



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13433.720119/2011-15
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-006.069 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de dezembro de 2021
Recorrente RESTAURANTE THERMAS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2006

LUCRO ARBITRADO. NÃO APRESENTAÇÃO DOS LIVRO DIÁRIO E RAZÃO.

A pessoa jurídica excluída do Simples Federal sujeita-se, desde a data em que passaram-se a produzir os efeitos da exclusão, às regras de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Não apresentados os livros Diário e Razão, cabível é a apuração do IRPJ com base nas regras do lucro arbitrado.

DECADÊNCIA. ART. 150, § 4º, DO CTN.

Em relação à infração em que não foi imputada a conduta dolosa, e tendo havido pagamento, a contagem do prazo decadencial submete-se à regra prevista no art. 150, § 4º, do CTN.

DECADÊNCIA. ART. 173, I, DO CTN.

Em relação à infração em que foi comprovada a conduta dolosa, tendo ou não havido pagamento, a contagem do prazo decadencial submete-se à regra prevista no art. 173, inciso I, do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, e, em relação à parte conhecida, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade arguidas; por maioria de votos, em reconhecer a decadência relativa aos créditos tributários constituídos com base em depósitos bancários de origem não comprovada (item 002 dos autos de infração), em relação ao IRPJ referente aos fatos geradores ocorridos nos 2º e 3º trimestres do ano-calendário de 2006, Contribuição ao PIS referente aos fatos geradores ocorridos nos meses de abril a novembro do ano-calendário de 2006, Cofins referente aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a novembro do ano-calendário de 2006, e CSLL referente aos fatos geradores ocorridos nos 1º, 2º e 3º trimestres do ano-calendário de 2006, vencidos os Conselheiros Gustavo Guimarães da Fonseca e Cleucio Santos Nunes que votaram por reconhecer, também, a decadência em relação ao IRPJ relativo ao 1º trimestre do ano-calendário de 2006 e Contribuição ao PIS, em relação aos meses de janeiro a

março de 2006; e, no mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ricardo Marozzi Gregorio, Gustavo Guimarães da Fonseca, Andréia Lucia Machado Mourão, Flávio Machado Vilhena Dias, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert, e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo em epígrafe, com amparo no art. 33 do Decreto n.º 70.235/72.

O presente litígio tem origem em lançamento do IRPJ e reflexos (PIS, Cofins e CSLL) relativamente a fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2006.

Conforme informado nos autos de infração (e-fl. 3087 e ss.) e no respectivo relatório fiscal (e-fl. 3134 e ss.), o sujeito passivo foi excluído do Simples Federal com efeitos a partir de 01/08/2005, em razão de resultar de desmembramento de empresa anteriormente existente (Host Administração Hoteleira Ltda.), conforme informado no despacho decisório n.º 381/2011 (e-fl. 2 e ss.).

Afirma a autoridade fiscal haver apurado, relativamente ao ano-calendário de 2006, **(i)** omissão de receitas provenientes da atividade do sujeito passivo, e **(ii)** omissão de receitas advindas de depósitos bancários de origem não comprovada.

Informa que, embora intimado para tanto, o sujeito passivo não apresentou escrituração contábil completa, daí porque realizou o lançamento com base nas regras do lucro arbitrado.

Explica que, em relação à omissão de receitas provenientes da atividade da empresa, aplicou multa qualificada, haja vista que restou provado o evidente intuito do sujeito passivo em fraudar o Erário Público.

Proposta impugnação ao lançamento (e-fl. 3245 e ss.), a DRJ de origem deu-lhe parcial provimento (e-fl. 3270 e ss.), apenas para aproveitar os pagamentos realizados com base no Simples Federal, conforme ementa do julgado a seguir transcrita:

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.

MULTA QUALIFICADA.

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 n.º 4.502, de 1964, é de se aplicar a multa de ofício na forma qualificada, nos termos da legislação específica.

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.

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.

PAGAMENTOS REALIZADOS NA SISTEMÁTICA DO SIMPLES. COMPENSAÇÃO COM OS TRIBUTOS DEVIDOS. POSSIBILIDADE.

Os pagamentos efetuados na sistemática do SIMPLES, ainda que indevida a opção, devem ser compensados, pela autoridade autuante, no ato do lançamento, com os tributos devidos, apurados na forma a que se sujeitar o contribuinte.

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: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2006

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos regularmente editados.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. (MPF). FALHAS NA SUA EMISSÃO OU PRORROGAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O MPF é mero instrumento de controle administrativo, de modo que não há falar em nulidade em virtude de eventuais falhas em sua emissão ou em sua prorrogação.

PROVAS.

As provas devem ser apresentadas na forma e no tempo previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

PEDIDOS DE DILIGÊNCIA E PERÍCIA.

São indeferidos os pedidos de diligência ou perícia, quando tais providências forem prescindíveis para o deslinde da questão a ser apreciada, quando o processo contiver os elementos necessários para a formação da livre convicção do julgador, ou quando os pedidos deixarem de conter os requisitos estabelecidos pela legislação.

(...)

Inconformado, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário (e-fl. 3308 e ss.), onde alega, em síntese, o seguinte:

- a) que é nulo o lançamento haja vista que deveria ter sido realizado com base nas regras do lucro presumido;
- b) que é nulo o lançamento, por infração ao devido processo legal, pois realizado antes do julgamento da impugnação do ato declaratório de exclusão do Simples Federal;
- c) que é nula a exclusão do Simples Federal, já que embasada em simples presunções;
- d) que é nulo o lançamento, posto que a intimação se deu por edital, o qual foi assinado por pessoa incompetente;
- e) que é nulo o lançamento, uma vez que na data da lavratura do auto de infração não existia MPF válido;
- f) que os créditos tributários encontram-se, todos, extintos pelo decurso do prazo decadencial se for considerada a ciência do lançamento em 16/01/2012, data da entrega das cópias do processo;
- g) que, ao menos, os créditos tributários cujos fatos geradores ocorreram até novembro de 2006 foram alcançados pelo decurso do prazo decadencial, acaso considerada a ciência do lançamento em 30/12/2011, 15 (quinze) dias após à data da afixação do edital;
- h) que é nulo o lançamento realizado com base em quebra do sigilo bancário sem autorização judicial;
- i) que é incabível o arbitramento do lucro pois foram apresentados livros especificando todos os lançamentos bancários, ou seja, a origem dos recursos depositados, recebimentos de clientes, adiantamentos, empréstimos, etc.;
- j) que é incabível o lançamento lastreado em depósitos de origem não comprovada, pois nenhum registro bancário foi omitido, e toda a documentação financeira, fiscal e contábil da empresa foi disponibilizada à autoridade fiscal;
- k) que os depósitos bancários provenientes das empresas Planeta Água e Hotel Thermas encontram-se devidamente identificados, daí porque devem ser excluídos da autuação;
- l) que houve duplicidade de lançamento relativamente às vendas realizadas por meio de cartão de crédito. Tributo-se tais valores no momento da venda (informações obtidas junto ao sistema Sintegra - RN), a título de receita conhecida, e também no momento do recebimento, a título de depósitos de origem não identificada;
- m) que não houve comprovação de dolo, daí porque não há razão para qualificação de multa de ofício;
- n) que o acórdão recorrido reconheceu pagamentos feitos a título de Simples Federal, mas sem qualquer justificativa plausível, não alocou pagamentos para os meses de Jan/2006,

Fev/2006, Mar/2006 para IRPJ e PIS, rateando os valores pagos entre os demais tributos, a saber: CSLL, Confins e INSS;

o) que é incabível a exigência de juros de mora com base na taxa Selic, e que a imposição da multa de 75% importa em confisco.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais previstos nas normas que regem o Processo Administrativo Fiscal, logo, dele tomo conhecimento.

1) DAS PRELIMINARES DE NULIDADE

Alega inicialmente a recorrente que o lançamento é nulo, haja vista que deveria ter sido realizado com base nas regras do lucro presumido.

Sem razão a recorrente.

Tendo sido excluída do Simples Federal em 13/11/2011, com efeitos retroativos a 01/08/2000 (vide ADE nº 12, à e-fl. 1297), a recorrente ficou obrigada a apurar seus tributos com base nas regras aplicáveis às demais pessoas jurídicas, no caso, o lucro real, conforme disposto no art. 16 da Lei nº 9.317/96, *in verbis*:

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.

Entretanto, como o sujeito passivo não apresentou os livros Diário e Razão, a autoridade fiscal não teve alternativa senão apurar os tributos devidos com base nas regras do lucro arbitrado, conforme disposto no art. 530, I, do RIR/99, que assim estabelece:

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;

(...)

De ver que, ao contrário do que se passa no regime do Simples Nacional (vide art. 32, § 2º, da Lei Complementar nº 123/2006), **não há no regime do Simples Federal, ora sob exame, opção para que o sujeito passivo opte pela apuração de lucro presumido na hipótese de ser excluído desse regime.**

Alega também a recorrente que é nulo o lançamento, por infração ao devido processo legal, pois realizado antes do julgamento da impugnação do ato declaratório de exclusão do Simples Federal.

Sem razão, também aqui, a recorrente.

Sobre o assunto, a Súmula CARF nº 77, de observância obrigatória por parte da Administração Tributária, assim estabelece:

Súmula CARF n.º 77

A possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão.

Alega também a recorrente que é nula a exclusão do Simples Federal, já que embasada em simples presunções.

Ocorre que não é possível conhecer-se dessa alegação no âmbito do presente processo, pois a exclusão da recorrente do Simples Federal foi objeto de discussão nos autos do processo n.º 13433.720319/2012-59, cujo acórdão n.º 1302-001.985, exarado por esta Turma na sessão de 15/09/2016, manteve hígido o ato declaratório de exclusão.

Note-se ainda que, conforme consulta pública ao sítio do CARF e ao sítio do Comprot, ambos na internet, o referido acórdão n.º 1302-001.985 passou administrativamente em julgado, tornando-se definitivo o ato declaratório que excluiu a ora recorrente do Simples Federal.

Alega ainda a recorrente que é nulo o lançamento, posto que a intimação se deu por edital, o qual foi assinado por pessoa incompetente.

Sem razão, uma vez mais, a recorrente.

Inicialmente deve-se dizer que, conforme comprovam os documentos de e-fls. 3235/3237, em 15/12/2011 houve tentativa de ciência do lançamento à recorrente por via postal, a qual, entretanto, foi frustrada em razão de **recusa** ao recebimento da correspondência.

No mesmo dia 15/12/2011 foi, então, afixado o edital com a notícia da lavratura do auto de infração, cuja ciência considera-se dada no dia 30/12/2011, nos termos do art. 23, § 2º, inciso IV, do Decreto n.º 70.235/72, com a redação dada pela Lei n.º 11.196/2005.

O edital, por sua vez, foi afixado por ordem de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil ocupante do cargo de chefe do Núcleo de Fiscalização da DRF em Mossoró, que jurisdiciona a região onde está domiciliada a recorrente.

Não houve, portanto, a alegada incompetência do servidor público que assinou o edital.

Alega também a recorrente que é nulo o lançamento, uma vez que na data da lavratura do auto de infração não existia MPF válido.

Sem razão, outra vez, a recorrente.

Nos termos da a seguir transcrita Súmula CARF n.º 171, eventuais irregularidades no emissão do MPF não invalidam a autuação fiscal:

Súmula CARF n.º 171

Irregularidade na emissão, alteração ou prorrogação do MPF não acarreta a nulidade do lançamento.

Por fim, alega a recorrente que é nulo o lançamento pois foi realizado com base em quebra do sigilo bancário sem autorização judicial.

Sem razão a recorrente.

É que no julgamento do RE n.º 601.314, o STF aprovou a seguinte tese (tema 225 da sistemática de **repercussão geral**):

"O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal."

Por todo o exposto, voto por não conhecer da preliminar de nulidade da exclusão do Simples Federal, e por rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento.

2) DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Alega a recorrente que, se considerado que a ciência aos autos de infração se deu em **16/01/2012**, data em que teve acesso aos autos do presente processo, **todos os créditos tributários ora sob exame** encontram-se extintos pelo decurso do prazo decadencial.

Alega ainda que, mesmo se considerado que a ciência aos autos de infração se deu em **30/12/2011**, 15 (quinze) dias após a data da afixação do edital, **os créditos tributários cujos fatos geradores tenham ocorrido até o mês de novembro de 2006** encontram-se extintos pelo decurso do prazo decadencial.

Como é cediço, a contagem do prazo decadencial para os tributos sujeitos a lançamento por homologação é realizada segundo o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, exceto **(i)** quando inexistir **pagamento**, e/ou **(ii)** quando a infração tenha sido praticada com **dolo, fraude ou simulação**, casos em que a contagem do prazo decadencial é realizada segundo o disposto no art. 173, I, também do CTN.

Pois bem, conforme visto no relatório, o autor da ação fiscal apurou as seguintes infrações:

a) omissão de receitas provenientes da atividade do sujeito passivo, **em relação à qual afirmou ter havido dolo**, daí porque aplicou multa qualificada sobre os tributos dela decorrentes; e

b) omissão de receitas advinda de depósitos bancários de origem não comprovada, **em relação à qual não afirmou ter havido dolo**.

Por sua vez, o acórdão recorrido reconheceu ter havido pagamento de IRPJ, PIS, Cofins e CSLL, realizados por partilha dos pagamentos feitos por meio do Simples Federal, relativamente aos seguintes períodos:

a) IRPJ - todos os meses do ano de 2006, exceto janeiro, fevereiro e março, meses em que foi empregada a alíquota do Simples Federal de 5,40%, e que de acordo com art. 23 da Lei nº 9.317/96 o IRPJ não é incluído na partilha dos valores (0%);

b) PIS - todos os meses do ano de 2006, exceto janeiro, fevereiro e março, meses em que foi empregada a alíquota do Simples Federal de 5,40%, e que de acordo com art. 23 da Lei nº 9.317/96 o PIS não é incluído na partilha dos valores (0%);

c) Cofins - todos os meses do ano de 2006;

d) CSLL - todos os meses do ano de 2006.

Isso posto, **em relação à omissão de receitas advinda de depósitos bancários de origem não comprovada**, para a qual **não houve acusação de dolo**, tem-se que:

a) **não houve pagamento** do IRPJ do 1º trimestre de 2006 e do PIS dos meses de janeiro, fevereiro e março de 2006, daí porque em relação a esses créditos tributários a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos deve ser feita segundo o disposto no **art. 173, I, do CTN**.

Em sendo assim, a contagem iniciou-se em 01/01/2007 (1º dia do exercício sequente àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), e se encerraria em 01/01/2012. A ciência do lançamento, entretanto, ocorreu antes dessa data, em 30/12/2011. Isso posto, o IRPJ do 1º trimestre de 2006 e o PIS dos meses de janeiro, fevereiro e março de 2006 **não foram alcançados pelo decurso do prazo decadencial;**

b) **houve pagamento** do IRPJ, do PIS, da Cofins e da CSLL para todos os demais períodos do ano de 2006, daí porque em relação a esses créditos tributários a contagem do prazo decadencial deve ser feita segundo o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, 5 (cinco) anos contados a partir do fato gerador do respectivo tributo. Isso posto, **esses créditos foram alcançados pelo decurso do prazo decadencial, exceto o IRPJ e a CSLL do 4º trimestre de 2006, e o PIS e a Cofins de dezembro de 2006**, cujos fatos geradores ocorreram em 31/12/2006.

Por sua vez, **em relação à omissão de receitas provenientes da atividade do sujeito passivo**, é preciso, antes de mais nada, verificar se se confirma a acusação fiscal de acordo com a qual a infração foi cometida dolosamente.

Sobre isso consta o seguinte no relatório fiscal, *in verbis*:

19. Para os créditos/depósitos realizados na conta bancária do contribuinte e que foram reconhecidas em seu Livro-Caixa do ano-calendário de 2006 como recebimentos de seus clientes, recebimentos de valores de cartões de crédito, ou seja, receitas provenientes da exploração do seu estabelecimento comercial e para aquelas informações de receitas auferidas pela emissão de notas e cupons fiscais (informações do Sintegra fisco do RN), **tendo em vista que o contribuinte fiscalizado infringiu dolosamente por diversos anos seguidos a Lei n.º 9.317/96, a Lei n.º 8.212/91 e as legislações do IR, da CSLL, da COFINS e do PIS em virtude de o contribuinte fiscalizado ser, juntamente com o Hotel Thermas Ltda, resultante do desmembramento das operações comerciais da empresa (Host Administração Hoteleira Ltda, CNPJ 35.297.522/0001-81 - antiga Host Hotéis e Turismo Ltda - que incluía o hotel, os restaurantes e as piscinas) e conseqüentemente terem repartido entre si (Hotel Thermas e Restaurante Thermas) as receitas que aquela antiga empresa auferia** - beneficiando-se assim, de forma indevida, do pagamento de tributos de forma menos onerosa (pela inclusão no SIMPLES), **será lançado de ofício o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica com multa qualificada de 150%** conforme determina o art. 44 da Lei n.º 9.430/96, com prazo decadencial na forma do artigo 173, inciso I, da Lei n.º 5.172/66 (Código Tributário Nacional). (g.n.)

20. Sobre esses valores incidirão também a CSLL, a COFINS e o PIS também com multa qualificada de 150% também determinado pela Lei n.º 9.430/96.

(...)

Em sua defesa a recorrente alega o seguinte:

11. DO INCOMPROVADO DOLO

11.1. No lançamento foram aplicadas penalidades pecuniárias contraditórias - multa não agravada de 75% sobre os depósitos bancários e multa qualificada de 150% sobre Receita Operacional Omitida.

11.2. A jurisprudência pátria é pacífica, na qual **a simples omissão de receitas não é ensejadora da qualificação da multa, sendo imprescindível para sua aplicação que se configure o evidente intuito de fraude.** (g.n.)

(...)

11.7. Primeiramente convenhamos que não houve omissão de informação. **Os livros inicialmente apresentados foram refeitos nos moldes requeridos pelo Auditor, todas as intimações foram respondidas,** foi vasculhada a fundo a vida da empresa,

inclusive com correspondências dirigidas aos cartórios para solicitar cópia de procuração, sem que tenha sido sequer requerida diretamente a impugnante, foi analisadas profundamente as GFIP das empresas e nada absolutamente nada que pudesse comprovar a atitude dolosa da empresa ou de sócios ficou demonstradas, apenas ilações.

11.8. A pretensão omissão de receitas, mesmo que procedente, não teria, por si só, o condão de qualificar a multa a 150%.

(...)

No entanto, restou claro que o desmembramento da empresa Host Administração Hoteleira Ltda. foi realizado exatamente com o intuito de possibilitar o enquadramento das empresas resultantes, dentre elas a ora recorrente, do Simples Federal.

Tal fato foi relatado, inclusive, no despacho decisório de e-fl. 1287 e ss., como se verifica no trecho a seguir transcrito:

1. Trata o processo em epígrafe de Representação Fiscal para exclusão do Simples Federal, oriundo do Núcleo de Fiscalização desta Delegacia da Receita Federal do Brasil em Mossoró-RN, onde descreve, em síntese:

1.1 – Que a empresa RESTAURANTE THERMAS LTDA, CNPJ.: 03.926.341/0001-80, é optante do SIMPLES (simples federal) desde sua constituição, qual seja, 10/07/2000.

1.2 – Que, antes daquela data (10/07/2000), funcionava no endereço a empresa HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA LTDA, cnpj.: 35.297.522/0001-81, atualmente com sede na rua Conselheiro Brito Guerra, 1020, Tirol, Natal/RN, CEP 59.015-040.

(...)

1.5 – Na mesma época em que foi criada a empresa Restaurante Thermas Ltda, também foi criada a empresa HOTEL THERMAS LTDA, CNPJ 03.926.341/0001-80, em 10/07/2000, tendo como sócios Patrícia Matoso Barbosa, CPF 031.431.594-21, e Hildebrando de Souza Matoso, CPF 003.459.034-04, com endereço Av. Lauro Monte, 2001, sala 01, Santo Antônio, Mossoró/RN (mesmo endereço do Restaurante Thermas Ltda), cujo objeto social inicial era o de serviços de hospedagem e hotelaria, com restaurante e bar, comércio varejista de artigos de vestuário, complementos e artesanatos e serviços de administração hoteleira. Em 29/09/2000 o objeto social (do Hotel Thermas) passou a ser hotelaria, serviços de lavanderia e promoção e/ou produção de espetáculos artísticos, culturais e esportivos.

1.5.1 - Ressaltamos aqui Patrícia Matoso Barbosa, Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo e Taísa Matoso Barbosa são filhas do casal Raimundo Correia Barbosa Filho e Riane Matoso Barbosa.

1.6 – Relativamente a receita tributária da empresa HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA LTDA, a partir das informações constantes de sua DIPJ, verificou-se, no ano de 2000 (ano da criação das empresas HOTEL THERMAS LTDA E RESTAURANTE THERMAS LTDA), o montante de R\$ 1,5 milhão (valores aproximados), observando que, à época, o limite para ingresso no SIMPLES FEDERAL era R\$ 1,2 milhão. (g.n.)

1.6.1 – Tanto o HOTEL THERMAS LTDA, quanto o RESTAURANTE THERMAS LTDA, com o desmembramento das atividades antes exploradas pela empresa HOST ADMINISTRAÇÃO LTDA, passaram, isoladamente, a ter receita tributária inferior a R\$ 1,2 milhão, limite máximo permitido para ingresso no SIMPLES FEDERAL. (g.n.)

1.6.2 – O desmembramento das atividades da empresa HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA, e conseqüentemente, das futuras receitas tributárias, com a criação das empresas RESTAURANTE THERMAS LTDA e HOTEL THERMAS LTDA, propiciou condições a estas duas últimas empresas aderirem ao SIMPLES, visto que os seus

respectivos faturamentos ficaram abaixo do limite legal para enquadramento que era, à época, de R\$ 1.200.000,00.

(...)

Portanto, provado está que a ora recorrente, junto com as demais empresas resultantes do desmembramento de Host Administração Hoteleira Ltda., agiram dolosamente para repartir suas receitas a fim de não ultrapassarem o limite legal de receita bruta para opção ou permanência no Simples Federal.

Uma vez provado que **a omissão de receitas provenientes da atividade do sujeito passivo foi cometida dolosamente, os respectivos créditos tributários sujeitam-se à regra de decadência prevista no art. 173, I, do CTN e, em sendo assim, não foram alcançados pelo decurso do prazo decadencial.**

3) DAS RAZÕES DE MÉRITO

Alega a recorrente que é incabível o arbitramento do lucro pois foram apresentados livros especificando todos os lançamentos bancários, ou seja, a origem dos recursos depositados, recebimentos de clientes, adiantamentos, empréstimos, etc.

Sem razão a recorrente.

Tendo sido excluída do Simples Federal, a recorrente, a partir da data de produção dos efeitos da exclusão, passou a sujeitar-se às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, no caso o lucro real, conforme estabelecido no já mencionado art. 16 da Lei nº 9.317/96.

Por sua vez, como deixou de apresentar os livros Diário e Razão, teve seu lucro arbitrado, nos exatos termos do também já mencionado art. 530, I, do RIR/99.

No que concerne aos **depósitos de origem não comprovada** a recorrente faz as seguintes alegações:

a) que é incabível o lançamento lastreado em depósitos de origem não comprovada, pois nenhum registro bancário foi omitido, e toda a documentação financeira, fiscal e contábil da empresa foi disponibilizada à autoridade fiscal;

b) que os depósitos bancários provenientes das empresas Planeta Água e Hotel Thermas encontram-se devidamente identificados, daí porque devem ser excluídos da autuação; e

c) que houve duplicidade de lançamento relativamente às vendas realizadas por meio de cartão de crédito. Tributou-se tais valores no momento da venda (informações obtidas junto ao sistema Sintegra - RN), a título de receita conhecida, e também no momento do recebimento, a título de depósitos de origem não identificada.

Pois bem, sobre a presunção legal de omissão de receita oriunda de depósitos bancários cuja origem não foi identificada pelo sujeito passivo, o art. 42 da Lei nº 9.430/96 assim estabelece:

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.

§1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;
(...)

Nesse sentido, a mera apresentação da contabilidade da empresa à autoridade fiscal não afasta, por si só, a presunção legal de omissão de receitas pois, de acordo com o *caput* do art. 42 da lei nº 9.430/96, é necessária a comprovação da origem de cada um dos depósitos bancários questionados pela fiscalização.

Ademais, a identificação da origem dos depósitos bancários não se limita à identificação da pessoa do depositante, alcançando também a identificação da operação.

Isso posto, não é possível afastar-se a presunção legal de omissão de receitas relativamente aos depósitos efetuados por Planeta Água e Hotel Thermas, pois é preciso que a recorrente identifique, além dos depositantes dos recursos, também a natureza das operações que justificaram tais depósitos, algo que não logrou fazê-lo.

Quanto à alegada duplicidade no lançamento, é necessário que a recorrente comprove que os depósitos realizados em um mês referiam-se a vendas já oferecidas à tributação do IRPJ e reflexos em meses anteriores. Ausente essa prova, permanece hígida a presunção legal de omissão de receitas.

Alega ainda a recorrente que não houve comprovação de dolo, daí porque não há razão para **qualificação de multa de ofício**.

Sobre a conduta dolosa do sujeito passivo em relação à omissão de receitas provenientes da atividade da empresa, em que foi aplicada multa de ofício qualificada, já nos pronunciamos quando do exame da **preliminar de decadência** (item 2 deste voto, ao qual ora nos remetemos).

Comprovada a conduta dolosa, deve-se manter a qualificação da multa de ofício.

Alega a recorrente que o acórdão recorrido reconheceu pagamentos feitos a título de Simples Federal, mas sem qualquer justificativa plausível não alocou pagamentos para os meses de Jan/2006, Fev/2006, Mar/2006 para IRPJ e PIS, rateando os valores pagos entre os demais tributos, a saber: CSLL, Confins e INSS.

Sem razão a recorrente.

É que em relação aos períodos acima mencionados, a recorrente estava sujeita à alíquota do Simples Federal de 5,40%.

E para essa alíquota o IRPJ e o PIS não entram na partilha dos valores recolhidos a título de Simples Federal, como estabelecido no art. 23 da Lei nº 9.317/96, *in verbis*:

Art. 23. Os valores pagos pelas pessoas jurídicas inscritas no Simples corresponderão a:
(Vide Medida Provisória nº 275, de 2005)

I - no caso de microempresas:

(...)

d) em relação à faixa de receita bruta de que trata a alínea *d* do inciso I do caput do art. 5º desta Lei: (Vide Medida Provisória n.º 275, de 2005)

1. **0% (zero por cento), relativo ao IRPJ**; (Vide Medida Provisória n.º 275, de 2005) (g.n.)

2. 0,54% (cinquenta e quatro centésimos por cento), relativos à CSLL; (Vide Medida Provisória n.º 275, de 2005)

3. 1,62% (um inteiro e sessenta e dois centésimos por cento), relativos à Cofins; (Vide Medida Provisória n.º 275, de 2005)

4. **0% (zero por cento), relativo ao PIS/Pasep**; (Vide Medida Provisória n.º 275, de 2005) (g.n.)

5. 3,24% (três inteiros e vinte e quatro centésimos por cento), relativos às contribuições de que trata a alínea *f* do § 1º do art. 3º desta Lei; (Vide Medida Provisória n.º 275, de 2005)

(...)

Por fim, alega a recorrente que é incabível a exigência de juros de mora com base na taxa Selic, e que a imposição da multa de 75% importa em confisco.

Em relação ao emprego da taxa Selic no cálculo dos juros de mora o CARF já pacificou a questão por meio de sua Súmula n.º 4, de observância obrigatória por parte da Administração Tributária, *in verbis*:

Súmula CARF n.º 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios 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.

Quanto ao alegado efeito confiscatório da multa de 75% é de se dizer que a matéria tem como fundamento a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n.º 9.430/96, razão pela qual o CARF não detém competência para sobre ela se manifestar, conforme estabelecido na sua Súmula n.º 2, também de observância obrigatória por parte da Administração Tributária:

Súmula CARF n.º 2

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

4) CONCLUSÃO

Tendo em vista todo o exposto, voto por **não conhecer do recurso apenas na parte que trata da preliminar de nulidade da exclusão do Simples Federal**, objeto dos autos do processo n.º 13433.720319/2012-59.

Em relação às demais matérias, voto por conhecer do recurso para rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento e, no mérito, para dar-lhe parcial provimento, para reconhecer a extinção, pelo decurso do prazo decadencial, dos seguintes créditos tributários relativos, **apenas**, à omissão de receitas advinda de depósitos bancários de origem não comprovada (**ou seja, apenas para os créditos tributários referentes ao item 002 dos autos de infração, para o qual não houve acusação de dolo**):

a) IRPJ referente aos fatos geradores ocorridos nos 2º e 3º trimestres do ano-calendário de 2006;

b) PIS referente aos fatos geradores ocorridos nos meses de abril a novembro do ano-calendário de 2006;

c) Cofins referente fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a novembro do ano-calendário de 2006;

d) CSLL referente aos fatos geradores ocorridos nos 1º, 2º e 3º trimestres do ano-calendário de 2006.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto