



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10120.005815/2009-19
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-006.009 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de dezembro de 2021
Recorrente FICHATEL TELEFÔNICA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

OPÇÃO. SIMPLES FEDERAL. RECEITA BRUTA SUPERIOR AO LIMITE. Não pode permanecer no SIMPLES a pessoa jurídica, na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior ao limite estabelecido.

OMISSÃO DE RECEITA. RECEITAS NÃO ESCRITURADAS.

Caracteriza-se como omissão de receita a falta de emissão de nota Fiscal, recibo ou documento equivalente, no momento da efetivação das operações de venda de mercadorias e/ou prestação de serviços, bem assim a falta de escrituração.

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

Declarando significativamente a menor suas receitas, a contribuinte tentou impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. Esta prática sistemática, adotada durante todo o ano-calendário, caracteriza a conduta dolosa. Tal situação fática se subsume perfeitamente aos tipos previstos nos arts. 71, inciso I, e 72 da Lei n.º 4.502/1964, ainda que a contribuinte tivesse escriturado corretamente suas receitas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento a recurso voluntário para, i) manter a exclusão da recorrente do regime do SIMPLES FEDERAL para o período subsequente por auferir, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior ao limite estabelecido; ii) manter os lançamentos de ofício por omissão de receitas e, iii) manter a qualificação da multa em 150%.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Marco Rogério Borges, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Luciano Bernart, Iágaro Jung Martins, Jandir José Dalle Lucca, Paulo Mateus Ciccone (Presidente). Ausentes os conselheiros Evandro Correa Dias e Antonio Paulo Machado Gomes.

Relatório

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto em face de decisão proferida pela 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília - DF, através do acórdão 03-34.925, que julgou IMPROCEDENTE a impugnação do contribuinte em epígrafe, doravante chamado de recorrente.

Da autuação fiscal:

Por bem descrever os termos da autuação fiscal, transcreve-se o relatório pertinente na decisão *a quo*:

Contra a empresa acima identificada foi lavrado Auto de Infração Imposto de Renda Pessoa Jurídica - Simples e seus reflexos, em virtude de: (1) omissão de receitas - receitas não escrituradas e (2) diferenças apuradas entre o valor declarado e o pago - insuficiência de recolhimento, relativamente ao ano-calendário de 2005.

O valor do crédito tributário apurado corresponde a: IRPJ - R\$ 51.563,29; PIS - R\$ 51.563,29; CSLL - R\$ 84.925,39; Cofins- RS 169.850,99 e INSS - R\$ 331.599,43. (fl. 17)

A capitulação legal da autuação se encontra às folhas 907 a 969.

Da Impugnação:

Por bem descrever os termos da peça impugnatória, transcreve-se o relatório pertinente na decisão *a quo*:

A contribuinte impugna a exclusão do Simples, às folhas 899 a 906, e os autos de infração, folhas 993 a 1.008, alegando, em síntese, que:

A nobre autoridade fiscal procedeu à exclusão do Simples sob o argumento de ter ultrapassado, no ano-base de 2005, o limite de receita bruta estabelecido no artigo 9º, inciso II, da Lei 9.317/96, simplesmente com base em valores apurados nas suas contas bancárias, cuja presunção sequer se aperfeiçoou e se presta apenas para

lançamento de ofício das supostas receitas omitidas, mesmo porque não há comprovação fática de que tal receita foi efetivamente auferida;

Tal exclusão se deu antes mesmo da lavratura de qualquer auto de infração, sendo que nem mesmo lhe foi garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório, ferindo garantias constitucionais do devido processo legal, pois somente pôde se manifestar acerca da sua exclusão após a publicação da decisão administrativa;

Em relação às receitas omitidas, não pode prevalecer o entendimento fiscal de que a Impugnante é revendedora dos cartões pré-pagos fornecidos pela Vivo, muito embora tenha emitido as notas fiscais dos serviços pelo valor global do desconto incondicional constante da nota fiscal da Vivo, apenas parte desse valor (40%) é que representa receita própria, os outros 60% são obrigatoriamente repassados aos Pontos de Venda;

Sendo assim, caso o presente lançamento seja julgado procedente, o valor a ser exigido do sujeito passivo será superior, em muito, ao valor por ele efetivamente recebido, o que será um verdadeiro absurdo, ou melhor, um verdadeiro confisco, ferindo de morte o art. 150, inciso IV, da CF/88, que veda o emprego de tributo com efeito confiscatório;

A qualificação da multa de ofício é inadmissível porque o nobre fiscal em momento algum fez alusão a qualquer dos dispositivos legais a que se refere o parágrafo 1º, do art. 44, da Lei 9.430/96, quais sejam, os arts. 71, 72 ou 73 da Lei 4.502/64. É que, como é pacífico na doutrina e na jurisprudência, a multa de ofício qualificada só pode ser aplicada quando restar demonstrado, de forma incontestada, que o contribuinte tenha agido dolosamente, ou seja, quando restar devidamente caracterizado o evidente intuito de sonegação, fraude ou conluio. Em nenhum momento a fiscalização fundamentou a aplicação da multa agravada, quer seja no termo de constatação, quer seja nas descrições dos fatos;

Noutro ponto, sobre o valor da multa de ofício, de caráter punitivo, não pode incidir juros de mora, razão pela qual os mesmos devem ser afastados.

Assim, requer que seja julgado improcedente o crédito tributário, por considerar como próprias as receitas de terceiros e, caso mantido o lançamento, que seja reduzida a multa de ofício para 75%, bem como seja afastada a incidência dos juros Selic sobre ela, haja vista a inexistência de previsão legal para tal mister.

Da decisão da DRJ:

Ao analisar a impugnação, a DRJ, primeira instância administrativa, decidiu por NEGAR PROVIMENTO TOTAL à mesma, por unanimidade.

A decisão foi ementada nos seguintes termos:

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

Período de apuração: 01/01 /2005 a 31 /12/2005

Ementa: Nulidade — Cerceamento do Direito de Defesa

Não há que se falar em cerceamento da defesa quando a exigência fiscal sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis e não se vislumbra nos autos que o sujeito passivo tenha sido tolhido no direito que a lei lhe confere para se defender.

Opção pelo Simples - Receita Bruta Superior ao Limite

Não pode permanecer no SIMPLES a pessoa jurídica, na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior ao limite estabelecido.

Exclusão de Ofício do Simples

A exclusão dar-se-á de ofício, por ato da autoridade administrativa, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica.

Efeitos da Exclusão

A exclusão do Simples surtirá efeito a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite de receita bruta estabelecido.

Omissão de Receita - Receitas Não Escrituradas

Caracteriza-se como omissão de receita a falta de emissão de nota Fiscal, recibo ou documento equivalente, no momento da efetivação das operações de venda de mercadorias e/ou prestação de serviços, bem assim a falta de escrituração.

Insuficiência de Recolhimento

Demonstrado pelo Fisco que a contribuinte declarou valor do Simples a pagar inferior ao devido, mantém-se a tributação da diferença.

Multa Qualificada - Evidente Intuito de Fraude

Declarando significativamente a menor suas receitas, a contribuinte tentou impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. Esta prática sistemática, adotada durante todo o ano-calendário, caracteriza a conduta dolosa. Tal situação fática se subsume perfeitamente aos tipos previstos nos arts. 71, inciso I, e 72 da Lei n.º 4.502/1964, ainda que a contribuinte tivesse escriturado corretamente suas receitas.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário:

Tomando ciência da decisão *a quo* em 07/05/2010, o contribuinte, agora recorrente apresentou o recurso voluntário em 25/05/2010 (fls. 1183 e ss), ou seja, tempestivamente.

No mesmo, em essência reforça os pontos já alegados na sua peça impugnatória, dos quais destaco abaixo:

- questiona sua exclusão do simples federal – entende que a motivação da exclusão – receita bruta superior a R\$ 2,4 milhões no ano anterior (art. 9 da lei 9317/96) – decorreu de presunção, levantada por depósitos bancários. Tal medida violaria suas garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório;

- quanto ao auto de infração – o mesmo seria ilegal, pois as supostas infrações seriam inexistentes – a receita omitida seria decorrente da compra e venda dos cartões telefônicos – relativo aos descontos incondicionais. Contudo, na sua defesa, alega que não ficava com o total dos descontos incondicionais registrados;

- a multa qualificada aplicada é ilegal, não havendo a demonstração do dolo;
- não incidência dos juros Selic sobre a multa de ofício.

É o relatório do que entendo necessário dos autos.

Voto

Conselheiro Marco Rogério Borges, Relator.

Conforme relatório que precede o presente voto, o recurso voluntário é tempestivo e atende os requisitos regimentais para a sua admissibilidade, pelo que o conheço.

Do recurso voluntário:

- da exclusão do simples federal:

A recorrente questiona sua exclusão do simples federal, pois entende que a motivação da exclusão – receita bruta superior a R\$ 2,4 milhões no ano anterior (art. 9 da lei 9317/96) – decorreu de presunção, levantada por depósitos bancários. Tal medida violaria suas garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Contudo, em análise aos autos, entendo que improcede tal alegação do contribuinte.

A alegada presunção decorre de depósitos bancários, aos quais, regularmente intimada, não apresentou comprovação da origem dos recursos depositados em suas contas bancárias, e nem documentos ou papéis que deem suporte aos depósitos, e sua escrituração dos mesmos fora de forma parcial.

A *representação fiscal – exclusão do simples* (efl. 2/8) que provocou a sua exclusão, evidencia vários elementos:

- sua receita declarada para o ano-calendário de 2005 foi de R\$ 537.445,00 (que corresponde ao valor exato das notas fiscais de saída emitida pelo contribuinte);
- a movimentação financeira do contribuinte, em 2005, foi de R\$ 35,5 milhões;
- as notas fiscais de entrada do contribuinte, emitidas pela Vivo, somam R\$ 6.850.655,00 (em 2005), a qual, excluindo as vendas não realizadas (R\$ 1.878.000,00), temos um valor de receita de vendas de R\$ 5.144.500,00;
- assim, do total de movimentação bancária (R\$ 35.554.950,30), subtraindo-se o valor de venda dos cartões telefônicos (R\$ 5.144.500,00), teríamos um montante de depósitos

bancários necessários a comprovar sua origem, e demonstrar que não eram receitas, de R\$ 30.410.450,30;

- quando intimado a comprovar os depósitos bancários, *informou que os recursos depositados em suas contas correntes se constituem de recursos decorrentes da intermediação na venda de cartões telefônicos pré-pagos*, de forma genérica.

Assim, fica evidenciada a presunção de omissão de receitas do contribuinte, que, primeiramente, suscitou a sua exclusão do simples federal (por ter uma receita bem acima do limite legal previsto na lei 9317/96), bem como a consequente autuação fiscal.

Quanto às alegações de violação das suas garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pelo fato da exclusão ter ocorrida antes da autuação fiscal, entendo que foge à competência deste colegiado administrativo, com base na súmula CARF nº 2 (“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”), bem como a delimitação do art. 26-A do decreto-lei 70.235/1972.

Por conseguinte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário quanto a este item, mantendo a exclusão do simples federal a contar de 01/01/2006, nos termos do ADE nº 078, de 15/05/2009 (efl. 13 dos autos).

- *da receita omitida:*

Alega a recorrente que ao auto de infração seria ilegal, pois as supostas infrações seriam inexistentes – a receita omitida seria decorrente da compra e venda dos cartões telefônicos – relativas aos descontos incondicionais. Contudo, na sua defesa, alega que não ficava com o total dos descontos incondicionais registrados.

Contudo, verifica-se que o contribuinte não comprova que o montante de depósitos bancários que ocorreram nas suas contas bancárias - R\$ 35.554.950,30 – excluindo-se o que está contabilizado.

Alega que este valor é de terceiros, mas deveria ter contabilizado e comprovado, o que não ocorreu.

A comissão que recebe (descontos incondicionais) corresponde exatamente à diferença entre a compra e a venda dos cartões telefônicos, sendo que a própria Fichatel afirma em resposta à intimação que as notas fiscais emitidas pela Vivo se referem ao fornecimento de cartões telefônicos para que ela, Fichatel, realize a intermediação de suas vendas e que a sua receita se refere à comissão prevista em contrato de prestação de serviços (10%).

O fato detectado pela fiscalização de que a autuada fica com o total dos descontos incondicionais registrados nas notas fiscais da Vivo está demonstrado ainda pela emissão de suas notas fiscais no valor exato daquela comissão. O argumento de que um dos pontos de venda dos cartões declara que obtém 6% de desconto na aquisição dos cartões não é suficiente para demonstrar que há o repasse para terceiros da parte daquele valor.

Além disso, a prova material de que a contribuinte fica com o total dos descontos incondicionais (comissão) paga pela Vivo se fortalece pelo fato de que a contribuinte emite notas fiscais no valor daqueles descontos e que os depósitos bancários cuja origem não foi comprovada também se aproxima praticamente daquele valor (R\$ 30.000.000,00, aproximadamente). Ainda mais que a empresa não prova que efetuou qualquer repasse (transferência e/ou depósito) de recursos para os Pontos de Venda.

Assim, por total falta de comprovação do que alega, não há condições de dar guarida ao que alega, pelo que nego provimento neste tópico.

- da multa qualificada:

Alega a recorrente que a multa qualificada aplicada é ilegal, não havendo a demonstração do dolo pela autoridade fiscal.

O contribuinte declara à Receita Federal valores de receita significativamente pequenos – menos de 20% do que foi depositado em suas contas-correntes. Este contexto demonstra o intuito de furtar-se à tributação mais gravosa, impedindo ou retardando, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

Igualmente, há elementos nos autos que tal omissão, mesmo presumida, objetivava declarar apenas o bastante para se manter no simples federal.

E, a prática de reduzir essa receita, substancialmente, com finalidade de manter-se em sistema de pagamento de tributos e contribuições mais benéfico (simples federal), e de modo reiterado durante todo um ano, caracteriza a conduta dolosa, cuja situação fática se subsume perfeitamente aos tipos previstos nos arts. 71 e 72 da Lei n.º 4.502/1964.

- da alegação de não incidência dos juros Selic sobre a multa de ofício:

Quanto a esta alegação do contribuinte, está vigente a Súmula CARF nº 108:

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Conclusão:

Pelo o exposto acima, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, mantendo a exclusão do simples federal a contar de 01/01/2006, nos termos do ADE nº 078, de 15/05/2009 (efl. 13 dos autos).

(documento assinado digitalmente)

Marco Rogério Borges