



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

Processo nº 18471.001687/2007-02
Recurso nº 174.226
Acórdão nº **1103-00.300 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 08 de novembro de 2010
Matéria SIMPLES
Recorrente ELKAGIL COMUNICAÇÃO VISUAL LTDA EPP
Recorrida 2.a. Turma da DRJ/RJ I

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

Ano-calendário: 2004

DEPÓSITOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Os depósitos em conta-corrente da empresa cujas operações que lhes deram origem restem incomprovadas presumem-se advindos de transações realizadas à margem da contabilidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **1ª câmara / 3ª turma ordinária** do primeira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, Negar provimento por unanimidade.

ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA

Presidente

Mário Sérgio Fernandes Barroso

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros, Marcos Shigeo Takata, Gervásio Nicolau Recktenvald, Eric Moraes de Castro e Silva, Hugo Correa Sotero (vice-presidente).

Relatório

Trata o presente processo de recurso voluntário interposto pela contribuinte acima qualificada a respeito da decisão da DRJ que negou a impugnação da contribuinte.

Exige-se de ofício, de pessoa jurídica integrante do SIMPLES do imposto de renda de pessoa jurídica, R\$ 62.122,84, fls. 197; da CSSL, R\$ 96.468,88, fls. 228; do PIS, R\$ 62.122,84, fls. 220; da COFINS, R\$ 192.937,76, fls. 236, e da contribuição para o INSS, R\$ 404.268,77, fls. 244, acrescidas da penalidade de ofício qualificada e juros moratórios, atinentes ao ano calendário de 2004, estribadas na presunção legal de omissão de receitas, reportada no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

No curso do procedimento fiscal, intimado e reintimado, fls. 22/25, o contribuinte não apresentou a documentação que ancorava o regime tributário a que optara — SIMPLES, nem os extratos bancários listados nas mesmas intimações.

Intimado a apresentar justificativas dos depósitos bancários individualizados que lhe foram listados pela fiscalização, fls. 26/42, igualmente omitiu-se.

Mantida a opção pelo SIMPLES no ano calendário, na apuração dos créditos tributários foram ajustados os percentuais incidentes sobre a receita bruta declarada, face à receita total apurada (declarada + omitida), aplicados os mesmos percentuais sobre a receita bruta presumidamente omitida, conforme demonstrativos de fls. 203/215.

Ciente dos lançamentos em 13/12/07, fls. 252, o contribuinte fez acostar aos autos a impugnação de fls. 255/287, em 09/10/08, fls. 255, através da qual, em síntese, alega:

1.- da inconsistência da penalidade qualificada, consoante definições legais e jurisprudência administrativa, reproduzida nos autos, fls. 260/261, não há descrição nos autos, mesmo imprecisa, que expressa ou objetiva qualquer das figuras penais tributárias que sustentem a pretensão fiscal;

2.- da insubsistência da autuação, dado que, na forma da legislação aplicável ao SIMPLES, a pessoa jurídica deveria ser dele excluída, de ofício, no ano calendário de 2004, consoante dispõe artigo 14, § 3º, da Lei nº 9.317/96 (incluído pela Lei nº 9.732/98), assegurando-lhe o contraditório e a ampla defesa. Em corroboração, reproduz jurisprudência administrativa que, a seu entendimento, ratifica sua alegação, fls. 266/269;

2.1 -promovida a exclusão do SIMPLES arbitrar-se-lhe-ia, em consonância com o princípio da retroatividade benigna, explicitado no artigo 106, II, do CTN;

2.2.- o descumprimento da disposição legal antes transcrita provocaria insegurança jurídica, contrariando o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

3.- da ilegitimidade da cobrança da taxa SELIC, como juros moratórios, por ferir o disposto no artigo 161 do CTN, conforme jurisprudência judicial e se caracterizar como confiscatória e punitiva ao direito de propriedade, coibido pela CF/88, artigos 5, XXII, 150, IV e 170,IV.

4.- da penalidade meramente punitiva, sem direito ao exercício da ampla defesa e do contraditório, ferindo, ainda, o princípio da isonomia.

A DRJ decidiu (ementa):

“IRPJ. OMISSÃO DE RECEITA. Lei nº 9.317/96.

No estrito contexto da legalidade objetiva, correto o procedimento da fiscalização de manter a pessoa jurídica no SIMPLES no ano calendário de ultrapassagem do limite de receita bruta, ainda que, aquela apurada de ofício.

PENALIDADES DIREITOS CONSTITUCIONAIS.

Se as prescrições constitucionais se reportassem • exclusivamente a direitos, abstraídos os deveres, conspurcar-se-ia o conceito de cidadania, fazendo-se tabula rasa do Estado Democrático de Direito, CF/88, art.1º.

PENALIDADES. PENALIDADE QUALIFICADA.

PRÁTICA EM TESE DE SONEGAÇÃO.

A conceituação de prática em tese de sonegação integra o conceito de presunção, visto que contraditório em si mesmo, não fundamentando, por isso mesmo, imposição de penalidade qualifica.

PENALIDADES. OMISSÃO DE RECEITA.

PENALIDADE QUALIFICADA.

Omissões de receitas, apuradas no curso de um ano calendário, não justificam, nem fundamentam, per se, a imposição de penalidade tributária qualificada, exceto por evidenciação comprovada pela fiscalização, não em tese, de qualquer das hipóteses prescritas no artigo 42, II, da Lei nº 9.430/06.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC.

A taxa SELIC por sua origem, natureza, componentes • e objetivos, não se coaduna com o conceito de juros moratórias de que trata o artigo 161 do CTN; pode, entretanto, ser descartada unilateralmente, na hipótese do Estado/credor.”

A contribuinte ora recorrente alega (resumo):

Não discorda da forma de apuração diferenças entre o total dos depósitos bancários e as receitas declaradas;

Alega, contudo, que o autuante, de acordo com a legislação que rege a matéria, somente teria um caminho a seguir exclusão de empresa do sistema simples (através de ato declaratório executivo) e no conseqüente arbitramento do lucro da mesma para fins de apuração dos tributos devidos, considerando que a irregularidade acima descrita, sem sombras

de dúvidas, situação excludente do referido sistema, ou seja, prática reiterada de infração à legislação tributária, conforme consta textualmente da norma legal;

Resumindo, caberia ao autuante, diante das falhas apuradas no decorrer da ação fiscal, em um procedimento irrepreensível sob o ponto de vista técnico e legal, propor ao Delegado da Receita Federal de sua Jurisdição, através de representação (por prática reiterada de infração à legislação tributária, ou seja, por presunção de omissão de receitas mensais no ano-calendário de 2004), a expedição de Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples, com efeito retroativo a janeiro de 2004, e, em seguida, proceder ao arbitramento dos lucros da impugnante com base nas receitas apuradas em seus levantamentos, pelo fato da autuada não dispor de escrituração contábil regular que se prestasse à apuração pelo Lucro Real Trimestral, tendo em vista a não escrituração de sua movimentação bancária;

Anexa acórdãos dos Conselhos de Contribuintes:

“Ementa: IRPJ — INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PRESTADAS PELO CONTRIBUINTE — AUSENTE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO - LUCRO REAL — LIVRO DIÁRIO REALIZADO DE FORMA RESUMIDA — AUSÊNCIA DE LIVROS AUXILIARES — EXCLUSÃO DO SIMPLES — AUSÊNCIA DO LIVRO CAIXA — OMISSÃO DE RECEITA — ARBITRAMENTO DO LUCRO. 1. Prestadas as informações bancárias pelo próprio contribuinte não há que se falar em quebra de sigilo bancário.”

(...)

3. O contribuinte optante do Simples é obrigado a escriturar o livro caixa. Não o fazendo e sendo constatado pelo Fisco a omissão de receitas em valor superior ao limite que autorize a opção pelo Simples, opera-se a exclusão do Simples o posterior enquadramento no regime do lucro real trimestral.”

No entanto, já tendo constatado o Fisco que o contribuinte não possuía livros contábeis aptos a possibilitar a apuração do IRPJ e reflexos com base no lucro real trimestral, correto é o arbitramento do lucro.

“Ementa: IRPJ/CSLL E DECORRENTES - MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA A MARGEM DA ESCRITURAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS - ARBITRAMENTO DOS LUCROS - PERCENTUAL ADEQUADO - Não dispondo o contribuinte da escrituração mínima exigida para opção pelo SIMPLES (Livro-caixa) e não tendo atendido à intimação para apurar e demonstrar seu lucro real nos termos da legislação, aliado ao fato de que a movimentação bancária não contabilizada supera em muito a alegada receita, mantém-se o lançamento que arbitrou o lucro, considerado o percentual mínimo previsto em lei, aplicado sobre a receita considerada omitida nos termos do art. 42 da Lei no 9.430/96.”

Assim, pede o cancelamento do auto de infração.

Voto

Conselheiro Mário Sérgio Fernandes Barroso, Relator

O recurso preenche o requisito de admissibilidade, motivo pelo qual dele tomo conhecimento.

A recorrente se insurge quanto ao fato de não ter sido excluída do SIMPLES, e ter arbitrado seu lucro no ano-calendário de 2004. Para isso, colaciona acórdãos dos Conselhos.

Quanto aos acórdão dos conselhos, estes não ajudam a recorrente, pois, de fato houve arbitramento, mas o motivo foi que aqueles contribuintes não tinham nem o livro caixa.

No presente caso, a questão é que houve depósitos não escriturados, a recorrente não contesta os fatos, apenas pleiteia a exclusão do SIMPLES retroativa e o arbitramento. Não vejo como proceder como a recorrente almeja. Uma, pois, não há esta previsão legal, pois, a omissão de receita deve ser tributada na forma de tributação da contribuinte ou seja, SIMPLES, haja vista que não foi constatada irregularidades nos livros da contribuinte. Outra é que a prática reiterada, é uma forma muito mais gravosa para a contribuinte, pois, exclui o contribuinte do SIMPLES, que é um sistema mais benéfico. Ademais, de difícil aplicação, pois, até hoje não se definiu quanto é reiterada.

Quanto a taxa Selic temos a Súmula CARF N.º 4

“A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

De todo o exposto voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 08 de novembro de 2010

Mário Sérgio Fernandes Barroso

