



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10580.721632/2013-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.982 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de novembro de 2021
Recorrente ORK COMERCIAL LTDA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008

REQUISICÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. REGULARIDADE

Na hipótese de a contribuinte ser intimada para apresentar livros contábeis a que está obrigada juntamente com movimentação bancária e não atender à intimação, justifica-se a expedição de Requisição de Movimentação Financeira (RMF) a título de embargo à fiscalização, nos termos do art. 6º da LC nº 105, de 2001 c/c art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2008

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. CABIMENTO

Constitui causa de exclusão de ofício do Simples Nacional, nos termos do art. 29, II e VII da LC nº 123, de 2006, a não apresentação de documentação contábil e movimentação bancária por parte do contribuinte que se omite em fazê-lo, apesar de intimado pela fiscalização. Nesses casos, de acordo com o §1º do art. 29 da LC citada, os efeitos do ato de exclusão retroagem ao mês que o contribuinte incorreu na infração. **OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA** A simples alegação genérica de que os depósitos movimentados em conta bancária auditada pelo Fisco a partir de RMF decorrem de vendas e empréstimos, desacompanhada de provas, inclusive depois de instaurada a fase contenciosa do processo tributário, não se presta para ilidir a presunção de omissão de receita prevista na norma do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. **RESPONSABILIDADE DO SÓCIO GERENTE. AUSÊNCIA DE RECURSO ESPECÍFICO DO INTERESSADO. ILEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA AUTUADA.** Nos termos da súmula Carf nº 172, a pessoa indicada no lançamento na qualidade de contribuinte não possui legitimidade para questionar a responsabilidade imputada a terceiros pelo crédito tributário lançado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de DRJ que manteve ato de exclusão da empresa do regime tributário do Simples Nacional e o lançamento de ofício, por meio de auto de infração, relativo ao IRPJ, CSLL e PIS/COFINS reflexos, referentes ao período de abril a dezembro de 2008.

Em síntese, conforme o TVF de fls. 98/103, a empresa indicada acima apresentou DASN referente ao ano calendário 2008 como forma de tributação. Em 08/08/2012 foi intimada para apresentar, além do contrato social e alterações, escrituração contábil, qual seja, livros diário, razão, balancetes mensais ou livro caixa, demonstrações da composição da base de cálculo do Simples Nacional, notas fiscais emitidas e extratos bancários das contas correntes, de aplicações financeiras e movimentação de cartão de crédito.

Em resposta, a recorrente juntou os contratos sociais, demonstração da base de cálculo do Simples Nacional, declaração de atividades desenvolvidas e notas fiscais emitidas no período (fls. 112/129). Posteriormente, anexou os extratos da conta bancária perante o Banco Itaú (fls. 130/155). Às fls. 156, informa que os registros contábeis referentes ao ano de 2008 não foram encontrados e que somente os extratos bancários do Itaú foram lançados.

Diante dessa informação, foi expedida a RMF de fls. 157/158, tendo sido fornecidas pelo Bradesco as informações cadastrais da empresa junto ao banco, de fls. 162/175, e extratos bancários de fls. 192/397.

De acordo ainda com o TVF, a recorrente declarou um total de receita para o período fiscalizado de R\$ 2.012.037,31. A movimentação bancária no Banco Itaú, porém, registrou um montante total de R\$ 1.479.428,79 e no Bradesco, R\$ 8.230.067,46, já descontados os valores sem interesse fiscal.

Considerando que a empresa não entregou a documentação contábil exigida, todos os extratos bancários de suas contas correntes, a divergência entre os valores de receita declarada e a apurada pela fiscalização, cumulado com o fato de que tais montantes ultrapassaram os limites legais do Simples Nacional, foi proposta a exclusão da empresa do citado regime tributário, a partir de abril de 2008, ou seja, do próprio mês em que a infração foi incorrida, nos termos do art. 29, II e VIII c/c §1º da LC nº 123, de 2006.

Assim, foi expedido o ADE nº DRF/SDR/SEFIS, nº 001, de 25/02/2013, determinando a exclusão da empresa do sistema do Simples Nacional, com efeitos retroativos a 01/04/2008.

Em razão da exclusão, foi constituído o crédito tributário de IRPJ, CSLL e PIS/COFINS reflexos, no montante de R\$ 1.437.381,41. Tendo em vista a falta de escrituração contábil, foi arbitrado o lucro da empresa pela fiscalização, com base nas receitas conhecidas a partir dos extratos bancários analisados. Sobre o principal, foi acrescida multa qualificada de 150% pelo fato de a empresa ter entregue a DASN indicando um valor de receita para o período muito aquém dos valores encontrados em suas contas correntes.

Foram ainda lavrados representação criminal com fundamento no art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990 e Termo de Responsabilização do sócio administrador Rodney da Silva Borba, sob alegação de responsabilidade solidária, nos termos dos arts. 124, I 135, III do CTN.

A empresa impugnou o ADE e o auto de infração, conforme petição de fls. 580/591, alegando, em síntese, o seguinte: i) nulidade do procedimento por falta de ato do secretário da RFB determinando o enquadramento da recorrente em regime especial para efeito de expedição de RMF; ii) falta de motivo justificável para a expedição de RMF porque a empresa teria atendido às intimações fiscais; iii) violação ao direito constitucional à intimidade com a expedição da RMF; iv) ineficácia dos depósitos bancários para caracterizar omissão de receitas, não se prestando como base de cálculo dos tributos lançados; v) necessidade de aprofundamento das investigações fiscais, pois os extratos bancários não são suficientes para identificar a origem dos valores ou a natureza dos gastos.

Invoca ainda a incidência do art. 15, IV da Lei nº 9.317, de 1996 (referente ao Simples Federal) para sustentar o argumento de que os efeitos da exclusão do Simples Nacional deveriam incidir a partir do ano calendário subsequente àquele em que foi ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º.

Quanto à multa qualificada, argumenta inexistir qualquer prova de sonegação fiscal, pleiteando sua redução de 150% para 75%, nos termos do art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996. Finaliza, argumentando não se justificar a sujeição passiva solidária do sócio, motivo pelo qual requereu a procedência da impugnação para excluir tal condição declarada pela autoridade fiscalizadora.

A DRJ manteve o ato de exclusão do Simples Nacional, por entender ter ficado comprovada a hipótese do art. 29, II e VIII c/c §1º da LC nº 123, de 2006. Sobre a autuação, julgou parcialmente procedente a impugnação, determinando a redução da multa qualificada de 150% para 75%, conforme o art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996 (fls. 606/622). A decisão recebeu a ementa a seguir:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano calendário:

2008 SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. REVELIA. PRAZO RECURSAL.

PRECLUSÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Sendo assegurado ao responsável solidário o direito ao contraditório e à ampla defesa, pela cientificação do auto de infração e, não tendo o mesmo apresentado impugnação,

opera-se a revelia em relação a sua nomeação como responsável solidário, concluindo-se que não há controvérsia quanto a este aspecto do lançamento.

A impugnação tempestiva, apresentada pelo contribuinte, suspende a exigibilidade do crédito tributário também em relação ao responsável solidário.

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

Somente a presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos não autoriza a qualificação da multa de ofício. O fato de deixar o contribuinte de tributar receitas não configura, por si só, prova do dolo. Para se configurar o crime de sonegação é necessário prova inequívoca da ação ou omissão dolosa.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Ano calendário:

2008 EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. HIPÓTESES AUTORIZATIVAS. EFEITOS DA EXCLUSÃO Deixando o contribuinte de apresentar sua escrituração contábil ou livro caixa, bem como seus extratos bancários, ainda que de forma parcial, estão presentes as hipóteses autorizativas para exclusão do Simples Nacional, com efeitos a partir do próprio mês em que incorreram a situação.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

OMISSÃO DE RECEITA. PRESUNÇÃO LEGAL.

A autoridade fiscal está autorizada a presumir a ocorrência de omissão de receitas, quando o titular de conta de depósito ou de investimento, apesar de regularmente intimado, não comprovar a origem dos recursos depositados/creditados, mediante documentação hábil e idônea.

Impugnação Procedente em Parte Crédito Tributário Mantido em Parte

A empresa interpôs o recurso voluntário de fls. 630/641, praticamente reprisando os argumentos da impugnação.

O processo foi inicialmente distribuído ao Conselheiro Sergio Luiz Bezerra e, em razão da renúncia ao seu mandato, foi a mim redistribuído, por sorteio.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Cleucio Santos Nunes, Relator.

1. DA ADMISSIBILIDADE

O recurso é tempestivo. Quanto aos demais requisitos de admissibilidade é necessário observar-se o seguinte.

Conforme o relatório, foi atribuída a responsabilidade solidária e exclusiva do sócios gerentes pelo crédito tributário, nos termos dos arts. 124, I e 135, III do CTN, respectivamente.

Ocorre que desde a impugnação, somente a pessoa jurídica apresentou defesa, não se formando o contraditório em relação à pessoa física do sócio considerado responsável tributário.

Nestes casos, incide a Súmula Carf nº 172, com o seguinte enunciado:

Súmula CARF nº 172 Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

A pessoa indicada no lançamento na qualidade de contribuinte não possui legitimidade para questionar a responsabilidade imputada a terceiros pelo crédito tributário lançado.

Assim, conheço em parte do recurso voluntário, não conhecendo da alegação de exclusão da responsabilidade do terceiro responsável formulada pela pessoa jurídica contribuinte.

O recurso da recorrente é deduzido por meio de argumentos confusos, que misturam alegações preliminares com as de mérito. Do que foi possível compreender, tem-se que foram arguidas duas preliminares de nulidade e, no mérito, a empresa praticamente se insurge contra sua exclusão do Simples e a retroatividade dos efeitos do ato de exclusão.

2. DAS PRELIMINARES

2.1 Nulidade do auto de infração por ausência de requisitos autorizadores de regime especial

Sobre a primeira preliminar, a recorrente repete o argumento utilizado na impugnação, de que o auto de infração não teria atendido aos requisitos do art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996 c/c art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001.

Sustenta que colaborou com a fiscalização entregando os documentos exigidos e franqueando o acesso às suas dependências durante o curso do procedimento, não se configurando, por isso, hipótese de embaraço à fiscalização.

Ocorre que o art. 33, invocado pela recorrente como o que não teria sido atendido, prevê o seguinte:

Art.33.A Secretaria da Receita Federal pode determinar regime especial para cumprimento de obrigações, pela sujeito passivo, nas seguintes hipóteses:

I-embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo, bem como pela não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição do auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

II-resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades do sujeito passivo, ou se encontrem bens de sua posse ou propriedade;

III-evidências de que a pessoa jurídica esteja constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual;

IV-realização de operações sujeitas à incidência tributária, sem a devida inscrição no cadastro de contribuintes apropriado;

V-prática reiterada de infração da legislação tributária;

VI-comercialização de mercadorias com evidências de contrabando ou descaminho;

VII-incidência em conduta que enseje representação criminal, nos termos da legislação que rege os crimes contra a ordem tributária.

§1º O regime especial de fiscalização será aplicado em virtude de ato do Secretário da Receita Federal.

Conforme se vê, para a caracterização da hipótese do inciso I do dispositivo transcrito, além da negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo, caracteriza embargo à fiscalização o: “não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado”.

No caso em questão, a empresa, intimada para apresentar sua movimentação financeira, informou somente um dos bancos em que mantinha conta, deixando de esclarecer suas transações no Banco Bradesco, instituição em que movimentava a maior parte do seu numerário.

Basta uma das hipóteses do inciso I do art. 33 citado para a caracterização do embargo à fiscalização como causa para a expedição de RMF, conforme prevê a combinação do artigo mencionado, com o art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001, que prescreve o seguinte:

Art.3º Os exames referidos no § 5º do art. 2º somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses: (Redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 2007).

VII-previstas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996;

Como se vê, qualquer hipótese do art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996 é suficiente para justificar o acesso aos dados.

Alega ainda a recorrente, que o auto de infração seria nulo porque não teria havido autorização do Secretário da RFB para adoção do regime especial a que alude o próprio dispositivo. Para tanto, cita o §1º do dispositivo, que prevê o seguinte:

Art.33.A Secretaria da Receita Federal pode determinar regime especial para cumprimento de obrigações, pelo sujeito passivo, nas seguintes hipóteses:

§1º O regime especial de fiscalização será aplicado em virtude de ato do Secretário da Receita Federal.

O enquadramento legal para a RMF não foi apenas a hipótese do art. 33, I da Lei nº 9.430, de 1996, mas o disposto no art. 6º da LC nº 105, de 2001, que estabelece o seguinte:

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.

Assim, não tem nenhuma relevância para o caso a interpretação isolada do §1º do art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996 feita pela recorrente, razão pela qual, rejeito a preliminar arguida.

2.2 Nulidade do auto por violação à lei

Sustenta também a recorrente que o procedimento fiscal seria nulo porque a autoridade fiscal obteve acesso às suas contas bancárias, motivada no fato de que a recorrente não teria prestado os esclarecimentos necessários, pois não teria entregue a documentação contábil exigida.

Conforme se observa dos autos, esse argumento não condiz com a verdade. De acordo com o Termo de Início de Fiscalização de fls. 109, a empresa foi intimada para apresentar toda a documentação fiscal do período, ou, alternativamente, escrituração do livro caixa. Além disso, a intimação exigiu também demonstração da composição da base de cálculo dos recolhimentos feitos por meio do Simples Nacional, notas fiscais emitidas e extratos bancários das movimentações financeiras e de cartões de crédito.

Em resposta, a recorrente juntou os contratos sociais, demonstração da base de cálculo do Simples Nacional, declaração de atividades desenvolvidas e notas fiscais emitidas no período (fls. 112/129). Posteriormente, anexou extratos da conta bancária do Banco Itaú (fls. 130/155). Depois informou que os registros contábeis referentes ao ano de 2008 não foram encontrados e que somente os extratos bancários do Itaú foram lançados na contabilidade (fls. 156).

Conforme se vê, a própria recorrente deu causa ao acesso de suas informações bancárias, quando alegou que, embora tenha registrado na JUCEB os livros contábeis do período, não havia localizado os mencionados registros. E ainda, declarou que somente os registros do banco Itaú foram contabilizados quando, depois de expedida a RMF, verificou-se que movimentou no Banco Bradesco quase oito vezes mais os valores que transacionou no Banco Itaú.

Daí por que, a simples declaração de que não possuía os registros contábeis do período seria o bastante para a RMF, com base no art. 33, I do Decreto nº 3.724, de 2001, conforme se viu na subseção anterior. Tanto o acesso era necessário que, por meio dele, se descobriu a movimentação da conta Bradesco, o que não seria possível se a fiscalização dependesse das justificativas injustificáveis da recorrente.

Assim, é de se rejeitar também essa alegação preliminar.

3. MÉRITO

Sobre o mérito, a recorrente alega não haver causa jurídica para sua exclusão do Simples porque teria atendido às exigências da fiscalização. Conforme demonstrado na subseção anterior isso não é verdade, devendo-se aplicar os mesmos fundamentos para essa alegação.

Acrescente-se, para ficar claro, que o motivo legal da exclusão, baseou-se no disposto no art. 29, II e VIII da LC nº 123, de 2006, com a seguinte redação:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando (...)

II for oferecido embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiverem obrigadas, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade que estiverem intimadas a apresentar, e nas demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública; (...)

VIII houver falta de escrituração do livro caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária;

Conforme demonstrado mais de uma vez neste processo, a recorrente ofereceu embaraço à fiscalização na medida em que se negou, injustificadamente, a exibir seus livros e documentos a que estava obrigada, bem como não forneceu sua movimentação financeira completa. Tais fatos caracterizaram a falta de escrituração do livro caixa e a não identificação da movimentação financeira, inclusive a bancária.

Por conseguinte, ficou devidamente fundamentada a hipótese de exclusão do Simples Nacional pela autoridade tributária.

Quanto aos efeitos do ato de exclusão, a recorrente invoca o disposto no art. 15, IV da Lei nº 9.317, de 1996, que prevê a retroatividade dos efeitos a partir do ano calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite de receita para permanência no Simples Federal. Equivoca-se a recorrente, pois a legislação do regime simplificado que estava em vigor à época dos fatos (2008) era a LC nº 123, de 2006 que dispõe sobre o Simples Nacional.

Considerando que as regras de exclusão aplicadas ao caso da recorrente foram os incisos II e VIII do art. 29 da LC nº 123, de 2006, os efeitos retroativos do ato de exclusão são regulados pelo §1º do mencionado dispositivo.

Art. 29.

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos calendário seguintes.

Assim, correta a interpretação da autoridade fiscal e da decisão recorrida, ao entender que a exclusão do Simples Nacional, no caso, retroagiria seus efeitos a partir de abril de 2008, ou seja, o próprio mês em que a recorrente praticou a infração à lei tributária.

Acrescenta a recorrente ao rol de suas alegações, que a fiscalização feriu a legalidade ao considerar como omissão de receitas a movimentação encontrada no Banco

Bradesco, pois os simples depósitos em conta corrente não comprovariam que se tratavam de receitas comerciais não declaradas à Fazenda. Argumenta que teria esclarecido a origem dos valores por meio do documento de fls. 440.

Ocorre que uma simples petição em que a empresa declara que “em sua grande maioria” os valores se referem a recebimentos de vendas, empréstimos e financiamentos, não esclarece idoneamente a origem dos depósitos, permitindo que se aplique a presunção de omissão de receitas prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Vê-se que se trata de informações amplas e genéricas, sem a apresentação de documentos comprobatórios capazes de provar a origem dos depósitos de forma individualizada, na conformidade do que reza § 3º do art. 42 da Lei 9.430 de 1996.

Nada a prover também sobre este ponto.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço do recurso, rejeito as preliminares arguidas e, no mérito, voto em negar provimento.

(documento assinado digitalmente)

Cleucio Santos Nunes