



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

Processo nº 19515.004294/2007-51
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-002.910 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de março de 2018
Matéria Omissão de Receitas
Recorrente AWA SUPERSELL COM. DESCARTAVEIS HIGIENE E LIMPEZA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003

Ementa:

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. Não tendo o contribuinte apresentado documentação hábil a comprovar a origem dos depósitos bancários, deve o lançamento ser julgado procedente.

EXCLUSÃO RETROATIVA DO SIMPLES. INTERPOSTAS PESSOAS. A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior, prevendo a legislação a exclusão retroativa, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema.

O ato de exclusão ex officio do Simples constitui procedimento destinado a alterar o regime tributário a que se submete o contribuinte, medida esta que deverá ser implementada pela autoridade fiscal, no momento em que verificar quaisquer das condições impeditivas previstas no art. 14 da Lei nº 9.317/1996. Os efeitos serão retroativos, observadas as hipóteses previstas no art. 15 desta mesma lei.

MULTA. APLICAÇÃO. O CARF não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula nº 02 do CARF).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto- Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Roberto Silva Junior, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Nelso Kichel, José Eduardo Dornelas Souza, Milene de Araújo Macedo e Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

Trata-se o presente processo de autuação fiscal decorrente omissão de receitas no ano-calendário de 2003, o que culminou com a lavratura dos autos de infração (fls. 754/789) exigindo os créditos tributários relativos ao Simples.

Vejam os descrições dos fatos do auto de infração e seus desdobramentos, conforme se extrai do relatório constante no Acórdão nº 16-26.150 prolatado pela 1ª Turma da DRJ/SP1 (fls. 913/915):

As infrações apuradas correspondem a:

- 1- Omissão de Receitas — Depósitos bancários não escriturados, e
- 2- Insuficiência de recolhimento.

A apuração detalhada dos fatos e da base de cálculo constam do Termo de Verificação Fiscal de fls. 730 a 737, que faz parte integrante dos autos de infração.

O contribuinte foi cientificado do Termo de Verificação Fiscal e dos Autos de Infração em 16/01/2008 e apresentou em 14/02/2008, a impugnação de fls. 794 a 806 contra os autos de infração.

Tendo em vista o procedimento fiscal, a autoridade autuante protocolou a Representação Fiscal para Exclusão de Ofício do Simples do contribuinte do regime de tributação Simples, cujo o processo nº 19515.004295/2007-04 foi anexado aos presentes autos, As fls. 828 a 891. Como consequência, foi expedido o Ato Declaratório Executivo Dicat/Derat/SPO nº 310, de 22/02/2008 (fl. 850).

Notificado da decisão que o excluiu do Simples em 06/03/2008 (fl. 851-verso), o interessado apresentou, a manifestação de inconformidade de fls. 853 a 855, recebida em 03/04/2008, em que alega, resumidamente que:

- A requerente tomou ciência do Ato Declaratório Executivo pelo qual foi excluída do Simples a partir do dia 01/01/2004;

- Alega a fiscalização que a receita bruta da impugnante, no ano-calendário 2003, ultrapassou o limite legal. Ocorre que a exclusão da requerente do Simples a partir do dia 01/01/2004 vem sendo discutida administrativamente no processo nº 19515.004294/2007-51;

- Diante da lavratura do auto de infração nº 1.9515.004294/2007-51, a requerente apresentou sua impugnação suscitando que a sua exclusão do Simples,

com o conseqüente lançamento de ofício de valores de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e contribuições ao INSS, afronta o princípio da irretroatividade da lei tributária, preconizado no art. 150, III, "a" da CF/88, bem como no art. 106 do CTN;

- A impugnação apresentada está pendente de julgamento, situação que leva à suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Desta forma, o processo nº 19515.004294/2007-51 e o Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 310/2008 devem ter o tramite suspenso, haja vista que a exclusão da requerente do Simples a partir do dia 01/01/2004 está sendo discutida administrativamente, diante da apresentação de impugnação administrativa no processo nº 19515.004294/2007-51, situação que instaurou a fase litigiosa, nos termos do art. 14 e seguintes do Decreto nº 70.235/72;

- Requer a suspensão do processo nº 19515.004294/2007-51 e do Ato Declaratório Executivo Derat/SPO nº 310/2008 até decisão definitiva a ser proferida no processo nº 19515.004294/2007-51.

A DRJ, ao analisar a impugnação de fls 915/923, julgou improcedente, mantendo na íntegra a exigência fiscal.

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (933/942), no qual repisa os argumentos da Impugnação e contesta os motivos que levaram à DRJ a julgar seu pedido improcedente.

Eis a síntese do necessário. Passo a decidir.

Voto

Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Relator.

O recurso voluntário foi tempestivamente interposto e atende os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Cuida o presente processo de auto de infração referente à créditos tributários relativo ao Simples Nacional no valor R\$ 377.746,55 (fls. 754 a 757); à Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS-Simples, crédito tributário de R\$ 377.746,55 (fls. 762 a 765); à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL-Simples, crédito tributário de R\$ 581.148,61 (fls. 770 a 773); à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS-Simples, crédito tributário de R\$ 1.1162.297,29 (fls. 778 a 781) e à Contribuição para Seguridade Social — INSS-Simples, crédito tributário de R\$ 2.498.939,20 (fls. 786 a 789), referentes aos fatos geradores ocorridos no ano de 2003, acrescidos de multa e juros de mora.

As infrações cometidas são decorrentes de: (i) Omissão de Receita - Depósitos bancários não escriturados; (ii) Insuficiência de recolhimento.

Conforme TVF (fls. 730/737), a fiscalização constatou divergência entre a movimentação financeira não comprovada pelo contribuinte e sua escrituração, bem como com a receita declarada em sua PJSI/2004, de modo que foi efetuado o lançamento fiscal, com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96.

A verificações ficiais se deu de forma individualizadas por instituição financeira, abaixo relacionadas, confrontando os valores da sua movimentação financeira constantes do extratos apresentados e sua escrituração:

- a) Banco Bradesco – Ag. 2017-6 – C/C: 5.394-5 – fls. 38 a fls 158
- b) Banco Unibanco – Ag. 058 – C/C: 650576-0 – fls. 159 a fls.318
- c) Banco do Brasil – Ag. 3076-7 – C/C: 22.000-0- fls. 319 a fls.393
- d) Banco Banespa – Ag. 0437 – C/C: 13-001320-4- fls. 397 a fls.555
- e) Banco Itaú – Ag. 0762 – C/C 52307-4 – fls.556 a fls.559
- f) Banco Nossa Caixa – Ag. 0422-7 – C/C: 01- fls. 560 a fls.562

Tendo em vista que a Recorrente foi regularmente intimada e não comprovou, por meio de documentação hábil e idônea, a origem dos creditados/débitos em contas-bancárias no ano-calendário de 2004, a fiscalização entendeu ser tributáveis os seguintes valores:

10.1 - RESUMO DOS CRÉDITOS BANCÁRIOS PARA COMPROVAÇÃO DE ORIGEM							
Mês	Bco do Brasil	Unibanco	Bradesco	Itaú	Nossa Caixa	Banespa	Total
Janeiro	64.959,67	374.324,10	740.408,24	0,00	0,00	400.479,44	1.580.171,45
Fevereiro	58.848,04	418.697,66	731.450,12	0,00	295,20	370.573,69	1.579.864,71
Março	44.372,73	518.578,43	520.940,42	0,00	0,00	430.383,51	1.514.275,09
Abril	51.551,64	325.248,74	674.331,50	11.317,80	22.521,00	476.587,53	1.561.558,21
Maio	48.587,45	397.365,09	513.282,97	32.245,00	8.652,00	420.170,94	1.420.303,45
Junho	77.615,47	479.728,13	535.518,46	15.650,88	7.150,96	308.568,91	1.424.232,81
Julho	66.990,87	688.775,22	679.200,15	22.348,74	4.758,29	334.023,05	1.796.096,32
Agosto	88.041,12	493.487,73	740.954,38	14.806,28	435,00	317.917,66	1.655.642,17
Setembro	52.687,76	654.039,97	1.905.765,49	26.034,29	12.240,00	360.205,83	3.010.973,35
Outubro	41.435,67	625.792,63	858.622,81	16.562,92	15.425,00	366.391,13	1.924.230,16
Novembro	32.999,03	544.071,21	745.703,03	17.665,06	147,00	312.328,42	1.652.913,75
Dezembro	68.952,05	596.002,78	740.734,25	58.892,15	4.092,40	398.964,49	1.867.638,12
Total	697.041,50	6.116.111,69	9.386.911,83	215.523,12	75.716,85	4.496.594,60	20.987.899,59

Diante do exposto, foi constituído o respectivo crédito tributário, perfazendo o montante total de R\$ 4.997.878,20.

Em face do procedimento fiscal, a autoridade autuante protocolou a Representação Fiscal para a Exclusão de Ofício do Simples do contribuinte do regime de tributação Simples, cujo processo nº 19515.004295/2007-04 foi anexado aos presentes autos, As fls. 828 a 891. Como consequência, foi expedido o Ato Declaratório Executivo Dicat/Derat/SPO nº 310, de 22/02/2008 (fl. 850).

Isso porque, de acordo com a legislação atinente ao Simples à época dos fatos geradores, a empresa de pequeno porte (EPP) que ultrapassar a receita bruta de R\$ 1.200.000,00, deverá ser excluída do Simples, a partir do ano-calendário seguinte. Como a contribuinte acabou passando o referido limite no ano-calendário de 2003, esta acabou sendo desenquadrada do Simples.

Em sua defesa, a Recorrente alega que a exclusão do Simples, com o conseqüente lançamento de ofício afronta princípio da irretroatividade da lei tributária, nos termos do art. 106 do CTN, *in verbis*:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática

Isso porque o referido princípio deflui da necessidade de assegurar-se às pessoas da segurança e certeza quanto a seus atos pretéritos em face da lei. Assim, quando a lei pretender agravar encargos, só poderá atingir situações futuras.

Assim, a Recorrente entende que somente a lei benéfica pode retroagir, o que não se aplica ao caso em comento, tendo em vista que a exclusão com efeito retroativo desestrutura a contabilidade da empresa, de formar a atingir o patrimônio da empresa, o que fere a constituição, conforme a vedação ao confisco (art. 150, VI, CF).

Desse modo, a desconstituição de ato ou situação jurídica seria mais prejudicial do que benéfica. Assim, a Recorrente requer seja reconhecida a inexistência da infração imputada, declarando a autuação nula.

Com relação aos percentuais da multa aplicada em 75%, a Recorrente alega que teria o viés confiscatório, tendo em vista não guardar proporcionalidade com realidade dos fatos, desrespeitando os princípios constitucionais do não confisco, da proporcionalidades. Igualmente questiona inconstitucionalidade da Taxa Selic.

A decisão da DRJ destaca o fato que a Recorrente foi desenquadrada do regime Simples como conseqüência das irregularidade fiscais no ano-calendário 2003 (omissão de receita e insuficiência recolhimento) que resultaram nos lançamentos fiscais, objeto do presente processo.

Adiante transcreveu os artigos em que pontuam as situações de ingresso, permanência ou exclusão do regime simplificado, contidos na Lei nº 9.317/96. Confira-se:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - microempresa, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais);

II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica que tenha auferida no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). (Re dada pela Lei nº9.732, de 11.12.1998)

§ 1º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, os limites de que tratam os incisos I e II serão proporcionais ao número de meses em que a pessoa jurídica houver exercido atividade, desconsideradas as frações de meses.

§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

I-na condição de microempresa, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais); (Redação dada pela Medida Provisória nº2.189-49, de 2001)

II -na condição de empresa de pequeno porte, que tenha auferido, no ano-calendário

imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais); (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.189- 49, de 2001)

Art. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

Art. 13. A exclusão mediante comunicação da pessoa jurídica dar-se-á:

I - por opção;

II - obrigatoriamente, quando:

a) incorrer em qualquer das situações excludentes constantes do art. 9º;

b) ultrapassado, no ano-calendário de início de atividades, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período.

§ 1º A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral.

§ 2º A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), estará excluída do SIMPLES nessa condição, podendo mediante alteração

cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso do inciso II e do parágrafo anterior, a comunicação deverá ser efetuada:

a) até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente àquele em que se deu o excesso de receita bruta, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 90 •

b) até o último dia útil do mês subsequente àquele em que houver ocorrido o fato que deu ensejo à exclusão, nas hipóteses dos demais incisos do art. 9º e da alínea "h" do inciso II deste artigo.

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

I - exclusão obrigatória, nas formas do inciso II e § 2º do artigo anterior, quando não realizada por comunicação da pessoa jurídica;

II - embargo à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional);

III - resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades da pessoa jurídica ou se encontrem bens de sua posse ou propriedade;

IV - constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionista, ou o titular, no caso de firma individual;

V - prática reiterada de infração à legislação tributária;

VI - comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho;

VII - incidência em crimes contra a ordem tributária, com decisão definitiva.

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

I - a partir do ano-calendário subsequente, na hipótese de que trata o inciso I do art. 13;

II - a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, ainda que de ofício, em virtude de constatação de situação excludente prevista nos incisos III a XVIII do art. 9º; (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

III - a partir do início de atividade da pessoa jurídica, sujeitando-a ao pagamento da totalidade ou diferença dos respectivos impostos e contribuições, devidos de conformidade com as normas gerais de incidência, acrescidos, apenas, de juros de mora quando efetuado antes do início de procedimento de ofício, na hipótese do inciso II, "b", do art. 13

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e lido art. 9';

V - a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados nos incisos II a VII do artigo anterior.

§ 1º A pessoa jurídica que, por qualquer razão, for excluída do SIMPLES deverá apurar o estoque de produtos, matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem existente no último dia do último mês em que houver apurado o IPI ou o ICMS de conformidade com aquele sistema e determinar, a partir da respectiva documentação de aquisição, o montante dos créditos que serão passíveis de aproveitamento nos períodos de apuração subsequentes.

§2º O convênio poderá estabelecer outra forma de determinação dos créditos relativos ao ICMS, passíveis de aproveitamento, na hipótese de que trata o parágrafo anterior.

§ 3º A exclusão de ofício dar-se-á mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo. (Incluído pela Lei nº9.732, de 11.12.1998)

§4º Os órgãos de fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social ou de qualquer entidade conveniente deverão representar à Secretaria da Receita Federal se, no exercício de suas atividades fiscalizadoras, constatarem hipótese de exclusão obrigatória do SIMPLES, em conformidade com o disposto no inciso II do art. 13. (Incluído pela Lei nº9.732, de 11.12.1998)

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Portanto, infere-se que, de acordo com a legislação vigente à época dos fatos geradores, a empresa de pequeno porte — EPP (enquadramento da Recorrente) que ultrapassar no ano-calendário a receita bruta de R\$ 1.200.000,00, deverá ser excluída do Simples, a partir do ano-calendário seguinte em que ultrapassado o limite estabelecido, no presente caso, 2004.

Esta situação foi deflagrada pela autoridade fiscal ao término do procedimento fiscal realizado para o ano-calendário de 2003, conforme relatado no Termo de Verificação Fiscal, o que culminou na sua exclusão.

Assim, a decisão concluiu que não assiste razão à tese da irretroatividade da legislação tributário, tendo em vista que não foi apresentada qualquer alegação pertinente aos autos de infração.

Concordo, com a decisão de primeira instância.

De fato, a Recorrente não combate o objeto da atuação fiscal, qual seja, a omissão de receitas que o fez ultrapassar o limite em relação a receita bruta prevista para permanência no sistema simples, apesar se limitou sua alegação no que cinge a irretroatividade da lei tributária, nos termos do art. 106 do CTN.

Isso porque, o presente caso, ocorreu a causa de exclusão do simples pelo fato do contribuinte ter despeitado o critério objeto disposto na Lei que versa sobre o simples, e não a instituição ou majoração de tributos, e como consequência a mudança da forma pretérita de quantificação do tributo a pagar, bem como e não a inalcançabilidade dos fatos geradores passados.

Portanto, o presente caso não guarda qualquer relação com a finalidade do princípio da retroatividade. Esse colegiado já se manifestou sobre a questão, conforme ementa seguir:

EXCLUSÃO RETROATIVA DO SIMPLES. INTERPOSTAS PESSOAS. A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior, prevendo a legislação a exclusão retroativa, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema.

O ato de exclusão ex officio do Simples constitui procedimento destinado a alterar o regime tributário a que se submete o contribuinte, medida esta que deverá ser implementada pela autoridade fiscal, no momento em que verificar quaisquer das condições impeditivas previstas no art. 14 da Lei nº 9.317/1996. Os efeitos serão retroativos, observadas as hipóteses previstas no art.15 desta mesma lei. (Acórdão nº 1302002.070 – 3ª Câmara/2ª Turma Ordinária –Sessão de 21 de Março de 2017)

Assim, não faço reparos ao quanto decidido em primeira instância, pois de fato houve exclusão do Simples, sendo descabido o quanto alegado pela Recorrente nesse tocante.

Multa de Ofício

O Recorrente alega que a multa aplicada de 75% é desproporcional, desarrazoada e possui efeito confiscatório por corresponder ao valor do imposto cobrado, razão pela qual deve ser reconhecida a improcedência da multa aplicada.

Em relação a este argumento, cumpre relembrar que o CARF não é competente para se manifestar quanto à inconstitucionalidade de lei tributária, razão pela qual as alegações de ofensa a princípios constitucionais não possui o condão de afastar a penalidade aplicada ao contribuinte.

Da incidência dos juros SELIC sobre o crédito tributário

Igualmente, Recorrente alega que a cobrança de juros de mora com a aplicação da taxa selic, levada a efeito pela fiscalização é ilegal, tendo em vista sua natureza remuneratória

Sobre a aplicação dos juros SELIC sobre o crédito tributário, já foi sumulada por este colegiado, a saber:

Súmula CARFnº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros oratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Conclusão

Ante todo o exposto, conheço do Recurso Voluntário e, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro