



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

Processo nº 13433.720113/2011-48
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-002.135 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de março de 2016
Matéria IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS
Recorrente HOTEL THERMAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM. COMPROVAÇÃO.

Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

OMISSÃO DE RECEITA. PROVA DIRETA. DESCOMPASSO REITERADO COM AS RECEITAS DECLARADAS. OPÇÃO FRAUDULENTA AO SIMPLES E AO SIMPLES NACIONAL MEDIANTE SEGREGAÇÃO DE RECEITAS EM PESSOAS JURÍDICAS FORMALIZADAS COM ESSE ÚNICO INTUITO. MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO

É dolosa a conduta do contribuinte que auferir receitas, as escriturar em seu Livro Caixa durante todo o período de apuração e, reiteradamente, não confessa em todas as DCTF transmitidas as dívidas tributárias correspondentes, tampouco informando as receitas respectivas na DIPJ posteriormente transmitida.

A criação de pessoas jurídicas com o único intuito de segregar as receitas efetivamente auferidas pela pessoa jurídica com o objetivo único de manter as pessoas jurídicas no Simples/Simples Nacional revela o caráter doloso da conduta adotada.

Estando devidamente comprovado nos autos que a conduta do contribuinte se subsumiu a uma das hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, é de se aplicar a multa de ofício na forma qualificada, nos termos da legislação específica.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 12/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 12/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 14/04/2016 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 14/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

O entendimento adotado para o lançamento matriz se estende aos lançamentos reflexos.

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

Ano-calendário: 2006

Não poderá optar pelo Simples Federal, a pessoa jurídica que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência da Lei n.º 9.317, de 1996. No caso do Simples Nacional, o desmembramento da pessoa jurídica não pode ter ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores, nos termos da Lei Complementar n.º 123, de 2006.

SIMPLES FEDERAL E NACIONAL. EXCLUSÃO. EFEITOS.

Excluída dos regimes simplificados de pagamento de tributos federais, fica a pessoa jurídica sujeita às normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 16 da Lei n.º 9.317, de 1996, e art. 32 da Lei Complementar n.º 123, de 2006.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006

PRAZO DE DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Nos casos em que há pagamento antecipado, o prazo para a constituição de crédito tributário rege-se pelo disposto no art. 150, § 4º, do CTN, que o fixa em cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovados o dolo, a fraude ou a simulação, quando, então, passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE INTERNO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF é mero instrumento de controle interno com impacto restrito ao âmbito administrativo. Inteligência do art. 2º do Decreto nº 8.303/2014.

Ainda que ocorram problemas com a emissão, ciência ou prorrogação do MPF, que não é o caso dos autos, não são invalidados os trabalhos de fiscalização desenvolvidos. Isto se deve ao fato de que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, e, detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, não pode o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DISCUSSÃO.
IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA.

Incabível na esfera administrativa a discussão de que uma determinada norma legal não é aplicável por ferir princípios constitucionais, pois essa competência é atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário, na forma dos artigos 97 e 102 da Constituição Federal. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO.

A vedação quanto à instituição de tributo com efeito confiscatório é dirigida ao legislador e não ao aplicador da lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos: (i) não conhecer das questões atinentes à constitucionalidade de leis e rejeitar as arguições de nulidade do lançamento; e (ii) dar provimento parcial ao recurso voluntário para, em relação à infração “002 – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA”, acolher a decadência do IRPJ e da CSLL em relação ao 1º, 2º e 3º trimestres; e do PIS e da Cofins em relação aos fatos geradores de janeiro a novembro, inclusive, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Demetrius Nichele Macei, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Leonardo de Andrade Couto, Leonardo Luís Pagano Gonçalves e Paulo Mateus Ciccone.

Relatório

HOTEL THERMAS LTDA recorre a este Conselho em face do acórdão nº 11-41.313 proferido pela 4ª Turma da DRJ no Recife que julgou parcialmente procedente a manifestação de inconformidade apresentada, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235, de 1972 (PAF).

Por bem retratar o litígio, adoto o relatório da decisão recorrida, complementando-o ao final:

O presente processo administrativo versa sobre o contencioso relativo aos autos de infração, por meio dos quais se exigem créditos tributários relativos ao ano-calendário de 2006 após a exclusão da contribuinte do regime simplificado de pagamento de tributos denominado Simples Federal, com efeitos a partir de 1/8/2000, por configurar-se a situação impeditiva prevista no art. 9º, XVII, da Lei n.º 9.317, de 1996. A contribuinte autuada foi intimada dos autos de infração objeto do presente processo através do Edital de fl. 8708 (ciência em 30/12/2011), formalizando a exigência do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, do Programa de Integração Social – PIS e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, através dos quais se constituiu crédito tributário, referente ao ano-calendário de 2006, no valor total de R\$ 2.828.254,81.

2. *O ato excludente formalizou-se através do Despacho Decisório DRF/MOS n.º 382, de 2001, encontrando-se cópia do mesmo às fls. 1287/1295. Observa-se, porém, que tal Despacho Decisório, bem como o contencioso relativo à referida exclusão do Simples Federal, foram objeto de instrução do Processo 13433.720314/2012-26, julgado nesta mesma sessão de julgamento por esta 4ª Turma da DRJ/Recife, sendo ali julgado e acordado, por unanimidade de votos, pela manutenção do Despacho Decisório e exclusão da contribuinte do Simples Federal.*

2.1. *Semelhantemente, embora conste dos autos do presente processo cópia do Despacho Decisório DRF/MOS N° 400/2011, relativo à exclusão da contribuinte do Simples Nacional, por ter a mesma ultrapassado o limite de receitas de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) nos anos calendário de 2006, 2007, 2008 e 2009, com efeitos a partir de 1º/07/2007, conforme fls. 7883/7889, o referido Despacho Decisório e o contencioso decorrente da manifestação de inconformidade contra o mesmo foram instruídos através do Processo 13433.721106/2011-63 (este processo 13433.721106/2011-63, consultado no e-processo, é citado pela contribuinte, por exemplo, em impugnação constante do processo 13433.720963/2012-27, que traz o contencioso sobre os lançamentos de 2007, 2008 e 2009, incidentes após as exclusões do Simples Federal e do Simples Nacional), observando-se que o Processo 13433.721106/2011-63, com o contencioso sobre a Exclusão do Simples Nacional, foi objeto de julgamento pela 5ª Turma da DRJ/Recife na sessão do dia 09 de outubro de 2012, ocasião em que aquela Turma decidiu, por unanimidade de votos, pela improcedência da manifestação de inconformidade, mantendo aquela exclusão, conforme acórdão constante daquele processo 13433.721106/2011-63.*

3. Às fls. 8625/8672, anexaram-se autos de infração e demonstrativos, dos quais a contribuinte autuada foi intimada através do Edital de fl. 8686 (ciência em 30/12/2011), tendo em vista que a ciência postal foi improficua (fls. 8682/8685), formalizando a exigência do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, do Programa de Integração Social – PIS e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, através dos quais se constituiu crédito tributário, referente ao ano-calendário de 2006, no valor total de R\$ 2.828.254,81. No lançamento referente ao IRPJ (fls. 8625/8636), estimado com base no lucro arbitrado, encontram-se registradas as seguintes infrações, ao final tipificadas:

4.1. “001 – RECEITA OPERACIONAL OMITIDA (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA). PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS GERAIS”: aplicada multa de 150%;

4.2. “002 – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA”: aplicada multa de 75%.

5. No Relatório Fiscal de fls. 8673/8679, consignou a autoridade autuante, em síntese:

5.1. Não tendo atendido a intimações que lhe foram enviadas, foram emitidas Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF para as instituições nas quais a contribuinte autuada tem conta bancária. De posse de tais informações, foram elaboradas planilhas, devidamente cientificadas à contribuinte autuada, com o registro de todos os créditos realizados, não considerados os decorrentes de transferências, baixa de valores de aplicações financeiras, créditos estornados, créditos oriundos de empréstimos bancários etc.;

5.2. Da análise dos Livros Caixa apresentados pela contribuinte, constatou-se que vários desses créditos foram reconhecidos como recebimentos de clientes (receitas da atividade) (R\$ 3.703.856,19). Tendo declarado em sua Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – SIMPLES – de 2006 a receita bruta de R\$ 1.315.931,39, tem-se a omissão de R\$ 2.387.924,80. A empresa reconheceu como suas receitas apenas fração dos créditos/depósitos em contas bancárias, pois os créditos de origem não comprovada nas contas bancárias totalizaram R\$ 2.878.473,68. Esses outros créditos, no entanto, não foram reconhecidos como receitas; alguns outros foram reconhecidos como empréstimos;

5.3. Sem sucesso, a contribuinte autuada foi intimada a apresentar a documentação comprobatória dos créditos efetuados em conta-corrente que não foram reconhecidos como recebimentos de clientes e que não se encontravam entre aqueles já excluídos pela fiscalização por identificação de se tratar de transferências entre contas da empresa, créditos oriundos de aplicações financeiras, créditos posteriormente estornados, estornos de débitos ou empréstimos;

5.4. Tendo sido excluído do Simples Federal e do Nacional, foi também intimado a apresentar a sua escrituração contábil-fiscal, assim como o seu novo regime de tributação. Nada tendo apresentado, o lucro foi arbitrado;

5.5. Sobre os valores já reconhecidos no Livro Caixa, como a contribuinte dolosamente infringiu, por vários anos, a legislação do Simples Federal, por beneficiar-se indevidamente do pagamento de tributos de forma menos onerosa, lançou-se multa de 150%, nos termos do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, com prazo decadencial regido pelo art. 173, I, do CTN;

5.6. Sobre os valores creditados em conta bancária sem comprovação da origem, aplicou-se multa de 75%, com prazo decadencial regido pelo art. 173, I, do CTN, pelos mesmos motivos antes expostos.

6. No prazo legal, conforme fls. 9364 e 9371, a contribuinte apresentou impugnação ao lançamento (fls. 9372/9387), por meio da qual aduz, em síntese, depois do relato dos fatos:

Nulidade

6.1. Os Livros Caixa foram entregues, assim como os documentos comprobatórios das receitas. As empresas que optam pelo Simples estão dispensadas de escriturar os Livros Diário e Razão. Mesmo que a Administração Tributária resolva manter a exclusão, deveria tributar a receita com base no lucro presumido;

Exclusão do Simples Federal e Nacional

6.2. A fiscalização sequer aguardou o julgamento de primeira instância dos processos de exclusão dos Simples para efetuar o lançamento;

6.3. Não há prova material da irregularidade atribuída à empresa. Não existe na legislação amparo à exclusão mediante simples presunção;

6.4. A fiscalização tratou uma transferência normal de empresa familiar, de “pai para filhos”, como sendo fraudulenta. A verdade é que as Sras. ANA CARLA MATOSO BARBOSA DE AZEVEDO e TAÍSA MATOSO BARBOSA são filhas do Sr. RAIMUNDO CORREIA BARBOSA FILHO e da Sra. RIANE MATOSO BARBOSA. A HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA. iniciou suas atividades empresariais na década de 1990, já o casal RAIMUNDO e RIANE bem antes. No início de 2000, resolveu transferir seus negócios para as filhas, daí a constituição das três empresas, o PLANETA ÁGUA, o HOTEL THERMAS e o RESTAURANTE THERMAS. Tais alterações contratuais estão de acordo com a legislação que rege a matéria, inexistindo motivo para desconsiderar a personalidade jurídica dessas empresas. A fiscalização, no entanto, concluiu tratar-se de uma única empresa, excluindo-as do Simples;

Ofensa a princípios constitucionais

6.5. Há falha na intimação que acarreta sua invalidade e “total nulidade do lançamento, por afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório”. Como o AR destinado à ciência dos autos de infração foi recusado, sem qualquer outra tentativa procedeu-se à intimação por edital, sem assinatura do delegado. Assim, requer diligência para comprovar que o edital preenche os pressupostos legais para a sua validade (sic);

6.6. Não foi feita intimação pessoal para ciência dos autos de infração. Nunca os Correios foram tão expeditos na postagem e devolução do AR. Requer diligência aos Correios para informe o prazo de devolução de ARs não cumpridos;

Nulidade do procedimento fiscal

6.7. Não constam dos autos prorrogações do MPF que alcancem a data da lavratura do auto de infração, que foi emitido para a fiscalização do IRPJ, Simples Nacional e Simples (inicialmente IRPJ; depois Simples e Simples Nacional). A fiscalização foi autorizada a fiscalizar o Simples, mas fiscalizou outros tributos, dentre os quais as contribuições sociais. Tais situações ensejam a nulidade do lançamento;

Decadência

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 12/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente

em 12/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 14/04/2016 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 14/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

6.8. O período de janeiro a novembro de 2006 já foi alcançado pela decadência. No ano de 2006, a impugnante declarou e recolheu seus tributos a título de Simples, conforme a própria fiscalização reconheceu.

Illegal quebra de sigilo bancário

6.9. O Supremo Tribunal Federal proveu, em 15/12/2010, o Recurso Extraordinário nº 389.808 (DJe-086, de 9/5/2011), afastando a possibilidade de a Receita Federal ter acesso aos dados bancários do contribuinte, o que macula na íntegra o lançamento;

MÉRITO

Arbitramento

6.10. A fiscalização assevera que a empresa foi intimada diversas vezes para apresentar documentação comprobatória dos depósitos bancários, mas essa informação não condiz com a verdade. Os livros especificando os lançamentos bancários foram entregues. O arbitramento é indevido;

Depósito de origem não identificada

6.11. A única operação da empresa autuada é hospedagem e venda de mercadoria aos hóspedes quando da sua estada. Esses valores não podem ser considerados depósitos de origem não comprovada. Não ficou confirmado que há qualquer outro depósito que não esteja lançado no livro entregue. Nenhum lançamento bancário foi omitido. Todos os créditos referem-se a recebimento de clientes. Há necessidade de excluir as transferências entre contas da mesma pessoa física ou jurídica. “O ir e vir é próprio do detentor dos recursos”, sendo os valores declarados e escriturados conforme leis comerciais e fiscais. A presunção requer prova inequívoca do fisco;

Dolo não comprovado

6.12. No lançamento, foram aplicadas penalidades contraditórias: 75% sobre depósitos bancários de origem não comprovada; 150% sobre a receita operacional omitida;

6.13. A jurisprudência é pacífica no sentido de que a simples omissão de receitas não enseja a aplicação da multa qualificada, sendo necessária a configuração da fraude. A Câmara Superior de Recursos Fiscais já decidiu que o retardamento ou redução do imposto a pagar, mesmo reiteradamente, por si só não configura a hipótese legal;

6.14. A exclusão do Simples Federal não foi capitulada no inciso VII do art. 14 da Lei nº 9.317, de 1996, que corresponde ao inciso VII do art. 23 da Instrução Normativa – IN SRF nº 34, de 2001, que se coaduna com a multa qualificada, prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996;

6.15. Não houve omissão de informação. Todos os livros apresentados foram refeitos nos moldes exigidos pela fiscalização, foi vasculhada a fundo a vida da empresa etc., nada comprovando a atitude dolosa da empresa ou de seus sócios. A pretensa omissão de receitas, mesmo que procedente, não teria o condão de qualificar a multa a 150%;

Não aproveitamento dos pagamentos

6.16. *Ao longo do ano-calendário objeto do lançamento, houve pagamentos sob o regime do Simples, os quais, no entanto, não foram compensados com os valores exigidos;*

Inaplicabilidade da taxa Selic e da multa de ofício

6.17. *A aplicação da taxa Selic ofende preceitos da Constituição Federal e do CTN. A multa de ofício representa confisco, o que também é vedado pela Constituição.*

6.18. *Foi malferido o devido processo legal. Ao final, requer a nulidade do lançamento e a realização de diligências pelas razões expostas. Protesta, ainda, pela produção de todas as provas admitidas em direito, inclusive provas e alegações complementares.*

Analisando a manifestação de inconformidade apresentada, a turma julgadora *a quo* julgou-a parcialmente procedente. A parcela de crédito exonerada se deu em razão de a turma julgadora considerar incorreto o procedimento adotado pela autoridade lançadora de não deduzir os valores de tributos que compõe o Simples e que haviam sido recolhidos pela RECORRENTE. O valor do crédito tributário exonerado não ensejou a interposição de recurso ofício.

A RECORRENTE foi intimada da decisão em 08/07/2013 (fls. 9466-9467), tendo apresentado tempestivamente o recurso voluntário de fls. 9475-9491 em 07/08/2013.

Tal processo houvera sido distribuído, inicialmente, à 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara desta Seção de Julgamento, tendo sido prolatada, na ocasião, a Resolução nº 1102-000.229 que determinou que os presentes autos fossem apensados ao Processo Administrativo nº 13433.720314/2012-26 (de exclusão do Simples) para julgamento em conjunto. Valho-me da parte final do relatório de tal resolução para detalhar o decidido pela primeira instância, bem como o teor do recurso voluntário interposto:

O acórdão recorrido (fls. 9427/9441) julgou procedente em parte a impugnação (fls. 9372//9387). Na parte provida da impugnação, o acórdão reconheceu que “os pagamentos realizados com base nos regimes simplificados não foram aproveitados quando da lavratura dos autos de infração” (fl. 9438), razão pela qual o valor da exigência objeto dos lançamentos tributários deveria ser reduzida no montante correspondente. No mais, asseverou o acórdão que:

(a) a 5ª Turma da DRJ manteve a exclusão da Recorrente do Simples, nos autos do Processo Administrativo nº 13433.721106/2011-63;

(b) não haveria nulidade nos lançamentos, pois foram observados os “trâmites legais”, bem como não teria ocorrido cerceamento de direito de defesa, já que a Recorrente se defendeu com muitas razões de defesa;

(c) a constituição dos créditos tributários, pela Fiscalização, de acordo com o regime do Lucro Arbitrado seria correta, pois a Contribuinte não apresentou, durante o procedimento de fiscalizatório, dos seus livros fiscais e contábeis (com exceção do livro caixa, que seria insuficiente para apuração do Lucro

Real). Já a apuração do resultado fiscal de acordo com o regime do Lucro Presumido somente poderia ser realizada em caso de expressa opção da Contribuinte, o que não teria ocorrido no caso;

(d) seria improcedente a alegação de nulidade no procedimento de ciência, por edital, da Contribuinte, pois (i) a tentativa de intimação postal foi frustrada, (ii) não há previsão legal para que seja realizada mais de uma tentativa de intimação via postal, (iii) o edital foi afixado com autorização do chefe do núcleo de fiscalização (sendo desnecessária a sua assinatura pelo Delegado da unidade RFB);

(e) seria improcedente a alegação de que, de acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal, a Receita Federal do Brasil não poderia ter acesso a dados bancários dos contribuintes, pois a Lei Complementar 105/2001, que institui tais poderes, ainda está vigor, e a referida decisão não tem efeito erga omnes;

(f) não teria ocorrido irregularidade no que se refere às prorrogações dos períodos de vigência do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) (conforme consta da fl. 19 dos autos, na qual estão relacionadas todas as prorrogações), nem seria necessária a expedição de novo MPF para constituição de créditos tributários em sistemática de apuração de resultado fiscal diversa daquele inicialmente fiscalizada;

(g) os créditos relativos ao período de janeiro a novembro de 2006 não estariam decaídos à época da ciência dos autos de infração (por edital, em 31.12.2011), pois o art. 173, I do CTN seria aplicável ao caso (ao invés do art. 150, §4º do mesmo Código), em vista do fato de a Contribuinte ter agido dolosamente ao ter sido constituída a partir do desmembramento de outra sociedade, com vistas ao seu enquadramento no regime simplificado de tributação;

(h) a Contribuinte não teria apresentado documentos suficientes para afastar a presunção de omissão de receitas, prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Relativamente aos valores indicados no Livro Caixa, que, segundo a Fiscalização, decorreriam da atividade da Contribuinte, a omissão de receita foi demonstrada e não presumida;

(i) a Fiscalização teria demonstrado - não apenas com base em indícios, mas com fundamento em fatos documentalmente comprovados - o dolo da Recorrente, que teria sido originado do desmembramento das atividades de outra empresa, com a “única finalidade de reduzir o pagamento dos tributos federais”. Além disso, no caso, teria sido caracterizada sonegação, haja vista que impediu o conhecimento das condições pessoais da Contribuinte (não enquadramento no Simples).

(j) o pedido de diligências periciais seria improcedente, por não atender os requisitos legais, e por não ser necessária, tendo em vista que não restaria dúvida ao julgador quanto aos fatos objeto da acusação fiscal; e

(k) por fim as alegações de inconstitucionalidade da aplicação da taxa Selic e da multa de ofício não poderiam ser apreciadas na esfera administrativa.

Em sede de recurso voluntário (fls. 9475/9491), a Contribuinte reproduz suas alegações de impugnação, especialmente no que se refere:

(i) à nulidade dos autos de infração, pois a Recorrente teria feito, mediante a contratação de empresa terceirizada, os seus Livros Caixa de 2006, após a recusa, pela Fiscalização, da sua escrituração inicialmente apresentada no procedimento fiscalizatório. E, como optante do regime do Simples, a Recorrente estaria dispensada da escrituração de Livros Diário e Razão. Por essas razões, a Fiscalização deveria ter utilizado os Livros Caixa apresentados pela Recorrente para apurar seu resultado fiscal, de acordo com o regime do Lucro Presumido, e não arbitrá-lo;

(ii) à necessidade de se aguardar o término do Processo Administrativo em que se discute a exclusão do regime do Simples Nacional para a lavratura dos lançamentos, sob pena de violação do princípio do devido processo legal;

(iii) à ausência de prova no sentido de que a Contribuinte teria sido originada do desmembramento das atividades operacionais da empresa HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA., como alega a Fiscalização. A Contribuinte teria sido criada após o diagnóstico de câncer do proprietário do HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA., cujas atividades, em razão disso, teriam sido divididas entre três empresas (a Recorrente, o Restaurante Thermas e o Planeta Água Bar e Restaurante), que passaram a ser conduzidas pelos filhos do referido proprietário. Segundo a Contribuinte, não haveria amparo legal para a descaracterização da personalidade jurídica dessas empresas;

(iv) à nulidade da intimação da Contribuinte, via edital, da lavratura dos autos de infração, em razão (a) do intervalo de um dia entre o Termo de Constatação Fiscal e da lavratura dos autos de infração, sem a observância do prazo de cinco dias apontados no Termo de Constatação Fiscal, em contrariedade ao princípio da ampla defesa e do contraditório, e (b) da incomum agilidade dos Correios na entrega da correspondência relativa aos autos de infração, (c) do fato de que o auditor responsável pela autuação teria assinado digitalmente o edital de intimação em 20/12/2011, ou seja, em data posterior à publicação do edital que se deu em 15/12/2011;

(v) à decadência dos créditos tributários lançados, considerando-se que: (a) relativamente aos créditos tributários exigidos em razão da alegação da não comprovação da origem de depósitos bancários, acrescidos de multa de 75% (setenta e cinco por cento), seria inconteste a ocorrência de decadência no período de janeiro a novembro de 2006; e (b) relativamente aos créditos tributários constituídos com base na alegação de omissão de receita ("atividade não imobiliária"), acrescido de multa de 150% (cento e cinquenta por cento), também teria ocorrido decadência, pois seria improcedente a acusação que ensejou a qualificação da multa de ofício.

(vi) à nulidade dos lançamentos por indevida quebra de sigilo bancário, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (RE nº 389.808), a Receita Federal do Brasil não poderia ter tido acesso direto aos dados bancários da Recorrente, sem autorização do Poder Judiciário, em observância do inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal;

(vii) à violação dos artigos 845, §1º do RIR/99 e art. 142, §1º do CTN, em vista do equivocado procedimento adotado pela Fiscalização no sentido de arbitrar o resultado fiscal da Contribuinte;

(viii) à inexistência de demonstração, pela Fiscalização, sobre a existência de "outro depósito que não seja de outra atividade e que não seja esteja devidamente lançado no livro entregue". No mesmo sentido, alega-se que todos os créditos recebidos pela Contribuinte no período teriam sido registrados em sua escrituração;

(ix) à desconsideração dos depósitos recebidos pela Contribuinte das demais empresas do grupo (Planeta Água e Restaurante Thermas), nos meses de janeiro, junho, agosto, outubro e novembro de 2006, no valor total de R\$124.443,59, os quais teriam sido identificados pela própria Fiscalização e deveriam ser abatidos da base de cálculo dos tributos lançados;

(x) à ausência de comprovação do dolo que ensejaria a qualificação da multa de ofício. Nesse sentido, a simples omissão de receitas, conforme Súmula nº 25 do CARF, não autorizaria a majoração do percentual da multa de ofício aplicada para 150% do tributo lançado qualificação da multa;

(xi) à ineficácia da qualificação da penalidade, pois, embora tenha tipificado crime contra ordem tributária, sem, todavia, a Fiscalização deixou de lavrar a consequente Representação Fiscal para fins Penais. Em complemento às razões apresentadas para descaracterizar a qualificação da multa de ofício, alega-se que a exclusão da Recorrente do Regime do Simples Nacional não teria sido capitulada como crime contra a ordem tributária;

(xii) à inocorrência de omissão de informações, pois toda a escrituração disponível teria sido apresentada à Fiscalização.

Por fim, a Contribuinte sustenta que seria indevida a aplicação (i) da taxa Selic, para fins de atualização dos créditos tributários lançados, e (ii) da multa de ofício, por caracterizar confisco, em contrariedade à Constituição Federal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

1 ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade. Dele, portanto, conheço.

2 EXCLUSÕES DO SIMPLES FEDERAL

A discussão sobre a exclusão do Simples Federal consta do processo 13433.720314/2012-26, analisando nesta mesma sessão de julgamentos, tendo sido negado provimento ao recurso voluntário.

Quanto ao pedido de sobrestamento do presente feito até a decisão definitiva no processo de exclusão do Simples, não há base legal para tanto.

A legislação impõe, inclusive, o julgamento do processo de exclusão como preliminar dos autos de infração lavrados em decorrência de tal exclusão.

3 PREJUDICIAL DE MÉRITO - DECADÊNCIA

A RECORRENTE alega que haveria decadência em relação ao crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos até novembro de 2006, uma vez que já haveria transcorrido o prazo de cinco anos na data em que se deu a ciência do lançamento.

Entendo lhe assistir razão, em parte.

Em relação à contagem do prazo decadencial, não se pode ignorar que o STJ entendeu em caráter definitivo (julgamento de recurso representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C, do CPC) que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, a questão do pagamento antecipado é relevante para definição do prazo, assim como a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, conforme se observa na ementa do REsp 973.733/SC, 1ª Seção, Dje 18/09/2009, de relatoria do Ministro Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro

dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, antea configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Conforme se discorrerá em ponto específico deste voto, entendo que houve prova de dolo em razão da transferência de faturamento da RECORRENTE para pessoas jurídicas sem operação efetiva e que serviram somente para diluir suas receitas a fim de que todas pudessem ingressar/permanecer no Simples.

Nesse cenário, a contagem do prazo decadencial deveria ser aferida com base no art. 173, I, do CTN.

Ressalto que a infração “001 – RECEITA Operacional Omitida (Atividade Não Imobiliária) – Prestação de Serviços Gerais” foi exigida com multa de 150%, penalidade essa que encaminho meu voto no sentido de mantê-la, conforme explanado em ponto específico deste voto.

Assim sendo, considerando-se que o primeiro per lançado mais longínquo é o primeiro trimestre de 2006 para fins de IRPJ e de CSLL, e o mês de janeiro para fins de PIS e de Cofins, o lançamento já poderia ter sido realizado no próprio ano, e o primeiro dia do exercício é 1º de janeiro de 2007. Logo, o prazo de 5 anos para realização do lançamento expirava em 31/12/2011.

Tendo o lançamento sido cientificado à RECORRENTE em 30/12/2011, não há que se falar em decadência em relação à infração “001 – RECEITA Operacional Omitida (Atividade Não Imobiliária) – Prestação de Serviços Gerais”.

Contudo, em relação à infração “002 – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA”, a autoridade fiscal realizou o lançamento com multa de 75%, ou seja, na prática, considerou **não haver dolo** em relação ao crédito tributário correspondente.

Nesse cenário, considerando-se que:

(i) a ciência do lançamento se deu em 30/12/2006;

(ii) a partir desse voto curvo-me ao entendimento dos demais membros deste colegiado de que a contagem do prazo decadencial deve ser realizada por infração;

(iii) há pagamentos antecipados de IRPJ e CSLL em relação aos três primeiros trimestres de 2006 e de PIS e Cofins de janeiro a novembro de 2006;

declaro estar extinto por decadência o crédito tributário referente à infração “002 – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA” constante de todos os autos de infração lavrados relativos aos períodos de apuração dos três primeiros trimestres de 2006 e de PIS e Cofins de janeiro a novembro de 2006.

Por oportuno, ressalto que a comprovação do pagamento antecipado se retira da própria decisão recorrida ao decompor pagamentos de Simples realizados em todos os meses de 2006 para fins de dedução dos valores lançados de ofício.

3 PRELIMINARES - NULIDADES

Para a RECORRENTE o lançamento seria nulo em razão de vícios ligados ao Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, em especial quanto a suas prorrogações.

O inconformismo apresentado pela RECORRENTE não procede.

Isso porque o MPF se constitui em elemento de controle da administração tributária. Eventual inobservância dos procedimentos e limites fixados por meio do MPF, salvo quando utilizado para obtenção de provas ilícitas, não gera nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal.

O MPF constitui-se em instrumento de controle criado pela Administração Tributária tanto para fins de controle interno, quanto para dar segurança e transparência à relação fisco-contribuinte, assegurando ao sujeito passivo que o agente fiscal indicado recebeu da Administração a incumbência para executar a ação fiscal. Pelo MPF o Auditor-Fiscal está autorizado a dar início ou a levar adiante o procedimento fiscal. Se ocorrerem problemas com emissão ou a prorrogação do MPF estes não invalidam os trabalhos de fiscalização desenvolvidos. Isto se deve ao fato de que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, e, detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, não pode o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional.

Salvo nos casos de ilegalidade, a validade do ato administrativo é subordinada ao autor ser titular do cargo ou função a que tenha sido atribuída a legitimação para a prática daquele ato. Assim, legitimado o Auditor-Fiscal para constituir o crédito tributário mediante lançamento, não há o que se falar em nulidade por falta de prorrogação do MPF que se constitui em instrumento de controle da Administração.

A não prorrogação do MPF ou a sua não ciência ao contribuinte, por si só não gera nulidade do lançamento.

Ademais, no caso concreto, o procedimento fiscal transcorreu absolutamente nos moldes estabelecidos pelas normas infralegais que regem a matéria.

As prorrogações do MPF podem se dar apenas por meio de registro eletrônico no sítio da RFB, informação que é disponibilizada para o contribuinte fiscalizado durante todo o procedimento fiscal e que constitui o motivo pelo qual não há necessidade de acostar ao processo qualquer documento que indique o prosseguimento do trabalho realizado pela fiscalização. Nesse sentido dispõe o art. 12 da Portaria RFB nº 4.066, de 2 de maio de 2007:

Art. 12. Os MPF terão os seguintes prazos máximos de validade:

I - cento e vinte dias, nos casos de MPF-F e de MPF-E;

II - sessenta dias, no caso de MPF-D.

Art. 13. A prorrogação do prazo de que trata o artigo anterior poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, em cada ato, o prazo máximo de

sessenta dias, para procedimentos de fiscalização, e de trinta

dias, para procedimentos de diligência.

Documento assinado digitalmente conforme S1-C4T2, em 12/04/2016 por FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Assinado digitalmente em 14/04/2016 por LEONARD

O DE ANDRADE COUTO

Impresso em 14/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

§ 1º - A prorrogação de que trata o caput poderá ser feita por intermédio de registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante, cuja informação estará disponível na Internet, nos termos do art. 7º, inciso VIII.

[...]

Além disso, conforme se observa à fl. 19, consta no MPF a indicação de todas as prorrogações que foram realizadas, assim como, no seu início, a autorização para que a fiscalização verificasse o cumprimento de obrigações tributárias quanto aos regimes simplificados de pagamento (Simples Federal e Nacional). A alegação de que não há autorização para exame dos outros tributos não merece guarida, uma vez que os tributos exigidos nos autos também são recolhidos através dos regimes simplificados de pagamento, embora apurados, no lançamento, por sistemática diversa porque dos regimes foi regularmente excluída a contribuinte autuada, não havendo necessidade de emissão de novo MPF apenas pelo fato de ter havido alteração de regime de apuração.

Convém ainda ressaltar que recentemente o Decreto nº 8.303/2014 extinguiu o MPF e criou o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF) e, em seu art. 2º, deixa claro que tais instrumentos referem-se a controles administrativos: "Art. 2º Os procedimentos fiscais iniciados antes da publicação deste Decreto permanecerão válidos, independentemente das alterações no instrumento de controle administrativo nele veiculadas, observadas as normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil."

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade do lançamento em razão de supostos vícios no MPF.

No que atine à alegação quanto à forma de tributação adotada (lucro arbitrado), não há qualquer irregularidade no procedimento adotado pelo Fisco: excluído do Simples Federal, o contribuinte se sujeita às mesmas normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, ou seja, o lucro real trimestral. Como o contribuinte não dispunha de escrituração contábil, procedeu-se ao arbitramento de lucro, uma vez que o livro caixa apresentado não supre, de modo algum, a ausência da apresentação dos livros Diário e Razão.

Nesse mesmo sentido, transcrevo as conclusões da decisão recorrida sobre o tema:

11. *A tributação pela sistemática do arbitramento do lucro nada teve de equivocada, uma vez que, excluída dos regimes simplificados, ficou a impugnante sujeita às normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 16 da Lei n.º 9.317, de 1996, e art. 32 da Lei Complementar n.º 123, de 2006. Assim, deveria apurar o lucro pelo regime do lucro real trimestral, visto constituir a regra geral aplicável às pessoas jurídicas, apuração que reclama a manutenção de escrituração regular com observância das leis comerciais e fiscais (Diário, Razão e Lalur) (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 7º). Como, embora intimada, a impugnante não promoveu a entrega de sua escrituração, não restou outra alternativa à fiscalização, senão a de arbitrar o lucro, com fundamento no art. 530 do Decreto n.º 3.000, de 1999 – RIR/99 (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º). Observa-se que o livro Caixa não é a escrituração que atende aos requisitos legais para a apuração do lucro real, no caso de empresas tributáveis por tal forma de tributação.*

12. *Já a tributação pelo regime de presunção do lucro somente se dá por opção do contribuinte, conforme o § 1º do art. 516 do RIR/99, e desde que formalizada*

nos termos do § 4º do mesmo dispositivo (Lei nº 9.718, de 1998, art. 13, § 1º, art. 26, § 1º).

Assim sendo, rejeito a arguição de nulidade em razão do arbitramento de lucros.

No que tange às questões ligadas ao edital, reproduzo o contido na decisão recorrida, adoto-o como razões de decidir:

13. Não se sustenta a alegação de nulidade do lançamento, ao fundamento de que a sua ciência se deu por meio de edital sem que antes se realizasse outra tentativa de efetua-la por via postal ou pessoal (o AR destinado à ciência dos autos de infração foi recusado).

14. Não há previsão para seja realizada mais de uma tentativa por quaisquer dos meios previstos no art. 23 do Decreto n.º 70.235, de 1972 (que, aliás, não estão sujeitos a ordem de preferência), mas apenas que a utilização do edital se dê quando deles resultar improficua a intimação ou quando o sujeito passivo tiver a sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal (§ 1º do art. 23; redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009). Não sendo o caso, nenhuma irregularidade há na ciência do lançamento, inclusive, à míngua de previsão legal, quanto à alegada necessidade de que o edital seja assinado pelo Delegado da unidade administrativa da RFB.

15. Note-se, ademais, que o Edital de fl. 8708 foi afixado com a autorização prévia do chefe substituto do Núcleo de Fiscalização – NUFIS da DRF de Mossoró.

Ainda sobre o edital, a data que se refere a Recorrente e que consta no rodapé diz respeito ao dia em que a referida peça processual foi anexada aos autos, autenticada e/ou assinada, nada interferindo em relação às datas de afixação do referido instrumento.

No que atine às questões que envolvem os demais princípios constitucionais e inconstitucionalidade de leis apontadas pela Recorrente, seu mérito não pode ser analisado por este Colegiado. Essa análise foge à alçada das autoridades administrativas, que não dispõem de competência para examinar hipóteses de violações às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Deve-se observar que as supostas ofensas aos princípios constitucionais levam a discussão para além das possibilidades de juízo desta autoridade. No âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe, tão somente, verificar se o ato praticado pelo agente do fisco está, ou não, conforme à lei, sem emitir juízo de constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato. Ademais, o próprio Regimento Interno do CARF, em seu art. 62, dispõe que “*Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*” O caso concreto não se enquadra nas exceções elencada no parágrafo único de tal dispositivo regimental, portanto, as normas atacadas são de aplicação cogente aos membros do CARF.

Por fim, sobre a matéria este Conselho já pacificou seu entendimento por meio da Súmula nº 2, cujo teor é o seguinte:

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

Em relação aos argumentos sobre confisco, esclareça-se, ainda, que a vedação à utilização de tributo com efeito de confisco, preceituada pelo art. 150, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil não se destina aos aplicadores da Lei, mas sim ao Poder Legislativo, que deve tomar em consideração tal preceito quando da elaboração das leis.

Ressalte-se ainda que os pressupostos legais para a validade do auto de infração são determinados pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, que trata do Processo Administrativo Fiscal, a seguir transcrito:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

A respeito da nulidade, o mesmo diploma legal assim dispõe:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1.º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2.º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3.º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acrescido pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (grifo nosso)

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Compulsando os autos, constata-se que os autos de infração lavrados preenchem os requisitos elencados pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Além disso, no caso concreto, não há qualquer dúvida quanto à ausência de prejuízo ao contribuinte, tanto que, já em sede de impugnação defendeu-se plenamente, despendendo com clareza e qualidade, todos os argumentos necessários ao pleno exercício de sua defesa. Nesse aspecto, frise-se que a possibilidade de defesa foi amplamente viabilizada pelos detalhes da descrição dos fatos realizada pela autoridade fiscal e enquadramento legal utilizado nos autos de infração.

Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa. Isso porque, não se constata qualquer prejuízo ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa por parte da Recorrente, aliás, prejuízo esse primordial à caracterização de nulidade, conforme apregoa o art. 60 do Decreto nº 70.235/72: “As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior **não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo**”.

Assim sendo, sob os aspectos formais, não há qualquer mácula no auto de infração lavrado.

No mais, o agir da autoridade fiscal se deu no desempenho das funções estatais, de acordo com as normas legais e com respeito a todas as garantias constitucionais e legais dirigidas aos contribuintes.

Portanto, voto por não conhecer das questões atinentes à constitucionalidade de leis e rejeitar as arguições de nulidade do lançamento.

4 MÉRITO

4.1 OMISSÃO DE RECEITAS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE HOTELARIA

Confrontando diversos depósitos bancários, constatou-se que se tratavam, na realidade, de diversos recibos de clientes cujos pagamentos foram realizados utilizando-se de cartões de crédito. Tal conclusão decorre do cotejo entre os extratos bancários e os próprios valores escriturados no Livro Caixa da Recorrente.

Para a autoridade fiscal, além da comprovação da omissão direta de omissão de receitas, houve a comprovação do dolo por parte da Recorrente.

Extraí-se do Relatório Fiscal (fl. 8677) que a autoridade fiscal autuante justifica a aplicação da multa qualificada não se baseando apenas em indícios, mas em prova direta de omissão de receitas da atividade da Recorrente percebidas em suas contas correntes e oriundas de pagamentos realizados com cartão de crédito e em total descompasso com os valores declarados para a Receita Federal. Além disso, tendo em vista o desmembramento realizado pela Recorrente com o único intuito de segregar suas receitas de modo fraudulento em si própria e outras duas pessoas jurídicas fraudulentamente formalizadas com o único intuito de burlar o excesso de receita bruta efetivamente auferida pela Recorrente e que impossibilitava sua opção por regimes de pagamento simplificado (Simples Federal e

Nacional), concluiu a autoridade fiscal, restar caracterizado dolo suficiente para a exasperação da penalidade.

De fato, como bem asseverou a decisão recorrida, o fato constituiu uma burla intencional aos regimes simplificados, caracterizando a sonegação nos termos do art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, pois impediu o conhecimento das condições pessoais da contribuinte autuada (não enquadramento no Simples Federal) que afetariam a obrigação tributária e o crédito correspondente.

Além disso, o fato de o contribuinte escriturar, em todos os meses, os recebimentos de clientes em seu Livro Caixa e deixar de declarar nas quatro DCTFs transmitidas, e também em sua DIPJ anual transmitida no período seguinte, denota, sem sombra de dúvida, tratar-se não de mera omissão de receitas, mas sim de conduta dolosa que caracteriza a sonegação.

Isso posto, mantenho a penalidade de 150% aplicada em relação a tal infração.

Como consequência, o crédito tributário correspondente não está alcançado pela decadência, uma vez que a contagem do prazo decadencial deve ser realizada com base no art. 173, I, do CTN, conforme já observado em ponto específico deste voto.

4.2 OMISSÃO DE RECEITAS – CRÉDITOS EM CONTAS BANCÁRIAS SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM

A RECORRENTE é acusada de omissão de receita, caracterizada pela falta de comprovação da origem dos depósitos/créditos efetuados em suas contas bancária, tendo por base legal o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que assim dispõe:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Tal dispositivo legal estabeleceu uma presunção de omissão de receitas, autorizando a exigência de imposto de renda e de contribuições correspondentes, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

A inversão legal do ônus da prova é perfeitamente aceita por nosso ordenamento jurídico, estando regulada também no artigo 334, inciso IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC), aplicado subsidiariamente ao Decreto nº 70.235/1972 no Processo Administrativo Fiscal:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

(...)

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

A Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), recepcionada pela nova Constituição, consoante artigo 34, § 5º, do Ato das Disposições Transitórias, define, em seus artigos 43, 44 e 45, o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. De acordo com o artigo 44, a tributação do imposto de renda não se dá só sobre rendimentos reais, mas, também, sobre rendimentos arbitrados ou presumidos por sinais indicativos de sua existência e montantes. Esses artigos assim dispõem:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos utilizados para efetuar os depósitos bancários. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário.

É função do Fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos, informações e esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de receitas de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte.

Não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder e o dever de considerar os valores depositados em conta bancária como receita, efetuando o lançamento do imposto e contribuições correspondentes. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente seguir a legislação.

Dessa forma, detectadas irregularidades que conduzem à presunção de omissão de receita, por imposição legal e por ser a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme parágrafo único do art. 142 do

Código Tributário Nacional, cabe à fiscalização efetuar o lançamento de acordo com a legislação aplicável ao caso.

A RECORRENTE foi intimada a comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados/creditados nas suas contas corrente, não o fazendo durante o procedimento fiscal, e tampouco em sede de impugnação ou recurso voluntário.

A esse respeito, assim consta na decisão recorrida:

23. *O art. 42 da Lei n.º 9.430, de 1996, estabeleceu uma presunção jurídica de omissão de receitas, invertendo o ônus probante para o contribuinte, para que este demonstre a origem dos créditos em suas contas bancárias, sendo os créditos de origem não comprovada considerados receitas ou rendimentos do contribuinte por presunção legal, conforme tal dispositivo.*

24. *No caso em exame apenas cabia à fiscalização a comprovação do fato signo presuntivo da omissão, qual seja, o crédito em conta de depósito ou de investimento sem a comprovação da origem, enquanto que, à impugnante, restava a incumbência de afastar a presunção, por meio de justificativas escoradas em provas idôneas, tarefa que, como visto, não se desincumbiu, pois a afirmação que os valores movimentados foram sacados e eventualmente devolvidos às respectivas contas, precisaria ser devidamente comprovada.*

25. *As transferências entre contas do mesmo titular, estornos ou empréstimos, já foram desconsiderados pela fiscalização, tal como restou informado no Relatório Fiscal. Ademais, da análise dos Livros Caixa apresentados pela contribuinte, conforme ainda o Relatório Fiscal, em relação aos créditos para os quais foi possível estabelecer relação com a atividade da empresa, a fiscalização autuou por omissão de receitas de sua atividade e não por depósitos de origem não comprovada.*

Especificamente em relação à alegação de transferência de valores advinda da conta de Planeta Água e Restaurantes Thermas, não basta identificar a origem dos depósitos, mas sim justificar sua causa, o que, em nenhum momento, foi realizado por parte da RECORRENTE.

Assim sendo, confirma-se a omissão de receita apontada pelo Fisco, salientando, contudo, o acolhimento da decadência do IRPJ e da CSLL em relação ao 1º, 2º e 3º trimestres; e do PIS e da Cofins em relação aos fatos geradores de janeiro a novembro, inclusive, nos termos também já expostos neste voto.

5 CONCLUSÃO

Isso posto, voto por: (i) não conhecer das questões atinentes à constitucionalidade de leis e rejeitar as arguições de nulidade do lançamento; e (ii) dar provimento parcial ao recurso voluntário para, em relação à infração “002 – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA”, acolher a decadência do IRPJ e da CSLL em relação ao 1º, 2º e 3º trimestres; e do PIS e da Cofins em relação aos fatos geradores de janeiro a novembro, inclusive.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Relator