



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

Processo nº 13971.004733/2008-43
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1102-001.325 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de março de 2015
Matéria SIMPLES, IRPJ, CSLL, COFINS, PIS/PASEP
Recorrente VÔ BRAULIO TRANSPORTES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006

NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. Não há omissão da decisão de primeira instância quando a decisão de primeiro grau expressamente afasta dos argumentos levantados na Impugnação, ainda que fundamente sucintamente.

PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. OMISSÃO DE RECEITAS. O art. 42 da Lei nº 9.430/96 inverte o ônus da prova em favor da Fazenda Nacional, criando uma presunção relativa de omissão de receita, a qual cabe à Contribuinte afastar. Para tanto, basta que a fiscalização identifique depósitos não-explicados nas contas da Contribuinte e intime-a para que comprove a origem destas movimentações.

EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL. FORMA DE TRIBUTAÇÃO. Conforme art. 16 da Lei nº 9.317/96, ao ser excluída do SIMPLES, a empresa passa a ser tributada pelas mesmas regras das demais pessoas jurídicas.

NULIDADE DA AUTUAÇÃO. PROVAS ILÍCITAS. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL. Não há nulidade da autuação quando provas tidas como ilícitas em processo penal não servem de fundamentação para o lançamento dos tributos.

NULIDADE DO PROCESSO. SUPRESSÃO DE DOCUMENTOS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. O processo administrativo fiscal não se confunde com o procedimento de fiscalização. Nem todos os documentos fornecidos pela Contribuinte à autoridade fiscalizadora devem ser anexados aos Autos de Infração.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006

PRESUNÇÃO. OMISSÃO DE RECEITA. POSSIBILIDADE. O art. 42 da Lei nº 9.430/96 inverte o ônus da prova, atribuindo à Contribuinte a

obrigação de comprovar a origem dos depósitos realizados em suas contas mantidas perante instituições financeiras. Trata-se, portanto, de presunção relativa determinada em lei, e portanto permitida no lançamento tributário.

OMISSÃO DE RECEITAS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ORIGEM NÃO COMPROVADA. Cabe à Contribuinte comprovar a origem dos depósitos que demonstre não se tratar de receita. A apresentação de comprovantes de depósitos acompanhados de e-mails afirmando tratarem-se de adiantamentos não é suficiente, especialmente desacompanhado de demonstrativo de quanto daquele adiantamento foi transformado em serviço prestado e quando.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EXCESSO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. POSSIBILIDADE. Se a presunção que os depósitos e creditamentos de origem não comprovados realizados em conta da Contribuinte são receita é suficiente para o lançamento de tributo, então também o é para a exclusão do SIMPLES.

OMISSÃO DE RECEITA. DECLARAÇÃO SUBSTANCIALMENTE INFERIOR. PRÁTICA REITERADA. SONEGAÇÃO. MULTA QUALIFICADA.

Caracteriza sonegação, com a consequente imposição da multa qualificada, a constatação de que a receita declarada é substancialmente inferior à receita omitida, mormente quando isso constitui prática reiterada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencido o conselheiro João Carlos de Figueiredo Neto (relator), que dava parcial provimento para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Ricardo Marozzi Gregório.

(assinado digitalmente)

João Otávio Oppermam Thomé - Presidente

(assinado digitalmente)

João Carlos de Figueiredo Neto - Relator

(assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregório - Relator Designado

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Ricardo Marozzi Gregório, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Jackson Mitsui, João Carlos de Figueiredo Neto, Antonio Carlos Guidoni Filho e João Otávio Oppermann Thomé.

Relatório

Observa-se, inicialmente, que o presente Recurso Voluntário versa sobre dois processos:

Processo	Matéria
11516.008027/2008-12	Neste processo “encontram-se os elementos relacionados à constituição das exações no âmbito do SIMPLES (ano 2005)” - fl. 325.
13971.004733/2008-43	Este processo “contempla a formalização os tributos apurados no ano de 2006, pela sistemática das empresas em geral.” - fl. 325.

Em apertadíssima síntese, sofrendo fiscalização em 2008, a Contribuinte se viu excluída de ofício do SIMPLES, com efeitos a partir de 01/01/2006, bem como foi autuada em relação aos anos de 2005 e 2006 – gerando assim dois processos distintos, um para cada ano –, por omissão de receitas e insuficiência de recolhimento, sendo então constituídos créditos de IRPJ, CSLL, COFINS, PIS/PASEP e INSS. Nesta esteira, foi imposta multa qualificada, bem como determinada a elaboração de Representação Fiscal para Fins Penais.

Julgam-se agora dois recursos voluntários – um para cada processo – interpostos contra o Acórdão nº 07-20.149 (fls. 1.216/1.246) proferido da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC (DRJ/FNS), na sessão de 04 de junho de 2010, que, por unanimidade de votos, decidiu rejeitar as preliminares de nulidade dos autos de infração e, no mérito, julgar improcedente a impugnação, mantendo o lançamento tributário. Dita decisão foi levada ao conhecimento da Contribuinte em 24/06/2010 (fl. 1.265).

Em suma, a Contribuinte foi cientificada do Termo de Início do Procedimento Fiscal (fls. 05/07) em 13/08/2008 (fl. 07), referente ao Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 0920400.2008.00326-3, por meio do qual foi dado início à fiscalização da Contribuinte quanto aos tributos abrangidos pelo SIMPLES, nos anos-calendários de 2005 e 2006. Neste Termo também foram requisitados diversos documentos, como parte da fiscalização.

Após sucessivos pedidos de documentos e informações por parte do Fisco, e do protocolo de petições da Contribuinte fiscalizada, em 11/11/2008 foi emitida Representação Fiscal – Exclusão do SIMPLES (fls. 03/04), que foi apreciada na mesma data, sendo exarado então o Ato Declaratório Executivo Fiscal de Exclusão do SIMPLES Federal nº 58/2008 (fl. 61). A Recorrente foi cientificada em 03/12/2008 (fl. 61).

Em 28/11/2008 foram lavrados autos de infração para exigência de tributos pela sistemática do SIMPLES, referentes ao ano de 2005: IRPJ (fls. 913/922), PIS/PASEP (fls. 925/934), CSL (fls. 935/944), COFINS (fls. 945/954) e INSS (fls. 955/964), configurando assim o processo administrativo-fiscal nº 11516.008027/2008-12 (fl. 340). A Recorrente foi cientificada em 03/12/2008 (fls. 919, 931, 941, 951 e 961).

Ano-Calendário 2005 SIMPLES

Auto de Infração - Fls. 913/964.

	Tributo	Multa	TOTAL
IRPJ	R\$ 29.143,17	R\$ 41.853,25	R\$ 70.996,42
CSLL	R\$ 46.245,85	R\$ 66.484,97	R\$ 112.730,82
COFINS	R\$ 92.491,14	R\$ 132.969,99	R\$ 225.461,13
INSS	R\$ 192.085,11	R\$ 275.899,75	R\$ 467.984,86
PIS/PASEP	R\$ 29.143,17	R\$ 41.853,25	R\$ 70.996,42
TOTAL			R\$ 948.169,65

As infrações foram assim tipificadas no auto de infração do IRPJ:

001 – Omissão de receita da atividade mensurada em face a créditos/depósitos bancários cuja origem não logrou ser comprovada, infração caracterizada na forma das circunstâncias fáticas declinadas no Termo de Verificação Fiscal lavrado no encerramento dos trabalhos, subitem ‘3.1.1 – Omissão de Receita – Créditos Bancários não Comprovados’, ato que passa a integrar os Autos de Infração lavrados na constituição do crédito tributário decorrente.

Enquadramento Legal: art. 24 da Lei nº 9.249/95;

Arts. 2º, §2º; 3º, §1º, alínea “a”; 5º; 7º, §1º e 18 da Lei nº 9.317/96;

Art. 42 da Lei nº 9.430/96;

Art. 3º da lei nº 9.732/98;

Arts. 186, 188 e 199 do RIR/99.

002 - Insuficiência de recolhimento nos impostos e contribuições abrangidos no SIMPLES, decorrente da declaração a menor de receita da atividade, infração caracterizada na forma das circunstâncias fáticas expendidas no Termo de Verificação Fiscal lavrado no encerramento dos trabalhos, subitem ‘3.1.2 - Insuficiência de Recolhimento sobre a Receita Declarada’, ato que passa a integrar os Autos de Infração lavrados na constituição do crédito tributário decorrente.

Enquadramento Legal: art. 5º da Lei nº 9.317/96 c/c art. 3º Lei nº 7.732/98;

Arts. 186 e 188, RIR/99.” – fls. 920/922.

Nos autos de infração para exigências do PIS/PASEP, da CSLL, da COFINS, e da contribuição ao INSS, as mesmas infrações foram tipificadas.

Também em 28/11/2008 foram lançados autos de infração referentes ao IRPJ (fls. 284/294); à CSLL (fls. 295/304); à COFINS (fls. 305/314); e ao PIS/PASEP (fls. 315/324) referentes ao ano de 2006, pela sistemática do Lucro Arbitrado, no processo administrativo fiscal nº

13971.004733/2008-43 (fl. 340). A Recorrente foi cientificada em 03/12/2008 (fls. 291, 301, 311 e 321).

Ano Calendário 2006 Arbitramento			
Auto de Infração - Fls. 284/324.			
	Tributo	Multa	TOTAL
IRPJ	R\$ 105.957,57	R\$ 131.289,88	R\$ 237.247,45
CSLL	R\$ 53.601,31	R\$ 67.961,04	R\$ 121.562,35
COFINS	R\$ 148.929,65	R\$ 206.127,03	R\$ 355.056,68
PIS/PASEP	R\$ 31.828,30	R\$ 44.330,95	R\$ 76.159,25
TOTAL			R\$ 790.025,73

As infrações assim foram tipificadas nos autos de infração do IRPJ:

“Arbitramento do lucro que se faz em face a não apresentação de assentos inerentes ao lucro real, e também por erros e deficiências evidenciadas na escrita comercial apresentada, tornando-a imprestável para determinar o lucro real e a identificar a efetiva movimentação financeira. Os fatos que motivaram a utilização do regime estão declinados no Termo de Verificação Fiscal lavrado no encerramento dos trabalhos, precisamente no subitem ‘2.2 - Ano-calendário de 2006’”.

Art. 530, incisos II e III, do RIR/99.

001 – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

Omissão de receita da atividade mensurada em face a créditos/depósitos em conta corrente bancária cuja origem não logrou ser comprovada, infração caracterizada na forma das circunstâncias fáticas expendidas no Termo de Verificação Fiscal lavrado no encerramento dos trabalhos, precisamente no subitem ‘3.2.2 - Omissão de Receita – Créditos Bancários não Comprovados’, ato fiscal que passa a integrar os Autos de Infração lavrados na constituição do crédito tributário decorrente.

Arts. 27, I e 42 da Lei nº 9.430/96.

Arts. 287, 532 e 537 do RIR/99.

002 – RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA)

RECEITA DA ATIVIDADE REGISTRADA/DECLARADA

Receita da atividade submetida à tributação por regime inadequado, suscitando recolhimento a menor dos impostos e contribuições, infração caracterizada na forma das circunstâncias fáticas expendidas no Termo de Verificação Fiscal lavrado no encerramento dos trabalhos, precisamente no

subitem '3.2.1 - Receitas Declaradas e Tributadas Indevidamente pelo Simples', ato fiscal que passa a integrar os Autos de Infração lavrados na constituição do crédito tributário decorrente.

Art. 532 do RIR/99" – fl. 292/294

Nos autos de infração referente à CSLL, aplicou-se as mesmas infrações. Nos casos da COFINS e do PIS/PASEP, também foram aplicadas a infração de omissão de receita (002); por outro lado, a infração 001 não corresponde ao lucro arbitrado, mas sim à insuficiência de recolhimento sobre a receita declarada.

Na mesma data foi lavrado ainda o Termo de Verificação Fiscal e de Encerramento de Procedimento Fiscal (fls. 325/341 e 965/981). Os autos contêm dois Termos de Verificação Fiscal e de Encerramento de Procedimento Fiscal, um para cada processo apensado. Em que pese sejam idênticos em conteúdo, não são cópias um do outro, sendo perceptível a diferença na assinatura da ciência parte ao final de cada um, por exemplo. De qualquer sorte, pela identidade de conteúdo material, relatar-se-á apenas uma vez, indicando as páginas respectivas em ambos.

No TVF o Sr. Auditor-Fiscal da Receita Federal (AFRF) dá as seguintes explicações:

Ano-Calendário 2005:

"As verificações confirmaram o enquadramento regular no sistema – SIMPLES, de forma que, na determinação das exações atinentes ao ano em questão, serão observadas as regras inerentes ao regime e forma de pagamento a que se submeteu o sujeito passivo (SIMPLES)." – fls. 327 e 967.

Ano-Calendário 2006:

"No ano em epígrafe, o contribuinte permaneceu enquadrado no SIMPLES, consoante evidencia a declaração simplificada acostada às fls. 261 a 278. Não obstante, as verificações fiscais empreendidas culminaram na caracterização de circunstâncias que desautorizam a permanência nesse regime simplificado. Restou configurado que no ano de 2005 a receita efetivamente auferida ultrapassa o limite estabelecido para enquadramento no sistema, circunstância que veda a permanência no ano seguinte." – fls. 327 e 967.

(...)

"Neste cenário, onde inexistiu opção do contribuinte por forma de tributação do IRPJ, cumulado com o não atendimento de requisitos inerentes à tributação pelo regime do lucro real, resta à administração tributária, por exclusão, mensurar os resultados fiscais pelas regras do lucro arbitrado, precisamente com fulcro nas hipóteses previstas no artigo 530, incisos II e III, do RIR/99." – fls. 328 e 968.

**INFRAÇÕES APURADAS E SUAS IMPLICAÇÕES
TRIBUTÁRIAS**

ANO DE 2005 – OMISSÃO DE RECEITA – CRÉDITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS

“Compulsando dados econômicos e financeiros, notadamente a movimentação de ativos financeiros com a receita da atividade registrada, exsurtiu flagrante descompasso, não elucidado a partir dos assentos exibidos na esteira do Termo de Início de Fiscalização. À guisa de ilustração releva destacar que a escrita comercial apresentada sequer consigna rubrica correspondente a conta corrente mantida em instituição bancária, encontrando-se os fatos atinentes totalmente obscuros, notadamente a nível da escrita que mantém. Neste cenário, as transações registradas na conta corrente mantida no Banco do Brasil (agência: 0921-0; conta nº: 11.683-1), a crédito e a débito, via de regra, restaram não elucidadas.” – fls. 329 e 969.

(...)

“Destarte, a despeito de ter sido regularmente instado a comprovar a origem dos créditos bancários especificados, não logrou fazê-lo. Decorridos mais de 60 (sessenta) dias da formalização da primeira Intimação, nenhuma das operações de crédito bancário questionadas restou comprovada. Assim, a rigor, não se observou nenhum esforço efetivo no sentido de comprovar as aludidas operações de crédito bancário. Ademais, o condicionamento da comprovação ao fornecimento das informações pela instituição bancária afigura-se medida apenas protelatória, uma vez que a demanda, no que concerne à comprovação da origem dos créditos, cinge-se a assentos inerentes a sua escrituração, sendo responsável pela guarda.” – fls. 330 e 970.

(...)

“Pela legislação tributária de regência da matéria em pauta (art. 42 da Lei nº 9.430/96), caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais não seja comprovado, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Destarte, os fatos levantados e acima anotados subsumem-se a norma insculpida no citado dispositivo legal, configurando omissão de receita da atividade os montantes indicados na coluna “DEPÓSITOS/CRÉDITOS NÃO COMPROVADOS”. – fls. 331 e 971.

(...)

“No âmbito dos consectários legais aplicados registre-se que, diante do evidente intuito de fraude caracterizado, é de se aplicar à qualificação da multa. Não restam dúvidas quanto à intenção do contribuinte em deixar de tributar receitas da sua atividade econômica, causando prejuízo aos cofres públicos.

A multa de ofício qualificada aplicável ao caso em tela está prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96 c/c o artigo 19

da Lei nº 9.317/96, e que tem como pressuposto para sua aplicação a existência de “evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964”.

ANO 2005 – INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO SOBRE A RECEITA DECLARADA

“A situação fiscal delineada, onde apenas parte da receita auferida foi submetida ao gravame das exações federais, pela sistemática do SIMPLES, acarretou também insuficiências de recolhimento em relação às receitas declaradas, ante a tributação por percentual inferior ao que efetivamente deveria ter sido aplicado. Consolidando-se as receitas declaradas e as omitidas, levantamento evidenciado no quadro demonstrativo de fls. 180 a 181, intitulado “DEMONSTRATIVO DE PERCENTUAIS APLICÁVEIS SOBRE A RECEITA BRUTA”, verifica-se que o contribuinte submeteu à tributação as receitas declaradas por percentuais inferiores aos estabelecidos para o seu faturamento acumulado, gerando, por consequência, insuficiência de recolhimento. O cálculo dessas diferenças está detalhado no “DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DOS VALORES NÃO RECOLHIDOS”, de fls. 182 a 187.” – fl. 333 e 973.

ANO 2006 – RECEITAS DECLARADAS E TRIBUTADAS INDEVIDAMENTE PELO SIMPLES

“Conforme suso declinado, as verificações implementadas no ano de 2005 culminaram na exclusão do sujeito passivo, de ofício, do Simples, com efeitos a partir de 01/01/2006. Nestas circunstâncias, as receitas declaradas foram submetidas à tributação por sistemática inadequada, implicando no recolhimento a menor das exações.” – fls. 333 e 973.

(...)

“Essa prática [não emissão de Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, modelo 8] também acarreta deficiências na escrituração dos livros fiscais, notadamente do livro Registro de Saídas. Diante da inexistência de documentos fiscais de sua emissão, consigna no livro Registro de Saídas, no campo destinado à identificação dos documentos fiscais, numeração que não corresponde a nenhum documento fiscal. Ademais, processa um único registro por mês, em montante que se dispõe a oferecer a tributação, uma vez que inexistem os documentos hábeis que deveriam lastrear o assento. Cópia do livro Registro de Saídas, juntado às fls. 228 a 241, evidencia o modus operandi.” – fls. 334/335 e 974/975.

(...)

“Ante a impossibilidade de se determinar à apuração dos resultados fiscais pelas regras do lucro real, em face às razões acima expendidas, resta determiná-los em consonância com as normas do lucro arbitrado. Tratando-se de receita conhecida,

pode o lucro suscetível de tributação pelo IRPJ ser determinado em percentagem desta. Considerando que a empresa exerce a atividade de transporte rodoviário de cargas, submete-se no arbitramento do lucro ao percentual de 9,6%, consoante disposto no artigo 532 do RIR/99, que tem por base legal a Lei nº 9.249/95, artigo 16, e a Lei nº 9.430/96, artigo 27, inciso I.

Outrossim, a infração assim caracterizada, afora a incidência do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ), subsume-se também as normas de incidência da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), da contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS), e ainda da contribuição para o programa de integração social (PIS). Destarte, na forma de lançamento decorrente, as bases apuradas serão submetidas ao gravame das aludidas exações.” – fls. 335 e 975.

ANO 2006 – OMISSÃO DE RECEITA – CRÉDITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS.

“No mesmo sentido das circunstâncias fáticas declinadas no subitem “3.1.1 – Omissão de Receita – Créditos Bancários não Comprovados”, a omissão de receita da atividade, mensurada a partir de créditos bancários não comprovados, também se configurou no ano-calendário de 2006.” – fls. 335 e 975.

(...)

“No mesmo sentido da infração comentada no subitem anterior, ante a impossibilidade de se determinar os resultados fiscais pelas regras do lucro real, a omissão de receita ora caracterizada subsume-se as normas de tributação do lucro arbitrado. Considerando que a empresa exerce a atividade de transporte rodoviário de cargas, submete-se no arbitramento do lucro ao percentual de 9,6%, consoante disposto no artigo 532 do RIR/99, que tem por base legal a Lei nº 9.249/95, artigo 16, e a Lei nº 9.430/96, artigo 27, inciso I.

Outrossim, a infração em comento, afora a incidência do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ), subsume-se também as normas de incidência da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), da contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS), e ainda da contribuição para o programa de integração social (PIS). Destarte, na forma de lançamento decorrente, as omissões apuradas serão submetidas ao gravame das aludidas exações.” – fls. 336/337 e 976/977.

ANO 2006 – DETERMINAÇÃO DAS IMPLICAÇÕES PECUNIÁRIAS

“No âmbito dos consectários legais infligidos, notadamente acerca da infração detalhada no subitem ‘3.2.2 – Omissão de Receita – Créditos Bancários não Comprovados’, cumpre esclarecer que, diante do evidente intuito de fraude caracterizado, é de se aplicar à qualificação da multa. As circunstâncias fáticas que ensejam a aplicação já estão

declinadas no subitem “3.1.1 — Omissão de Receita — Créditos Bancários não Comprovados”. — fls. 338 e 978.

OUTROS FATOS CONSTATADOS

“Ocorre que dentre os documentos apreendidos pela Polícia Federal, no estabelecimento sede da empresa em questão, mediante o Mandado de Busca/Apreensão/Seqüestro expedido no âmbito do Inquérito Policial nº 0184/2008 - DPF/IJI/SC, constam diversas notas fiscais de sua emissão, documentos que, além de não estarem refletidos na escrita comercial e fiscal, não se conformam, aparentemente, com as normas de emissão. No período abrangido pela fiscalização (anos de 2005 e 2006), constam às notas fiscais de nº s 00002 a 00010, todas emitidas contra a empresa Inlogs Logística Ltda¹, e que têm como objeto o serviço de transporte rodoviário. Nenhum desses documentos está refletido na escrita comercial e fiscal mantida pelo contribuinte, além do que, para a natureza do serviço consignado nestes documentos, o modelo utilizado, aparentemente, não se mostra adequado. Afora esses aspectos, as aludidas notas fiscais, via de regra, consignam valores expressivos, nada usuais para empresa enquadrada no Simples.” — fls. 338 e 978.

(...)

“No cenário assim delineado, onde existem diversas notas fiscais emitidas, eivadas de anomalias, em relação às quais não logrou ser comprovada a efetividade do serviço descrito, e onde, os responsáveis pela empresa emitente alegam desconhecer os aludidos documentos, infere-se que se trata de notas fiscais emitidas graciosamente.

Destarte, esses fatos, a despeito de não caracterizarem infração à legislação dos tributos ora fiscalizados, configuram, em tese, ilícito de ordem penal, tipificado como falsidade ideológica. Por essa razão, em compasso com os ditames da Portaria RFB nº 665, de 24 de abril de 2008, a constatação ensejará a formalização de Representação Fiscal para Fins Penais, ato onde serão declinadas as circunstâncias fáticas de caracterização do ilícito.” — fls. 339 e 979.

Intimada a Contribuinte em 03/12/2008 (fl. 341 e 981), uma quarta-feira, apresentou Impugnação a ambos os processos na mesma data: 30/12/2008 (fls. 349 e 989), uma terça-feira.

Quanto ao processo administrativo-fiscal nº 13971.004733/2008-43, a Impugnação (fls. 349/395) pode ser assim resumida:

1. Indevida exclusão do sistema simples, haja vista que a fiscalização não logrou êxito em comprovar que a impugnante teria ultrapassado os limites de faturamento anual, no ano de 2005.

¹ Vide fls. 24/32 dos autos. Ali estão diversas cópias de Notas Fiscais, anexas à Intimação Fiscal nº 01.

2. Nulidade da exclusão haja vista que a fiscalização não comprovou no presente processo que a impugnante teria obtido receitas superiores aos limites estabelecidos na legislação do simples.
3. Nulidade da exclusão do simples, como decorrência do acatamento das razões de nulidade do processo 11516.008027/2008-12.
4. Indevido arbitramento, haja vista que a impugnante deveria ser oportunizada a escrituração de seus livros comerciais (diário e razão), após a sua exclusão do simples.
5. Nulidade do lançamento em vista da supressão nos autos, quanto a documentos entregues à fiscalização no curso da ação fiscal.
6. Nulidade do lançamento haja vista que sua origem está em provas ilícitas coligidas nos autos do inquérito policial nº 184/2008-DPF/IJI/SC.
7. Nulidade do lançamento, haja vista que o encerramento da fiscalização ocorreu antes que a Impugnante houvesse recebido informações e documentos requisitados junto ao Banco do Brasil S.A., para o fim de exibi-los aos r. Fiscais.
8. Nulidade do lançamento por considerar adiantamentos recebidos de clientes como se fossem receitas omitidas.
9. Nulidade do lançamento por presunção, haja vista que a totalidade das receitas foi tributada.
10. Necessidade de serem abatidos os valores de adiantamento, na hipótese de prevalecer a presunção ora combatida.
11. Nulidade do lançamento haja vista a imposição de multa agravada (150%) em lançamento decorrente de presunção de receitas, sem comprovação do evidente intuito de fraude.
12. Falta de comprovação de evidente intuito de fraude a amparar a imposição de multa agravada.
13. Improcedência da multa agravada por inexistência de crime contra a ordem tributária.
14. Nulidade da multa agravada pela ausência de tipicidade da conduta.
15. Ofensa ao art. 2º da Lei nº 9.784/99.
16. Direito da Impugnante ao benefício da redução de multas, para pagamento em até 30 dias da ciência do trânsito em julgado administrativo da presente demanda.
17. Da aplicabilidade das disposições das normas contidas no art. 6º da Lei nº 8.218/91 e do art. 60 da Lei nº 8.383/91, ambos com a redação que lhes é dada pela Medida Provisória 449 de 03/12/2008.

Já a Impugnação ao processo nº 11516.008027/2008-12 (fls. 989/1.026) pode ser assim resumida:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/06/2015 por RICARDO MAROZZI GREGORIO, Assinado digitalmente em 18/06/

2015 por RICARDO MAROZZI GREGORIO, Assinado digitalmente em 30/06/2015 por JOAO CARLOS DE FIGUEIREDO

NETO, Assinado digitalmente em 06/07/2015 por JOAO OTAVIO OPPERMANN THOME

Impresso em 07/07/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

1. Nulidade do lançamento em vista da supressão nos autos, quanto a documentos entregues à fiscalização no curso da ação fiscal.
2. Nulidade do lançamento haja vista que sua origem está em provas ilícitas coligidas nos autos do inquérito policial nº 184/2008-DPF/IJI/SC.
3. Nulidade do lançamento haja vista que o encerramento da fiscalização ocorreu antes que a impugnante houvesse recebido informações e documentos requisitados junto ao Banco do Brasil S.A., para o fim de exibi-los aos r. Fiscais.
4. Nulidade do lançamento por considerar adiantamentos recebidos de clientes como se fossem receitas omitidas.
5. Nulidade do lançamento por presunção, haja vista que a totalidade das receitas foi tributada.
6. Necessidade de serem abatidos os valores de adiantamento, na hipótese de prevalecer a presunção ora combatida.
7. Nulidade do lançamento haja vista a imposição de multa agravada (150%) em lançamento decorrente de presunção de receitas, sem comprovação do evidente intuito de fraude.
8. Falta de comprovação de evidente intuito de fraude a amparar a imposição de multa agravada.
9. Improcedência da multa agravada por inexistência de crime contra a ordem tributária.
10. Nulidade da multa agravada pela ausência de tipicidade da conduta.
11. Ofensa ao art. 2º da Lei nº 9.784/99.
12. Direito da Impugnante ao benefício da redução de multas, para pagamento em até 30 dias da ciência do trânsito em julgado administrativo da presente demanda.
13. Da aplicabilidade das disposições das normas contidas no art. 6º da Lei nº 8.218/91 e do art. 60 da Lei nº 8.383/91, ambos com a redação que lhes é dada pela Medida Provisória 449 de 03/12/2008.

A 3ª Turma da DRJ/FNS, por unanimidade, julgou procedente o lançamento. O Acórdão de nº 07-20.149 (fls. 1.216/1.246), proferido na sessão de 04 de junho de 2010, assim foi ementado:

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

Ano-calendário: 2005

Exclusão do Simples. Excesso de Receita. Efeitos no ano calendário subsequente (2006).

O art.15, inciso IV, da Lei 9.317/96 dispõe que os efeitos da exclusão de ofício, motivada por excesso de receita em relação ao limite legal estabelecido neste diploma legal, começam a operar a partir do ano calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite.

Depósitos Bancários. Origens. Presunção Legal. Omissão de Receita.

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

Lucro Arbitrado.

Excluída do Simples, os lucros foram arbitrados e os impostos e contribuições sociais foram apurados sob esta forma de tributação, deduzindo-se os valores recolhidos pelo Simples. A ciência destes lançamentos e do ato de exclusão do Simples podem se dar na mesma data, não havendo assim qualquer preterição de direito de defesa.

A partir da data de produção dos efeitos de exclusão do SIMPLES a pessoa jurídica, atendidas todas as demais condições legais, pode optar pelo lucro presumido ou apurar o imposto de renda e a contribuição social pela regra, que é o lucro real. Em não se verificando as condições necessárias para a tributação por um destes regimes de apuração do IRPJ, impõe-se o arbitramento do lucro.

Lucro Arbitrado. Receita Bruta Conhecida. Base de Cálculo.

Reputa-se correta a base de cálculo do lucro arbitrado considerada: a receita informada na DIPJ e a presunção legal de omissão de receita por falta de comprovação dos créditos bancários.

PIS. COFINS. CSLL. Lançamentos Decorrentes. Efeitos da decisão relativa ao lançamento principal (IRPJ).

Em razão da vinculação entre o lançamento principal (IRPJ) e os que lhe são decorrentes, devem as conclusões relativas àquele prevalecerem na apreciação destes, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006

Aios Fiscais. Descrição dos Fatos. Enquadramento Legal.

O cerceamento ao direito de defesa somente se caracteriza pela ação ou omissão por parte da autoridade lançadora que impeça o sujeito passivo de conhecer os dados ou fatos que, notoriamente, impossibilitem o exercício de sua defesa.

Não provada violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, nem dos arts. 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade quer do lançamento, quer do procedimento fiscal que lhe deu origem.

Arguições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Legislação Tributária.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006

Presunções Legais Relativas. Distribuição do ônus da Prova.

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

Multa de Ofício Qualificada. Duplicação do Percentual da Multa de

Ofício. Legitimidade.

Constatado que na conduta da fiscalizada existem as condições previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, cabível a duplicação do percentual da multa de que trata o inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96 (com a nova redação do artigo dada pela Medida Provisória nº 351, de 22/01/2007, convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Acordam os membros da 3ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade dos Autos de Infração e, no mérito, em julgar improcedente a impugnação, mantido o crédito tributário."

Os fundamentos da decisão proferida pela 3ª Turma da DRJ/FNS podem se assim resumidos:

ANO CALENDÁRIO 2005

NULIDADE – AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS NOS AUTOS

“Quanto às questões levantadas pela Impugnante no item I de sua impugnação (fls. 972 a 973), ora relatoriadas, de se dizer que a ausência, nos autos, dos documentos que ali menciona, em nada interferem na solução do litígio posto, de forma que não há que se cogitar de nulidade dos lançamentos” – fl. 1.232.

NULIDADE – PROVAS ILÍCITAS

“Não há evidências nos autos de que a Fiscalização tenha se utilizado de documentos coletados pela Polícia Federal, eventualmente considerados como prova ilícita pela Justiça Federal.

Ainda, a Fiscalização não foi realizada junto à Autuada a partir da operação policial consubstanciada no IP 0184/2008 – DPF/IJI/SC, como foi afirmado na impugnação.

Desta forma, não se pode dizer que o presente procedimento fiscal esteja eivado de nulidades por conta de contaminação conforme arguido pela Impugnante com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada”. – fl. 1.233.

(...)

Tomando por base o art. 195 do CTN, conclui a DRJ:

“De forma que, conforme a natureza da infração apontada, supra, não há como se considerar que foi utilizado qualquer meio ilegal na obtenção de provas, uma vez que os dados extraídos e trazidos aos autos pela Fiscalização dizem respeito a atividades comerciais do contribuinte fiscalizado.” – fl. 1.235.

ENCERRAMENTO DA FISCALIZAÇÃO ANTES DA ENTREGA DE DOCUMENTOS PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA

“Quanto às questões levantadas pela Impugnante no item III de sua impugnação (fl.978 a 980), ora relatoriadas, de se dizer que documentos que amparem a escrituração comercial devem estar sob a guarda da própria empresa e disponíveis para apresentação às autoridades fiscais. Se seus documentos bancários ainda não lhe foram entregues pelo banco, o fato de a Fiscalização ter encerrado a ação fiscal sem que a Impugnante apresentasse tais documentos não afeta em nada o lançamento, uma vez que é responsabilidade da própria empresa manter em boa guarda seus documentos.” – fl. 1.235.

MÉRITO

“Quanto às questões levantadas pela Impugnante no item IV de sua impugnação (fls.980 a 986), ora relatoriadas, de se dizer que após a edição da lei nº 9.430/1996, a movimentação bancária mantida ao largo da escrituração contábil da empresa ou sem comprovação adequada, presume-se realizada com valores omitidos à tributação, salvo prova em contrário, assim, dispondo em seu art. 42” – fl. 1.235.

“Trata-se, portanto, de uma presunção legal de que os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, não comprovados com documentação hábil e idônea, constituem receita omitida.” – fl. 1.236.

(...)

“A caracterização está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos numerários depositados, conforme dicção literal da lei. Existe, portanto, uma correlação lógica entre o fato conhecido – ser beneficiado com um depósito bancário sem origem – e o fato desconhecido – auferir rendimentos. Essa correlação autoriza plenamente o estabelecimento da presunção legal de que o dinheiro surgido na conta provém de receitas então omitidas.” – fl. 1.236.

(...)

“Notório que estas empresas realmente fizeram várias operações comerciais, sendo comum as transferências bancárias da empresa TC Transportes e Logística Ltda. para a Impugnante. Percebe-se tal evidência pela documentação trazida pela Impugnante, acostada às fls.1.028 a 1.135, ocorre que tais documentos (cópias de transferência eletrônicos entre contas correntes – BB e outros) não comprovam a natureza da operação, ou seja, se tratam de adiantamentos de clientes (como afirmado na impugnação) ou de pagamentos por serviços prestados pela Impugnante, trabalho de conciliação que cabe, não à Fiscalização apurar, mas sim à Contribuinte autuada, a ela é quem cabe a perfeita identificação dos créditos bancários.

Assim, não comprovada a origem dos créditos bancários, e verificado que a receita total (omitida e declarada) ultrapassou, no ano de 2005, o limite legal para permanência no Simples, correto o ato de ofício de exclusão (fl.59) da Interessada do SIMPLES, com efeitos a partir do ano calendário seguinte (a partir de 01/01/2006).” – fl. 1.237.

ANO CALENDÁRIO 2006

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

“Quanto às questões levantadas pela Impugnante nos itens I, II e III de sua impugnação (fls.346 a 353), ora relatoriadas, de se dizer que se tratam de matérias envolvendo as causas que motivaram a sua exclusão da Impugnante do SIMPLES, causas estas que já foram devidamente objeto de apreciação, conforme julgamento do litígio relativo ao ano calendário de 2005, ora feito neste Voto.

Assim, estas alegações restaram superadas e não necessitam ser novamente apreciadas.” – fl. 1.237.

NULIDADE POR NÃO TER SIDO OPORTUNIZADA A ESCRITURAÇÃO DOS LIVROS APÓS A EXCLUSÃO DO SIMPLES

“Como relatoriado, a Impugnante alegou pela nulidade dos lançamentos, uma vez que não lhe foi oportunizado a escrituração de seus livros Diário e Razão e, ainda, que foi cientificada da exclusão do SIMPLES e dos lançamentos de ofício (autos de infração) na mesma data, que em seu entendimento, a exclusão deveria preceder aos lançamentos.

Não assiste razão a Impugnante. De se mostrar.

Por meio da Intimação Fiscal nº 01, item 3 (fl.89), alertada que a contribuinte não poderia permanecer no SIMPLES a partir de 01/01/2006, ela foi intimada a apresentar o balanço patrimonial e a demonstração de resultado e Livro de Apuração do Lucro Real, relativos ao ano calendário de 2006, sendo-lhe concedido, contrariamente ao alegado, um prazo de quinze dias.” – fl. 1.238.

(...)

“A cópia do Livro Diário acostada às fls. 242 a 260 [disponibilizados por ocasião do início da fiscalização] evidencia o constatado pelos autuantes, não havendo alternativa que não o arbitramento de lucro relativo ao ano calendário de 2006, pois a escrituração apresentada revelou-se imprestável para apuração do lucro real e/ou não contém a devida escrituração da movimentação financeira/bancária.” – fl. 1.239.

VICIO PROCEDIMENTAL

“Quanto ao fato de o ato de exclusão e os autos de infração terem sido cientificados à contribuinte na mesma data, de se dizer apenas que tal procedimento não conflita com a legislação tributária vigente, ou seja, excluída do SIMPLES, a empresa fica submetida a outro regime de tributação, no caso, feito pelas regras do Lucro Arbitrado, e das exigências fiscais de ofício daí decorrentes, como foi feito no presente processo. O fato de se darem na mesma data não traz qualquer prejuízo à Impugnante para sua defesa.” – fl. 1.239.

NULIDADE – FALTA DE DOCUMENTOS NOS AUTOS

“Quanto às questões levantadas pela Impugnante no item V de sua impugnação (fls.355 a 356), ora relatoriadas, de se dizer que a ausência, nos autos, dos documentos que ali menciona, em nada interferem na solução do litígio posto, de forma que não há que se cogitar de nulidade dos lançamentos.” – fl. 1.239.

NULIDADE – PROVAS ILÍCITAS

“De se dizer que tais afirmações repetem aquelas apresentadas na impugnação relativa ao ano calendário de 2005, já relatoriadas e devidamente apreciadas neste Voto.

Basta um breve resumo da infração apontada pela Fiscalização, para nos certificarmos que a Impugnante incorre em grave equívoco em suas afirmações preliminares da nulidade dos autos de infração.” – fl. 1.240.

(...)

“De forma que, conforme a natureza da infração apontada, supra, não há como se considerar que foi utilizado qualquer meio ilegal na obtenção de provas, uma vez que os dados extraídos e trazidos aos autos pela Fiscalização dizem respeito a atividades comerciais do contribuinte fiscalizado.

De se rejeitar, por absoluta impropriedade da alegação como posta pela Interessada, de nulidade dos autos de infração.” – fl. 1.241.

ENCERRAMENTO DA FISCALIZAÇÃO ANTES DA ENTREGA DE DOCUMENTOS PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA

“Quanto às questões levantadas pela Impugnante no item VII de sua impugnação (fls.361 a 363), ora relatoriadas, de se reiterar que documentos que amparem a escrituração comercial devem estar sob a guarda da própria empresa e disponíveis para apresentação às autoridades fiscais. Se seus documentos bancários ainda não lhe foram entregues pelo banco, o fato de a Fiscalização ter encerrado a ação fiscal sem que a Impugnante apresentasse tais documentos não afeta em nada o lançamento, uma vez que é responsabilidade da própria empresa manter em boa guarda seus documentos.” – fl. 1.241.

DA OMISSÃO DE RECEITAS

“Quanto às alegações levantadas pela Impugnante nos itens VIII, IX e X (fls.363 a 374) de sua impugnação, ora relatoriadas, de se reiterar que após a edição da Lei nº 9.430/996, a movimentação bancária mantida ao largo da escrituração contábil da empresa ou sem comprovação adequada, presume-se realizada com valores omitidos à tributação, salvo prova em contrário, assim, dispondo em seu art. 42” – fl. 1.242.

(...)

“É a própria lei definindo que os depósitos bancários, de origem não comprovada, caracterizam omissão de receita ou de rendimentos e não meros indícios de omissão. A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso da origem dos recursos. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário.” – fl. 1.242.

(...)

“Consoante Intimação Fiscal (fls. 87 a 110) a contribuinte foi intimada e reintimada (fls.126 a 129) a comprovar, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento

mantida junto a instituição financeira, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96.” – fls. 1.242/1.243.

(...)

“A conta contábil de adiantamentos de clientes tem natureza credora, uma vez que trata-se de um passivo da contribuinte junto a seu cliente, uma vez que se não prestar o serviço para o qual foi feito o adiantamento, a contribuinte deve devolver os recursos recebidos.” – p. 1.243.

(...)

“Afinal, daqueles montantes expressivos a título de adiantamentos de clientes, durante os anos de 2005 e 2006, quanto já foi transformado em receita tributável? É possível que adiantamentos de clientes, efetivados em fevereiro por ex., ainda estejam em aberto? Ou seja, ainda não foram realizados os serviços pactuados neste mês?

Assim, não comprovada a origem dos créditos bancários, mantida a omissão de receita com base no art. 42 da Lei 9.430/96.” – fl. 1.243.

DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

“Contrariamente ao alegado, entendo existirem, sim, na conduta da contribuinte as condições necessárias à aplicação da multa de ofício qualificada de 150%, as quais foram, sim, identificadas pelos auditores fiscais, conforme consta no relato a fl.329 do Termo Fiscal.” – fl. 1.243.

(...)

“Apesar de não ter havido no lançamento tributário infração de outra natureza, como por ex., uma omissão materialmente comprovada de receita, e de a Impugnante ter trazido aos autos documentos que, entretanto, não foram capazes de identificar a origem de dos créditos bancários, ainda assim entendo justificável a aplicação da multa de ofício qualificada.” – fl. 1.244.

(...)

“Aí está a conduta dolosa da contribuinte. Seus extratos bancários revelam a existência de movimentação financeira (créditos bancários, despesas, etc.) mas não revelam o quanto daqueles créditos (adiantamentos de clientes) já poderiam ser normalmente tributados por já se caracterizarem em receitas da empresa.

Esta informação, a empresa sonegou ao Fisco Federal, pois ao não registrar contabilmente sua conta corrente bancário (a única, por sinal), manejava ao seu bel prazer o quantum de receita iria oferecer à tributação, nos dois anos, de 2005 e 2006.

Não está aqui se justificando a multa aplicada (de 150%) por conta de recusa/dificuldade da contribuinte em apresentar os devidos esclarecimentos de todos os créditos bancários apontados na intimação fiscal. O que aqui não se pode conformar é com a conduta da contribuinte que, sob o manto de empresa tributada pelo SIMPLES, não registrava sua movimentação financeira e com isto manipulava sua conta de receita, prejudicando as demais empresas que operam em condições idênticas e de acordo com as regras deste sistema de tributação simplificado.” – fl. 1.244/1.245.

REDUÇÃO DA MULTA PARA 50%

“Por fim, quanto às alegações/solicitações acerca de redução de multa de ofício para 50%, mesmo após a decisão de primeira instância administrativa, de se dizer apenas que tal redução somente tem lugar se o pagamento do crédito tributário exigido for efetuado durante o prazo legal concedido para apresentação de impugnação.” – fl. 1.245.

Assim ficou o dispositivo do Acórdão em debate:

“É o voto, pela improcedência da impugnação, mantido o crédito tributário.” – fl. 1.246.

Não foi interposto recurso de ofício.

A Contribuinte, intimada da decisão em 24/06/2010 (fl. 1.265), objetivando ver reformado o acórdão nº 07-20.149, da 3ª Turma da DRJ/FNS, interpôs, em 16/07/2010 (fl. 1.275) Recurso Voluntário referente ao processo nº 1397.004733/2008-43 (fls. 1.275/1.336 e docs. fls. 1.337/1.364) e na mesma data apresentou também Recurso Voluntário referente ao processo nº 1397.008027/2008-12 (fls. 1.365/1.409 e docs. fls. 1.410/1.437), anexado ao presente processo.

Os dois recursos apresentados são, em sua maior parte, idênticos. Neste relatório, faremos referência ao recurso de fls. 1.275/1.336, pois há mais enfrentamentos do que no recurso de fls. 1.365/1.409. De qualquer modo, o resumo abará todas questões presentes nos dois recursos.

Enfim, os pedidos foram:

“Por todo o exposto requer:

Sejam recebidas, e pela turma de julgamento acatadas, as presentes razões de Recurso, para que seja declarada nula a exclusão do SIMPLES por todas as razões expostas, e conseqüentemente seja declarado nulo o Auto de Infração ora combatido;

Na improvável hipótese de se manter a exclusão do SIMPLES [Auto de Infração, no segundo recurso], que sejam acatadas as presentes razões de Recurso, para afastar o arbitramento levado a efeito pelos r. Auditores Fiscais. Caso não seja este o entendimento de V.Sas., requerer-se, sejam abatidos dos valores

presumidos, todos créditos em conta bancária, comprovados como adiantamentos recebidos de clientes;

Na hipótese de prevalecer algum valor lançado, que seja reconhecida a improcedência da multa agravada;

Que sejam reconhecidas as nulidades apontadas no presente Recurso;

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com fundamento no art. 151, III do CTN;

Que todas as intimações sejam dirigidas aos advogados que esta subscrevem, cujo endereço para correspondência consta no rodapé da presente Impugnação;

Provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, especialmente a pericial, documental (inclusive novos documentos que se fizerem necessários) e testemunham, se for o caso.” – fl. 1.336.

Os argumentos que fundamentam os pedidos podem ser assim resumidos:

DO ADIANTAMENTO RECEBIDOS DOS CLIENTES

“Conforme reproduzido a seguir, a Recorrente relacionou e provou todos os depósitos que se referem a adiantamentos recebidos de clientes em 2005, os quais não configuram receitas.” – fl. 1.277.

(...)

“Além dos documentos bancários comprovantes das transferências e mensagens, via e-mail ou carta com requisição e/ou autorização para a efetivação das operações de transferências, com indicações claras de que se tratam de adiantamentos. Com efeito, há constantes orientações para que o valores transferidos sejam debitados em conta corrente de Vô Bráulio Transportes. Em outras ocasiões há indicações de que as transferências devem ser efetivadas ‘a título de adiantamento de fretes’, conforme se pode constatar do exame dos documentos em anexo (Doc. 11 da Impugnação).” – fl. 1.277/1.278.

(...)

“Destaque-se que todos os valores acima indicados, [apresentou uma lista na qual relaciona um total de R\$ 3.899.667,30 (três milhões, oitocentos e noventa e nove mil, seiscentos e sessenta e sete reais e trinta centavos), durante os meses de fevereiro a dezembro – fls. 1.279/1.282] ref. 2005 estão respaldados em comprovantes obtidos junto à cliente TC Transportes e Logística Ltda. (fls. 552/662), a qual foi a responsável pelas referidas transferências bancárias.” – fl. 1.282.

(...)

“Diante de tudo o que acima se tratou, a decisão ora atacada desconsidera todos os fatos, provas e argumentos e conclui pela não comprovação dos créditos bancários.” – fl. 1.283.

DO DESCABIMENTO DA PRESUNÇÃO

“Ainda mais relevante é o fato de que, uma vez constatado que os créditos bancários encontram-se devidamente explicados quanto à sua origem, com indicação de que se tratam de adiantamentos, não caberia à fiscalização adotar a figura da presunção de créditos bancários de origem não comprovada.” – fl. 1.283.

“Com efeito, se a fiscalização pretendesse não acatar tais adiantamentos, o que se faz aqui a título de mera argumentação, deveria reclassificar tais valores para receitas e promover o lançamento desprovido da figura presunção.” – fl. 1.283.

(...)

“Assim sendo, se o fisco apresenta duas hipóteses quanto à natureza dos valores (1 – adiantamentos e; 2 – serviços prestados) e descarta uma (adiantamento, conforme sustenta a Recorrente), então lhe caberia adotar a outra hipótese (pagamentos por serviços prestados).

Logo, se são receitas por serviços prestados, descabe a figura da presunção.

Assim sendo, não podem ser tomados os créditos bancários (cujas origens estão devidamente comprovadas) como supostas receitas omitidas por presunção, razão pela qual não houve excesso dos limites de faturamento para manter-se SIMPLES.

Por tais razões, requer-se a nulidade do presente lançamento, haja vista a equivocada exclusão da Recorrente do SIMPLES.” – fl. 1.284.

DA AUSÊNCIA DE PROVA DO EXCESSO DE RECEITAS

“Trata-se de uma prova à qual a fiscalização não poderia se desincumbir e por esta razão merece ser declarada nula a presente exclusão do SIMPLES, com efeito a partir de 01.01.2006.

Todavia, mais surpreendente é o fato de que a decisão atacada silencia quanto a este argumento de defesa [que a autoridade lançadora não incluiu os extratos bancários de 2005 nos autos, gerando nulidade], incidindo em cerceamento de defesa.” – fl. 1.285.

DA NULIDADE EM RAZÃO DAS PROVAS ILÍCITAS

“Ao examinar estas questões, os julgadores a quo se limitam a indicar que ‘Não há evidências nos autos de que a Fiscalização tenha se utilizado de documentos coletados pela Polícia Federal,

eventualmente considerados como prova ilícita pela Justiça Federal’.

Certo é que embora a Recorrente não fosse alvo de investigação no âmbito do Inquérito Policial nº 0184/2008 – DPF/IJI/SC, em trâmite junto à Polícia Federal, foi deferido pedido de Busca e Apreensão no endereço de sua sede, (fls. 397/398), pelo fato de que Carlos Alberto Wanzuit, pai dos sócios da Recorrente estava sendo alvo das citadas investigações.

Vário equipamentos, informações e documentos da Recorrente foram apreendidos pela Polícia Federal (fls. 399).

Ocorre que a fiscalização é nula, haja vista que contra a Recorrente nenhuma investigação havia” – fl. 1.286.

(...)

“É inconteste que esta fiscalização somente foi desencadeada a partir da operação policial consubstanciada no IP 0184/2008. Há indicação expressa às fls. 258, item 4 do processo 11516.008027/2008-12.” – fl. 1.287.

(...)

“Ocorre que a decisão judicial que autorizou a referida busca, dentre outras providências contra os investigados naquele IP, ao tratar do Compartilhamento de informações com a Receita Federal (fls. 400), assim estabelece:

‘Compartilhamento de informações com a Receita Federal. O pedido tem procedência para dar impulso à investigações. A Polícia Federal fica autorizada a compartilhar os elementos de prova desta investigação com a Receita Federal, com o intuito de apurar a responsabilidade dos investigados nos delitos em tese praticados.’

No presente caso, está configurado que o lançamento decorre daquele compartilhamento não autorizado em relação à Recorrente. Portanto, afora a figura dos investigados (e a Recorrente não era investigada – fls. 518/520), nenhuma outra pessoa poderia ser objeto das ações da Polícia Federal ou da Receita Federal, no âmbito do IP 0184/2008, a não ser com novas autorizações judiciais, as quais não ocorreram.” – fl. 1.287.

(...)

“Por outro lado, ainda que a Recorrente fosse alvo das investigações, o presente Auto de Infração encontra-se viciado.” – p. 1.288.

(...)

A própria juíza que deferiu as buscas e demais providências naquele IP (mas que não foi a autoridade que deferiu aqueles primeiros pedidos de escutas), reconheceu, posteriormente (Fls.

401/405), a nulidade absoluta de provas coletadas através de escutas telefônicas no período de 09.08.2007 a 19.11.2007, por entender que são provas ilícitas, pois que obtidas em total afronta ao princípio constitucional e processual do JUÍZO NATURAL.” – fl. 1.288.

(...)

“Em recente decisão em grau de recurso, o R. TRF 4ª.R. confirmou aquela decisão. E mais: reconheceu a ilegalidade das provas citadas, desde o pedido originário da interceptação das comunicações telefônicas (fls. 406/408).” – fl. 1.289.

(...)

“Assim sendo, não há como ser mantido o presente Auto de Infração, a não ser pela quebra das garantias constitucionais e ainda as previstas na lei nº 9.784/99, que trata do Processo Administrativo Federal.” – fl. 1.289/1.290.

DO ENCERRAMENTO DA FISCALIZAÇÃO ANTES DE A CONTRIBUINTE PODER PROVAR QUE NÃO HOUVE OMISSÃO DE RECEITAS

“A decisão atacada procura esclarecer que é obrigação do contribuinte manter a documentação à mão para apresentação à fiscalização.

Ocorre que a Recorrente informou naquela defesa que não era investigada na operação policial, todavia, vários equipamentos, informações e documentos da Recorrente foram apreendidos pela Polícia Federal (fls. 399), estando, pois impossibilitada de apresentar diversos documentos. Para atender a fiscalização requereu ao Banco do Brasil estas informações, as quais jamais foram recebidas, embora insistentes apelas tenham sido feitos.” – fl. 1.290.

OMISSÃO DO ACÓRDÃO DRJ

“A decisão atacada não aprecia estes argumentos [que “a totalidade das receitas foi tributada”] referentes ao ano base de 2005, embora tenha indicado às fls. 1098-verso do presente processo, que teria apreciado.

Por mais esta razão é nula a decisão atacada, haja vista incidir em cerceamento de defesa.” – fl. 1.290/1.291.

INDEVIDO ARBITRAMENTO: DEVERIA SER OPORTUNIZADA À IMPUGNANTE A ESCRITURAÇÃO DE SEUS LIVROS COMERCIAIS APÓS A SUA EXCLUSÃO DO SIMPLES

“A exclusão deveria preceder o lançamento ora combatido.

Assim é visto que à Recorrente deve ser oportunizado regularizar seus livros, a partir da sua exclusão.

Conforme indicado na peça impugnatória, não basta que a fiscalização, no curso da ação fiscal intime a Recorrente (fls. 89) a apresentar balanços trimestrais e Lalur. Esta informou (fls. 112) que não dispõe dos mesmos, haja vista o regime de tributação que adotava (SIMPLES).

Ora, a partir da exclusão do SIMPLES, a Recorrente tem o direito de ser intimada para apresentar os Balanços e LALUR, com o fim de não ser submetida ao arbitramento de seu lucro.” – fl. 1.291.

(...)

“Porém, a partir da combatida exclusão, poderia evitar o arbitramento de seus livros e a apresentação dos Balanços trimestrais e Lalur. Como tal intimação não ocorreu, data vênua, é nulo o presente arbitramento.” – fl. 1.292.

SUPRESSÃO NOS AUTOS DE DOCUMENTAÇÃO ENTREGUE À FISCALIZAÇÃO

“Foi noticiado na Impugnação que em atendimento à intimação fiscal nº 01, a Recorrente apresentou sua petição, em 02.10.2008 (fls. 31/33), esclarecendo os quesitos dos r. auditores fiscais e anexando diversos documentos identificados pelos ANEXOS de nºs 1 a 10 daquela petição.

Estranhamente, ao compulsar os autos em questão, constata-se a ausência dos documentos denominados DOC. ANEXO 8, 9 e 10, quais sejam, relação de bens da empresa com indicação do valor de mercado, cópias dos certificados de propriedade dos veículos e cópia de escritura do terreno da empresa, sob registro nº R-5-10.906, respectivamente.

Destaque-se que às fls.36, sob o item 5, a fiscalização reconhece que lhe foram entregues” – fls. 1.293/1.294.

(...)

“No mesmo sentido ocorreu com o atendimento à intimação fiscal nº 02. A Recorrente apresentou sua petição, em 23.10.2008 (fls. 38/39), esclarecendo os quesitos dos r. auditores fiscais e anexando diversos documentos identificados pelos ANEXOS de nºs 1 a 6 daquela petição.

Novamente constata-se a ausência dos documentos denominados DOC. ANEXO 4, 5 e 6 daquela petição (...)

Portanto, é nulo o lançamento em vista do vício apontado. Está maculada a integridade dos autos nos quais foram apurados os valores lançados.” – fl. 1.294.

NULIDADE DO LANÇAMENTO POR CONSIDERAR ADIANTAMENTOS RECEBIDOS DE CLIENTES COMO SE FOSSEM RECEITAS OMITIDAS

“Além dos documentos bancários comprovantes das transferências e mensagens, via e-mail ou carta com requisição e/ou autorização para a efetivação das operações de transferências, com indicações claras de que se tratam de adiantamentos. Com efeito, há constantes orientações para que os valores transferidos sejam debitados conta corrente de Vô Bráulio Transportes. Em outras ocasiões há indicações de que as transferências devem ser efetivadas ‘a título de adiantamento de fretes’, conforme se pode constatar do exame dos documentos em anexo (fls. 552/662).” – fl. 1306.

DO RECONHECIMENTO DOS ADIANTAMENTOS PELO R. JULGADORES A QUO

“Neste ponto os r. julgadores reconhecem os adiantamentos. Apenas pretendem saber quais (ou quantos) destes já teriam sido convertidos em receitas.

Ora, as receitas são aquelas declaradas como tais pela Recorrente. Se a fiscalização considera que podem haver outras receitas não reconhecidas como tal, pois inexistência de conversão de adiantamentos em receitas, caberia à fiscalização fazer tal prova, mas não o fez.” – fl. 1.315.

“Ademais, o valor dos adiantamentos se justifica, inclusive, como já citado, em vista que a Recorrente necessitou utilizá-los na aquisição de caminhões para atender à própria TC Transportes e Logística Ltda.” – fl. 1.315.

OMISSÃO DO ACÓRDÃO DRJ

“Com efeito, em flagrante cerceamento de defesa constata-se que a decisão recorrida silencia quanto aos seguintes argumentos apresentados na Impugnação:

Em vista do sistema de tributação adotado pela Impugnante (sistema SIMPLES), sua escrituração contábil também era simplificada, mediante escrituração do Livro Caixa, o qual ‘não permite identificação dos valores de movimentação bancária’ (fls. 38 e 130). O controle da conta corrente entre a Impugnante e seus clientes é elaborado em planilhas financeiras” – fl. 1317.

(...)

“Os argumentos abaixo, reproduzidos na sua íntegra, não foram apreciados pelos r. Julgadores a quo, e sendo assim, a decisão é nula, o que desde já se requer.

[...] na improvável hipótese de sua manutenção, se assim entenderem V.Sas., devem ser excluídos dos valores presumidos, todos os adiantamentos comprovados pela Impugnante, o que desde já se requer” – fls. 1320/1321.

DA MULTA AGRAVADA

“A Recorrente trouxe aos autos os comprovantes da origem dos créditos em sua conta bancária. Só por este motivo, há de se afastar o agravamento da multa.” – fl. 1.321.

(...)

“Neste ponto os r. julgadores reconhecem os adiantamentos. Apenas pretendem saber quais (ou quantos) destes já teriam sido convertidos em receitas.

Ora, as receitas são aquelas declaradas como tais pela Recorrente. Se a fiscalização considera que podem haver outras receitas não reconhecidas como tal, pois inexistência de conversão de adiantamentos em receitas, caberia à fiscalização fazer tal prova, mas não o fez.

Trata-se de suposição. Todavia, tais suposições foram dissipadas, na medida em que a Recorrente comprovou a origem de seus créditos (adiantamentos), os quais, diga-se de passagem, encontravam-se registrados na TC Transportes e Logística Ltda.” – fl. 1.322.

(...)

“Ou seja, os r. Auditores Fiscais não identificaram a prática de sonegação. Não identificaram o evidente intuito de fraude, ou valores que seriam comprovadamente de receitas não oferecidas à tributação ou não lançadas nos livros.” – fl. 1.323.

(...)

“Data maxima venia, há grave equívoco na conclusão dos r. Auditores Fiscais. Assim é, haja vista que nos casos de lançamento por presunção de receita omitida, em que não é comprovado o evidente intuito de fraude, a multa cabível, se for o caso, deve se limitar à multa simples, qual seja 75%.” – fl. 1.323.

(...)

“O evidente intuito de fraude estaria caracterizado se, ao invés de presumir a existência de supostos valores de receita não oferecida à tributação, com base em créditos constatados em extratos bancários, a fiscalização comprovasse práticas da Recorrente tendentes a ocultar a tributação sobre determinados valores ou a existência real (com documentos comprovantes) de que houveram receitas não oferecidas à tributação. Assim seria, se, por exemplo, fossem identificadas Notas Fiscais ou Conhecimentos de Transporte de Cargas emitidos e representativos de efetivos serviços prestados e recebidos os respectivos valores, mas que estivessem à margem da contabilidade e das declarações ao fisco” – fl. 1324.

DA MULTA QUALIFICADA

“A decisão objeto do presente recurso se omite totalmente quanto aos argumentos expendidos sob o item XIII, XIV e XV da Impugnação. Veiamos:

(...)

No entanto, a fiscalização não indicou qual seria o dolo, ou o evidente intuito de fraude, praticado pela Impugnante. Há nos autos, apenas notícias de que haveria descompasso entre a movimentação de ativos financeiros com a receita da atividade registrada” – fl. 1326.

Em 30/09/2013, a Contribuinte trouxe aos autos (fls. 1450 e 1461) “decisão do Recurso Criminal em Sentido Estrito (proveniente do IP nº 0184/2008) [...] após o trânsito em julgado”. Por tal motivo, foi oportunizada a manifestação da d. PGFN nos autos (fl. 1470), que ocorreu por intermédio da petição de fls. 1471/1479, alegando:

“O primeiro ponto que a procuradoria ressalta é que a decisão trazida pelo contribuinte não declarou nulas todas as provas produzidas no inquérito policial e ressaltou expressamente que poderiam as investigações levadas a cabo pela polícia ter prosseguimento com base em prova não contaminada pelas provas ilícitas produzidas” – fl. 1472.

(...)

“O segundo ponto que a procuradoria ressalta é que os lançamentos de que tratam os presentes autos estão baseados em elementos de prova colhidos em ação fiscal autônoma realizada pela RFB” – fl. 1477.

(...)

“Por fim e apenas para fins de argumentação, ressalte-se que mesmo que os lançamentos aqui tratados estivessem baseados na documentação apreendida pela PF (o que não ocorre), não se poderia afirmar de plano que caberia sua anulação, uma vez que a decisão no Recurso Criminal em Sentido Estrito de nº 2008.72.00.006744-6/SC, reconheceu higidez de parte das provas colhidas no IP 0184/2008” – fl. 1478.

É o suficiente para o relatório. Passo ao voto.

Voto Vencido

Conselheiro João Carlos de Figueiredo Neto - Relator.

1. DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/06/2015 por RICARDO MAROZZI GREGORIO, Assinado digitalmente em 18/06/

2015 por RICARDO MAROZZI GREGORIO, Assinado digitalmente em 30/06/2015 por JOAO CARLOS DE FIGUEIREDO

NETO, Assinado digitalmente em 06/07/2015 por JOAO OTAVIO OPPERMANN THOME

Impresso em 07/07/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Os pressupostos e requisitos de admissibilidade, determinados pelo Decreto nº 70.235/1972 e pelo Regimento Interno do CARF fazem-se presentes, senão vejamos.

Nos termos do art. 2º, incisos I, II e IV², do Regimento Interno do CARF, processos cujo objeto seja auto de infração lavrado para exigência de IRPJ e CSLL, e de outros tributos, quando decorrentes das fiscalizações que resulte na lavratura de IRPJ e/ou CSLL, são da competência desta Primeira Seção.

No que tange à legitimidade, as petições estão assinadas (fls. 1.336 e 1.409, respectivamente) por advogado devidamente constituído nos autos, conforme procuração às fls. 345/347.

A tempestividade do recurso também é atestável. A decisão proferida pela DRJ em 04/06/2010 (fl. 1.216) chegou ao conhecimento da Contribuinte em 24/06/2010, uma quinta-feira (fl. 1.265) e o recurso foi interposto em 16/07/2010 (fl. 1.275 e 1.365, respectivamente), uma sexta-feira, ou seja, dentro do prazo de trinta dias previsto no art. 33, do Decreto nº 70.235/70, que se encerrou em 26/07/2010, uma segunda-feira (primeiro dia útil após o trigésimo dia – 24/07/2010 – que caiu em um sábado).

Desta feita, por presentes os pressupostos de admissibilidade determinados pelo Decreto 70.235/1972, do Recurso Voluntário tomo conhecimento.

2. DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

Ultrapassado o juízo de admissibilidade, impõe-se determinar os pontos controvertidos, a partir dos argumentos constantes no Recurso Voluntário e na fundamentação do Acórdão combatido. As questões, sucessivamente, são as seguintes:

DAS PRELIMINARES:

1. Da nulidade da decisão da DRJ:
 - 1.1 Deixou de analisar algum argumento? Este cerceamento é suficiente para declarar a nulidade do procedimento?
2. Da nulidade do procedimento de fiscalização:
 - 2.1 Era necessário aguardar a entrega dos documentos requisitados ao Banco? É possível afastar esta falha procedimental posto que a contribuinte poderia ter entregue esses documentos no curso do processo administrativo?

² Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de: I - Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ); II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); IV – demais tributos e o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ.

2.2 Os Prazos ofertados e Documentos requisitados foram suficientes? Houve cerceamento de defesa?

2.3 Era necessário oferecer prazo para a elaboração de Livros Fiscais? Possível?

3. Da nulidade das provas:

3.1 A ocorrência de Inquérito Policial concomitante ou anterior é causa impeditiva da fiscalização tributária?

3.2 Há indício de que a presente fiscalização tenha decorrido de provas colhidas no Inquérito Policial? Quais provas?

4. Houve supressão de documentos nos autos? Em caso afirmativo, estes eram essenciais à defesa? De qualquer sorte, é causa suficiente para a nulidade do lançamento?

DO MÉRITO:

1. O Sr. AFRF apresentou indícios de omissão de receita nos termos do art. 42, da Lei nº 9.430/1996?

2. Os valores supostamente omitidos já foram tributados?

3. A Contribuinte apresentou provas idôneas e hábeis a provar que as entradas não constituíram receita? É possível excluí-las da base de cálculos? A quem cabe o ônus da prova, ao fisco ou à contribuinte?

4. Quanto à exclusão do SIMPLES: houve excesso de receitas?

DA MULTA

1. A qualificação da multa está de acordo com a previsão legal?

3. PRELIMINARES

3.1. OMISSÃO DO ACÓRDÃO DRJ

Alega a contribuinte, no Recurso Voluntário referente ao processo nº 13971.004733/2008-43, que o acórdão da DRJ foi omisso com relação aos Tópicos IX (da nulidade do lançamento por presunção, haja vista que a totalidade das receitas foi tributada) e X (da necessidade de serem abatidos os valores de adiantamentos, na hipótese de prevalecer a presunção ora combatida) da sua impugnação (fls. 1.317 e 1.320, respectivamente). Afirma o mesmo no Recurso Voluntário ao processo nº 1397.008027/2008-12 (fls. 1.391 e 1.394).

Ocorre que a decisão recorrida expressamente afasta ambos os argumentos:

“Quanto as questões levantadas pela Impugnante nos itens VIII, IX e X (fls.363 a 374) de sua impugnação, ora relatorizadas, de se reiterar que após a edição da Lei nº. 9.430/1996, a movimentação bancária mantida ao largo da escrituração contábil da empresa ou sem comprovação adequada, presume-se realizada com valores omitidos à tributação, salvo prova em contrário, assim, dispondo em seu art. 42” – fl. 1.242.

Portanto, a decisão de primeiro grau abordou todas as razões levantadas pela recorrente na impugnação, não havendo porque se falar em nulidade. O CARF já decidiu dessa forma:

NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. Quando a decisão de primeira instância, proferida pela autoridade competente, está fundamentada e abordada todas as razões de defesa suscitadas pela impugnante, não há se falar em nulidade. (Acórdão CARF nº 2102-002.381, de 20/11/2012).

Não há que se falar, portanto, em cerceamento de defesa por omissão do acórdão recorrido. Com relação aos argumentos em si, serão analisados em momento oportuno.

3.2 DO PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO

Considerando ainda que a Contribuinte impugnou o processo de fiscalização, convém analisar os diversos argumentos levantados: *i)* o fato de que não se aguardou a entrega dos documentos pela instituição financeira; *ii)* que somente foi cientificada da exclusão do SIMPLES no momento em que foi intimada dos Autos de Infração; e *iii)* que não foi oportunizado prazo para elaboração dos Livros Fiscais.

3.2.1. CERCEAMENTO DE DEFESA POR INOBSERVÂNCIA DE PRAZO ADEQUADO NA FISCALIZAÇÃO

Entrega de documentos pela instituição financeira

Iniciada a fiscalização, a autoridade fiscal requereu diversos documentos e livros contábeis, inclusive os extratos bancários da Contribuinte. Alega a Recorrente que adimpliu tal exigência, ofertando os extratos bancários, conforme relata em sua impugnação (fl. 365). Da mesma forma, a autoridade lançadora deixa claro que já dispunha de tais documentos na Intimação Fiscal nº 01 (fl. 9).

Analizando esta movimentação financeira, a Autoridade Fiscal compilou aqueles lançamentos referentes às entradas de recursos na conta da empresa, intimando-a, através da Intimação Fiscal nº 01/2008, de 17/09/2008 (fls. 9/12), a comprovar a origem de tais depósitos. Ressaltou algumas movimentações cuja documentação deveria ser requerida da instituição financeira (especialmente cópias de cheques).

Em resposta, a Contribuinte apresentou documentação comprobatória referente às movimentações especificadas do ano-calendário 2006. Quanto àquelas especificadas do ano de 2005, e do restante das operações de depósito/creditamento, explicou que solicitara mais informações à instituição financeira em 24/09/2008, e que esta informara que seria necessário um prazo de 90 dias úteis para o levantamento da documentação solicitada (petição ao banco e resposta – fl. 116/119).

Em 07/10/2008, na Intimação Fiscal nº 02/2008 (fls. 36/39), a autoridade lançadora considerou desarrazoado o prazo estimado pelo Banco. Admitindo a apresentação de documentação referente ao ano 2006, reintimou a comprovação das movimentações referentes ao ano anterior (2005): especificamente quatro cheques compensados e dois “pagamentos diversos”. Também, considerando que a manutenção dos documentos era de responsabilidade da entidade fiscalizada, à exceção das cópias dos cheques, declarou que a entrega de documentação pela instituição financeira seria dispensável.

A empresa respondeu a esta segunda intimação fiscal, em 23/10/2008 (fls. 40/41), ressaltando a importância da documentação requisitada ao banco, bem como apresentando mais documentos.

Atuada, a empresa apresentou impugnação argumentando, entre outras questões, que teria sido cerceado o seu direito de defesa, posto que a autoridade fiscalizadora não aguardou o prazo requerido pela instituição financeira para apresentar a documentação solicitada.

Ao analisar o tema, a DRJ entendeu que não houve cerceamento do direito de defesa uma vez que é obrigação da Contribuinte manter seus livros escriturados e acompanhados da documentação comprobatória. Assim, o simples fato de a fiscalização não ter aguardado a instituição financeira entregar a documentação não é suficiente para anular os lançamentos, vez que a própria Contribuinte deveria dispor dessa documentação.

A Contribuinte recorreu da decisão, reafirmando a importância da documentação solicitada ao banco e esclarecendo que não dispunha da documentação porque diversos de seus equipamentos e documentos foram apreendidos pela Polícia Federal, o que foi comprovado pela juntada de Mandado e Auto Circunstanciado de Busca e Apreensão (fls. 403/405).

Em que pese a argumentação suscitada pela Contribuinte, não é possível falar em cerceamento do direito de defesa. Primeiro, porque a fiscalização atendeu aos requisitos estabelecidos no art. 42 da Lei nº 9.430/96, quais sejam, identificou os depósitos realizados em favor da Recorrente e intimou-a para que comprovasse a origem deles.

Segundo, porque realmente é dever da Contribuinte manter sua contabilidade acompanhada da documentação comprobatória.

Terceiro, porque apenas foram apreendidos os seguintes documentos referentes à Recorrente: i) talonário de Notas fiscais (001 a 050); ii) oito carnês de compra-leasing de caminhões; e iii) quatro folhas de balanço patrimonial, os quais não são relevantes para a solução da lide, já que nenhum deles comprova a origem dos depósitos bancários.

Quarto, porque a Contribuinte poderia ter trazido a documentação solicitada à instituição financeira após a apresentação da impugnação ou mesmo em sede desse e.CARF, a qual seria devidamente apreciada, com base no princípio da verdade material, contudo, assim não procedeu, a despeito de ter tido tempo mais do que suficiente.

Em conclusão, não houve cerceamento do direito de defesa e nulidade dos autos de infração, pelo fato simples fato de a autoridade lançadora não ter aguardado o prazo requerido pelo banco para disponibilizar a documentação.

3.2.2. CERCEAMENTO DE DEFESA POR VÍCIO NO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DO LUCRO REFERENTE 2006

Da exclusão do SIMPLES

O fato de que o Ato Declaratório Executivo que determinou a exclusão ainda não tenha se tornado definitivo não causa prejuízo ao lançamento do Auto de Infração. Esta é a determinação da Súmula CARF nº 77:

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

Registra-se, ademais, que o CARF tem mantido este entendimento, conforme se verifica pelo acórdão nº 1402-001.749, de 30 de julho de 2014:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008, 2009

PENDÊNCIA DE DECISÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão (Súmula CARF nº 77).

Portanto, pode e deve, sob pena de responsabilidade funcional, a autoridade fiscal dar continuidade ao procedimento de fiscalização, após a exclusão do simples, e realizar o lançamento dos tributos.

Ao analisar as regras de exclusão do SIMPLES, a Recorrente entendeu que a fiscalização incorreu em erro ao formalizar o ato de exclusão e, concomitantemente, lançar os tributos. Segundo expôs, deveria ter sido intimada da sua exclusão do programa especial antes da constituição do crédito fazendário para que pudesse elaborar seus livros contábeis e, assim, não ser submetida ao arbitramento do lucro.

Dois são os equívocos da Contribuinte.

Primeiro, a autoridade lançadora intimou-a, informando de que seria excluída do SIMPLES, bem como concedendo oportunidade de juntar sua escrituração, para que o tributo fosse apurado com base no lucro real, como se observa na Intimação Fiscal nº 01/2008, de 17/09/2008:

“As verificações empreendidas até o presente momento já configuram, de forma inequívoca, a obtenção de receitas, no ano-calendário de 2005, em montante superior ao limite estabelecido para o enquadramento no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições – SIMPLES. (...) Diante desse delineamento, e em observância as normas que regem a atividade de fiscalização, que recomendam facultar, nessas circunstâncias, a opção pela tributação com base no lucro real, caso o contribuinte mantenha escrituração que assim o possibilite, intimamos o contribuinte a apresentar, com o fito de oportunizar essa opção, os assentos a seguir especificados. Outrossim, a sua não apresentação ensejará a determinação dos resultados em consonância com as regras do lucro arbitrado.” – fl. 11.

Portanto, restou devidamente demonstrado que, contrariamente ao que sustentado pela Contribuinte, ela foi efetivamente intimada de sua exclusão no SIMPLES.

Segundo, ainda que assim não fosse, só é obrigatória a intimação da Contribuinte excluída do SIMPLES nos moldes do SIMPLES Nacional, i.e., conforme a Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006:

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

(...)

§ 2º Para efeito do disposto no caput deste artigo, o sujeito passivo poderá optar pelo recolhimento do imposto de renda e

da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido na forma do lucro presumido, lucro real trimestral ou anual. (grifo nosso)

O caso ora analisado, entretanto, versa sobre os anos-calendários de 2005 e 2006, i.e., sob os auspícios do SIMPLES Federal, regido pela Lei nº 9.317/96. Essa norma estabelecia apenas que:

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

Em outras palavras, excluída do SIMPLES FEDERAL, a Contribuinte será simplesmente tributada pelas regras aplicáveis às demais pessoas jurídicas, que, conforme estabelece o art. 219 do RIR/99, são o Lucro Real, o Lucro Presumido e o Lucro Arbitrado. Não há previsão de que lhe seja franqueada oportunidade para que escolha qual forma prefere.

Em suma, seja porque a autoridade lançadora franqueou à Contribuinte a oportunidade de ser tributada pelo lucro real, seja porque não há previsão expressa na legislação de regência que estabeleça a exigência de intimação da Contribuinte para que opte por qual forma prefere ser tributada, não é possível dar provimento ao pedido da Recorrente e reconhecer o cerceamento do direito de defesa.

3.3. DA NULIDADE DAS PROVAS POR ILICITUDE DERIVADA

Do compartilhamento de provas

É necessário observar que as Notas Fiscais emitidas contra a Inlogs Logística Ltda. foram recebidas pelo compartilhamento de provas realizado entre a Secretaria da Receita Federal e a Polícia Federal. É o que se observa da Intimação Fiscal nº 01/2008, emitida em 17/09/2008 (fls. 9/12):

“Na seara dos documentos fiscais emitidos pelo sujeito passivo, as circunstâncias evidenciadas também suscitam dúvidas, demandando esclarecimentos. Ocorre que dentre os documentos apreendidos pela Polícia Federal, mediante o Mandado de Busca/Apreensão/Seqüestro expedido no âmbito do Inquérito Policial nº 0184/2008 – DPF/IJL/SC, constam diversas notas fiscais emitidas pela empresa, documentos que, além de não estarem refletidos na escrita comercial e fiscal, não se conformam, aparentemente, com as normas de emissão. No período abrangido pela fiscalização (anos de 2005 e 2006), constam às notas fiscais de nos 00002 a 00010, cópia em anexo, todas emitidas contra a empresa Inlogs Logística Ltda, tendo na descrição o serviço de transporte rodoviário. Nenhum desses documentos está refletido na escrita comercial e fiscal, além do que, para a natureza do serviço consignado nestes documentos, o modelo utilizado, aparentemente, não se mostra adequado. Afora esses aspectos, as aludidas notas fiscais, via de regra, consignam valores expressivos, nada usuais para empresa enquadrada no Simples. Assim, para a plena elucidação da matéria, fica o contribuinte intimado a:” – fl. 10.

Tal entendimento se confirma, ainda, pela leitura da Intimação Fiscal nº 02, de 07/10/2008 (fls. 36/39), na qual a Autoridade Fiscal afirma:

“Também, por intermédio da Intimação Fiscal nº 01, item 2 precisamente, foram denunciadas aparentes anomalias

evidenciadas acerca de documentos fiscais de sua emissão, apreendidos pela autoridade policial na esteira do cumprimento de Mandado de Busca/Apreensão/Sequestro, expedido no âmbito do Inquérito Policial nº 0184/2008 – DPF/IJI/SC. Com o fito de elucidar dúvidas suscitadas, instou-se o contribuinte nos seguintes termos:

(...)

Na missiva apresentada em resposta, consignou que não sabe informar a origem dos referidos documentos. Tal informação, obviamente, não atende a solicitação em questão. Ademais, além de configurar desleixo em relação à exigência regularmente lhe notificada, ofende a inteligência das autoridades incumbidas da investigação. É inconcebível que fatos dessa natureza não sejam de conhecimento dos responsáveis pela empresa” – fls. 37/38.

Tendo em vista que “A contribuinte não sabe informar a origem de referidos documentos” (fl. 34), resposta oferecida à Intimação Fiscal nº 01, e repetido fato na Impugnação quanto no Recurso Voluntário, essas Notas Fiscais não parecem ter sido juntadas pela Contribuinte, ou mesmo por ela disponibilizadas.

Outra situação é referente à omissão de receitas. Na mesma Intimação Fiscal nº 01 em que a autoridade lançadora apresentou as referidas Notas Fiscais encontra-se referência à omissão de receitas inferida pela movimentação financeira da entidade, observada pela análise dos “dados econômicos e financeiros, notadamente a movimentação de ativos financeiros com a receita da atividade escriturada” (fl. 9).

Em anexo, apresentou um “Demonstrativo Consolidado de Depósitos no Banco do Brasil S/A” (fls. 13/23). Este demonstrativo foi elaborado com base nas informações e documentos apresentados pela própria contribuinte, quais sejam os extratos bancários requisitados no Termo de Início do Procedimento Fiscal e entregues antes do Termo de Intimação Fiscal nº 01.

Não parece haver dúvidas quanto à origem destas informações: a data de emissão dos extratos é de 14/08/2008 (fl. 140, por exemplo), o dia seguinte àquele em que a Contribuinte foi intimada do início da fiscalização – 13/08/2008 (fl. 7). Também, a própria Contribuinte esclarece que “disponibilizou aos r. Auditores Fiscais, todos os seus extratos de movimentação de sua conta bancária” (fl. 365).

Destarte, chega-se à conclusão de que as movimentações financeiras que embasaram o lançamento não derivaram de provas compartilhadas, mas sim de documentação fornecida pela própria contribuinte.

As Notas Fiscais, por sua vez, parecem derivar do inquérito policial. Ocorre que elas não serviram de base para o lançamento, nem mesmo para produção das demais provas elencadas neste processo fiscal. Pelo contrário, conforme se entende do Termo de Verificação Fiscal e de Encerramento de Procedimento Fiscal, as Notas Fiscais apresentadas durante a fiscalização não geram efeitos tributários, mas apenas servem de embasamento para possível processo penal:

“Ocorre que dentre os documentos apreendidos pela Polícia Federal, no estabelecimento sede da empresa em questão, mediante o Mandado de Busca / Apreensão / Sequestro expedido no âmbito do Inquérito Policial nº 0184/2008 – DPF/IJI/SC, contam diversas notas fiscais de sua emissão, documentos que, além de não estarem refletidos na escrita comercial e fiscal, não

se conformam, aparentemente, com as normas de emissão.” – p. 338.

(...)

“Destarte, esses fatos, a despeito de não caracterizarem infração à legislação dos tributos ora fiscalizados, configuram, em tese, ilícito de ordem penal, tipificado como falsidade ideológica.” – p. 339.

Portanto, não parece ter relevância se essas notas fiscais foram recebidas por compartilhamento do Inquérito Policial, haja vista que não embasam – e logo não fazem parte – dos autos de infração ora atacados.

Portanto, voto pelo afastamento desta preliminar.

3.4. SUPRESSÃO DE DOCUMENTOS DOS AUTOS

A Contribuinte alega nas impugnações que diversos documentos entregues à fiscalização não constam dos autos, o que, em seu entendimento, geraria o cancelamento dos Autos de Infração. A DRJ decidiu que a falta dos documentos apontados em nada interfere na solução do processo, de sorte que não gera nulidade a sua supressão.

Em sede de Recurso Voluntário, a Contribuinte reafirma a existência de supressão de documentação, indicando especificamente quais documentos estariam suprimidos dos autos. Na sua lista, apontam-se documentos relativos a relação de bens, registros de imóveis etc.

É necessário concordar com a DRJ.

Observa-se, inicialmente, que os documentos que teriam sido suprimidos do processo, segundo a Contribuinte, foram todos entregues durante a fiscalização. Ao realizar o lançamento, a autoridade fiscal anexa apenas aquelas provas que julga necessárias à comprovação do crédito constituído. Esta é a lição do art. 9º do Decreto nº 70.235/72: devem ser juntadas ao Auto de Infração os elementos de prova *indispensáveis* à comprovação do ilícito.

Portanto, os documentos não foram suprimidos dos autos; pelo contrário, jamais foram juntados. E com razão, posto que não há nenhum indício de que teriam condão de provar o crédito ou auxiliar a defesa.

Se, entretanto, a Contribuinte entendia serem indispensáveis à sua defesa, deveria tê-los juntado em sua Impugnação, conforme o art. 15 do mesmo diploma legal.

Destarte, afastada também esta nulidade, passa-se à análise do mérito.

3. MÉRITO

4.1. DA POSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA

Os Autos de Infração foram lançados pela existência, essencialmente, de omissão de receita, o que gerou recolhimento insuficiente dos tributos.

No procedimento de fiscalização, a autoridade fiscal averiguou, através da análise dos extratos bancários, movimentação financeira muito superior àquela declarada pela Contribuinte. Intimou-a, então, a apresentar comprovação da origem dos depósitos ou créditos naquela conta bancária.

Em suas respostas, a Contribuinte apresentou provas referentes a alguns dos lançamentos especificados em ambas as Intimações Fiscais (vide, por exemplo, fls. 40/41), contudo não explica nem comprova a origem dos depósitos relacionados no Demonstrativo Consolidado de Depósitos no Banco do Brasil (fls. 13/23), anexado à Intimação Fiscal nº 01.

Destarte, a autoridade lançadora toma aqueles depósitos como receitas, lançando os Autos de Infração ora impugnados.

Em sede de Impugnação, a Contribuinte argumenta pela impossibilidade de utilização de presunção quando a sua receita já fora tributada. Inclusive, afirma que cabe à Fiscalização comprovar o auferimento de receitas, o que não foi realizado.

A DRJ, em seu acórdão, ressalta a presunção legal criada pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96. Explica que cabe à contribuinte comprovar que aqueles valores creditados não constituíram receita.

Em sede de Recurso Voluntário, a Contribuinte alega ser inadequada a utilização de “presunção” para configurar os depósitos como receita. Explica que demonstrou tratarem-se de adiantamento das empresas-clientes, mas que, caso o fisco afaste esta possibilidade, então deve caracterizá-los – os depósitos – como receitas, e não presumir omissão de receita.

Incompreensível o seu objetivo nesta passagem. Ora, se a fiscalização agiu conforme o art. 42 da Lei nº 9.430/96, há necessariamente presunção.

Presumir significa julgar segundo certas probabilidades, supor, imaginar. No caso, o artigo 42 cria uma presunção relativa de que os valores creditados em instituições financeiras, cuja origem a Contribuinte não comprove, são receitas omitidas do Fisco. Relativa porque a pessoa titular da conta pode comprovar a sua origem, demonstrando não se tratar de receita omitida.

Enfim, tendo acesso às movimentações bancárias da Contribuinte fiscalizada (fls. 140/230 e 794/861) – prova, portanto, da entrada dos valores –, agiu corretamente a autoridade lançadora intimando-a para comprovar a origem dos valores creditados. Quando a empresa não conseguiu demonstrar tal origem, adequado o lançamento presumindo se tratar de receita omitida.

Sobre o tema, já existe inclusive Súmula estabelecida no CARF:

Súmula CARF nº 26: A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Não há razão, portanto, para ser questionada a possibilidade de presunção pelo Fisco neste ponto.

4.2. DA INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE QUE A ENTRADA NÃO REPRESENTOU RECEITA:

A Contribuinte alega, tanto em sede de Impugnação quanto em sede de Recurso Voluntário, que diversos valores creditados tratar-se-iam de adiantamentos efetivados por suas clientes. Com razão, explica que adiantamentos não são receitas.

Acontece que não basta alegar, é necessário comprovar.

Buscando comprovar que os valores creditados configuraram-se adiantamentos, anexa à impugnação comprovantes de depósitos e e-mails de diversas empresas.

Analisando essas provas, a DRJ não discute a veracidade, apenas a habilidade delas para comprovar que os valores creditados não se converteram em renda após o creditamento inicial como adiantamento.

Atacando a decisão de primeiro grau, a Contribuinte argumenta que a própria DRJ reconheceu que se tratavam de adiantamentos. Em seguida, argumenta que caberia à Fiscalização comprovar que aqueles adiantamentos foram convertidos em receita, e não o inverso. Não juntou nenhuma nova prova neste sentido em sede de Recurso Voluntário.

Analisando a documentação colacionada, observamos que alguns dos e-mails juntados apresentam indícios de inveracidade. É o caso da carta eletrônica juntada à fl. 444, na qual uma de clientes, a TC Transportes, através de um dos seus membros (Sr. Carlos Wanzuit), pediu que outro colaborador (Sr. Ilson) programasse o depósito em favor da Vê Bráulio, ora Recorrente, para o dia 23/03/2006. Acontece que essa carta eletrônica foi enviada em 28/03/2006, ou seja, cinco dias após a data em que deveria ter sido realizado o depósito.

No mesmo sentido, à fl. 445, em e-mail datado de 05/04/2006, o mesmo Sr. Carlos Wanzuit pede que o Sr. Ilson deposite em favor da Vê Bráulio recursos a título de adiantamento de frete, com data retroativa para 05/03/2006.

Ainda que se tomem como verdadeiros os demais e-mails, que não estão eivados por tal vício, e seja aceito que a Contribuinte efetivamente comprovou *quem* realizou alguns dos depósitos, as referidas comunicações servem apenas como indício – mas não como provas cabais – de que os depósitos são adiantamentos. Outras provas deveriam ter sido juntadas, como contratos, as contas particulares mantidas com cada uma destas empresas, nas quais lança os valores adiantados e os valores dos serviços posteriormente realizados etc.

Mas, como bem ressaltou a DRJ, considerando o montante dos supostos adiantamentos, os serviços devem ter sido efetivamente prestados em algum momento, ou então os valores devolvidos. Poderia a Contribuinte ter juntado provas desta prestação em momento posterior (outra competência fiscal), ou então a respectiva devolução.

Portanto, haja vista que não comprovou efetivamente tratar-se de adiantamentos e, tampouco, qual parcela destes valores foram convertidos em receita, não há como aceitar esta argumentação e nem deduzir quaisquer valores dos autos.

4.3. DA ADEQUAÇÃO DA EXCLUSÃO DO SIMPLES;

Como apontado nos itens anteriores, há presunção relativa de que os valores creditados cuja origem restou incomprovada são receitas omitidas do Fisco. Neste sentido, também conforme os pontos anteriores, a Contribuinte não comprovou a inexistência de receitas, especialmente no que toca ao ano de 2005.

Observando, por outro lado, o art. 9º da Lei de regência do SIMPLES Federal (Lei nº 9.317/96), não poderá ser tributada pelo SIMPLES a pessoa jurídica que, no ano imediatamente anterior, tiver auferido receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Ora, considerando que no ano de 2005, segundo a fiscalização, a recorrente teve, apenas de depósitos não comprovados, um total de R\$ 3.694.968,56; considerando, ademais, a determinação do art. 42 da Lei nº 9.430/96; considerando, por fim, que a Contribuinte não comprovou a origem destes creditamentos, logo devem ser presumidos como receita, então efetivamente extrapolou o limite de receita permitida pelo programa.

Destarte, adequada a exclusão de ofício do SIMPLES, conforme o art. 14 da Lei nº

Com relação ao ano de 2006, se considerarmos que houve vício procedimental por falta de intimação para a apresentação de escolha por qual regime a Contribuinte preferiria ser tributada, então não há consequências efetivas, neste acórdão, para a exclusão do SIMPLES.

Se, por outro lado, o vício não foi reconhecido, então foi adequada a atuação da autoridade lançadora.

Haja vista a exclusão do SIMPLES, a Contribuinte passa a ser tributada conforme as normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (art. 16). Ora, não possuindo a Contribuinte os assentos necessários à apuração do lucro real, então esta opção está descartada. Ademais, os livros comerciais, segundo a Fiscalização, não são fidedignos.

Resulta, portanto, necessário o arbitramento do Lucro, de sorte que a autoridade lançadora agiu acertadamente.

4. DA MULTA QUALIFICADA

Conforme relatado no início deste acórdão, a autoridade lançadora fundamentou a qualificação da multa, em seu Termo de Verificação Fiscal, no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96, que, antes da sua alteração pela Lei nº 11.488/07, afirmava:

II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Registra-se que a Lei de 2007 mudou a redação original, transformando a multa qualificada do inciso II em outra multa, qual seja a multa isolada de 50% sobre o valor dos pagamentos mensais. Não se trata, entretanto, de motivo suficiente para derrubar esta multa de 150%, posto que a Lei nº 11.488/07 alterou também a redação do §1º, criando a multa qualificada de 150%, que deve ser aplicada nas mesmas hipóteses daquela em que o Auditor Fiscal caracterizou a conduta da Contribuinte. Portanto, a lei posterior não retroage neste caso.

Enfim, no Termo de Verificação Fiscal, a autoridade lançadora explicou haver “indubitável” dolo na conduta da Contribuinte pela prática reiterada e sistemática de deixar de oferecer à tributação receitas da sua atividade econômica. Ademais, utilizou-se de artifícios destinados a evitar o conhecimento desta receita pela Administração Tributária, não dando conhecimento em sua escrituração de conta corrente bancária (fls. 332 e 972).

A Contribuinte impugna multa qualificada sob o argumento de que não restou comprovado o evidente intuito de fraude e nem a tipicidade criminal-tributária da conduta. Por sua vez a DRJ mantém a multa qualificada, argumentando que a Contribuinte não trouxe as provas requeridas para a identificação da origem dos créditos, que sua conduta revela voluntariedade e que estaria causando um prejuízo ainda maior, posto que qualificada no SIMPLES concorria em desigualdade de condições com o mercado.

Em sede de Recurso Voluntário, a Contribuinte insiste na tese de que não restou comprovado o evidente intuito de fraude e nem a tipicidade de sua conduta. Ademais, alega que comprovou a origem dos créditos em anexo à Impugnação, não havendo que se falar, portanto, em sonegação.

Pois bem, a multa podia ser qualificada em três hipóteses da Lei nº 4.502/64: sonegação (art. 71); fraude (art. 72); e conluio (art. 73).

O art. 73 descreve conluio como o ajuste entre duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas) visando os efeitos da fraude ou da sonegação. Não há nenhuma prova de que a autoridade

fiscal tenha identificado conluio no caso ora analisado. Nem mesmo indicou qual teria sido esta outra pessoa partícipe do ilícito.

Por sua vez, o art. 72 delinea a fraude como a ação ou omissão dolosa que vise impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador. Também não parece ser o caso dos autos, haja vista que ocorreram depósitos na conta da contribuinte, o que – segundo as regras do art. 42 e que já se estabeleceu neste voto – configuraram receita. Logo, tampouco houve fraude.

Por fim, a sonegação, como definida pelo art. 71, é a ação ou omissão com o intuito de impedir o conhecimento, pela autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador. O fato de que não mantinha escrituração adequada é um indício – forte, inclusive – de que havia sonegação. Especialmente quando observada a diferença entre o valor da receita declarada e o valor depositado na conta (cf. fls. 336 e 976 seria da ordem de mais de R\$ 4 milhões).

Ocorre, por outro lado, que foi a própria empresa quem entregou os extratos bancários, dos quais se elaborou o Demonstrativo Consolidado de Depósitos. Não bastasse isso, ela comprovou satisfatoriamente a origem de diversos valores na Impugnação, ainda que não comprovasse não se tratar de receita. Também, entregou boa parte da documentação solicitada no procedimento de fiscalização, havendo fundamentação para a documentação não disponibilizada.

Enfim, há indícios que a Contribuinte buscava colaborar com a fiscalização, bem como com a arrecadação da Fazenda Pública.

Registra-se, outrossim, que em tese a Contribuinte agia de má-fé ao não informar da existência daquela conta bancária e dos depósitos ali realizados. Ocorre que, compulsando os extratos bancários juntados (fls. 140/230 e 794/861), observam-se além dos muitos depósitos e creditamentos, diversos pagamentos, transferências a débito etc. Portanto, se a Contribuinte não escriturava as receitas presumidas, tampouco escriturava as despesas. Percebe-se, portanto, tratar-se de falha na escrituração, o que gera o arbitramento do lucro e a presunção de omissão de receita, mas não comprova o intuito de sonegação.

Ademais, o CARF já se pronunciou definitivamente sobre a matéria, elaborando, inclusive, duas súmulas:

Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Súmula CARF nº 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Não restando comprovada fraude, sonegação nem conluio, então é necessário afastar a qualificação da multa, reduzindo-a para 75%.

5. TRIBUTAÇÃO REFLEXA

No caso, foram lançados Autos de Infração referentes à CSL, ao PIS/PASEP, à COFINS e ao INSS. Considerando que o lançamento tributário do IRPJ se baseia tão somente na existência de omissão de receitas, aplica-se aos demais tributos as mesmas conclusões que chegamos no corpo do voto.

6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto pelo parcial provimento do Recurso Voluntário no sentido de:

Preliminarmente, afastar as nulidades de cerceamento de defesa alegadas, quais sejam: omissão no acórdão da DRJ; utilização de provas ilícitas; supressão de documentos dos autos; em razão de o procedimento de fiscalização não ter ofertado prazo suficiente para a comprovação da origem dos depósitos realizados na conta bancária da contribuinte; e pela falta de cientificação da Contribuinte quanto ao Ato Declaratório Executivo de exclusão do SIMPLES, antes da lavratura dos referidos Autos de Infração, para que pudesse fazer a opção pelo método de tributação.

Quanto ao mérito:

a) Reconhecer a possibilidade de utilização de presunção relativa de omissão de receitas e declarar válidos os créditos, posto que a contribuinte não logrou comprovar que os depósitos apontados em sua conta bancária não consistiram em receita.

b) Declarar que cabia à Contribuinte comprovar que não auferiu receita em valor superior ao limite do SIMPLES, o que não foi feito, e portanto adequada a exclusão do programa.

c) Quanto à multa, dar provimento ao recurso voluntário para derrubar a qualificação, mantendo apenas a multa de ofício de 75%.

(assinado digitalmente)

João Carlos de Figueiredo Neto

Voto Vencedor

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório – Relator Designado

Sem embargo da fundamentação contida no voto do ilustre Relator, peço vênia para divergir de suas conclusões quanto à aplicação da multa qualificada.

É que, nesse ponto, o Relator entendeu que os fatos apurados não caracterizam a sonegação. Todavia, a própria descrição dos fatos transcrita do TVF revela que a empresa praticou de forma reiterada a figura da sonegação. Com efeito, foi relatado que:

- "a escrita comercial apresentada sequer rubrica correspondente a conta corrente mantida em instituição bancária, encontrando-se os fatos atinentes totalmente obscuros, notadamente a nível da escrita que mantém";

- "Essa prática [não emissão de Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, modelo 8] também acarreta deficiências na escrituração dos livros fiscais, notadamente do livro Registro de Saídas. Diante da inexistência de documentos fiscais de sua emissão, consigna no livro Registro de Saídas, no campo destinado à identificação dos documentos fiscais, numeração que não corresponde a nenhum documento fiscal. Ademais, processa um único registro por mês, em montante que se dispõe a oferecer a tributação, uma vez que inexistem os documentos hábeis que deveriam lastrear o assento."

- “Ocorre que dentre os documentos apreendidos pela Polícia Federal, no estabelecimento sede da empresa em questão, mediante o Mandado de Busca/Apreensão/Seqüestro expedido no âmbito do Inquérito Policial nº 0184/2008 - DPF/IJI/SC, constam diversas notas fiscais de sua emissão, documentos que, além de não estarem refletidos na escrita comercial e fiscal, não se conformam, aparentemente, com as normas de emissão. No período abrangido pela fiscalização (anos de 2005 e 2006), constam às notas fiscais de nº s 00002 a 00010, todas emitidas contra a empresa Inlogs Logística Ltda³, e que têm como objeto o serviço de transporte rodoviário. Nenhum desses documentos está refletido na escrita comercial e fiscal mantida pelo contribuinte, além do que, para a natureza do serviço consignado nestes documentos, o modelo utilizado, aparentemente, não se mostra adequado. Afora esses aspectos, as aludidas notas fiscais, via de regra, consignam valores expressivos, nada usuais para empresa enquadrada no Simples.”

O ilustre Relator reconheceu que o fato de a empresa não manter escrituração adequada é um indício da sonegação, especialmente quando observada uma diferença entre o valor da receita declarada e o valor depositado na conta (da ordem de mais de R\$ 4 milhões). No entanto, não se convenceu da conduta em razão de a empresa, sob intimação fiscal, ter apresentado extratos bancários e boa parte da documentação solicitada, bem como ter comprovado a origem de valores que não se tratavam de receita. Entendeu, assim, que se tratava de mera falha na escrituração.

Ora, a constatação de que a receita declarada é substancialmente inferior à receita omitida, mormente quando isso constituiu prática reiterada, caracteriza a sonegação, com a consequente imposição da multa qualificada. Nesse sentido, vejamos os seguintes julgados:

MULTA QUALIFICADA. SONEGAÇÃO. Auferir vultosas receitas sem declará-las à administração tributária e com pagamento mínimo de tributos e contribuições, sem qualquer justificativa razoável, é conduta dolosa que se amolda à figura delituosa da sonegação prevista no art. 71 da Lei n. 4.502/64, justificando-se a qualificação da penalidade. (Acórdão nº 9101-00.461)

MULTA QUALIFICADA. Resta caracterizada a sonegação de que trata o art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, quando o sujeito passivo declara ao Fisco valores expressivamente inferiores aos escriturados, pois deixou de levar ao conhecimento da autoridade fazendária a ocorrência do fato gerador e, se tal conduta se repete em diversas declarações, evidencia-se o intuito de fraude. (Acórdão nº 9101-00.228)

MULTA QUALIFICADA - CONDOTA CONTINUADA - A escrituração e a declaração sistemática de receita menor que a real, provada nos autos, demonstra a intenção, de impedir ou retardar, parcialmente o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal por parte da autoridade fazendária e enquadra-se perfeitamente na norma hipotética contida do artigo 71 da Lei 4.502/64, justificando a aplicação da multa qualificada. (Acórdão nº 01-05.810)

³ Vide fls. 24/32 dos autos. Ali estão diversas cópias de Notas Fiscais, anexas à Intimação Fiscal nº 01.

O atendimento do contribuinte às intimações da fiscalização afasta a imposição da multa agravada, mas nada interfere nas figuras penais que determinam a aplicação da multa qualificada.

Portanto, o conjunto de condutas colhidas na autuação caracteriza a figura da sonegação prevista no artigo 71 da Lei nº 4.502/64, *verbis*:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

O ilustre Relator ainda invoca a aplicação das Súmulas nº 14 e 25 do CARF. Contudo, os textos das Súmulas são claros. A Súmula nº 14 não autoriza a qualificação da multa a partir, e por si só, da simples apuração de omissão de receita. Há, nesse sentido, a confirmação de que para se fazer a qualificação é necessária a “comprovação do evidente intuito de fraude”, tal como estava previsto no texto vigente no inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9.430/96. Veja-se:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis

A Lei nº 11.488/07, no entanto, reconfigurou os dispositivos deste artigo, deslocando a hipótese de qualificação da multa para o § 1º. Apesar de o novo texto ter suprimido a menção à “comprovação do evidente intuito de fraude”, foi mantida a exigência de observância das figuras penais definidas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. Confira-se:

*§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.
(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

Processo nº 13971.004733/2008-43
Acórdão n.º **1102-001.325**

S1-C1T2
Fl. 1.525

No mesmo sentido, essa exigência já foi diretamente incorporada na Súmula nº 25. Destarte, não se pode concordar com a aplicação das súmulas no presente caso.

Essas foram as razões pelas quais a Turma, por maioria, decidiu manter a aplicação da multa qualificada.

(assinado digitalmente)

Ricardo Marozzi Gregório