ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 18088.000633/2008-26

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

CÓPIA

Processo nº	18088.000633/2008-26
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**1201-001.162 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	03 de março de 2015
Matéria	IRPJ E REFLEXOS - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente	FUNDIÇÃO & ZINCAGEM SÃO CARLOS LTDA.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

Nos lançamentos fiscais fundados em presunção legal de omissão de receitas inverte-se o ônus da prova, daí porque caberá ao sujeito passivo, mediante a juntada de documentação hábil e idônea, desconstituir o raciocínio presuntivo.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. MULTA QUALIFICADA.

É cabível a imposição de multa qualificada à hipótese de presunção legal de omissão de receita fundada em depósitos bancários cuja origem não tenha sido comprovada pelo sujeito passivo, desde que os elementos presentes nos autos sejam suficientes à comprovação da prática dolosa de um dos tipos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. Inteligência da Súmula CARF nº 25.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em INDEFERIR o pedido de perícia e a preliminar de cerceamento do direito de defesa e, pelo voto de qualidade, em NEGAR provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiro Rafael Correia Fuso, Luis Fabiano Alves Penteado e João Carlos de Lima Júnior, que lhe dava parcial provimento apenas para excluir a qualificação da multa de ofício.

(*documento assinado digitalmente*)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 20/05/2015 p
or RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Rafael Vidal de Araújo - Presidente

(*documento assinado digitalmente*)
Marcelo Cuba Netto - Relator

Participaram do presente julgado os Conselheiros: Rafael Vidal de Araujo (Presidente), Marcelo Cuba Netto, Rafael Correia Fuso, Roberto Caparroz de Almeida, João Carlos de Lima Junior (Vice Presidente) e Luis Fabiano Alves Penteado.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235/72, contra o acórdão nº 14-22.671, exarado pela 5ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto - SP.

Por bem descrever os fatos litigiosos objeto do presente processo, tomo de empréstimo o relatório contido na decisão de primeiro grau (fl. 1145 e ss.):

> *Contra a empresa acima identificada foram lavrados autos de infração lhe exigindo o Imposto de Renda-Pessoa Jurídica (IRPJ) de R$ 245.289,12 (fl. 51), a Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) de R$ 79.432,26 (fl. 65), a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) de R$ 366.611,34 (f. 80), a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de R$ 131.980,09 (fl. 95), acrescidos de juros de mora e multa de oficio, perfazendo o crédito tributário de R$ 2.943.113,64 (fl. 02). A fundamentação legal consta dos respectivos autos de infração.*
>
> *O procedimento fiscal iniciou-se em 08/02/2008 com a ciência do Termo de Início de Fiscalização (fls. 110/111), por meio do qual a contribuinte foi intimada a apresentar, entre outros documentos, os livros Diários, relação de todas as contas bancárias e os respectivos extratos, relativamente aos anos-calendário de 2003 a 2005.*
>
> *Não atendida a intimação no prazo concedido, foi a contribuinte novamente intimada em 20/02/2008 (fl. 119), desta vez para apresentar o livro Caixa dos anos-calendário de 2003 a 2005. Na mesma data foi cientificada do Termo de Re-ratificação do Termo de Início de Fiscalização (fl. 121).*
>
> *Em resposta (fls. 123/124), a contribuinte informou em 17/03/2008 que deixava de apresentar os livros Caixa por não estarem escriturados e que já havia solicitado aos Bancos os extratos bancários.*
>
> *Dando continuidade à Ação Fiscal, por meio do Termo de fl. 125, lavrado em 07/04/2008, a contribuinte foi novamente intimada a apresentar os documentos solicitados nas intimações anteriores. Apesar de ter solicitado prorrogação por mais 60 (sessenta) dias, a contribuinte não atendeu a intimação no prazo pleiteado, o que levou a fiscalização a requisitar, em 16/05/2008,*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 20/05/2015 p
or RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

a movimentação financeira da contribuinte junto às instituições financeiras (fls. 129/148) e, na mesma data, intimou a contribuinte a providenciar, no prazo de 20 (vinte) dias, o livro Caixa com toda a movimentação financeira, inclusive bancária, Registro de Inventário e todos os documentos que serviram de base para a escrituração, esclarecendo que o não atendimento poderia implicar, entre outros, no agravamento de multa.

Em 17/06/2008, a contribuinte solicitou o prazo adicional de 20 (vinte) dias para atendimento à intimação (fl. 155/156), o que foi concedido (fl. 167). Não atendida a intimação no prazo, a fiscalização novamente intimou a contribuinte (fls. 169/171), em 29/07/2008, a apresentar os documentos anteriormente solicitados, tendo a contribuinte permanecido inerte.

Em 08/08/2008 foi lavrado o Termo de Intimação de fls. 172/174 para a contribuinte comprovar a origem dos valores creditados/depositados em suas contas correntes, conforme constam no Anexo 1 (fls. 175/207), abrangendo os anos-calendário de 2003 a 2005, bem assim apresentar os documentos anteriormente solicitados nas intimações. Foi salientado que a não comprovação implicaria em considerar os valores dos depósitos como receita omitida, nos termos do art. 849 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99). Foram fornecidos à contribuinte, alem do Anexo 1 (relação individualizada dos depósitos bancários), também cópia dos extratos bancários para que pudesse subsidiar a análise e a verificação dos depósitos. Não atendida a intimação, foi a empresa novamente intimada em 05/09/2008 (fls.967/968) e, em 18/09/2008, apresentou pedido de prorrogação de prazo, o qual foi indeferido (fl. 969/970).

Em 03/10/2008 a contribuinte foi cientificada (fls. 972/973) de sua exclusão do Simples a partir de 01/01/2004 por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/AQA 034, de 23 de setembro de 2008 (publicado no DOU em 24/09/2008). Na mesma data ela também foi cientificada do Termo de Constatação e Intimação Fiscal de fls. 974/977, na qual a autoridade fiscal esclareceu a razão da exclusão do Simples, qual seja, ter auferido receita bruta superior ao limite de permanência no Simples em 2003 (R$ 1.200.000,00), uma vez que a receita declarada acrescida da receita omitida totalizou R$ 3.188.992,71. Esclareceu ainda que em razão da omissão de receita detectada no ano-calendário de 2003, caracterizada pela existência de depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada, a empresa foi lançada de oficio, por meio de auto de infração, conforme processo de n° 18088.000469/2008-57. No mesmo Termo a autoridade fiscal, após esclarecer a contribuinte que em razão de sua exclusão do Simples com efeitos a partir de 01/01/2004 ela teria ficado sujeito às regras de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, intimou que promovesse a escrituração fiscal e contábil, nos anos-calendário de 2004 e 2005, com base no lucro real trimestral, em conformidade com a legislação de regência. Ressaltou que o não atendimento implicaria em majoração da multa em 50%, bem assim no arbitramento e outras sanções. Foi ainda facultado à contribuinte a

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 20/05/2015 p
or RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

apresentação de comprovantes da origem dos recursos depositados em contas bancárias, anteriormente solicitados.

Não atendida a intimação, a contribuinte foi novamente intimada, em 05/11/2008, para o mesmo fim, conforme Termo de fls. 978/982.

Em 13/11/2008 a empresa, por intermédio de seu procurador, Dr. Fábio Pallaretti Calcini, apresentou a petição de fls. 983/984 alegando com fulcro no art. 15, §3º, da Lei n° 9.317/96, que a exclusão do Simples produzirá efeitos somente após o término do processo administrativo (processo n° 18088.000471/2008-26), sendo que, se torna impossível, neste momento, a escrituração fiscal e contábil com base no regime de tributação pelo lucro real trimestral para os anos-calendário de 2004 e 2005. Juntou aos autos (fls. 985/1012) cópia da manifestação de inconformidade que teria apresentado contra a exclusão do Simples no processo 18088.000471/2008-26.

Em razão da não comprovação da origem dos valores depositados em suas contas-corrente, conforme relação constante no Anexo 1 (fls. 175/207), foram lavrados, 14/11/2008, autos de infração para exigir os impostos e contribuições relativamente aos anos-calendário de 2004 e 2005, decorrentes da tributação da receita omitida caracterizada pelos depósitos bancários de origem não comprovada, nos termos do art. 42 da Lei n° 9.430, de 1996. Dos valores dos depósitos/créditos relacionados no Anexo 1, transcritos no Termo de Descrição Complementar dos Fatos (fls. 10/42) com os totais mensais, a autoridade fiscal excluiu os valores relacionados às fls. 43/46, de forma que o montante dos depósitos/créditos considerados "receita omitida" foram aqueles relacionados às fls. 46/47 para os quais não houve justificativa/comprovação da origem dos recursos.

Para fins de apuração do IRPJ e da CSLL foi arbitrado o lucro com fundamento no art. 530, III, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR199), tendo em vista a não apresentação dos livros e documentos concernentes à escrituração, tomando-se por base a receita conhecida, ou seja, a receita omitida caracterizada pelos depósitos/créditos em conta bancária de origem não comprovada, acrescida das receitas operacionais informadas nos formulários do SIMPLES e transcritas às fls. 47/48 do Termo de Descrição Complementar dos Fatos. Segundo consta no Termo de Descrição (fl. 47), não houve recolhimento ou declaração em DCTF de tributos incidentes sobre a receita declarada nos formulários do Simples.

Sobre os impostos e contribuições apurados em decorrência da omissão de receita caracterizada pelos depósitos bancários de origem não comprovada foi aplicada a multa de 225% por entender que a contribuinte, além de ter omitido receita com evidente intuito doloso por três (03) anos consecutivos, o que justificaria a multa qualificada de 150% prevista no art. 44, §1°, da Lei n° 9.430, de 1996, também deixou de atender as

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 20/05/2015 p
or RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

intimações para apresentar livro Caixa, Registro de Inventário e demais livros obrigatórios pelo regime de tributação pelo lucro real, o que justificaria o agravamento da multa em 50%, passando, dessa forma, ao patamar de 225%.

Sobre os tributos apurados em decorrência da tributação dos valores informados na Declaração Simplificada foi aplicada a multa de 75%, acrescida de 50%, passando para 112,50%.

Inconformada, a contribuinte, por intermédio de seus procuradores legalmente constituídos, José Luiz Matthes e Fábio Pallaretti Calcini (fls. 1117/1118), apresentou a impugnação de fls. 1055/1116, aduzindo como razões de defesa o seguinte:

Cerceamento de defesa.

Alegou ter havido cerceamento do direito de defesa com violação ao devido processo legal, uma vez que foi encaminhada à contribuinte, juntamente com o auto de infração, uma planilha que demonstrasse todos os depósitos bancários - um a um - que foram tributados, em presunção, como omissão de receita.

Presunção de omissão de receita.

Com relação à omissão de receita alegou que não basta a simples presunção ad hominis levantada pela fiscalização de que houve omissão de receita para dar fundamento ao lançamento, pois é preciso que a fiscalização demonstre, com elementos seguros, a omissão de receita, o que não teria sido feito. Insurgiu contra a tributação com base em depósitos bancários alegando, em síntese, que os depósitos não representam aquisição efetiva de disponibilidade econômica ou jurídica, a que se reporta o art. 43 do Código tributário Nacional, não podendo dar margem para a manutenção do lançamento.

Obtenção de prova ilícita.

Segundo a impugnante, a obtenção dos extratos bancários, sem autorização judicial, constitui prova ilícita, o que tomaria nulo todo o procedimento administrativo.

Omissão de receita/Depósitos bancários não contabilizados.

Alegou que é preciso ter em mente que para apuração de renda, no sentido do art. 43 do CTN, pesam preponderantemente o confronto entre as entradas e despesas, ambas devidamente comprovadas, e, contudo, o Sr. Fiscal esqueceu das despesas, pois em momento algum fez menção a elas.

Valores pagos pelo Simples.

Alegou ainda que no lançamento feito por arbitramento a autoridade fiscal deixou de considerar os valores pagos pela impugnante na modalidade do SIMPLES, os quais devem ser excluídos do lançamento.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 20/05/2015 p
or RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Falta de previsão legal para tributar PIS/COFINS/CSLL como base em presunção de omissão de receita.

Com relação às contribuições do PIS, CSSL e Cofins, alegou que o art. 42 da Lei n° 9.430, de 1996, somente permite a presunção para efeitos de apuração de eventual omissão de renda e a conseqüente apuração do IRPJ, não pode esta previsão legal ser estendida para a tributação das referidas contribuições, sob pena de ilegalidade. Acrescentou que somente após a edição da MP 499, de 03 de dezembro de 2008, é que tomou possível a aplicação da presunção legal de omissão de receita para fins de apuração da CSLL, PIS e COFINS, em relação aos depósitos bancários.

Aumento da base de cálculo da COFINS e do PIS.

Relativamente ao PIS e a COFINS alegou que são insubsistentes as exigências por terem se pautado em base de cálculo alargada e alíquota aumentada por lei inconstitucional e ilegal (Lei n° 9.718/98), sendo indevidas as exigências sobre as receitas financeiras (variações cambiais).

Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS E da COFINS.

Alegou ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo dessas contribuições.

Semestralidade do PIS.

Ainda, relativamente ao PIS, alegou que permanece inalterada a regra de apuração do valor a recolher mediante a aplicação da alíquota de 0,75% do total do faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador.

Taxa Selic.

Protestou contra a incidência da taxa Selic ao argumento de que ela não encontra respaldo jurídico e qualquer exigência de juros em descompasso com o art. 161 do CTN seria totalmente improcedente.

Multa de oficio aplicada.

Protestou também contra a multa de 225% alegando que ela ofende aos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade e da proibição ao confisco devendo ser reduzida, no mínimo, ao patamar de 20%, uma vez que não houve qualquer prática de conduta por meio de fraude, eis que se embasou em convicções jurídicas de ampla discussão, sem realizar qualquer fraude, e que o simples fato de interpretar uma legislação tributária de forma diferente não tem o condão de sustentar uma prática fraudulenta.

Prova pericial.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 20/05/2015 p
or RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *Requereu a realização de prova pericial com o fim de se evidenciar a efetiva base de cálculo, bem com a ocorrência dos fatos geradores.*
>
> *Pedido.*
>
> *Solicitou, por último, que seja julgado improcedente o lançamento, ou, ao menos, retificado mediante outro ato administrativo, e que seja reconhecida a inaplicabilidade da taxa Selic e o caráter confiscatório da multa, reduzindo-a a 20% em conformidade com o art. 61, §2° da Lei n° 9.430, de 1996.*

CÓPIA

Apreciadas as razões de defesa a DRJ de origem julgou procedentes em parte os lançamentos para afastar o agravamento da multa. Não houve recurso de ofício.

Irresignada, a contribuinte interpôs recurso voluntário reproduzindo as razões e os pedidos contidos na impugnação ao lançamento.

Em 18/06/2012 a 2ª Turma Ordinária desta Câmara, acompanhando voto da Conselheira Relatora, e tendo em vista o disposto na seguir transcrito art. 62-A do Regimento Interno do CARF, resolveu sobrestar o julgamento da lide até que o RE 601.314 fosse apreciado pelo STF e, portanto, decidida definitivamente a questão acerca da (in)constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, que em seu art. 6º autorizou o Fisco a obter junto às instituições financeiras, sem autorização judicial, a movimentação bancárias dos contribuintes.

> ***Regimento Interno do CARF:***
>
> *Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.*
>
> *§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.*
>
> *§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.*
>
> *(...)*

No dia 14/03/2014, não mais estando a Relatora original exercendo cargo de Conselheira no CARF, o processo foi sorteado a este Relator em razão do estabelecido na Portaria MF nº 545/2013, que expressamente revogou os §§ 1º e 2º do aludido art. 62-A do Regimento Interno do CARF, daí porque todos os autos até então sobrestados em virtude daquele dispositivo retornaram para apreciação e julgamento pelas Turmas.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 20/05/2015 p
or RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator.

CÓPIA

1) Da Admissibilidade do Recurso

O recurso atende aos pressupostos processuais de admissibilidade estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 e, portanto, dele deve-se tomar conhecimento.

2) Do Pedido de Perícia

Requer a interessada seja deferido pedido de perícia a fim de que sejam respondidos os seguintes quesitos:

> *a) É possível aferir que o lançamento encontra-se efetuado única e exclusivamente com base em extratos bancários?*
>
> *b) É possível afirmar, com exatidão, que todos os valores realmente podem ser considerados como omissão de rendimentos?*
>
> *c) Os documentos já juntados e os argumentos tecidos na impugnação retiram a presunção certeza do auto de infração?*
>
> *d) O ICMS está incluído na base de cálculo?*
>
> *e) Assim sendo, com base na argumentação do impugnante é possível afirmar que existe erros no procedimento fiscal?*
>
> *f) Havendo erros, os mesmos podem implicar na nulidade do auto?*
>
> *g) Com base nas respostas anteriores é possível afirmar que os valores cobrados estão totalmente corretos?*

Como se vê acima, os quesitos propostos pela defesa: (i) ou tratam de questões exclusivamente de direito (item f), para as quais é incabível a perícia, ou; (ii) tratam de questões de fato (demais itens) já elucidadas pelos documentos presentes nos autos, sendo portanto desnecessária a perícia.

Isso posto, voto pelo indeferimento do pedido de perícia.

3) Da Preliminar de Cerceamento do Direito de Defesa

Não assiste razão à recorrente quando alega (item II.a do recurso voluntário) que a autoridade não lhe apresentou o demonstrativo de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada. De fato, pelo exame dos autos, a fiscalizada tomou ciência do referido demonstrativo conforme consta de intimações a ela dirigidas durante o procedimento fiscal, bem como do "*termo de descrição complementar detalhada dos fatos*" que é parte integrante dos autos de infração.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 20/05/2015 p
or RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Isso posto, voto por indeferir a preliminar de cerceamento do direito de defesa.

4) Das Alegações de Inconstitucionalidade de Lei

Em diversas passagens de seu recurso a interessada requer seja declarada, direta ou indiretamente, a inconstitucionalidade de lei. São elas:

a) quebra de sigilo bancário sem ordem judicial (item II.c do recurso voluntário);

b) norma jurídica tributária veiculada por meio de lei ordinária ao invés de lei complementar, como nos casos da elevação da alíquota da Cofins (item II.j) e da semestralidade do PIS (item II.m);

c) alargamento da base de cálculo da Cofins;

d) inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins (item II.l);

e) cálculo dos juros de mora com base na taxa selic (item II.n);

f) multa confiscatória (item II.o).

Considera-se indireta a arguição de inconstitucionalidade quando o litígio refere-se à ilegalidade de lei ordinária frente a uma lei complementar. Nesse caso, será declarada a inconstitucionalidade da lei ordinária se, e somente se, a Constituição determinar que a matéria seja regulada por lei complementar.

Este Colegiado, entretanto, não detém competência para apreciar arguição direta ou indireta de inconstitucionalidade, haja vista o disposto no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, e na Súmula CARF nº 2.

Especificamente em relação à inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS/COFINS é de se dizer que, apesar de o STF já haver se pronunciado, por meio de julgamento em recurso extraordinário, sobre a inconstitucionalidade dessa incidência, o fato é que a Corte ainda não se pronunciou definitivamente sobre essa questão, haja vista que tramitam na casa uma ADC e um recurso extraordinário sob o rito da repercussão geral.

5) Da Presunção de Omissão de Receitas

Argumenta a recorrente que o lançamento foi realizado com base em presunção simples, razão pela qual não pode prosperar (item II.b do recurso voluntário).

Ao contrário do alegado, é perfeitamente válido o lançamento realizado com fulcro em presunção simples, desde que, é claro, haja evidente conexão racional entre os elementos indiciários e a conclusão.

Seja como for, o presente lançamento teve como fundamento a presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96, e não em presunção *hominis*.

6) Da Alegada Desconsideração das Despesas

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 20/05/2015 p
or RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Afirma a defesa que o lançamento é nulo por haver desconsiderado as despesas incorridas pela contribuinte.

Novamente aqui não lhe assiste razão uma vez que no arbitramento do lucro, forma de apuração da base de cálculo do IRPJ, as despesas e custos estão embutidos no coeficiente de apuração da base de cálculo do imposto, no caso, de 9,6%.

7) Da Exclusão de Valores Pagos a Título de Simples

Requer a contribuinte sejam deduzidos dos valores lançados os pagamentos por ela realizados a título do Simples.

Ocorre que, tal como afirmado pela fiscalização e pela DRJ de origem, e não contestado em momento algum pela defesa, a contribuinte não efetuou qualquer recolhimento pelo sistema simplificado nos períodos objeto do lançamento fiscal.

8) Da Tributação Reflexa

Em relação à tributação reflexa a recorrente alega, em primeiro lugar, que o art. 3º da Lei nº 9.718/98 foi declarada inconstitucional pelo STF, sendo incabível à tributação de receitas não operacionais.

Não foram, todavia, lançadas quaisquer receitas não operacionais.

Em segundo lugar argumenta a interessada que inexiste previsão legal para exigência de PIS, Cofins e CSLL com base em omissão de receita presumida.

Completamente equivocado o raciocínio. A base de cálculo do PIS/Cofins é a receita bruta. Nesse sentido, a omissão de receita, seja ou não presumida, enseja a cobrança dessas contribuições mediante lançamento de ofício. No que concerne à CSLL, como o IRPJ foi lançado com base no lucro arbitrado, mesma forma de apuração deve ser adotada para a CSLL (art. 57 da Lei nº 8.981/95), ou seja, a partir da receita bruta.

9) Da Qualificação da Multa

Argumenta a recorrente que a qualificação da multa de ofício deve ser afastada pois não restou comprovado o evidente intuito da empresa em fraudar o Fisco.

Ocorre que, de acordo com os elementos presentes nos autos, comprovado está que a conduta da contribuinte não decorreu de mero erro ou negligência, mas sim de sua vontade livre e consciente (dolo) de cometer sonegação fiscal, a teor do disposto no art. 71 da Lei nº 4.502/64.

Realmente, restou provado que a empresa omitiu receitas em 2004 no montante de R$ 5.027.580,78, havendo informado em sua declaração simplificada apenas R$ 872.488,33. No ano de 2005 a situação se agrava, com omissão de R$ 5.524.472,53 e faturamento declarado de apenas R$ 795.845,17.

A reiteração da conduta omissiva em todos os meses dos anos de 2004 e 2005, bem como a relevância dos valores omitidos quando comparado com as receitas declaradas, comprovam que a conduta da contribuinte, como dito, não é fruto de erro ou negligência, mas sim de dolo.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 20/05/2015 p
or RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Em outras palavras, não se trata aqui de "*simples*" omissão de receitas, tal como descrito na primeira parte da Súmula CARf nº 25, mas de omissão de receita cuja reiteração e relevância dos valores envolvidos afastam a hipótese de a conduta do sujeito passivo tenha decorrido de mero erro ou culpa.

10) Conclusão

Tendo em vista todo o exposto, voto por indeferir o pedido de perícia e a preliminar de cerceamento do direito de defesa e, no mérito, por negar provimento ao recurso voluntário.

(*documento assinado digitalmente*)
Marcelo Cuba Netto

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 20/05/2015 p
or RAFAEL VIDAL DE ARAUJO, Assinado digitalmente em 11/03/2015 por MARCELO CUBA NETTO
Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA