorte assiste ao Ato Declaratório mencionado.

Em conclusão, voto por rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário interposto, inclusive no que se refere ao Ato Declaratório Executivo nº 037, de 14/11/2005.

RN



WALDIR VEIGA ROCHA - Relator