ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 18470.729940/2015-06

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

| | |
|---|---|
| **Processo nº** | 18470.729940/2015-06 |
| **Recurso nº** | Voluntário |
| **Acórdão nº** | **1301-003.871 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária** |
| **Sessão de** | 14 de maio de 2019 |
| **Matéria** | SIMPLES NACIONAL |
| **Recorrente** | GALERIA 021 DESIGN E COMÉRCIO DE MÓVEIS EIRELI ME |
| **Recorrida** | FAZENDA NACIONAL |

**ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL**

Ano-calendário: 2011

INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 02

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

EXCLUSÃO DO SIMPLES.

A negativa em apresentar a movimentação financeira, inclusive bancária, dá ensejo à exclusão do Simples Nacional, nos termos do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006. A apresentação do livro Diário, sozinho, não permite a identificação da movimentação financeira.

LUCRO ARBITRADO. ESCRITURAÇÃO IMPRESTÁVEL PARA IDENTIFICAR MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA.

Não logrando o contribuinte afastar a acusação de imprestabilidade da escrituração, cabe o arbitramento do lucro.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da estreita relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em: (i) rejeitar as preliminares arguidas; (ii) no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, tanto no tocante à exclusão do Simples, quanto em relação aos autos de infração para exigência de crédito tributário; e (iii) determinar à unidade de origem que oficie o Tribunal de Ética e Disciplina da Seccional da OAB do Rio de Janeiro nos termos do voto do relator. O

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza acompanhou o voto do relator somente em relação às questões ligadas à exigência do crédito tributário.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Carlos Augusto Daniel Neto - Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Giovana Pereira de Paiva Leite, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, José Roberto Adelino da Silva (suplente convocado) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente). Ausente a Conselheira Bianca Felícia Rothschild, substituída pelo Conselheiro José Roberto Adelino da Silva.

## Relatório

Tratam-se de Autos de Infração lavrados contra o Contribuinte em epígrafe, para a cobrança de IRPJ, CSLL, PIS/PASEP e COFINS, em razão das seguintes infrações:

> *i) omissão de receita da atividade caracterizada por vendas realizadas sem emissão de notas fiscais;*
>
> *ii) omissão de receita em face de depósitos bancários de origem não comprovada, e*
>
> *iii) omissão de receita bruta na revenda de mercadorias.*

O lucro foi arbitrado em razão da imprestabilidade da escrita para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária (Art. 530, inciso II, alínea a, do RIR/1999).

A empresa foi excluída de ofício do Simples Nacional, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2011, e 1º de agosto de 2015, conforme Representação para Fins de Exclusão do Simples Nacional (fls. 1832/1840), Ato Declaratório Executivo nº 460 e Ato Declaratório Executivo nº 461, ambos de 27 de outubro de 2015(fl. 1997/1998).

As causas da exclusão foram i) ausência de escrituração do livro caixa com a identificação da movimentação financeira e ii) embaraço à fiscalização. Foi responsabilizado solidariamente por excesso de poder, infração de lei e contrato social o Sr. Márcio Lewkowicz, na qualidade de administrador da pessoa jurídica à época dos fatos - art. 135, III, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

A contribuinte apresentou manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples Nacional (fls. 1625/1633), bem como, impugnação ao lançamento (fls. 2119/2134).

A DRJ julgou improcedente o pleito do Contribuinte, razão pela qual o mesmo apresentou Recurso Voluntário, aduzindo os seguintes pontos:

*a) Cerceamento do direito de defesa pelo fato da Secretaria da Fazenda do RJ não ter fornecido as suas notas fiscais dos anos 2011 a 2013, e que a manifestação dos clientes comprovou as operações realizadas;*

*b) Ausência de elementos para a exclusão do Simples Nacional;*

*c) Inconstitucionalidade do art. 42 da Lei nº 9.430/96;*

*d) Ausência de fundamento para o arbitramento do lucro e aplicação da Súmula CARF nº 96;*

*e) Aduz o caráter confiscatório da multa aplicada;*

*f) Cobrança em duplicidade, sobre os valores depositados em conta bancária e os valores da vendas sem nota fiscal.*

Após o seu Recurso, em 12/07/2018, o Contribuinte juntou petição anexando Despacho exarado pelo Excelentíssimo Juiz de Direito, Sr. Sérgio Fernando Moro (fls.2290), determinando a restrição no compartilhamento de provas oriundas dos inquéritos da "Operação Lava-Jato", e pleiteou a nulidade da autuação.

O Colegiado entendeu por converter o julgamento em diligência, por meio da Resolução nº 1301-000.640, para que a Procuradoria da Fazenda se manifestasse sobre a alegação de nulidade das provas compartilhadas, sendo apresentada às fls. 2318 e ss. decisão judicial que autoriza o compartilhamento, datado de 03/07/2018.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto - Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido por este Colegiado.

**Em primeiro lugar**, há que se tratar da questão que justificou a conversão do julgamento em diligência: o compartilhamento de provas obtidas na operação "Lava Jato", em especial os extratos bancários da empresa.

Em **12/07/2018** o Contribuinte, por meio de seus patronos, apresentou petição alegando a nulidade das provas (fls. 2294 e ss.), em razão de decisão datada de **02/04/2018**, que restringia esse compartilhamento com outros órgãos (fl. 2290).

Entretanto, a PFN comprovou que em **03/07/2018** o juiz Sérgio Moro exarou nova decisão, autorizando expressamente o compartilhamento de provas com a Receita Federal, o que o fez após oportunidade dada pelo Colegiado, nos seguintes termos (fl. 2320):

> *Então, relativamente às decisões de 02/04 e de 13/06/2018, eventos 12 e 21, acolho o requerido pela Receita Federal e pelo MPF para autorizar a utilização da prova compartilhada, sem restrições, para lançamento e cobrança de tributos, incluindo as multas pertinentes, mesmo contra colaboradores ou empresas lenientes.*

Como se vê, **nove dias** antes da petição juntada pelo contribuinte a decisão que invocava como fundamento da nulidade ***já havia sido cassada pelo juiz prolator***.

Causa espécie a este relator a apresentação da referida petição mais de **três meses após a prolação da decisão invocada, e poucos dias após a sua cassação**. No momento do peticionamento, resta fora de dúvida que o ponto alegado não condizia com a verdade, podendo a referida informação, inclusive, induzir o Colegiado a erro.

As circunstâncias concretas verificados são fortes indícios da ocorrência de infração disciplinar descrita no art. 34, XIV da Lei nº 8.906

> *Art. 34. Constitui infração disciplinar:*
>
> *XIV - **deturpar o teor de** dispositivo de lei, de citação doutrinária ou **de julgado**, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, **para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa**;*

Entretanto, a perquirição e o juízo acerca da ocorrência ou não do ilícito disciplinar fogem à alçada deste Colegiado, cabendo ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB a instauração, **de ofício**, de processo competente sobre ato ou matéria que considere passível de configurar, em tese, infração a princípio ou norma de ética profissional, nos termos do art. 50 do Código de Ética da OAB.

*Desse modo, entendo que deve o Tribunal de Ética e Disciplina da Seccional da OAB do Rio de Janeiro, à qual os advogados subscritores da petição de fls. 2294 e ss são vinculados, ser oficiado dos fatos acima narrados para, entendendo haver justa causa para tanto, instaurar o procedimento de apuração de infração disciplinar, com oportunização de ampla defesa e contraditório*.

De qualquer modo, não procede a nulidade apontada.

**Em segundo lugar**, o contribuinte aduz também a inconstitucionalidade do art. 42 da Lei nº 9.430/96 e a confiscatoriedade da multa aplicada, o que implicaria também na sua declaração de inconstitucionalidade.

Quanto ao RE nº 855.649, é de se frisar que o mesmo se encontra pendente de julgamento, tendo sido apenas reconhecida a repercussão geral da discussão, razão pela qual não impacta no presente julgamento.

Nos termos da Súmula CARF nº 02 ("O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.") e do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, não pode o CARF deixar de aplicar regra legal válida, vigente e eficaz, sob o fundamento de inconstitucionalidade.

Portanto, devem ser rechaçados esses dois pontos.

Da mesma forma, a preliminar de cerceamento do direito de defesa não deve prosperar, visto que as notas fiscais foram emitidas pela Recorrente e deveriam estar em sua guarda, para fins de apresentação. Não cabe falar em nulidade caso não se encontrem presentes as circunstâncias previstas pelo art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Assim, tendo sido a interessada cientificada plenamente da infração que lhe foi imputada, sendo-lhe concedido prazo regulamentar para apresentação do contraditório, o que ensejou a oportunidade de defesa, não merece acolhida a solicitação de nulidade do

procedimento fiscal, uma vez que não restou configurada violação ao princípio do contraditório.

**Em terceiro lugar**, aduz a ausência de elementos para a exclusão do Simples Nacional.

As causas da exclusão indicadas no TVF foram i) ausência de escrituração do livro caixa com a identificação da movimentação financeira e ii) embaraço à fiscalização.

Há que se observar que em relação ao período objeto da fiscalização que gerou o presente processo, o fundamento da exclusão do Simples foi a falta de escrituração do livro-caixa, bem como a não permissão de identificação da movimentação financeira, inclusive bancária, nos termos do art. 29, VIII da Lei Complementar nº 123/2006, conforme Ato Declaratório Executivo de fls. 1997. O ADE nº 461/2015 (fl. 1998) somente surtiu efeitos a partir de 1º de janeiro de 2015, se fundou no embaraço à fiscalização, nos termos do art. 29, II da LC nº 123/2006 - haja vista que o embaraço ocorreu apenas durante a fiscalização.

As disposições legais mencionadas dispõem o seguinte:

> *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;***

Com a devida vênia, a descrição dos fatos feita no TVF demonstra de forma clara que o contribuinte incorreu nessas duas hipóteses de exclusão do Simples Nacional. Fica constatado que o contribuinte foi intimado diversas vezes a apresentar a sua movimentação bancária, tendo respondido apenas que "*quanto aos extratos bancários, [que] deixa de apresentar por se tratar de documento de mera conferência, sem guarda obrigatória pelo contribuinte*".

A fiscalização pontuou muito bem que sem a apresentação do Razão relativo ao ano de 2011, é impossível saber a movimentação das contas contábeis da empresa, visto que o Diário registra todas as movimentações diárias relativas ao faturamento, recebimento, pagamentos etc. O Diário, referente ao ano-calendário 2011, não permite a identificação da movimentação financeira, pois inexistem lançamentos contábeis a escriturar as entradas e saídas verificadas na conta nº 126861, mantida no Banco do Brasil S/A (Agência nº 3441), razão pela qual os extratos deveriam ter sido apresentados.

Conforme dispõe a Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94/2011, em seu art. 61:

> Art. 61. A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional deverá adotar para os registros e controles das operações e prestações por ela realizadas: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 26, §§ 2 º e 4 º )
>
> I - Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira e bancária;
>
> II - Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário, quando contribuinte do ICMS;
>
> III - Livro Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A, destinado à escrituração dos documentos fiscais relativos às entradas de mercadorias ou bens e às aquisições de serviços de transporte e de comunicação efetuadas a qualquer título pelo estabelecimento, quando contribuinte do ICMS;
>
> IV - Livro Registro dos Serviços Prestados, destinado ao registro dos documentos fiscais relativos aos serviços prestados sujeitos ao ISS, quando contribuinte do ISS;
>
> V - Livro Registro de Serviços Tomados, destinado ao registro dos documentos fiscais relativos aos serviços tomados sujeitos ao ISS;
>
> VI - Livro de Registro de Entrada e Saída de Selo de Controle, caso exigível pela legislação do IPI.
>
> (...)
>
> **§ 3 º A apresentação da escrituração contábil, em especial do Livro Diário e do Livro Razão, dispensa a apresentação do Livro Caixa.** (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2 º , inciso I e § 6 º )."

Além disso, conforme Resolução CFC nº 1115/2007, interpretada pela ITG 2000 - Escrituração Contábil, veiculada pela Resolução CFC nº 1330/2011: "9. ***Os livros contábeis obrigatórios, entre eles o Livro Diário e o Livro Razão,em forma não digital, devem revestir-se de formalidades extrínsecas***, tais como:serem encadernados;terem suas folhas numeradas sequencialmente;conterem termo de abertura e de encerramento assinados pelo titular ou representante legal da entidade e pelo profissional da contabilidade regularmente habilitado no Conselho Regional de Contabilidade".

Portanto, o Diário não é suficiente para atender às informações pleiteadas pela fiscalização, razão pela qual entendo justificada a exclusão do Simples, improcedente o pleito do contribuinte a esse respeito.

Ademais, o fato das informações bancárias terem sido posteriormente obtidas a partir de compartilhamento de provas não ilide a ocorrência de embaraço à fiscalização, razão pela qual continua incidindo a regra citada acima ao caso em tela.

Quanto à apreensão de documentos por decisão judicial não atinge os livros e documentos referentes ao ano-calendário 2011, conforme a própria defesa se refere.

Por fim, as instâncias julgadoras não são obrigadas à conversão do julgamento em diligência, como pretende o Contribuinte, para verificar informações contábeis

e fiscais que deveriam ter sido fornecidas pela Recorrente durante a fiscalização, razão pela qual não há qualquer nulidade no termo de exclusão do Simples.

**Em quarto lugar**, o contribuinte aduz que o arbitramento do lucro foi medida incompatível com os fatos apurados, haja vista a Recorrente ter apresentado todos os livros exigidos pela legislação do Simples Nacional.

Novamente, entendo não prosperar a alegação do contribuinte. Como apontado anteriormente, o Contribuinte apresentou, para o ano de 2011, apenas o seu Diário, sendo impossível verificar a sua movimentação financeira exclusivamente com base nesse livro contábil. Nos termos do art. 530 do RIR/99:

> *Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):*
>
> *I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;*
>
> ***II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar** evidentes indícios de fraudes ou **contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:***
>
> ***a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou***
>
> ***b) determinar o lucro real;***
>
> ***III o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal**, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;*
>
> *IV o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;*
>
> *V o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);*
>
> ***VI o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.***

A fiscalização assim se manifestou:

> No caso concreto, como relatado, o contribuinte, por meio de petição apresentada por sua procuradora, **aduziu, "quanto aos extratos bancários, [que] deixa de apresentar por se tratar de documento de mera conferência, sem guarda obrigatória pelo contribuinte".**
>
> Isto é, o contribuinte expressamente se recusou a disponibilizar os documentos que deveriam dar suporte à sua escrituração comercial, especificamente em relação à movimentação financeira verificada nos anos-calendário 2011, 2012 e 2013.
>
> Por outro lado, quando se analisa os livros apresentados à fiscalização, apuramos que o contribuinte não faz lançamentos individuais para registrar cada crédito ocorrido na conta bancária, o que permitiria identificar com precisão a origem da movimentação financeira.
>
> Quanto aos anos-calendário 2011 e 2012, sequer existem lançamentos globais.
>
> Explica-se melhor.
>
> A contabilidade deve escriturar toda a movimentação financeira, inclusive bancária, contendo a movimentação das contas: caixa, bancos conta corrente, bancos conta aplicações, numerários em trânsito, entre outras. O livro que contém o movimento dessas contas é o Livro Razão. Já no Livro Diário, registram-se todas as movimentações diárias relativas ao faturamento, recebimentos, pagamentos, aplicações e transações bancárias e outros fatos contábeis.
>
> Acontece que não foi apresentado o Razão, em relação ao ano-calendário 2011.
>
> Ademais, o Diário, referente ao ano-calendário 2011, não permite a identificação da movimentação financeira, pois inexistem lançamentos contábeis a escriturar as entradas e saídas verificadas na conta nº 126861, mantida no Banco do Brasil S/A (Agência nº 3441).
>
> O contribuinte também não apresentou o Razão, referente ao ano-calendário 2012.

Não resta dúvidas que as circunstâncias concretas se enquadravam em hipótese de arbitramento de lucros, o que foi feito pela fiscalização, com base na receita bruta conhecida, apurada com base na aplicação das regras de omissão de receitas e com base nas declarações do contribuinte.

Entendo correto, nesse ponto, o arbitramento do lucro.

Ademais, a aplicação da Súmula CARF nº 96 exigiria que a multa tivesse sido **agravada** pela não apresentação dos livros e documentos da escrituração, o que não ocorreu. A multa foi qualificada, no montante de 150%, razão pela qual é inaplicável a súmula invocada.

**Em quinto lugar**, quanto à alegação de cobrança em duplicidade.

A Recorrente afirma que os valores dos depósitos bancários correspondem às suas vendas para as quais foram emitidas notas fiscais por isso, considera haver duplicidade de cobrança. Os depósitos bancários não tiveram causa e origem comprovadas à evidência. As notas fiscais existentes e conseguidas em procedimento de diligência fiscal foram devidamente consideradas. Não foram apresentadas quaisquer outras notas fiscais agora ou na impugnação que pudesse comprovar essa alegação, razão pela qual não vislumbro sua procedência.

**Por fim**, as considerações despendidas para o IRPJ são válidas para os demais tributos em face da relação de decorrência.

Ante o exposto, voto por rechaçar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário, tanto no tocante à exclusão do Simples, quanto em relação aos autos de infração para exigência de crédito tributário.

Além disso, que se notifique o Tribunal de Ética e Disciplina da Seccional da OAB do Rio de Janeiro, à qual os advogados subscritores da petição de fls. 2294 e ss. são vinculados, ser oficiado dos fatos acima narrados para, entendendo haver justa causa para tanto, instaurar o procedimento de apuração de infração disciplinar, com oportunização de ampla defesa e contraditório.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Carlos Augusto Daniel Neto