



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

**Processo n°** 16004.001079/2007-71  
**Recurso n°** 178.008 Voluntário  
**Acórdão n°** **1201-00.369 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 15 de dezembro de 2010  
**Matéria** IRPJ, CSLL, PIS e COFINS - Simples  
**Recorrente** INDÚSTRIA MYAPA DE OLÉOS LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2003, 2004, 2005

**EXCLUSÃO DO SIMPLES**

A contribuinte foi excluída do Simples por infração no Art. 14 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 - Arts. 195, inciso V, 196, inciso V e 197 do RIR/99, com efeitos a partir de 20 de março de 2003, nos termos do inciso V do artigo 15 e 16 da Lei nº 9.317/96, em razão de prática reiterada de infração à legislação tributária, não oferecendo nenhuma contestação sobre tal exclusão.

**DECADÊNCIA**

Não configuração da decadência haja vista a comprovação de fraude praticada pelo contribuinte, aplicando o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN.

**PROVA EMPRESTADA**

Nos casos de omissão de escrituração de receitas e operações pelos contribuintes, a prova emprestada é permitida na medida em que demonstra indícios e dados exatos declarados pelo próprio contribuinte para fins de apuração do tributo devido. A requisição de cópia das GIAs ao estado de São Paulo confirmou a fraude praticada pelo contribuinte junto à Receita Federal, que declarou apenas 10% do valor que fora declarado como faturamento ao Estado de São Paulo. Aplicação do disposto no artigo 195 do CTN.

**RECEITA ARBITRADA**

A Receita Federal arbitrou a receita bruta do contribuinte com base em dados exatos e apresentados pelo próprio contribuinte junto ao Estado de São Paulo. Ato de arbitramento válido frente ao disposto no artigo 148 do CTN, visto

que o contribuinte omitiu e se negou a entregar qualquer informação fiscal ou contábil de suas operações mercantis.

#### DESCARACTERIZAÇÃO DOS RECOLHIMENTOS FEITOS NO SIMPLES

Não assiste razão o contribuinte quando questiona a ausência de compensação de ofício dos valores recolhidos quando dos lançamentos fiscais de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, visto que não trouxe aos autos provas dos recolhimentos, como as guias recolhidas.

#### EXCLUSÃO DO ICMS E DO IPI DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

Ausência de destaque do IPI na Nota Fiscal. Inaplicabilidade do artigo 2º da Lei n.º 70/91. Da mesma forma, não houve destaque do ICMS, sendo também inaplicável a tese de se dar o mesmo tratamento disposto na Lei Complementar n.º 70/91.

Ausência de previsão legal para a dedutibilidade do ICMS da base de cálculo do Pis e da Cofins.

Ausência de previsão legal para a dedutibilidade do IPI da base de cálculo do Pis.

#### MULTA QUALIFICADA

Aplicação do disposto no artigo 44, inciso I e parágrafo primeiro da Lei n.º 9.430/96. Constatação da fraude prevista no artigo 72 da Lei n.º 4.502/64.

Recurso conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em AFASTAR a preliminar de decadência e quanto ao mérito, por maioria de votos, em NEGAR provimento ao recurso. Vencido o conselheiro Régis Magalhães Soares Queiroz que dava provimento parcial para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%. Ausente momentaneamente o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho.

CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS - Presidente.

*(documento assinado digitalmente)*

RAFAEL CORREIA FUSO - Relator.

*(documento assinado digitalmente)*

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS (PRESIDENTE), GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES, RÉGIS MAGALHÃES SOARES DE QUEIROZ, MARCELLO CUBA NETTO E RAFAEL CORREIA FUSO

### **Relatório**

Assinado digitalmente em 02/02/2011 por RAFAEL CORREIA FUSO, 07/02/2011 por CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS

Autenticado digitalmente em 02/02/2011 por RAFAEL CORREIA FUSO

Emitido em 08/02/2011 pelo Ministério da Fazenda

Trata-se de Auto de Infração lavrado, pela fiscalização federal, que descaracterizou o enquadramento da contribuinte do regime de recolhimento SIMPLES, visto que ao analisar os livros fiscais apreendidos da empresa, constatou que para se manter no referido regime simplificado, houve declaração de faturamento inferior ao escriturado nos livros.

Devidamente intimado, o contribuinte alegou que em razão de não possuir a documentação solicitada, ficou impossibilitado de atender a intimação.

Tal fato foi comprovado pela fiscalização quando solicitou à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo as GIAS apresentadas pelo contribuinte. Ao comparar o faturamento declarado na GIAS e os livros apreendidos, constatou-se que o contribuinte declarou ao Estado de São Paulo o faturamento escriturado em seus livros fiscais, todavia, para a Secretaria da Receita Federal declarou 10% de seu faturamento, conforme quadro abaixo transcrito pela fiscalização:

Livro de saídas	949.229,48	6.117.101,59	1.066.557,30
GIAS	949.229,48	6.117.101,59	1.066.557,30
Declarado a SRF (PJSI)	94.922,96	611.710,16	106.655,74

Assim, a fiscalização entendeu que o contribuinte incorreu na infração do Art. 14 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 - Arts. 195, inciso V, 196, inciso V e 197 do RIR/99, requerendo ainda a exclusão da empresa do Simples, com efeitos a partir de 20 de março de 2003, nos termos do inciso V do artigo 15 e 16 da Lei nº 9.317/96 (em razão de prática reiterada de infração à legislação tributária – com a exclusão a partir, inclusive, do mês de ocorrência da infração).

Vejamos o despacho do Sr. Delegado da Receita Federal do Brasil de São José do Rio Preto:

*1º - ESTÁ EXCLUÍDO o contribuinte INDÚSTRIA MYAPA DE ÓLEOS LTDA., C.N.P.J. nº 02.258.063/0001-78 do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, de que trata o artigo 3º da Lei 9.317/96, por prática reiterada de infração à legislação tributária, conforme art 14, inciso V da Lei 9317/96; art 195, inciso V, art 196, inciso V e art 197 do RIR/99*

*2º - Os efeitos da exclusão obedecem o disposto no art 15, inciso V e art 16 da Lei 9317/96; art 24, inciso VII da IN SRF 608/2006, ou seja, a partir de 20 de março de 2003, estando assegurado ao contribuinte o direito de, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta publicação, manifestar por escrito sua inconformidade, relativamente ao procedimento acima, perante esta Delegacia da Receita Federal, por meio de Solicitação de Revisão da Vedação ou Exclusão da Opção pelo SIMPLES — SRS, assegurando assim o contraditório e a ampla defesa.*

O contribuinte foi intimado da exclusão do Simples em 15 de fevereiro de 2008.

A despeito da exclusão ter sido feita em 2008, em 10 de julho de 2007 o contribuinte pleiteou sua inclusão no Simples Nacional, em razão do disposto na LC nº

123/2006, sendo deferida em 30 de julho de 2007, com a informação de que “não foi constatada incidência de situação de vedação ao ingresso no Simples Nacional”.

Diante do exposto, o contribuinte recebeu o Ato Declaratório Executivo nº 05/2008 de exclusão do Simples em 15/02/2008 e não tendo se manifestado, foi excluído do sistema em 27/03/2008, com efeito a partir de 20/03/2003.

Há nos autos cópia de Notas Fiscais emitidas pela empresa contribuinte, cópia da Declaração do Simples, cópia das GIAs, Registros de Entradas, Registros de Saídas, Registro de Apuração do ICMS, todos do período de 2003 a 2005.

O Auto de Infração cobra o montante integral de PIS, COFINS, IRPJ e CSLL, acrescidos de multa de 150% (artigo 44, da Lei nº 9.430/96), no período de março de 2003 a dezembro de 2005, corrigido pela Selic. Para se apurar os tributos federais o Auditor arbitrou a receita utilizando-se para tanto das informações prestadas pelo próprio contribuinte à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

Já os valores recolhidos pelo contribuinte sobre aquilo que declarou, fora considerado como pagamento indevido, podendo ser restituído nos termos da legislação em vigor.

Dessa feita, a declaração de valores em montante inferior ao efetivamente auferido (fraude) configura crime contra a ordem tributária, nos termos da Lei nº 8.137/90.

O sócio da empresa foi intimado do lançamento em 13/10/2008, apresentando pedido de revisão das bases de cálculo dos tributos em 11/11/2008, alegando em síntese que:

a) Discorda da base de calculo utilizada para o referido arbitramento, pois o conceito de 'receita' não se confunde e nem pode compreender todo o conjunto de ingressos de caixa que venham a ocorrer no curso das atividades desempenhadas pelos contribuintes, na medida em que estas se revestem de distintos fundamentos e origens, sujeitos a apreciação própria. Tais 'entradas' quando não se caracterizarem como fatores de remuneração de atividade econômica desenvolvida, obviamente, não servem de parâmetros para adequada identificação da contrapartida que o "faturamento" e ou "preço do serviço" devem representar por outras palavras, elas não compartilham da natureza comum dos valores que irão compor, e conjunto a base de cálculo dos tributos e contribuições;

b) Alega ainda que tanto o IPI quanto o ICMS não integram a base de cálculo faturamento para fins de tributação, não devendo ser incluído na base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS;

c) Com isso, argumenta que tanto o ICMS quanto o IPI não se enquadram no conceito de faturamento, sendo que a incidência dos tributos deveria apenas incorrer sobre o valor exato da mercadoria antes da incidência dos tributos;

d) Afirma também que o "arbitramento da base de calculo deve respeitar os princípios da finalidade da Lei, razoabilidade, proporcionalidade e capacidade contributiva, razão pela qual não há discricionariedade total na escolha das bases de cálculos alternativas, estando o agente público sempre vinculado, pelo menos, aos princípios constitucionais informadores da função administrativa". O critério adotado pelo fisco para arbitramento é muito oneroso e desprovido de razoabilidade, considerando o capital social, o faturamento, o lucro e a própria capacidade operacional da empresa.



apurar o imposto devido e efetuar o seu pagamento sem o prévio exame da autoridade fiscal, razão pela qual a regra na contagem do prazo decadencial é a estabelecida no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, que é de 5 (cinco) anos, a contar da data da ocorrência do fato gerador, sendo extinto os créditos tributários do período de janeiro a setembro de 2003;

c) Afirma que se trata, sem dúvida, do denominado lançamento por homologação, que, na definição do CTN, ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, operando-se pelo ato em que referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa;

d) Transcreve jurisprudência do Conselho de Contribuintes sobre a decadência:

*"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA. - O imposto de renda pessoa jurídica se submete à modalidade de lançamento por homologação, eis que é exercida pelo contribuinte a atividade de determinar a matéria tributável, o cálculo do imposto e pagamento do 'quantum' devido, independente de notificação, sob condição resolutória de ulterior homologação. Assim, o fisco dispõe de prazo de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, para homologá-lo ou exigir seja efetuado o pagamento, caso a lei não tenha fixado prazo diferente e não se cuide da hipótese de sonegação, fraude ou conluio (ex vi do disposto no parágrafo 4º do art. 150 do CIN). A ausência de recolhimento do imposto não altera a natureza do lançamento, vez que o contribuinte continua sujeito aos encargos decorrentes da obrigação inadimplida (multa e juros moratórios, a partir da data do vencimento originalmente previsto, ressalvado o disposto no art. 105 do CTN). (...)" (Acórdão 1º CC nº 101-93.995 - Rel. Sebastião Rodrigues Cabral; DOU 1 de 29.11.2002, pág. 56.*

*"Decadência - CSLL - A partir da edição da Lei 8.383/91, pacificou-se o entendimento no sentido de que o IRPJ e seus reflexos passaram a ter a classificação de lançamentos por homologação, decorrendo daí que o - AI - deve ser lavrado dentro do período equivalente a no máximo 5 anos a partir do fato gerador"*

*(Acórdão 1º CC nº 101-93.843 - Rel. Celso Alves Feitosa; DOU 1 de 16.07.2002, pág. 35).*

e) Quanto ao mérito, afirma que os tributos lançados nos autos de infração foram apurados no regime de lucro arbitrado. Contudo, na apuração dos valores, não houve a subtração dos valores mensalmente recolhidos;

f) Menciona que o Conselho de Contribuintes em inúmeros Acórdãos tem afirmado que os valores recolhidos englobadamente no SIMPLES deverão ser desmembrados para se encontrar o valor relativo a cada tributo ou contribuição, com vistas à determinação das diferenças a recolher, com acréscimos legais;

f) Cita a jurisprudência do Conselho de Contribuintes sobre a diferença a ser cobrada pelo fisco:

*"Ementa:*

*SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. EXCLUSÃO DO "SIMPLES" POR MEIO DE ATO DECLARATÓRIO. TRATAMENTO A SER DADO AOS PAGAMENTOS FEITOS NA MODALIDADE EXCLUÍDA -*

*Cabível a compensação de valores pagos indevidamente na modalidade do SIMPLES, com valores mantidos nos lançamentos realizados. ...." (Acórdão 107-08356 - Sessão de 10 de novembro de 2005).*

g) Quanto à exclusão do ICMS sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS, alega que tais tributos não integram o conceito de faturamento, transcrevendo o voto do Min. Marco Aurélio do STF:

*Neste exato sentido é o voto do Ministro Marco Aurélio proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 240.785-2/MG, in verbis:*

*"O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo. A conclusão a que chegou a Corte de origem, a partir de premissa errônea, importa na incidência do tributo que é a Cofins, não sobre o faturamento, mas sobre outro tributo de competência de unidade da Federação. No caso dos autos, muito embora com a transferência do ônus para o contribuinte, ter-se-á, a prevalecer o que decidido, a incidência da Cofins sobre o ICMS, ou seja, a incidência de contribuição sobre imposto, quando a própria Lei Complementar nº 70/91, fiel à dicção constitucional, afastou a possibilidade de incluir-se, na base de incidência da Cofins, o valor devido a título de IPI."*

h) Quanto à prova emprestada utilizada pela fiscalização, alega que no auto em discussão, nem tudo foi observado. Ao determinar a matéria tributável foi apurado um valor aleatório, sem base em prova sólida, corroborada pela documentação fiscal própria e sim baseada em elementos de terceiros;

i) Com isso, transcreve jurisprudência do Conselho de Contribuintes sobre a prova emprestada:

*"OMISSÃO DE RECEITA - PROVA EMPRESTADA - A prova tomada de empréstimo do Fisco Estadual, por si só, não justifica a exigência na área federal, se não corroborada por elementos próprios e que possam conduzir, seguramente, ao conhecimento da ocorrência da irregularidade." (Oitava Câmara do E. Primeiro Conselho de Contribuintes, no Acórdão de nº 108-04.061 - DOU de 03/09/97, página 19259)*

*"OMISSÃO DE RECEITA - PROVA EMPRESTADA DO FISCO ESTADUAL - A prova emprestada ao Fisco Estadual, por si só, não justifica a exigência na área federal, fazendo-se necessário um aprofundamento do trabalho fiscal, com vista a reunir elementos que emprestem ao lançamento, relativo ao imposto de renda da pessoa jurídica, a característica de certeza." (Terceira Câmara do mesmo Conselho assim se pronunciou no Acórdão nº 103-18.976 - DOU de 01/12/97, pág. 28152)*

j) Afirma que a despeito de ter sido excluída do Simples, não foi intimada, em nenhum momento, a apresentar declaração pelo regime do lucro real, presumido ou arbitrado, implicando em gravame o arbitramento do lucro imposto;

k) No entanto, era necessário conceder à autuada, a oportunidade de optar por uma das formas de tributação previstas na lei. Isso não ocorreu, ao contrário, o fisco impôs a apuração do lucro pelo regime arbitrado. Apenas por argumentação, se a empresa de fato não possuía escrituração contábil, poderia ter sido intimada a reconstituir o livro caixa e apresentar o resultado pelo lucro presumido e ainda, em última instância, apurar o resultado pelo regime de lucro arbitrado, na falta de qualquer escrituração;

l) Por outro giro, com o ato de exclusão da empresa do regime do SIMPLES, as supostas omissões de receitas, sobre as quais se exigem os tributos, deveriam ter o tratamento tributário de que trata o artigo 24 da Lei nº. 9.249/95, *in verbis*:

*"Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração a que corresponder a omissão."*

m) A fiscalização considerou os valores declarados nas GIAs como sendo efetivos, contudo, não deu a possibilidade de a contribuinte optar por ser tributada, p.ex., no regime de lucro presumido, o que tornaria de menor gravame as imputações;

n) Com efeito, o arbitramento de ofício é forma excepcional de apuração de resultado, que só tem lugar nas hipóteses rigorosamente previstas na legislação. É medida de exceção, que, como tal, não admite interpretação extensiva;

o) Quanto à multa agravada, afirma que falta de apresentação de seus livros contábeis junto à fiscalização não significa a intenção de fraudar o recolhimento do imposto, acaso fosse devido. Fraude seria se na apuração do imposto constante de declaração, o contribuinte tivesse se utilizado de documentação fiscal inidônea, de nota fiscal calçada etc. Mas nada disso restou comprovado nos autos. E, de acordo com os autos, a fiscalização usou

de prova emprestada na determinação da receita tributável, apurando-a por presunção, pois, tomou as informações prestadas ao fisco estadual como se fosse exigência da área federal;

p) Descreve que não há no processo provas sobre evidente intuito de fraude, pois o lançamento foi estribado em presunção e a matéria tributável foi criada pela fiscalização baseando-se em prova emprestada por outro órgão. A prova deve ser material, evidente, como diz a lei. A multa agravada é uma sanção e como tal há de ser feita com cautela e rigor para não ocorrer abusos e arbitrariedades;

q) A decisão traz alegações infundadas e meras argumentações lastreadas por informações prestadas pela contribuinte a terceiros, que por si só não servem para imputar à recorrente o indispensável intuito de fraude. Ao contrário do que se alega na decisão de primeira instância, a recorrente sempre buscou honrar com todas intimações, sempre respondendo e nunca omitindo informações, portanto, sua conduta não pode ser tipificada como dolosa, como tenta imputar a autoridade administrativa;

r) Em seu pedido, requereu o acolhimento do presente Recurso Voluntário, com a reforma da decisão recorrida, cancelando-se a autuação fiscal, para o fim de afastar a exigência do crédito tributário e determinando-se o arquivamento do presente processo.

É o relatório!

## Voto

Conselheiro Rafael Correia Fuso

O Recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, por isso o conheço.

Quanto à matéria preliminar de decadência entendo que não assiste razão o contribuinte, visto que o contribuinte praticou fraude ao declarar valor equivalente a 10% daquilo que havia declarado nas GIAS ao fisco estadual, não se sujeitando ao disposto no artigo 150, § 4º, do CTN, devendo ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, diante do ato doloso do contribuinte nas suas declarações reiteradas durante mais de 30 meses praticando tal delito a ser punido pelo vigor da Lei.

Vejamos o que dispõe o artigo 150, § 4º do CTN, que afasta sua aplicação no caso de dolo, fraude ou simulação:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

*§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto*

*o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.(destacamos)*

Esse inclusive é o entendimento da jurisprudência do STJ, quando se confirma por meio de provas a existência de fraude, dolo ou simulação no ato praticado pelo contribuinte:

*“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTOS. INCABIMENTO. DECADÊNCIA. FRAUDE, DOLO OU SIMULAÇÃO. TERMO INICIAL. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO. AGRAVO IMPROVIDO.*

*1. Em sede de agravo regimental, não se conhece de alegações estranhas às razões do recurso especial, por vedada a inovação de fundamento.*

*2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que, no caso de imposto lançado por homologação, quando há prova de fraude, dolo ou simulação, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional).*

*3. Agravo regimental improvido.(AgRg no Resp 1050278/RS. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2008/0086555-0, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe de 03/08/2010)*

A fraude disposta no artigo 72 da Lei n.º 4502/64 foi comprovada pela fiscalização quando se deparou com o que fora declarado e recolhido pelo próprio contribuinte ao Estado de São Paulo.

Com todo o respeito às alegações do contribuinte em seu petítório, que questiona a base de cálculo emprestada, mas aquilo que fora declarado nas GIAs para fins de apuração do ICMS são as vendas mercantis praticadas pela Recorrente, tratando-se sim de faturamento na acepção jurídica e financeira da palavra.

Portanto, é notória a fraude praticada pela contribuinte, na medida em que informou durante mais de 30 meses valor de receita bruta para fins de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS no recolhimento pelo regime do Simples apenas 10% daquilo que corresponde de fato e de direito a sua receita (entenda-se o faturamento).

Nestes termos, a extinção do crédito tributário em razão da decadência não ocorreu, devendo ser rejeitada.

Quanto à questão do direito do contribuinte em optar a forma e o regime de recolhimento do IRPJ e da CSLL, se no regime de lucro presumido, como alega o Recorrente, é fato notório nos autos que a fiscalização optou por realizar o lançamento pelo lucro arbitrado (9,6%), ate mesmo porque o principal fundamento para a cobrança da diferença de tributos fora os valores de saída de mercadorias declarados aos Estado de São Paulo, tomados no arbitramento pelo Auditor justamente porque o contribuinte se recusou a apresentar seus livros fiscais.

Portanto, nesse ponto não assiste razão o Recorrente, considerando o disposto na legislação tributária (artigo 530, inciso III, do RIR) quanto ao arbitramento da base de cálculo dos tributos em casos de ausência de entrega de livros fiscais:

*Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):*

*III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;*

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

Já em relação ao questionamento do Recorrente de que os valores recolhidos deveriam ser deduzidos daquilo que fora lançado nos Autos de Infração em análise, não possui razão o contribuinte.

Isso porque, seria plausível realizar o abatimento dos valores recolhidos no SIMPLES se o contribuinte tivesse apresentado os recolhimentos realizados dos tributos.

Como o contribuinte não trouxe aos autos prova dos recolhimentos dos tributos federais no SIMPLES, não há como reconhecer o direito ao abatimento, visto ser impossível identificarmos o montante a ser abatido.

Assim, não sendo possível se apurar o crédito tributário a ser amortizado, resta a esse julgador negar o pedido do contribuinte por ausência de prova.

Quanto à exclusão do ICMS e do IPI da base de cálculo do Pis e da Cofins, a Lei Complementar nº 70/91 prescreve que o IPI não incide na base de cálculo da Cofins, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, alínea “a”:

*Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.*

*Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:*

*a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;*

Contudo, quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins, não há legislação contemplando tal exclusão. Da mesma forma não há tal previsão para o PIS.

Ademais, não se vislumbra a inclusão do IPI na base de cálculo da Cofins, e mesmo que se tivesse sido incluído, o que não se vislumbra dos documentos trazidos nos autos, o Recorrente sequer teria direito a essa não exclusão, pois o IPI não foi destacado nas notas fiscais emitidas pelo Recorrente juntadas nos autos.

Da mesma forma não houve qualquer destaque do ICMS nos documentos fiscais. Ainda que venha a buscar a aplicação da mesma sistemática do IPI para o ICMS em relação à base de cálculo da Cofins, não é possível atender as exigências do contribuinte, visto a ausência de destaque do ICMS nas Notas Fiscais emitidas pela Recorrente.

Portanto, entendo que não assiste razão a empresa Myapa quanto à exclusão do IPI e do ICMS da base de cálculo do Pis e da Cofins.

Quanto à prova emprestada utilizada pela fiscalização, também não vislumbramos qualquer irregularidade ou ilegalidade, haja vista que o artigo 195 do CTN permite as trocas de informações entre os entes políticos para servir de elemento para a apuração e lançamento de tributo, quando o contribuinte recusa ou omite em seus livros fiscais a escrituração fiscal e contábil de suas operações.

Vejamos o que dispõe o artigo 195 do CTN:

*Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.*

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

Nessa toada, considerando que o Recorrente não entregou nenhum documento que permitisse o fisco confirmar que a base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS declarada pelo contribuinte estivesse correta, se socorreu ao Estado de São Paulo para fins de cruzar e confirmar as informações necessárias ao faturamento, e para sua surpresa confirmou que a empresa declarou à Receita Federal apenas 10% do valor daquilo que declarou como venda para fins de ICMS.

E mais, há que destacar que em relação a essa fraude, em nenhum momento o Recorrente contestou tais diferenças, muito menos trouxe aos autos documentos que pudessem esse julgador confirmar aquilo que fora declarado e recolhido a título de tributos federais.

Assim, consideramos válida a prova emprestada pelo Estado de São Paulo, diante da ausência de escrituração contábil e fiscal das receitas pelo Recorrente, mantendo-se como válido o critério de arbitramento aplicado pelo Auditor Fiscal nos termos do artigo 148 do CTN, até mesmo porque o contribuinte declarou que não possuía qualquer escrituração de suas receitas e operações, ou se possuía não quis apresentar à Receita Federal:

Quanto à multa agravada, agiu bem a fiscalização ao aplicar o disposto no artigo 44, parágrafo primeiro, da Lei nº 9.430/96, pois ficou devidamente comprovada a fraude do Recorrente, nos termos do artigo 72 da Lei nº 4.502/64.

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

*§ 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.*

A despeito de constar na indicação do inciso II do artigo 44 da Lei n.º 9.430/96 como a regra desrespeitada pelo contribuinte, no relatório fica evidente que o inciso desrespeitado e aplicado no lançamento fiscal foi o inciso I, c/c o seu parágrafo único, que prevê a multa de 150% em razão da fraude, sendo devidamente contestado pelo Recorrente, não havendo qualquer prejuízo, cerceamento de defesa ou vício de fundamento nos autos de infração.

Por fim, constatada a fraude, haja vista a credibilidade da prova emprestada, que não foi afastada em nenhum momento através de contraprova pelo Recorrente, deve ser aplicada a penalidade de 150%, pois além de estar prevista em Lei, permite coibir e punir de forma exemplar as fraudes praticadas pelos contribuintes.

Diante do exposto, CONHEÇO DO RECURSO ofertado, para no mérito afastar a preliminar de decadência e NEGAR-LHE PROVIMENTO ao Recurso, mantendo-se a cobrança integral dos débitos objeto do presente lançamento fiscal.

É como voto!

Rafael Correia Fuso - Relator

*(documento assinado digitalmente)*