



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

Processo n° 16004.720275/2016-39
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1001-000.508 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 9 de maio de 2018
Matéria EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL
Recorrente W A COMERCIO DE MATERIAIS GRAFICOS LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

ANOS-CALENDÁRIO 2012, 2013 2014

EXCLUSÃO DO SIMPLES. AUSÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO.

Estando caracterizada a ausência ou insuficiência da escrituração da movimentação financeira da contribuinte, inclusive bancária, bem como o descumprimento reiterado da obrigação de emitir documentos fiscais de venda ou prestação de serviços, deve a empresa ser excluída do Simples, a partir do próprio mês em que ocorridos os eventos citados. Constatada prática reiterada de infração ao disposto legislação que rege o Simples Nacional, deve ser procedida a exclusão de ofício da empresa

SIGILO BANCÁRIO. TRANSFERÊNCIA. HIPÓTESE DE ILÍCITO FISCAL. REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES MEDIANTE REQUISIÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA (RMF). POSSIBILIDADE.

Independentemente de autorização judicial, as autoridades fiscais tributárias da União poderão examinar documentos, 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..

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada no recurso, para, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edgar Bragança Bazhuni, Eduardo Morgado Rodrigues, Lizandro Rodrigues de Sousa e José Roberto Adelino da Silva

Relatório

Trata-se Recurso Voluntário contra o acórdão, número 14-68.019, da 13ª Turma da DRJ/RPO, o qual indeferiu a Manifestação de Inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo 65/2016, de 17/11/2016 e do Despacho Decisório Saort 303/2016 que excluíram a empresa do Simples Nacional.

Em síntese, apresento, resumidamente, o relatório, constante da decisão da DRJ:

Colacionamos, na íntegra, os referidos documentos:

Ato Declaratório Executivo nº 65

O Chefe da Seção de Orientação e Análise Tributária da Delegacia da Receita Federal do Brasil em São José do Rio Preto, no uso das atribuições que lhe foram delegadas pela Portaria DRF/SJR nº 47, de 2016, originariamente previstas no inciso 302 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, publicada no DOU de 17 de maio de 2012, com vigência sessenta dias após sua publicação, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e alterações posteriores, Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011 e alterações posteriores e considerando o que consta do processo nº 16004.720275/2016-39, declara:

1º- ESTÁ EXCLUÍDO de ofício a contribuinte **W. A. COMÉRCIO DE MATERIAIS GRÁFICOS LTDA. - ME, CNPJ nº 07.799.475/0001-39**, do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – **SIMPLES NACIONAL**, de que trata o artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, pois ficou comprovado que os livros Caixa referente anos-calendário 2012 e 2013 e a conta Caixa de 2014 apresentados pela interessada não permitem a correta identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, e devidamente

Intimada, não logrou comprovar a maioria das operações e transações, caracterizando omissão de receitas, portanto, houve descumprimento reiterado da obrigação de emitir documentos fiscais de venda ou prestação de serviços, de acordo com o disposto no artigo 29, incisos VIII e XI, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

2º- Os efeitos da exclusão obedecem às disposições contidas nos parágrafos 1º e 2º do art. 29 da Lei Complementar 123/2006, e no art. 76, inciso IV, alíneas “g” e “j” e § 2º, da Resolução CGSN nº 94, de 2011, ou seja, a partir de 01/01/2012, estando assegurado a contribuinte o direito de, no prazo de 30 (trinta)

dias da ciência deste Ato, manifestar por escrito sua inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, relativamente ao procedimento acima, assegurando assim o contraditório e a ampla defesa.

3º- Não havendo manifestação nesse prazo, a exclusão tornar-se-á definitiva, ficando impedido a opção pelo Simples Nacional pelo 10 (dez) anos calendários seguintes ao último mês da insuficiência de escrituração e falta de emissão de documentos fiscais de venda ou prestação de serviço (dezembro de 2014), nos termos do § 2º do artigo 29 da Lei Complementar nº 123/2006.

Despacho Decisório Saort nº 303/2016

A Seção de Fiscalização da DRF/SJR/SP encaminhou REPRESENTAÇÃO FISCAL juntada ao processo supracitado (fls.410/412), anexando o arquivo não paginável contendo oito planilhas, informando os fatos que ensejam a exclusão da empresa do Simples Nacional que sintetizamos a seguir:

1.1- Os montantes mensais da movimentação financeira escrituradas pela fiscalizada na conta Caixa da escrituração de 2014 e dos livros Caixas referente anos calendários de 2012 e 2013, são bem inferiores aos valores mensais movimentados nas instituições financeiras e submetidos a comprovação de origem demonstrada na planilha no arquivo denominado “DEMONSTRATIVO DAS DIFERENÇAS”;

1.2- A empresa não apresentou documentos para comprovar a origem da quase totalidade dos valores creditados/depositados em sua conta bancárias, identificados na relação constante do Anexo ao Termo nº 3;

1.3- As pessoas jurídicas ordenantes de crédito, identificados pela fiscalização, que representam R\$ 4.554.105,99 dos R\$ 13.820.654,14, considerados como receita omitida, estão enquadradas em 276 códigos diferentes no CNAE, denotando existência de vendas expressivas para empresas de diversas atividades, conforme dados expostos na Planilha 2 do arquivo digital intitulado “DESCRIÇÃO CNAE DOS ORDENANTES DE CRÉDITOS”, o que equivalem a 2,28 vezes a receita bruta total de R\$ 1.995.379,77, declaradas para o mesmo período.

1.4- Foram apuradas diferenças significativas em todos os meses do período de janeiro de 2012 a dezembro de 2014, restando evidente a ocorrência de fraude reiterada que induziu ou manteve a fiscalização em erro, com o fim de reduzir o pagamento dos tributos apurados segundo o regime do Simples Nacional.uma vez que:

1.4.1- Os montantes mensais da movimentação financeira escriturada pela contribuinte são bem inferiores aos valores mensais movimentadas nas instituições financeiras e aos valores submetidos a comprovação de origem;

1.4.2- Os valores da receitas brutas declarados nas apurações mensais entregues pela fiscalizada (fls. 208/386) estão muito aquém dos totais mensais das quantias constantes no Anexo 3, líquido das devoluções de cheques e comprovações de origem conforme consta do “DEMONSTRATIVO DAS DIFERENÇAS”;

1.4.3- A interessada não apresentou esclarecimentos e documentos para comprovar a origem da quase totalidade dos valores creditados/depositados em suas contas bancárias, devendo ser aplicada a presunção legal de omissão de receitas, estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996;

1.4.4- Os totais mensais da receita omitida representam 1,90 a 35,83 vezes o valor da receita bruta declarada, com média de 8,26 vezes para todo o período;

1.5- Os caixas da fiscalizada não registram toda a movimentação bancária da empresa, situação esta ensejadora da exclusão de ofício da empresa do regime do Simples Nacional, com fulcro no artigo 29, inciso VIII, da Lei Complementar nº 123, de 2006, devendo produzir efeitos a partir do primeiro mês da falta de escrituração, ou seja, janeiro de 2012, com impedimento à opção pelo Simples Nacional pelos 10(dez) anos-calendário seguintes ao último mês da insuficiência de escrituração (dezembro de 2014), com base no disposto no § 2º do artigo 29 da Lei Complementar 123, de 2006;

1.5. Desse modo, a empresa acima mencionada, sujeita-se à exclusão do SIMPLES NACIONAL, a partir de 01/01/2012, pois ficou caracterizado que, os Livros Caixas, referentes aos anos calendários 2012 e 2013 e a conta Caixa do ano-calendário 2014 não permitiram identificar a correta movimentação financeira, inclusive bancária, e, os créditos em contas bancárias não comprovadas referente aos anos calendários 2012 e 2014, caracterizam omissão de receitas, portanto, houve descumprimento reiterado da obrigação de emitir documentos fiscais de venda ou prestação de serviços, nos termos do artigo 29, incisos VIII e XI, da Lei Complementar 123, de 2006.

FUNDAMENTAÇÃO

1- O artigos 26, 28, e 29 da Lei Complementar nº 123/2006 dispõem o seguinte:

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

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

[...]

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

[...]

j) não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea “a” do inciso II do art. 97; (Redação dada pelo (a) Resolução CGSN nº 101, de 19 de setembro de 2012)

[...]

§ 2º O prazo de que trata o inciso IV do caput será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir

ou reduzir o pagamento de tributo apurável na forma do Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 2º)

CONCLUSÃO

Face aos elementos constantes do presente processo e a legislação acima transcrita, e:

CONSIDERANDO tudo o que consta da Representação para Exclusão do Simples Nacional de fls. 410 a 412 e nos demonstrativos constantes do arquivo não paginável que fazem parte da citada representação;

CONSIDERANDO que ficou comprovado nos autos que, a conta Caixa da Escrituração de 2014 e os livros Caixa referente aos anos-calendário 2012 e 2013 apresentados pelo interessada, não permitem a correta identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, não registrando toda a movimentação bancária;

CONSIDERANDO que a empresa devidamente intimada, não comprovou a maioria dos valores creditados/depositados em suas contas bancárias, e, os valores da receita bruta nas apurações mensais declaradas pela contribuinte estão muito aquém dos totais mensais das quantias dos créditos/depósitos líquido de devolução de cheques e comprovações de origem;

CONSIDERANDO que, os créditos em contas bancárias não comprovadas referente aos anos calendários 2012 e 2014, caracterizam omissão de receitas, portanto, houve descumprimento reiterado da obrigação de emitir documentos fiscais de venda ou prestação de serviços;

Tendo a contribuinte incorrido nas hipóteses de exclusão de ofício conforme prescreve o art. 29, incisos VIII e XI, da Lei Complementar (LC) nº 123, de 2006, proponho a exclusão da empresa do Simples Nacional, com efeito a partir de 01/01/2012, nos termos do § 1º do artigo 29 da Lei Complementar 123 de 2006.

DECISÃO

Diante do exposto, no uso da competência conferida pelos artigos 241 e 302 do Regimento Interno da SRF, aprovado pela Portaria MF nº 203/2012 e Artigo 3º, Inciso I da Portaria DRF/SJR nº 47, de 11 de outubro de 2016, e, a vista de todo o arrazoado que aprovo:

DETERMINO que a empresa retro identificada seja excluída da sistemática de pagamentos de tributos e contribuições federais de que trata o art. 3º da LC 123, de 2006, denominada Simples Nacional, pois restou configurada a hipótese de exclusão, prevista no art. 29, incisos VIII e XI, da LC nº 123, de 2006.

Os efeitos da exclusão obedecem ao disposto nos § 1º do art. 29, da LC nº 123, de 2006, ou seja, a partir de 01/01/2012.

No prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta decisão, a contribuinte poderá manifestar, por escrito, a inconformidade relativamente a sua exclusão do regime tributário do Simples Nacional, ficando-lhe assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Não havendo manifestação neste prazo, a exclusão tornar-se-á definitiva, ficando impedido a opção pelo Simples Nacional pelo 10(dez) anos calendários seguintes ao último mês da insuficiência de escrituração e falta de emissão de

documentos fiscais de venda ou prestação de serviço (dezembro de 2014), nos termos do § 2º do artigo 29, da LC nº 123/2006.

Proceda-se à exclusão da empresa do regime tributário do Simples Nacional e dê-se ciência a contribuinte, mediante a entrega de cópia desta decisão, da Representação para Exclusão do Simples Nacional de fls. 410 a 412, juntamente com os “Arquivos da Representação para exclusão do Simples” - Arquivo Não paginável anexado a fl. 413 e do Ato Declaratório Executivo nº 65/2016.

Cientificada da decisão contida no Decisório supra transcrito, bem como do Ato Declaratório de Exclusão, em 02/12/2016, interpôs a contribuinte manifestação de inconformidade, na qual alega inicialmente irregularidade na quebra de seu sigilo bancário. Teria a autoridade fiscal, segundo a perspectiva da manifestante, agido ilicitamente, ao requisitar e receber dos bancos informações sobre a movimentação financeira da empresa e utilizá-las em seu trabalho fiscal, sem motivação plausível e prévia autorização da fiscalizada.

Invoca princípios constitucionais diversos, mencionando a necessidade de motivação dos atos administrativos como requisito de validade para a prática de tais atos.

Prossegue citando jurisprudência dos Tribunais Superiores que entende caucionar suas arguições.

Perscrutando os itens da representação fiscal que embasou a exclusão do Simples, protesta a contribuinte contra as justificativas dadas para a aludida exclusão, aduzindo que não houve falta de escrituração de seu livro-caixa, tendo a fiscalização realizado conciliação entre a movimentação bancária e escrituração constante dos livros fiscais.

Além disso, a fiscalização alega que os montantes mensais da movimentação financeira escriturada pela WA são inferiores aos valores mensais movimentados nas instituições financeiras. Dessa maneira, também não cabe afirmar (art. 29, inciso III da LC) que os livros Caixa não permitiram a identificação da movimentação bancária, obviamente.

Assim, se o fisco afirma que constatou a existência de diferenças entre a escrituração e a Movimentação bancária, é por que esta faz parte da escrituração. Logo, ao considerar que faz parte do livro Caixa, então é inadmissível alegar que não permitiu a identificação da movimentação financeira, inclusive a bancária.

Ataca a seguir a apuração da omissão de receitas, já que essa se deu por meio de mera presunção legal ancorada no artigo 42, da Lei nº 9.430/96, e da qual resultou a exclusão da empresa da sistemática de recolhimento de impostos e contribuições pelo Simples Nacional. Cita doutrina para apoiar suas alegações.

Pleiteia ao final pelo acolhimento da Manifestação de Inconformidade, com o fito de que seja declarada a improcedência do Ato Declaratório Executivo nº 65, de 17 de novembro de 2016, e determinado o arquivamento do processo que ora se julga.

É o relatório.

Conselheiro José Roberto Adelino da Silva - Relator

Inconformada, a recorrente apresentou o Recurso Voluntário, tempestivo que apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, previstos no Decreto 70.235/72, e, portanto, dele eu conheço.

Assim como o fizera, por ocasião da manifestação de inconformidade, a recorrente questiona (agora no recurso) a quebra irregular do sigilo bancário da recorrente, a qual afirma ser ilícita e repetindo as mesmas razões e jurisprudência anteriores.

Assim, como medida de economia processual e por concordar com a decisão de primeira instância, peço vênica para transcrever o voto da DRJ, neste peculiar:

1.2 NULIDADE POR QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

A respeito do sigilo bancário e do direito à privacidade, no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31/12/1964, já havia ressalva no que tange à fiscalização tributária, *in verbis*:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.” [grifos acrescidos]

Como se constata, a lei já facultava ao fisco o acesso aos dados bancários do contribuinte, bastando a existência de processo fiscal instaurado e a consideração, pela autoridade competente, de sua indispensabilidade.

No mesmo diapasão, o art. 197 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172, de 1966) obriga as instituições financeiras a prestar informações à fiscalização tributária acerca dos bens, negócios ou atividade de terceiros:

“Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

[...]

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

[...]"

[Grifou-se]

Reforçando a prevalência do interesse coletivo, característico da fiscalização tributária, o sigilo bancário referido no caput do art. 38 da Lei nº 4.595, de 1964, foi expressamente afastado pelo art. 8º da Lei nº 8.021, de 14 de abril de 1990:

“Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento deste prazo, a penalidade prevista no §1º do art. 7º.” [Grifou-se]

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, a questão do direito à privacidade, no tocante à transferência de sigilo bancário pela Administração Fazendária, a despeito das discussões quanto à sua constitucionalidade, está disciplinada na Lei Complementar nº 105/2001, que tem a seguinte dicção (grifos acrescidos):

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

[...]

III- o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

[...]

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

[...]

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

[...] § 4o Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que

necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5o As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

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.

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”.

Ao admitir tal possibilidade de transferência de sigilo por parte da Administração Tributária, a mencionada lei complementar impôs determinados limites e procedimentos, sem a observância dos quais tal transferência se afigura manifestamente abusiva e nula. Três foram os principais balizamentos (limites) determinados pela Lei para tal tipo de intervenção da Administração Tributária:

a) As informações normalmente fornecidas pelas instituições financeiras à Administração Tributária, obtidas independentemente de procedimento específico de transferência de sigilo, restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (art. 5º, §2º da LC nº 105/2001);

b) Para obter informações pormenorizadas, além dos simples montantes globais mencionados no art. 5º, §2º da LC nº 105/2001, a autoridade interessada poderá abrir procedimento específico de transferência, consistente na Requisição de Informações sobre Movimentações Financeiras - RMF (art. 5o, §4º da LC nº 105/2001);

c) A obtenção de informações pormenorizadas quanto às movimentações financeiras do contribuinte, por meio de procedimento específico de transferência, está sujeita à configuração de um requisito de motivação a ser necessariamente declarado e demonstrado pela autoridade administrativa, a saber: (i) a existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e (ii) tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Desse modo, se pendia alguma dúvida quanto à legitimidade da ação fiscal em face do sigilo bancário prescrito pela Lei nº. 4.595, de 1964, deixou de existir em face do art. 8º da Lei nº 8.021, de 1990, e da Lei Complementar nº 105, de 2001, regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, em que é expressa a autorização para o exame fiscal das operações bancárias, sem prévia autorização judicial.

Por outro lado, os questionamentos trazidos pela contribuinte, em matéria de sigilo bancário, dirigem-se, à constitucionalidade da LC nº 105, de 2001, sendo certo que a competência dos órgãos administrativos de julgamento se restringe ao controle da legalidade dos lançamentos, ou seja, a verificação da correta subsunção dos fatos à lei. Não cabe à autoridade julgadora apreciar a validade de dispositivos legais

validamente editados, segundo o processo legislativo constitucionalmente estabelecido.

Longe de se admitir que os órgãos administrativos não devem respeito à Constituição Federal. O que se pretende é conferir concretude ao princípio constitucional da separação dos Poderes, com status de cláusula pétreia (art. 60, § 4º, da CF). Não pode a Administração Pública, por iniciativa própria, e sem intervenção do Poder Judiciário, negar validade e vigência à norma regularmente editada.

Saliente-se que atualmente encontra-se em vigor o art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, introduzido pela Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, que dispõe, in verbis:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Decorre daí que, no âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, somente sendo possível tal provimento aos casos de Lei ou ato normativo: que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, o que não se configura no presente caso.

...

Voltando ao caso em concreto, considerando a legislação discorrida e jurisprudência, não resta dúvida de que houve plena observância dos requisitos do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001. De se ver.

Da análise dos Autos, denota-se que a autoridade fiscal regularmente intimou a manifestante a apresentar extratos bancários, relação de contas de depósitos e contas correntes, dentre outras, para todo o período fiscalizado, bem como as denominações e códigos de compensação das respectivas instituições financeiras e o número das correspondentes agências bancárias. Houve ainda uma observação

para que, se assim desejasse, o sujeito passivo autorizasse a receita federal a solicitar diretamente às instituições financeiras documentação financeira diversa, conforme descrito no termo de intimação fiscal nº 2, fls. 08/11, itens 10 a 14.

Não tendo atendido a contento o que fora solicitado acima, por diversas vezes foi oportunizado à contribuinte o direito de apresentar documentação requisitada pela fiscalização, conforme se denota dos trechos abaixo destacados, retirados dos Autos (fls. 24, 51 e 52 , respectivamente):

...

Como não logrou êxito em sua tentativa de obter a documentação financeira (inclusive bancária) solicitada, outra alternativa não restou à autoridade que não a de requisitar informações junto às instituições financeiras correspondentes. A LC nº 105/2001 autoriza esse procedimento na hipótese de serem detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, para a adequada apuração dos fatos (art. 5º, § 4º) e, ainda, quando sejam considerados indispensáveis, pela autoridade administrativa competente, os exames dos registros de instituições financeiras (art. 6º).

In casu, consta que as RMF (fls. 69/74) foram expedidas pela autoridade competente, DRF São Jose do Rio Preto/SP, em 10.05.2016, no curso do procedimento fiscal, iniciado em 11.03.2016, com base no TDPF nº 08.1.07.00-2016-00053-9, e foram precedidas de intimações para que a própria contribuinte apresentasse os extratos bancários.

A Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira – RMF foi emitida devido à falta de apresentação de extratos bancários, em meio digital, de todas as contas-correntes, aplicações financeiras e cadernetas de poupança, tendo se revelado indispensável para o procedimento de verificação da regularidade fiscal da movimentação financeira da empresa.

Assim sendo, diante de tal quadro fático, e tendo em conta a plena vigência e eficácia da Lei Complementar nº 105, de 2001, cumpre declarar a validade da emissão dos RMF, e, conseqüentemente, das provas obtidas pela Administração Tributária acerca da movimentação financeira da empresa autuada, junto às instituições bancárias.

Portanto, como antes dito, considero irretocável a decisão da DRJ apenas acrescentando que não há nenhuma ilegalidade por parte da Fazenda ao examinar os depósitos bancários do contribuinte, nos estritos termos da LC 105/2001, acima transcrita.

De fato, a quebra do sigilo bancário, prescrito pela Lei nº. 4.595, de 1964, deixou de existir, para a autoridade fiscal, em face do art. 8º da Lei nº 8.021, de 1990, e da Lei Complementar nº 105, de 2001, regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, em que é expressa a autorização para o exame fiscal das operações bancárias, sem prévia autorização judicial.

Não cabe a este egrégio CARF discutir ilegalidade ou constitucionalidade de normas, sendo prerrogativa da justiça conforme Súmula 2 do CARF:

Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária..*

Com relação ao mérito, a recorrente, também, nada acrescentou ao que trouxera em sua manifestação de inconformidade, resumido a seguir:

- Entende ser descabida a exclusão do Simples, pois os elementos que lhe deram respaldo são insuficientes;
- Alega que não houve falta de escrituração do *livro-caixa*;
- Alega que a mera presunção de omissão de receita prevista no artigo 42 da Lei 9.430/96 não é motivo para a sua exclusão;
- alega que possíveis falhas de escrituração poderiam ser sanadas, ou suas conseqüências apuradas de acordo com a legislação, mas, nunca pela medida extrema de exclusão do Simples;
- novamente, cita a doutrina e jurisprudência de tribunais; e
- por fim, requer que seja julgado improcedente o Ao Declaratório 65/2016.

Aqui, novamente, peço a devida vênia para reproduzir o voto da DRJ, por concordar e por medida de economia processual.]

2. MÉRITO

O cerne do litígio que aqui se julga orbita em torno da exclusão da contribuinte da sistemática de recolhimento de tributos pelo Simples Nacional, devido à falta de escrituração do livro-caixa e omissão de receitas apurada pela autoridade fiscal, combatida pela contribuinte, que argumenta que ato de exclusão é irregular e não merece prosperar, tendo em vista que os elementos que lhe deram respaldo são insuficientes para determinar a inoportuna exclusão.

Nesse diapasão, convém mencionar o que a manifestante diz, no que concerne à falta de escrituração do livro-caixa:

Em primeiro lugar, é fato que não houve falta de escrituração do livro-caixa, pois consta expressamente do item 'I' da Representação Fiscal, que a fiscalização realizou a Conciliação entre a movimentação bancária e a escrituração constante dos livros. Então, é certo que os livros Caixa foram escriturados.

Além disso, a fiscalização alega que os montantes mensais da movimentação financeira escriturada pela WA são inferiores aos valores mensais movimentados nas instituições financeiras. Dessa maneira, também não cabe afirmar (art. 29, inciso III da LC) que os livros Caixa não permitiram a identificação da movimentação bancária, obviamente.

Assim, se o fisco afirma que constatou a existência de diferenças entre a escrituração e a Movimentação bancária, é por que esta faz parte da escrituração. Logo, ao considerar que faz parte do livro Caixa, então é inadmissível alegar que não permitiu a identificação da movimentação financeira, inclusive a bancária.

Da análise do Despacho Decisório proferido pela Autoridade Fiscal, infere-se que ela não afirma inexistência de escrituração, mas sim de insuficiência da citada escrituração, fato já argüido pela própria manifestante, conforme se denota do trecho acima retirado da manifestação de inconformidade por ela interposta.

Sim, é de se afirmar que os livros Caixa permitiram identificação da movimentação bancária, porém esta se encontra em total desconformidade à realidade localizada na movimentação bancária da contribuinte. Repise-se que toda a análise destas, conforme já exaustivamente tratado no item “1.2 nulidade por quebra de sigilo bancário”, foi executada em conformidade com o disposto na legislação vigente, qual seja, Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, não havendo que se falar em quebra irregular do sigilo bancário da empresa fiscalizada.

E não há que se falar em apuração de omissão de receitas com base em mera presunção, como tenta alegar a contribuinte. Cabe a ela, conforme disposição legal abaixo transcrita, titular de conta de depósito ou de investimento, mantida junto à instituição financeira, comprovar, mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos creditados nas em suas contas bancárias. Caso contrário, é válida a presunção legal, até prova em contrário a ser produzida pelo contribuinte, de ocorrência de omissão de receitas ou de rendimentos.

Art. 287. Caracterizam-se também como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (Lei nº.430, de 1996, art. 42).

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira (Lei nº 9.430, de 1996, art.42, § 1).

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo do imposto a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, § 2o).

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados os decorrentes de transferência de outras contas da própria pessoa jurídica (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, § 3, inciso I).

Art. 288. Verificada a omissão de receita, a autoridade determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração a que corresponder a omissão (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24).

No caso de pessoa jurídica, a comprovação deve ser facilitada pela regular observância das obrigações acessórias previstas na legislação, principalmente, aquelas vinculadas à manutenção de escrituração, nos termos da legislação comercial e fiscal – ou do livro caixa, se for o caso –, na qual deve estar escriturada toda a movimentação financeira da pessoa jurídica com a indicação da origem dos recursos. Verifica-se, assim, que a pessoa jurídica que regularmente cumpre as suas obrigações acessórias (ou deveres instrumentais) tem perfeitas e plenas condições de comprovar a natureza dos recursos depositados nas contas corrente de sua titularidade.

Na verdade, tal comprovação se impõe para que seja possível o exercício da competência da Administração Tributária de verificação do regular oferecimento à tributação e, conseqüentemente, do cumprimento das obrigações principais pelos contribuintes, prevista no art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, consolidado no Regulamento do Imposto de Renda – RIR, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999:

Determinação pela autoridade tributária

Art 9º

(...)

§ 1º - A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

§ 2º - Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no § 1º.

§ 3º - O disposto no § 2º não se aplica aos casos em que a lei, por disposição especial, atribua ao contribuinte o ônus da prova de fatos registrados na sua escrituração.

Entretanto, a contribuinte, apesar de regularmente intimada, se furtou a justificar a movimentação bancária NÃO escriturada, ou escriturados com contrapartida em contas distintas da conta Receita de Vendas das Mercadorias, não comprovando a origem dos recursos movimentados em suas contas correntes nos anos de 2012 a 2014, através de documentação hábil e idônea, devidamente escriturada em livros contábeis e fiscais.

Ressalte-se que a constatação da omissão de receitas operada pela autoridade fiscal, quando da emissão do ADE de exclusão da contribuinte da sistemática de recolhimentos de tributos para o Simples Nacional, originou posteriormente a lavratura de Auto de Infração, constante do Processo Administrativo Fiscal 16004.720026/2017-24, fls. 877/994, em que foram lançados todos os impostos e contribuições influenciados pela omissão de receitas não devidamente justificadas pela contribuinte. O Auto de Infração não foi impugnado e encontra-se em fase de cobrança, estando o Processo Administrativo respectivo apensado a este, de nº 16004.720275/2016-39, que ora julgamos.

Portanto, a argumentação de que a exclusão, e conseqüente tributação, deu-se com base em indícios, não se sustenta, face às das prescrições do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Trata-se de presunção legal de omissão de receitas em que o fato indiciário é a falta de comprovação acerca da origem dos recursos depositados nas contas correntes de titularidade da pessoa jurídica, e essa prova é bastante e suficiente para suportar a acusação. Se a interessada deixa de fazer a prova de que os recursos depositados não se configuram como receitas auferidas na sua atividade empresarial omitidas da tributação, então o lançamento de ofício, e conseqüente exclusão da sistemática do Simples Federal, é impositivo.

Diante de todo o exposto, e, não restando comprovada a origem dos recursos movimentados nas contas-correntes da defendente, voto para que seja mantida a presunção de omissão de receitas, e mantida a exclusão da contribuinte da sistemática de recolhimento de tributos para o Simples Nacional.

Saliente-se que a exclusão, nos termos em que decidido no ADE 65/2016, deve operar seus efeitos a partir do mês de janeiro de 2012, em conformidade ao disposto no Artigo 76, inciso IV, alíneas g e j, da Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

[...]

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

[...]

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

[...]

j) não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea “a” do inciso II do art. 97; (Redação dada pelo(a) Resolução CGSN nº 101, de 19 de setembro de 2012)

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, VOTO no sentido de JULGAR IMPROCEDENTE a manifestação de inconformidade contra o ADE nº 65/2016, que excluiu a contribuinte da sistemática de recolhimento de impostos e contribuições para o SIMPLES NACIONAL, mantendo referida exclusão a partir de 01/01/2012.

Portanto, nada tenho a acrescentar à decisão da DRJ quanto ao mérito.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade da quebra de sigilo bancário e, no mérito, nego provimento ao presente recurso, sem crédito tributário em litígio.

É como voto.

(assinado digitalmente)

José Roberto Adelino da Silva