



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10315.720028/2016-42
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1002-001.755 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 08 de outubro de 2020
Recorrente RADIO VALE DO CARIRI LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2011

SIMPLES. EXCLUSÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO (ADE). IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO. EXCLUSÃO MANTIDA.

Não tendo havido demonstração, pela empresa recorrente, da nulidade ou inconstitucionalidade do ADE, fica mantida a sua exclusão do regime de tributação pelo SIMPLES, na forma disposta em referido Ato.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aílton Neves da Silva, Rafael Zedral. Marcelo José Luz de Macedo e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão n.º 12-89.492 da 8ª Turma da DRJ/RJO, de 20 de julho de 2017 (fls. 279 a 288):

Trata o presente processo de exclusão do regime do Simples Nacional, por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/JNE N° 001, de 15 de janeiro de 2016, do qual o interessado tomou ciência em 18/01/2016. As situações excludentes foram as seguintes:

“Fica excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) a pessoa jurídica, a seguir identificada, por ter oferecido embarço à fiscalização em virtude da falta não justificada de exibição de documentos e do não fornecimento de informações sobre movimentação financeira e sobre os negócios que originaram a movimentação referida no critério objetivo de amostragem com que foi intimada, e por sua escrituração contábil, pela qual optou em substituição ao Livro Caixa, não permitir a identificação da movimentação bancária da(s) conta(s) de titularidade da empresa no Banco Bradesco SA no ano de 2011, conforme disposto nos incisos II e VIII do caput do art. 29 da Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006, situação regularmente consignada no Auto de Embarço à Fiscalização de 10/11/2015.”

Nos termos expostos na descrição dos fatos na Representação Fiscal - Exclusão do Simples Nacional, a exclusão em foco decorreu dos seguintes fatos apurados no curso do procedimento fiscal.

Em 17/07/2015 a RADIO VALE DO CARIRI LTDA - ME, CNPJ 05.466.271/0001-50 tomou ciência pessoal do Termo de Início de Diligência Fiscal solicitando o livro Razão de 2011. Essa solicitação foi reiterada no Termo de Intimação Fiscal (TIF) n° 001, de 24/08/2015. Em 31/08/2015 a empresa entregou o referido Razão de 2011 em que nenhum lançamento de movimentação bancária no Bradesco está registrado. Nem mesmo os saldos inicial e final da conta foram contabilizados.

No TIF n° 002, com ciência em 10/09/2015, foram pedidos o Diário de 2011, e os extratos de todas as contas bancárias de titularidade da diligenciada no Banco Bradesco SA de todo o ano-calendário 2011, além de documentos que embasaram negócios jurídicos por conta dos quais foram creditados nas contas valores iguais ou superiores a R\$ 50.000,00.

Em 18/09/2015 o sujeito passivo entregou o livro Diário 2011, mas quanto aos demais itens informou que "no que tange aos extratos bancários requeridos por Vossa Senhoria no item 2, estes não podem ser entregues neste momento, haja vista que não foram localizados ainda devido à transcorrência temporal" e que, por isso, também não poderia atender ao último item. Em 06/10/2015 a diligência foi convertida em fiscalização com base no TDPF n° 03.1.02.00-2015-00097-8, sendo lavrado Termo de Início de Fiscalização reiterando as intimações anteriores para apresentação dos extratos de todas as contas no Bradesco e dos documentos que embasaram os créditos de pelo menos R\$ 50.000,00.

Ausente qualquer contabilização da movimentação nessa instituição financeira nos livros Razão e Diário de 2011, foi perguntado ao fiscalizado se contabilizara livro-caixa que permitisse a identificação de toda a movimentação financeira, inclusive bancária, de 2011.

O sujeito passivo foi alertado quanto às hipóteses de exclusão do Simples Nacional de que tratam os incisos II e VIII do art. 29 da Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006.

Em 19/10/2015 a empresa pediu prorrogação do prazo até 29/10/2015 para a apresentação dos documentos, o que foi deferido. Contudo, em 04/11/2015, quando foi lavrado o TIF n° 001, reiterando o conteúdo da intimação anterior, o fiscalizado continuava silente, e assim permaneceu até o último dia de prazo dessa quinta intimação que lhe foi dirigida, quando disse que não dispunha dos extratos bancários e que, nos termos da opção que lhe faculta a Resolução CGSN n° 10/2007, em seu §3º, art. 3º,

incluído pela Resolução CGSN nº 28, de 21 de janeiro de 2008, deixara de apresentar livro-caixa, mas assegurando que a movimentação bancária e de caixa da empresa se encontravam nos livros apresentados.

A interpretação sistemática desse dispositivo, combinado com o inciso VIII, art. 29 da LC nº 123/2006, permite reconhecer que mesmo dispensado do livro-caixa por apresentar escrituração contábil, o contribuinte não se exime da exclusão do Simples Nacional se essa escrituração não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária.

Ainda na mesma resposta entregue em 10/11/2015 foi dito pela fiscalizada que, em relação aos documentos que suportaram os negócios jurídicos da empresa amostrados pelo critério de valor mínimo de lançamento a crédito em conta do Bradesco, precisaria que o fiscal individualizasse os lançamentos.

Essa parte da resposta resumiu o descaso com que o fato de estar sob ação fiscal foi tratado pela empresa, senão uma manifestação de escárnio. As considerações adiante motivam essa percepção.

A autoridade fiscal toma conhecimento dos fatos relevantes a sua atividade de auditoria analisando os registros contábeis. Se as informações dos negócios realizados pela empresa não foram lançadas nos livros, o que já é uma irregularidade, solicita então a apresentação dos próprios documentos para avaliar se foram fatos geradores dos tributos sob análise, como foi feito no caso concreto. Por motivos óbvios, os documentos pedidos são os que atendem a um critério objetivo de relevância: a título ilustrativo, se a fiscalizada prestou um serviço pela qual foi paga com uma transferência bancária de R\$ 60.000,00, é razoável que o respectivo contrato ou a respectiva nota fiscal esteja devidamente guardado.

Uma vez que o valor da transferência está protegido pelo sigilo bancário, e que tanto o negócio praticado quanto a respectiva movimentação financeira foram omitidos da contabilidade da prestadora, salvo por improvável coincidência de estar auditando documentos do contratante, o fiscal não tem como saber que ela ocorreu, nem sua data e seu montante.

Não tendo apresentado os extratos bancários pedidos, quer por terem sido extraviados e a empresa não querer pedir segunda via ao banco, quer por qualquer outro motivo, para demonstrar que não tem intenção de manter os negócios jurídicos realizados alheios ao conhecimento do responsável pela auditoria, ao sujeito passivo caberia em última hipótese exhibir, como já foi dito, as notas fiscais, os contratos, etc.

Se o fiscal está pedindo a apresentação dos extratos bancários, obviamente ele não os tem. E se não foi feita sua contabilização, também não tem como ter conhecimento dos lançamentos pela análise dos livros contábeis.

Então, na hipótese ilustrativa referida acima, só pode ser entendido como absurda a eventual alegação da fiscalizada de que, digamos, só poderia saber que o fiscal queria que lhe fosse apresentada a nota fiscal de R\$ 60.000,00, se ele dissesse que queria receber os documentos associados à transferência bancária de R\$ 60.000,00 recebida. Ela atende ao critério objetivo: seu valor é igual ou superior a R\$ 50.000,00; então isso é suficiente para o contribuinte entender o que deve apresentar ao fiscal.

Assim, tendo ficado caracterizados a falta de atendimento injustificada de intimação para apresentação de documentos da atividade da empresa e o não fornecimento de informações sobre movimentação financeira e sobre os negócios que originaram a movimentação referida no critério objetivo de amostragem com que foi intimada, foi lavrado em 10/11/2015 o decorrente Auto de Embaraço à Fiscalização.

Como uma última chance de refutar a hipótese de que a empresa não envidou os mínimos esforços para obter e apresentar os extratos bancários, no TIF n.º 002 foi dada oportunidade de apresentar os extratos, no último prazo concedido, que venceu 64 dias após a ciência da primeira intimação em que eles foram pedidos, ou autorizar a Secretaria da Receita Federal do Brasil a solicitá-los diretamente à instituição bancária.

Mesmo ciente das consequências do Auto de Embaraço, e mesmo tendo nova oportunidade para refutar a tese de que teve o animus de impedir ou retardar a fiscalização deixando de apresentar os documentos, a fiscalizada nem apresentou os extratos nem a autorização para que eles fossem obtidos junto ao banco nos termos do disposto no art. 10, § 30, V da Lei Complementar n.º 105/2001. Disse que continuaria procurando os extratos e, caso não encontrasse, ela mesma solicitaria ao banco.

Consequentemente, o caminho possível e imprescindível para a continuidade do procedimento de fiscalização em curso foi a emissão em 13/11/2015 da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira n.º 03.1.02.00-2015-00002-1, amparada nos termos do art. 6º da mesma Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, em resposta à qual o Bradesco encaminhou cópia de inteiro teor dos extratos da supracitada conta n.º 50.396-7 da agência 0692, em 2011.

A movimentação é compatível com a informação que o banco prestara regularmente via Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (Dimob): a Rádio Vale movimentou em 2011 cerca de R\$ 2.8 milhões, variando de cerca de R\$ 1 milhão em fevereiro a perto de R\$ 50 mil em dezembro, naquela instituição.

De todos esses fatos conclui-se que a exclusão do Simples Nacional é devida, por estar duplamente atendido o critério objetivo de ter sido oferecido embaraço à fiscalização, de que trata o inciso II, e pelo fato de a escrituração (Diário e Razão) não ter permitido a identificação da movimentação bancária da(s) conta(s) de titularidade da empresa no Banco Bradesco SA no ano de 2011, conforme inciso VIII, ambos do caput do art. 29 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006. Além disso, estão devidamente caracterizadas acima as circunstâncias subjetivas que denotam a intenção da empresa em impedir ou retardar a fiscalização com esse comportamento omissivo.

Os efeitos da exclusão dar-se-ão a partir do dia 10 de janeiro de 2011, conforme disposto no § 1º do art. 29 da supracitada Lei Complementar n.º 123, de 2006, ficando impedida a opção pelo referido regime até 31 de dezembro de 2014.

Irresignado, o interessado apresentou manifestação de inconformidade alegando, em síntese, o seguinte:

. que a atribuição de efeito suspensivo à manifestação se trata de requisito essencial e peculiar ao caso, uma vez que a exclusão da empresa do Simples Nacional, com efeitos retroativos, causar-lhe-ia prejuízos irreparáveis, levando-lhe fatalmente à ruína financeira.

. que é essencial a atribuição de efeito suspensivo à presente manifestação, com a consequente manutenção da contribuinte no regime do Simples Nacional, já que a exclusão que se pretende efetivar está totalmente embasada em um procedimento de fiscalização que ainda está tramitando na esfera administrativa, sem que tenha havido qualquer lavratura de auto de infração até a presente data.

. que o agente fiscal utilizou de subterfúgios totalmente inconstitucionais, que fulminam por completo as alegações de embaraço ou de omissão de informações bancárias.

. que o trâmite correto para acesso às informações bancárias da empresa seria por meio de fornecimento espontâneo por parte do próprio contribuinte. Caso este se negasse, deveria o fiscal requerer a quebra do sigilo bancário junto ao Poder Judiciário, único órgão capaz de autorizar a instituição financeira a fornecer dados e extratos referentes à empresa.

. que o Auditor afirmou nas intimações enviadas, que solicitou diretamente ao Banco Bradesco informações sobre conta(s) bancária(s) em nome da empresa defendente, tendo a instituição financeira entregue, sem qualquer embaraço, ainda que tais informações sejam totalmente sigilosas e precisem de autorização judicial para serem conseguidas.

. que incorreu o Auditor em total abuso de direito, violando por completo o sigilo bancário da empresa, sem qualquer tipo de autorização da justiça, motivo pelo qual o presente ato declaratório reputa-se nulo de pleno direito. Protesta pela juntada de documentos e realização de perícia.

A DRJ julgou improcedente a manifestação de inconformidade da empresa recorrente, sob o entendimento de que teria sido comprovado o embaraço à fiscalização e também por não ter contabilizado a movimentação bancária, mantendo a exclusão da empresa ora recorrente.

Face ao referido Acórdão da DRJ, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fl. 297 a 302) requerendo, em síntese:

- a) a inconstitucionalidade do ADE nº DRF/JNE nº 001, por entender a recorrente que o mesmo teria decorrido de quebra de sigilo bancário;
- b) a necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso;
- c) a manutenção da empresa no regime de tributação pelo SIMPLES;

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Dayan da Luz Barros, Relator.

Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a plena competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º e do art. 23-B do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF), atualizada pela Portaria MF nº 329/2017, considerando-se tratar de exclusão do regime de tributação pelo SIMPLES NACIONAL.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo (interposto em 01/11/2017, vide Termo de Juntada, fl. 294, face ao recebimento da intimação datada de 02/10/2017, fl. 292) e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Mérito

Quanto aos pedidos da empresa recorrente, tem-se:

- a) a necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso;
- b) a inconstitucionalidade do ADE nº DRF/JNE nº 001, por entender a recorrente que o mesmo teria decorrido de quebra de sigilo bancário;
- c) a manutenção da empresa no regime de tributação pelo SIMPLES;

Quanto ao pedido de suspensão de exigibilidade, **enquanto medida incidental no curso processual**, necessário indicar o disposto no Código Tributário Nacional – CTN, *in verbis*:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

[...]

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

Nesse sentido, relativamente a referido pedido, caso a recorrente seja prejudicada em relação a eventual não cumprimento do efeitos suspensivo decorrente do presente processo, enquanto não transitado em julgado, a mesma terá ao seu dispor as medidas de processo administrativo e/ou judicial que entender aplicáveis, na forma da legislação.

Assim, necessário indicar que, caso a empresa contribuinte indique efetivo descumprimento a referido dispositivo, poderá promover a medida que entender cabível.

Acerca dos demais pedidos, verifica-se que a empresa recorrente pretende que seja declarada a inconstitucionalidade do ADE nº DRF/JNE nº 001, por entender a recorrente que

o mesmo teria decorrido de quebra de sigilo bancário, ato de quebra este que segundo a recorrente seria tido como inconstitucional.

Acerca da matéria, vale indicar o disposto na Lei Complementar nº 105/2001, *in verbis*:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. [\(Regulamento\)](#)

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Acerca de referido dispositivo, o STF decidiu, na ADI nº 2390, da seguinte forma:

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que conhecia da ação e a julgava improcedente, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber e Cármen Lúcia; o voto do Ministro Roberto Barroso, que acompanhava em parte o Relator, **conferindo interpretação conforme ao art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, para estabelecer que a obtenção de informações nele prevista depende de processo administrativo devidamente regulamentado por cada ente da federação, em que se assegure, tal como se dá com a União, por força da Lei nº 9.784/99 e do Decreto nº 3.724/2001, no mínimo as seguintes garantias: a) notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos; b) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico do requerente; c) existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso, d) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios;** e o voto do Ministro Marco Aurélio, que dava interpretação conforme aos dispositivos impugnados de modo a afastar a possibilidade de acesso direto aos dados bancários pelos órgãos públicos, o julgamento foi suspenso. Impedido o Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux.

Nesse sentido, o STF entendeu pela possibilidade de transferência do sigilo bancário da instituição financeira para o Fisco, sem necessidade de prévia autorização judicial, desde que atendidas algumas garantias, a saber:

- a) notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos;
- b) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico do requerente;

- c) existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso,
- d) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios.

Acerca do cumprimento de referidas garantias, tem-se que:

- a) a contribuinte foi devidamente notificada da instauração do processo e dos demais atos, conforme documentos de fls. 7, 8, 112, 114, 180, 181, 194, 206, 214, 244;
- b) a pretensão das informações bancárias por parte dos auditores mencionados nas fls. 206 e 2011, foi devidamente encampada pelo superior hierárquico (Delegado da Receita Federal do Brasil), conforme indicação na fl. 211;
- c) **os sistemas informatizados** da Receita Federal, armazenadores dos dados e de processos, encontram-se dotados de certificação e dos mais rígidos controles de acesso, **os quais** se encontram regidos pela Portaria SRF (atual RFB) nº 450/2004;
- d) efetiva existência de mecanismos normativos, no âmbito da administração pública federal para apuração de eventuais desvios de dados sigilosos e correção de desvios, nos termos das regras instituídas nos arts. 7º a 12 do Decreto Federal nº 3724/2001.

Nesses termos, a atuação da fiscalização, ao requerer informações bancárias da recorrente, além de respeitar as garantias objeto de observância, à luz da jurisprudência do STF, supriu a omissão da recorrente em disponibilizar tais informações, motivo pelo qual não há que se falar em nulidade do Ato Declaratório Executivo DRF/JNE nº 001.

Nesses termos, tendo sido comprovado o embaraço à fiscalização por parte da recorrente bem como tendo sido comprovada a não contabilização da movimentação bancária, não há que se falar em reforma do Ato Declaratório Executivo DRF/JNE nº 001 nem reforma do Acórdão da DRJ ora recorrido.

Dispositivo

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário, mantendo-se o Ato Declaratório Executivo DRF/JNE n.º 001 e o Acórdão da DRJ ora recorrido.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros