



Processo nº 11516.721795/2012-41

Recurso Voluntário

Acórdão nº 1001-002.411 – 1^a Seção de Julgamento / 1^a Turma Extraordinária

Sessão de 12 de maio de 2021

Recorrente DALTRÔ ESPÍNDOLA JÚNIOR EPP

Interessado FAZENA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2007

SIMPLES NACIONAL. RECEITA BRUTA AUFERIDA ACIMA DO LIMITE LEGAL. EXCLUSÃO.

Restando comprovado que as empresas contribuintes auferiram receita bruta global em valores superiores ao permitido por lei para o enquadramento ao Regime Tributário do Simples Nacional, sua exclusão do regime simplificado é medida que se impõe.

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)

Sérgio Abelson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Roberto Adelino da Silva, Sérgio Abelson e Thiago Dayan da Luz Barros

Relatório

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, transcrevo o relatório produzido no Acórdão n.º 04-34.997 da 2.^a Turma da DRJ/CGE, de 11 de março de 2014 (fls. 160 a 166):

A contribuinte acima qualificada foi excluída do Simples Nacional conforme Ato Declaratório Executivo - ADE nº 107, emitido em 05/07/2012, pela Delegacia da Receita Federal em Florianópolis (fls. 134), com efeitos a partir de 1º de julho de 2007, com fundamento no art. 3º, incisos II e V, e no art. 29, incisos II, V e VIII, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, “pelo não fornecimento de informações sobre a movimentação financeira, caracterizando embaraço à fiscalização, pela falta de escrituração do livro-caixa ou por não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, por ter sido constatada prática reiterada à Lei Complementar 123/2006, e ainda por ter em seus quadros, como sócio e/ou administrador (equiparado), pessoa que participa de outra empresa, em mais de 10%, cuja receita bruta ultrapassou os limites máximos previstos na mesma Lei Complementar”.

A exclusão ocorreu em razão da Representação Fiscal constante às fls. 02 a 13 do processo.

Cientificada em 22/08/2012 (fls. 134), apresentou a manifestação de inconformidade em 21/09/2012 (fls. 140-154) alegando, em síntese o seguinte:

a) da exclusão pela movimentação financeira não declarada e não escrituração da movimentação bancária: argumentou que para ficar caracterizado o embaraço à fiscalização deve haver a concretização da conduta, prevista no art. 29, II, da LC nº 123/2006, o que não ocorreu. Asseverou que não houve nenhuma das condutas chamadas negativas ou obrigação de não fazer, o que afasta a aplicação da exclusão. Aduziu que a autoridade fiscal teve acesso a toda movimentação bancária no período fiscalizado, como afirmou que teve, por meio das DCPMFs e DIMOFs. E ainda que não fosse esse motivo suficiente para afastar a incidência do mencionado dispositivo legal, tem-se ainda que a prova obtida em seu desfavor é absolutamente ilícita, pois foi carreada sem a competente autorização judicial. Citou legislação, doutrina e jurisprudência sobre a quebra de sigilo bancário. Argumentou, ainda, que se fosse o caso de exclusão por embaraço à fiscalização, o que se viu inviável, a verdade é que a retroação da exclusão por esse motivo, feito pela autoridade fiscal no item 5.2, está em desacordo com o que determina o art. 76, IV, a, da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94, de 29/11/2011;

b) da exclusão pela participação do titular como administrador ou equiparado em outra empresa: alegou que o sócio, sr. Daltro, retirou-se da sociedade Vida Marinha em 01/06/2007, conforme a segunda alteração contratual, ou seja, antes do ingresso da empresa no Simples Nacional. Sustentou que a procuração a que se refere a autoridade fiscal, apesar de outorgar poderes ao sr. Daltro, não prova que ele efetivamente tenha exercido tais poderes de administração. Enfatizou que, em matéria tributária, o ônus da prova cabe a quem alega. Citou e transcreveu o entendimento de Hugo de Brito Machado a esse respeito. Aduziu que a referida procuração poderá ficar caracterizada como indício de prova, mas não serve como prova absoluta, vez que a prova indiciária poderá servir de subsídio probatório, mas desde que dentro de um conjunto probatório a partir de diversos indícios conjuntamente considerados que levem a acreditar que se está perante a prova de fato. Afirmou fazer uso do direito à verdade material que impera no direito tributário e que foi ignorado pela autoridade fiscal, pois inexiste documento assinado pelo sr. Daltro, a partir de julho de 2007, o que se sabe ser de impossível comprovação. Citou e transcreveu a decisão da 3ª Câmara do então 3º Conselho de Contribuintes;

c) da exclusão pela presunção de omissão de receitas: a exclusão por omissão de receitas não poderá se concretizar, pois o art. 29, incisos II e V da LC nº 123/2006, em nenhum momento fala em omissão de receita a ponto de fundamentar a exclusão. Quanto ao inciso V, não é possível verificar a ocorrência de prática reiterada de infração. Ressaltou que a análise de toda a documentação do período resultou em apenas um pagamento sem o registro no livro caixa em 2007, nenhum em 2008, três em 2009,

nenhum em 2010 e um em 2011. Assim, no universo de incontáveis pagamentos realizados no período de cinco anos, a identificação de cinco ocorrências e nos valores verificados é ínfima. E certamente não resulta em omissão de receita a ponto de justificar sua exclusão do Simples Nacional.

Por fim, solicitou a improcedência do Ato Declaratório DRF/FNS/SC nº 107/2012 e que seja acolhida a manifestação de inconformidade para decretar o seu cancelamento.

Juntou os documentos de fls. 155 e seguintes.

É o relatório.

A Delegacia de Julgamento julgou improcedente o pedido da empresa recorrente contido em sua manifestação de inconformidade. O contribuinte acima identificado foi excluído do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, por embaraço à fiscalização bem como por ter em seus quadros, como sócio e/ou administrador (equiparado), pessoa que participa de outra empresa, em mais de 10%, cuja receita bruta ultrapassou os limites máximos previstos na legislação:

Embaraço à fiscalização.

[...] Conforme o Termo de Representação Fiscal (fls. 06), a contribuinte foi intimada a apresentar a relação das contas bancárias movimentadas (v. Termo de Intimação nº 4, fls. 17), tendo informado apenas duas contas: CEF, Agência 0415, c/c nº 3022-9; e Banco do Brasil S/A, Agência 3226-3, c/c nº 48.051-7, conforme declarou às fls. 46.

[...] Posteriormente, a fiscalização obteve através do sistema corporativo o relatório com histórico da movimentação financeira da contribuinte relativa aos períodos de 2007 a 2011 (fls. 47 a 69), constatando que ela movimentou, além das duas contas citadas, outras contas bancárias no Banco Bradesco S/A (períodos de 2007, 2008, 2010 e 2011), Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A (períodos de 2010 e 2011), Banco Santander Brasil S/A (período de 2011) e C. C. M. Confec. do Vestuário da Região Sul Catarinense (período de 2011), v. subitem 4.1.2 e 4.1.3 (fls. 06).

[...] A intenção de desatender a intimação constante do termo de início está configurada pelo fato de a impugnante, ao receber a intimação fazendária, responder omissivamente, pois indicou apenas duas contas bancárias, ocultando outras quatro contas bancárias movimentadas no período fiscalizado, consoante visto acima.

Participação do titular como administrador em outra empresa.

[...] Pela 2^a alteração do Contrato Social datada de 1º de junho de 2007 e registrada na Junta Comercial em 11/09/2007 (fls. 113-115), houve uma inversão na participação societária dos sócios, pois o sr. Daltro que tinha 95% do capital social (R\$ 9.500,00) vendeu 9.000 quotas para o outro sócio sr. Carlos Alberto Espíndola, sendo que este passou a ter 95% do capital social (R\$ 9.500,00) e o sr. Daltro 5% (R\$ 500,00). Mas, frise-se, nessa oportunidade o sr. Daltro continuou na sociedade e não como alegado na impugnação.

[...] Assim sendo, verifica-se que o sr. Daltro Espíndola Junior, foi sócio fundador e administrador da Vida Marinha desde 15/12/2003, invertendo sua posição societária, mas continuando sócio, a partir da 2^a alteração em 11/09/2007, quando já optara irregularmente pelo Simples Nacional, pois era (e é) titular desta empresa (impugnante) e também da Vida Marinha.

[...] De qualquer forma, é irrelevante para a hipótese vertente a comprovação efetiva de que o sr. Daltro tenha exercido a administração da Vida Marinha como procurador a partir de 2010, vez que a situação já ocorrerá em 1º de julho de 2007, caracterizando a opção irregular *ab initio*.

[...] Ressalte-se que a impugnante em nenhum momento questionou tais valores apurados pela fiscalização.

Dessa forma, a 2.^a Turma da DRJ/CGE decidiu pela improcedência da manifestação de inconformidade, mantendo a decisão de Unidade de Origem.

Face ao referido Acórdão, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 169 a 184), requerendo que seja revista a exclusão da empresa do regime tributário do Simples Nacional levada a efeito pela autoridade fiscal.

Por fim, a empresa Recorrente pleiteia a reforma da decisão prolatada pela 2.^a Turma da DRJ/CGE, requerendo o acolhimento do Recurso Voluntário interposto.

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. 2.^º e do art. 23-B do Anexo II da Portaria MF n.º 343/2015 (Regimento Interno do CARF), atualizada pela Portaria MF n.º 329/2017, considerando-se tratar de exclusão do Simples Nacional, desvinculados de exigência de crédito tributário.

Ainda, observo que o recurso é tempestivo (interposto em 07 de julho de 2014, vide termo de recebimento da RFB, fl. 169, face ao recebimento da intimação datada de 06 de junho de 2014, fl. 186), e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Mérito

Quanto ao mérito da presente demanda, necessário esclarecer que a contribuinte foi excluída do Simples pelo Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n.º 107 de 05 de julho de 2012 (fl. 134), pelo não fornecimento de informações sobre a movimentação financeira, caracterizando embaraço à fiscalização, pela falta de escrituração do livro-caixa ou por não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, por ter sido constatada prática reiterada à Lei Complementar n.º 123 de 2006, e ainda por ter em seus quadros, como sócio e/ou administrador (equiparado), pessoa que participa de outra empresa, em mais de 10%, cuja receita bruta ultrapassou os limites máximos previstos na mesma Lei Complementar, fatos que importam na sua exclusão de ofício do Simples Nacional, com fundamento no artigo 3.º, incisos II e IV, e no artigo 29, incisos II, V e VIII, da Lei Complementar n.º 123 de 2006:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

[...]

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

[...]

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

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;

[...]

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

[...]

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

[...]

§ 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.

Não obstante as decisões administrativas, a empresa contribuinte se limita a alegar o que já foi apresentado em sua Manifestação de Inconformidade, exatamente nos mesmos termos, aduzindo que, “*tendo a autoridade fiscal tido acesso a toda movimentação bancária da recorrente no período fiscalizado [...] não há definitivamente que se falar em embaraço à fiscalização*”; bem como que a Fiscalização teria cometido suposta ilegalidade na quebra de seu sigilo bancário sem o devido processo legal.

Ainda, aduz que o sócio Daltro se retirou da sociedade da empresa Vida Marinha conforme constatado por meio da 2.^a Alteração Contratual.

Após detalhado exame do feito, em que pese as argumentações da empresa contribuinte, entendo que o Recurso Voluntário não merece provimento.

Constata-se na Representação Fiscal que foram identificadas situações que ensejam à exclusão de ofício do contribuinte do Simples Nacional, quais sejam:

- Restou comprovado que a Daltro Espíndola Junior EPP não informou a totalidade de sua movimentação bancária no período de 01/07/2007 a 31/12/2011;
- A empresa não registrou em sua escrituração contábil toda a movimentação bancária no período abrangido por esta auditoria, de 01/07/2007 a 31/12/2011;
- O titular da representada, Sr. Daltro Espíndola Junior é administrador e/ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos sendo que a receita bruta global ultrapassa o limite de que trata a Lei Complementar nº 123/2006, no inciso II do caput do artigo 3º;

- A empresa deixou de registrar em sua escrituração contábil a totalidade dos pagamentos efetuados. Tal situação configura presunção de omissão de receita, conforme estabelece o artigo 281 do Decreto nº 3.000 de 26 de março de 1.999.

A primeira hipótese explicitada na citada Representação é a movimentação financeira não declarada. Como foi identificada movimentação não declarada durante todo o período de julho de 2007 a dezembro de 2011, a exclusão em razão da presente capitulação produz efeitos a partir de 01 de julho de 2007, impedindo a opção até dezembro de 2014.

Já sobre a participação do titular da empresa aqui representada em outra empresa com fins lucrativos, como administrador ou equiparado, cuja soma das receitas das duas empresas ultrapassam o limite previsto na Lei Complementar n.º 123 de 2006, ficou constatada em todos os exercícios abrangidos por aquela auditoria (exercícios de 2006 a 2011), que a soma das receitas brutas ultrapassaram os limites legais previstos, caracterizando vedação à opção pelo Simples Nacional. Ressalte-se que a recorrente em nenhum momento questionou tais valores apurados pela fiscalização.

Acerca da defesa apresentada aludindo que aduz que o sócio Daltro Espíndola Junior se retirou da sociedade da empresa Vida Marinha por meio da 2.^a Alteração Contratual, esta não merece prosperar. Conforme consta no referido documento (fls. 113 a 115), por meio da 2.^a Alteração Contratual, o citado sócio apenas vendeu parte de suas cotas, permanecendo ainda no quadro societário da empresa Vida Marinha.

Apenas com a 3.^a Alteração Contratual, registrada em 10 de setembro de 2009 é que Daltro Espíndola Junior se tira do rol de sócios da empresa Vida Marinha.

Infere-se ainda da documentação acostada (fls. 08 e 09) que nos anos em que Daltro Espíndola Junior figurou como sócio das empresas Vida Marinha Ind. e Com. de Confec. Ltda e Daltro Espíndola Junior EPP (de 2006 a 2009), o limite legal de receita bruta foi ultrapassado, o que por si só, já enseja à exclusão do Simples Nacional.

Sobre a caracterização de embargo à fiscalização, ficou constatada a intenção da contribuinte de desatender a intimação da Receita Federal, na medida em que, ao receber a intimação fazendária, indicou apenas duas contas bancárias, ocultando outras quatro contas bancárias movimentadas no período fiscalizado.

Em relação às alegações de utilização de prova ilícita e de quebra do sigilo bancário, da mesma forma padecem de fundamento jurídico.

Conforme mencionado pelo Douto Relator do Acórdão ora recorrido, a possibilidade da quebra do sigilo bancário pelo Fisco está prevista na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, art. 6º, o qual dispõe que 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 as 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. Logo, a prova colhida é lícita, não procedendo as alegações da impugnante.

Restam, portanto, ratificados pela documentação probatória anexa, os fatos apresentados pela Autoridade Tributária, que contribuiu para exclusão da empresa contribuinte do Simples Nacional, que se deu por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/FNS n.º 107 de 05 de julho de 2012.

Importa mencionar que a contribuinte não apresentou documentação alguma capaz de corroborar com suas alegações, se limitando a argumentar de forma vazia contra os documentos juntados pela autoridade tributária.

Nesse sentido, o artigo 16 do Decreto n.º 70.235 de 1972 determina que a impugnação/manifestação de inconformidade deve ser instruída com a prova documental do direito alegado, que assevera:

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir:

[...]

§ 4.º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportunamente, por

- motivo de força maior;
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.
- (grifos nossos)

Corroborando com o exposto, os artigos 319, inciso VI, bem como 373, inciso I, ambos do Código de Processo Civil, diploma aplicado de forma suplementar ao processo administrativo, disciplinam ser do autor (no presente caso o sujeito passivo da obrigação tributária) o ônus de comprovar seu direito alegado:

Art. 319. A petição inicial indicará:

[...]

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

Não menos importante é o que estabelece a Lei n.º 9.784 de 1999, que diz ser incumbência da parte interessada fornecer os elementos materiais que comprovem o direito que pretende ver reconhecido:

Art 4º São deveres do administrado:

[...]

IV – prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos;

[...]

Art 40 Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação do pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.

Sendo ônus do contribuinte comprovar seu direito e considerando que a mesma dispõe de melhores condições para o esclarecimento dos fatos com provas hábeis por ela produzidas, a demonstração cabal dos argumentos por ela aludidos, dependeria, portanto, da

conexão lógica entre as explicações e referencias da empresa contribuinte com os documentos por ela apresentados, o que não aconteceu.

A ausência de esclarecimentos precisos e a falta de demonstração cabal por parte da empresa contribuinte, por não ter apresentado documentos hábeis à comprovação do direito pleiteado, resulta na impossibilidade de reconhecimento de seu direito pleiteado.

Dessa forma, restando comprovados por meio de documentações que ratificaram as alegações da autoridade tributária, o indeferimento do pedido pleiteado pela empresa contribuinte é medida que se impõe.

Dispositivo

Posto isso, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo incólume a decisão prolatada pela Delegacia de Julgamento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Thiago Dayan da Luz Barros