



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

Processo n° 13433.720980/2011-83
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-002.934 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2018
Matéria Omissão de Receitas
Recorrente PLANETA ÁGUA BAR E RESTAURANTE LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006

Ementa:

PRELIMINAR DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Os procedimentos no curso da auditoria fiscal, cujo início foi regularmente cientificado ao contribuinte, não determinam nulidade, por cerceamento ao direito de defesa ou ofensa ao princípio do contraditório, do auto de infração correspondente. Ademais, não restou justificada as alegações trazidas pela contribuinte que ensejasse a nulidade do auto de infração.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO. A existência de declaração/recolhimentos dos tributos federais pelo regime simplificado impõe a aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN.

INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. QUEBRA DE SIGILO. INOCORRÊNCIA. A utilização de informações bancárias obtidas junto às instituições financeiras constitui simples transferência à administração tributária e não quebra do sigilo bancário dos contribuintes, não havendo, pois, que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações. Portanto, não restou justificada as alegações trazidas pela contribuinte que ensejasse a nulidade do auto de infração.

OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INCOMPETÊNCIA. O CARF não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula n° 02 do CARF).

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. LANÇAMENTO REALIZADO ANTES DO JULGAMENTO DA EXCLUSÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA:

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. (Súmula CARF Nº 77)

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

MULTA DE OFÍCIO. ALEGAÇÃO DE CONFISCO. INCOMPETÊNCIA DO CARF. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF nº 2).

QUALIFICAÇÃO DA MULTA. Estando devidamente consubstanciado nos autos o intuito doloso do contribuinte, o multa qualificada deve ser aplicada.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS. O entendimento adotado para o lançamento matriz se estende aos lançamentos reflexos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para, em relação à infração decorrente de depósitos bancários sem comprovação de origem, reconhecer a decadência do crédito tributário de IRPJ e de CSLL do terceiro trimestre de 2006 e de PIS e de Cofins dos meses de agosto e setembro de 2006.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto- Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Ângelo Antunes Nunes (suplente convocado para manter paridade do colegiado), Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Leonam Rocha de Medeiros (suplente convocado em substituição à Conselheira Bianca Felícia Rothschild) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Ausente justificadamente a Conselheira e Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

Trata-se o presente processo de exclusão da contribuinte dos regimes simplificados de pagamento de tributos federais denominados Simples Federal e Simples Nacional, em razão da situação impeditiva prevista no art. 9º, XVII, da Lei nº 9.317/96

Vejamos as descrições dos fatos do auto de infração e seus desdobramentos, conforme se extrai do relatório constante no Acórdão nº 11-40.360 prolatado pela 4ª Turma da DRJ/REC (fls. 2272/2282):

2. O ato excludente formalizou-se através do Despacho Decisório DRF/MOS n.º 380, de 2011 (fls. 1140/1153; ciência em 19/10/2011, conforme AR de fl. 1157), no qual estão consignadas, em síntese, as seguintes informações (a exclusão do Simples Federal deu-se a partir de 1º/8/2005, através do Ato Declaratório Executivo n.º 10, de 13/10/2011; do Simples Nacional, a partir de 1º/7/2007, através do Ato Declaratório Executivo n.º 11, de 13/10/2011):

2.1. A empresa PLANETA ÁGUA BAR E RESTAURANTE LTDA. é optante do Simples Federal desde a sua constituição, que ocorreu em 11/7/2005, tendo migrado para o Simples Nacional em 1º/7/2007. Antes, funcionava, no mesmo endereço, a HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA LTDA., CNPJ n.º 35.297.522/0001-81, antes denominada HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA., com CNAE n.º 5511 (estabelecimento hoteleiro com restaurante), que nele permaneceu até 15/3/2004. Também no mesmo endereço da contribuinte funcionam o HOTEL THERMAS LTDA. e o RESTAURANTE THERMAS LTDA. (ambas criadas em 10/7/2000), sendo que cada uma destas tem como sócias uma das filhas do casal Raimundo Correia Barbosa e Riane Matoso Barbosa, Patrícia Matoso Barbosa e Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo;

2.2. Na mesma época em que foi criado o HOTEL THERMAS LTDA., também foi criado o RESTAURANTE THERMAS LTDA, CNPJ 03.926.341/0001-80, tendo como sócios Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo, CPF 022.587.474-14, e Taísa Matoso Barbosa, CPF 022.587.474-14, ambas filhas do casal Raimundo Correia Barbosa Filho e Riane Matoso Barbosa, sócios da HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA.;

2.3. Verificou-se, no ano de 2000 (ano da criação das empresas HOTEL THERMAS LTDA e RESTAURANTE THERMAS LTDA), a receita da HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA LTDA. alcançou o montante de R\$ 1,5 milhão. À época, o limite para ingresso no Simples Federal era R\$ 1,2 milhão;

2.4. Tanto o HOTEL THERMAS LTDA., quanto o RESTAURANTE THERMAS LTDA., com o desmembramento das atividades antes exploradas pela empresa HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA LTDA., passaram, isoladamente, a apresentar receita tributária inferior a R\$ 1,2 milhão, limite máximo permitido para ingresso no regime simplificado. O desmembramento das atividades da empresa HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA., 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 o enquadramento (R\$ 1,2 milhão);

2.5. Constatou a existência de um contrato de locação de Bem Imóvel com Arrendamento de Equipamentos, Bens Móveis e Outros Utensílios Gerais, datado de 19/08/2000, celebrado entre a empresa HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA. e a recente criada HOTEL THERMAS LTDA. Contrato de mesma natureza foi celebrado, na mesma data, entre a empresas HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA e o RESTAURANTE THERMAS LTDA. (ambos os contratos não foram registrados, nem constam testemunhas; as firmas foram reconhecidas apenas em 15/5/2009, ou seja, quase nove anos após a sua celebração);

2.6. Há cláusula nos contratos determinando que os pagamentos dos referidos aluguéis sejam feitos diretamente na conta pessoal do Sr. Raimundo Correia Barbosa Filho, observando que as receitas tributáveis da empresa HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA eram creditadas na conta de um de seus sócios, em desacordo com o princípio contábil da entidade. Observando os comprovantes de pagamento destes contratos, verificou-se serem amparados por ORDENS DE COMPRA que, apesar de emitidos por empresas diferentes (HOTEIS THERMAS LTDA e RESTAURANTE THERMAS LTDA), estampam o mesmo logotipo: “THERMAS HOTEL & RESORT”;

2.7. Em determinados meses não foi apresentada a documentação comprobatória dos pagamentos, em outros apenas os referentes aos pagamentos efetuados nas contas pessoais do Sr. Raimundo Correia Barbosa Filho (efetuadas pelo HOTEL THERMAS LTDA.), sendo que algumas despesas pessoais da Sra. Riane Matos Cardoso foram pagas pelo HOTEL THERMAS LTDA. e pelo RESTAURANTE THERMAS LTDA.;

2.8. A partir de agosto de 2000, verificando as informações constantes da GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações da Previdência Social) apresentadas pela HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA., seus empregados foram transferidos para o HOTEL THERMAS LTDA. e o RESTAURANTE THERMAS LTDA.;

2.9. No primeiro ofício de notas de Mossoró/RN consta o registro de uma PROCURAÇÃO, com data de 7/5/2002, na qual o HOTEL THERMAS LTDA, através de sua

sócia-gerente Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves, outorga poderes amplos, gerais e ilimitados ao Sr. Raimundo Correia Barbosa Filho e a Srª Riane Matos Barbosa, configurando, assim, serem os mesmos sócios de fato do HOTEL THERMAS LTDA.;

2.10. Os empregados da empresa PLANETA ÁGUA LTDA, conforme informações constantes da GFIP (por ela apresentada), são advindos das empresas HOTEL THERMAS LTDA. e RESTAURANTE THERMAS LTDA., inclusive da empresa HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA. Além disso, muitos desses empregados (constantes da GFIP) têm data de admissão nos anos de 2001 a 2004, sendo que a empresa foi constituída somente em julho de 2005;

2.11. No 1º Ofício de Notas de Mossoró/RN constam diversas procurações outorgando poderes amplos, gerais e ilimitados a Sra. Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves (em conjunto com outras pessoas), que detém 95% do Capital Social da empresa HOTEL THERMAS LTDA., sobre a empresa PLANETA ÁGUA LTDA. (e também sobre a empresa RESTAURANTE THERMAS LTDA.);

2.12. Procurações no mesmo sentido foram outorgadas em nome da Sra. Auremiza Cordeiro Freitas de Paixão, que fora empregada da empresa HOST – HOTÉIS E TURISMO até junho de 2003, quando passou a ser empregada da empresa HOTEL THERMAS LTDA., tudo conforme informações contidas nas GFIPs, passando a ter poderes de administração e/ou gerência sobre a empresa PLANETA ÁGUA. Na mesma situação encontrava-se o Sr. Marcos Roberto de Souza, CPF n.º 702.382.354-91,

empregado da HOST até julho de 2000, e que a partir de agosto do mesmo ano passou a ser empregado da empresa HOTEL THERMAS, tudo conforme informações contidas nas GFIPs, com poderes de Administração e/ou gerência sobre a empresa PLANETA ÁGUA;

2.13. O conjunto de procurações demonstra que a empresa PLANETA ÁGUA LTDA. é uma divisão administrativa das empresas HOTEL THERMAS LTDA. e RESTAURANTE THERMAS LTDA. (ambas criadas a partir da HOST – HOTÉIS E TURISMO LTDA.);

2.14. O Livro Caixa da empresa PLANETA ÁGUA LTDA. foi apresentado após 14 (quatorze) meses da intimação para a sua apresentação, mesma dificuldade apresentada em relação às empresas HOTEL THERMAS LTDA. e RESTAURANTE THERMAS LTDA., o que demonstra que as empresas do “GRUPO THERMAS” não dispunham de contabilidades segregadas. A empresa PLANETA ÁGUA LTDA. apresentou documentos que comprovam receitas nos meses de janeiro a março de 2006, embora tenha demonstrado ter conta própria somente em abril de 2006. A empresa se utilizou de contas bancárias de terceiros para movimentar suas receitas, cuja soma ultrapassa R\$ 50.000,00 (no trimestre);

2.15. Foi realizada diligência junto ao CREA (Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura) a fornecer todas as ARTs (Anotações de Responsabilidade Técnica) das construções e/ou ampliações aprovadas nos anos de 2000 a 2009 relacionadas às empresas HOST – HOTÉIS E TURISMO, HOTEL THERMAS, RESTAURANTE THERMAS E PLANETA ÁGUA. Nenhuma dessas ARTs descrevem as construções dos “pontos comerciais” como sendo realizadas no ano-calendário de 2000 ou posteriormente, o que demonstra que as construções desses “pontos comerciais” e a sua consequente exploração são anteriores ao ano-calendário de 2000 (ano de criação das empresas HOTEL THERMAS LTDA. e RESTAURANTE THERMAS LTDA.; a PLANETA ÁGUA BAR E RESTAURANTE LTDA foi criada em 2005).

3. No prazo legal, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade de fls. 1161/1166, por meio da qual alega:

3.1. A conclusão da autoridade fiscal calcou-se em mera presunção sem amparo legal. Não há nos autos provam material do desmembramento de que fala a fiscalização;

3.2. Inexiste na legislação do Simples Federal e Nacional amparo à exclusão por simples presunção. A fiscalização tratou da transferência de uma empresa familiar, de “pai para filhos”, como sendo um ato fraudulento;

3.3. As Sras. Ana Carla Matoso Barbosa de Azevedo, Patrícia Matoso Barbosa e Taísa Matoso Barbosa são filhas do casal Raimundo Correia Barbosa e Riane Matoso Barbosa;

3.4. A HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA. iniciou suas atividades na década de 1990, sendo que o Sr. Raimundo Correia Barbosa e Riane Matoso Barbosa exerciam atividades empresariais desde antes. Na década de 2000, o casal resolveu transferir a empresa para as suas filhas, a fim de que dessem continuidade aos

negócios. Ocorre, como tinha três filhas, houve a constituição das três empresas que a fiscalização, de forma arbitrária, entendeu tratar-se uma única empresa;

3.5. Todas as alterações contratuais estão de acordo com a legislação que rege a matéria, inexistindo motivos de qualquer ordem para a desconsideração da personalidade jurídica dessas empresas.

4. Às fls. 2033/2071, anexaram-se autos de infração, dos quais a contribuinte autuada foi intimada através do Edital de fl. 2225 (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\$ 153.923,79. No lançamento referente ao IRPJ (fls. 2033/2041), estimado com base no lucro arbitrado, encontram-se registradas as seguintes infrações, ao final tipificadas:

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

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

5. No Relatório Fiscal de fls. 2072/2077, 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 científicas 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). Outros, no entanto, não foram reconhecidos como receitas; alguns foram reconhecidos como empréstimos;

5.3. Sem sucesso, a contribuinte autuada foi intimada a apresentar a documentação comprobatória dos créditos efetuados em conta-corrente. 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;

5.4. A contribuinte autuada também foi científica de todas as informações coletadas junto ao Fisco estadual do Rio Grande do Norte (Sintegra);

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 (*vide* fl. 2231), a contribuinte apresentou impugnação ao lançamento (fls. 2232/2244), 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 dos 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 o Sr. RAIMUNDO CORREIA BARBOSA FILHO e sua esposa, a Sra. RIANE MATOSO BARBOSA tiveram três filhas, TAÍSA MATOSO BARBOSA, sócia do PLANETA ÁGUA, PATRÍCIA MATOSO BARBOSA BARCELLOS CHAVES, sócia do HOTEL THERMAS, e ANA CARLA MATOSO BARBOSA DE AZEVEDO, sócia do RESTAURANTE THERMAS. No início de 2000, quando diagnosticado com câncer (faleceu no natal de 2010), o Sr. RAIMUNDO resolveu transferir seus negócios para as filhas, daí a constituição das três empresas, uma para cada filha. 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. 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. 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 foi emitido para a fiscalização do IRPJ, Simples Nacional e Simples (inicialmente IRPJ; depois Simples Nacional e Simples). A fiscalização foi autorizada a fiscalizar o Simples, mas fiscalizou outros tributos, dentre os quais as contribuições sociais;

Decadência

6.8. O período de janeiro a novembro de 2006 já foi alcançado pela decadência.

MÉRITO

Arbitramento

6.9. 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

6.10. A única operação da empresa autuada é a venda de alimentos e bebidas. Esses valores não podem ser considerados depósitos de origem não comprovada. 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;

Dolo não comprovado

6.11. Sobre todas as infrações apuradas aplicou-se a multa de 150%. Estranhamente, sobre os fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2006, objeto de outro processo administrativo (13433.720113/2011-43), aplicou-se multa de 75%;

6.12. 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;

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

6.14. 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;

Não aproveitamento dos pagamentos

6.15. Ao longo dos anos-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

6.16. 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.

7. Ao final, requer a nulidade do lançamento e a realização de diligências. Protesta, ainda, pela produção de todas as provas admitidas em direito.

A DRJ, ao analisar a impugnação de fls 298/302, julgou procedente em parte, para manter a exigência quanto aos valores de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins (principais) especificados nas tabelas reproduzidas no corpo do voto condutor do acórdão, sobre os quais incidirão as multas de ofício nelas registradas e juros de mora, na forma da legislação aplicável.

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (2312/2330), no qual repisa os argumentos da Impugnação e contesta os motivos que levaram à DRJ a julgar seu pedido improcedente.

Eis a síntese do necessário. Passo a decidir.

Voto

Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Relator.

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

Cuida o presente processo de auto de infração referente à créditos tributários no valor de R\$ 153.923,79, relativo ao Simples Nacional.

As infrações referem-se a: (i) receita operacional omitida (atividade não imobiliária), enquadrada no arts. 532 e 537, acrescida da multa qualificada de 150%; (ii) depósito bancário de origem não comprovada, enquadrada nos arts. 27, I e 42 da Lei nº 9.430/96.

Conforme se apura do Relatório Fiscal às fl. 2072, a empresa foi excluída da sistemática do SIMPLES FEDERAL, a partir de 01/08/2005 por se tratar de empresa resultante do desmembramento de empresa anterior (Hotel Thermas Ltda), conforme Ato Declaratório Executivo nº 10 da DRF em Mossoró.

Também, por meio do Ato Declaratório Executivo nº 11 da DRF em Mossoró, o contribuinte foi excluído do SIMPLES NACIONAL a partir de 01/07/2007, igualmente por se tratar de empresa resultante de desmembramento de empresa anterior (Hotel Thermas Ltda)

As verificações fiscais teve como objetivo a averiguação da correta inclusão do contribuinte no SIMPLES FEDERAL e no SIMPLES NACIONAL, visando apurar o verdadeiro montante do quantum tributável dos anos-calendário de 2006 a 2009. Isso porque houve um apontamento no sistema de uma movimentação financeira da empresa PLANETA ÁGUA BAR E RESTAURANTE LTDA em valores superiores as suas receitas declaradas em Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - SIMPLES e em Declaração Anual do Simples Nacional - DASN (SIMPLES NACIONAL).

A movimentação financeira do contribuinte está resumida no relatório de fls 139/145, o qual foi dado ciência ao contribuinte.

Após intimações, a empresa apresentou entre os meses de julho e agosto de 2010, parte de sua movimentação financeira em papel, a qual se provou incompleta. Posteriormente, o contribuinte foi intimada a apresentar sua documentação bancária dos anos-calendário de 2006 a 2009 em meio magnético.

Com efeito, não tendo atendido a intimação, foram emitidas Requisições de Movimentação Financeira – RMF, com base nas informações prestadas pelas instituições

financeiras, foi elaborada planilha com a relação de créditos bancários efetuados em 2006 (fls. 139/145).

A Recorrente também foi intimada a apresentar seus livros contábeis e fiscais, tendo a Recorrente apresentado seu livro caixa relativo ao ano-calendário 2006.

De posse dos documentos, a fiscalização confrontou os valores lançados nos Livros Caixa e os valores contidos a crédito e débito nos extratos na conta bancária da contribuinte e concluiu que os lançamentos contidos nos livros caixa reproduzem as operações bancárias contidas nos extratos bancários do contribuinte, com exceção de alguns lançamentos não reconhecidos como receita, mas sim como empréstimos.

A Fiscalização intimou o contribuinte a apresentar documentação comprobatória sobre esses valores lançados a título de empréstimos, todavia, o contribuinte não apresentou nada nesse sentido.

Desse modo, as movimentações financeiras realizadas no período (valores creditados nas contas bancária do contribuinte) foram consideradas como receitas omitidas pela fiscalização, por força do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Confira abaixo o racional da fiscalização ao arbitrar o lucro do contribuinte no ano-calendário de 2006:

20. 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 nº 9.317/96, a Lei nº 8.212/91 e as legislações do IR, da CSLL, da COFINS e do PIS – beneficiando-se indevidamente do pagamento de tributos de forma menos onerosa (pela inclusão no SIMPLES), em virtude de que o contribuinte fiscalizado é resultante do desmembramento das operações comerciais do Hotel Thermas Ltda (principalmente) e do Restaurante Thermas Ltda e, conseqüentemente, das receitas daquelas duas empresas, será lançado de ofício o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica com multa qualificada de 150%, conforme determina o art. 44 da Lei nº 9.430/96, com prazo decadencial na forma do artigo 173, inciso I, da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional).

21. Sobre esses valores incidirão também a CSLL, a COFINS e o PIS também com multa qualificada de 150% também determinado pela Lei nº 9.430/96.

22. Sobre os valores dos créditos/depósitos realizados na conta bancária do contribuinte e que o contribuinte não comprovou as suas origens, mesmo após regulares intimações será lançado de ofício o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica com multa de ofício de 75%. Também sobre esses valores incidirão a CSLL, a COFINS e o PIS com a mesma multa de ofício de 75%, e com prazo decadencial também na forma do artigo 173, inciso I, da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional) pelos mesmos motivos descritos no item 20 acima (inclusão fraudulenta no SIMPLES).

Diante do exposto, foi constituído o respectivo crédito tributário, conforme tabela abaixo:

Processo nº 13433.720980/2011-83
Acórdão n.º 1301-002.934

S1-C3T1
Fl. 2.342

CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO:

Imposto de Renda Pessoa Jurídica.....R\$	35.844,99
Programa Integração Social.....R\$	16.240,02
Contribuição p/Financiamento S. Social.....R\$	74.955,09
Contribuição Social s/Lucro Líquido.....R\$	26.883,69

Passemos as razões de defesa da Recorrente.

PRELIMINARES

EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL

A Recorrente sustenta que a fiscalização não poderia julgar o lançamento, sem que a DRJ já tivesse apreciado a exclusão do Simples Federal e Nacional, porquanto o julgado daquele interfere no julgamento deste, sob pena de afrontar o devido processo legal.

A instância *a quo* já apreciou as razões que levaram a exclusão de tais regimes. Tanto a legislação que disciplina o Simples Federal, quanto a que rege o Simples Nacional prevêem hipóteses que obstam a adoção desses regime. A exemplo, quando a empresa optante resultou de cisão (ou qualquer forma de desmembramento de outra já existente) com o intuito de repartir as receitas auferidas pela pessoa jurídica cindida. Confira-se as legislações de regência de ambos regimes:

Lei n.º 9.317, de 1996:

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

(...)

XVII - que seja resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento da pessoa jurídica, salvo em relação aos eventos ocorridos antes da vigência desta Lei;

Lei Complementar n.º 123, de 2006:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

(...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

(...)

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

É justamente o caso dos autos. Confira-se a os eventos trazidos pela decisão (fls. 2283) que demonstram tal alegação:

11. É o que ocorreu no caso em exame, já que os sócios da HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA. (antiga denominação da HOST ADMINISTRAÇÃO HOTELEIRA LTDA.) – porque esta auferia receitas em valor superior ao limite legal para a opção pelos regimes simplificados – promoveram a criação das empresas PLANETA ÁGUA BAR E RESTAURANTE LTDA., HOTEL THERMAS LTDA. e RESTAURANTE THERMAS LTDA. e repartiram, entre elas, as atividades que aquela desenvolvia. Dos fatos que embasaram a autuação, todos inequívocos nos autos, destacam-se os seguintes:

11.1. A constituição de empresas novas por pessoas que mantêm laços familiares com os sócios da empresa cindida, a HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA.;

11.2. A participação na administração e/ou gerência da empresa representada, através de procurações, de pessoas que mantêm vínculo contratual empregatício com a empresa HOTEL THERMAS LTDA. Esse conjunto de procurações demonstra que a empresa PLANETA ÁGUA LTDA. é uma divisão administrativa das empresas HOTEL THERMAS LTDA. e RESTAURANTE THERMAS LTDA. (ambas criadas a partir da HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA.);

11.3. Os empregados da empresa PLANETA ÁGUA LTDA são advindos das empresas HOTEL THERMAS LTDA., RESTAURANTE THERMAS LTDA. e da HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA., muitos dos quais foram admitidos em anos anteriores a sua própria criação (informações coletadas nas GFIPs);

11.4. A Sra. Patrícia Matoso Barbosa Barcellos Chaves (em conjunto com outras pessoas), filha dos sócios da HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA. e que detém 95% do Capital Social da empresa HOTEL THERMAS LTDA., é procuradora, com poderes amplos, gerais e ilimitados, da empresa PLANETA ÁGUA LTDA. (e também do RESTAURANTE THERMAS LTDA.). Outras procurações foram outorgadas em nome da Sr. Auremiza Cordeiro Freitas de Paixão, que fora empregada da empresa HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA. até junho de 2003, a partir de quando passou a ser empregada da empresa HOTEL THERMAS LTDA., situação na qual também se encontrava o Sr. Marcos Roberto de Souza, empregado da HOST até julho de 2000 (desde então empregado da empresa HOTEL THERMAS), que passou a ter poderes de administração e/ou gerência sobre a empresa PLANETA ÁGUA LTDA.;

11.5. A PLANETA ÁGUA LTDA. apresentou à fiscalização documentos que comprovam ter auferido receitas nos meses de janeiro a março de 2006, embora somente passou a ter conta bancária própria a partir de do mesmo ano. Utilizou-se, também, de contas bancárias de terceiros para movimentar as suas receitas, cuja soma ultrapassa R\$ 50.000,00 (no primeiro trimestre de 2006);

11.6. No ano de 2000 (ano da criação das empresas HOTEL THERMAS LTDA e RESTAURANTE THERMAS LTDA), a receita da HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA. alcançou o montante de R\$ 1,5 milhão. À época, o limite para ingresso no Simples Federal era de R\$ 1,2 milhão. Com o desmembramento das atividades antes exploradas pela empresa HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA., o HOTEL THERMAS LTDA. e o RESTAURANTE THERMAS LTDA. passaram, isoladamente, a apresentar receita inferior a R\$ 1,2 milhão;

11.7. Os “pontos comerciais” das empresas PLANETA ÁGUA LTDA., HOTEL THERMAS LTDA. e RESTAURANTE THERMAS LTDA. já existiam quando de sua criação.

Conforme se infere dos eventos acima, a criação da empresa PLANETA ÁGUA LTDA. teve por fim exercer parte das atividades que já eram praticadas pelas outras empresas do mesmo grupo familiar, apenas para viabilizar a manutenção do seu enquadramento nos regimes simplificados.

Nesse mister decisão da DRJ, a sua criação não poderia ser atribuída a necessidade de segregar as atividades desenvolvidas pela empresa HOST HOTÉIS E TURISMO LTDA, uma vez a disparidade da expectativa de faturamento advinda das atividades praticadas pelas empresas, bem como pelo aspecto igualitário desta divisão.

Concordo com a decisão no sentido da exclusão do sistemas simplificados no tocante a vedação legislativa específica sobre a matéria, as quais vedam expressamente qualquer forma de desmembramento da pessoa jurídica.

Com relação ao fato do lançamento ter sido efetuado antes de ser julgada a exclusão do Simples Nacional, conforme bem apontou o acórdão recorrido, não há qualquer impedimento para que seja efetuado o lançamento antes do encerramento do processo de exclusão, nos termos da Súmula CARF nº 77, *verbis*:

Súmula CARF nº 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.

Portanto, entendo ser irretocável a decisão nesse ponto.

DA NULIDADE DA INTIMAÇÃO POR EDITAL

No que diz respeito à alegação de nulidade em decorrência da ciência do lançamento fiscal por via de edital ao argumento que, a intimação edital do auto de infração somente poderia ser feita antes de realização da citação por via postal, cabe ressaltar que inexistente qualquer vedação, nas normas que regem o Processo Administrativo Fiscal, ao procedimento adotado pelos auditores-fiscais autuantes.

Tratando da matéria de norma processual quanto à intimação do sujeito passivo, é de se reproduzir o art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, com as alterações da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e Lei no 11.196, de 21 de novembro de 2005:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I -pessoal pelo autor cio procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou, fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, tona declaração escrita de quem o intimar;

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio Tributário eleito pelo sujeito passivo,

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.

§ 1º. Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo, a intimação poderá ser feita por edital publicado:

I - no endereço da administração tributária na internet;

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local.

§ 2 Considera-se feita a intimação.-

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, no data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da indicação:

III - se por meio eletrônico, 15 (quinze) dias contados da data registrada:

a) no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo;

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado.

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência.

§ 4º. Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo:

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e

II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo.

§ 5º. O endereço eletrônico de que trata este artigo somente será implementado com expresse consentimento do sujeito passivo, e

a administração tributária informar-lhe-á as normas e condições de sua utilização e manutenção.

§ 6º. As alterações efetuadas por este artigo serão disciplinadas em ato da administração tributária.

Portanto, é válida a ciência postal do auto de infração, porquanto, conforme disposto no § 3º do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005, os meios de intimação previstos nos incisos do seu caput não estão sujeitos a ordem de preferência.

Ademais, como observa a decisão da DRJ, não há necessidade de que o edital seja assinado pelo Delegado da unidade administrativa da RFB. A decisão pontua que o Edital de fl. 2225 foi afixado com a autorização prévia do chefe substituto do Núcleo de Fiscalização – NUFIS da DRF de Mossoró.

Dessa forma, verifica-se que os autos de infração foram lavrados por autoridade com competência legal para fazê-lo pois, e não há que se falar em preterição do direito de defesa pelo fato de ter sido dado à contribuinte o direito de apresentar sua impugnação, instaurando a fase litigiosa do procedimento, nos termos do disposto no art. 14 do Decreto n.º 70.235/72, e não tendo havido qualquer ato que a impedisse de apresentar na peça, todos os seus argumentos e comprovantes contrários à autuação, verifica-se que não foram feridos os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Desse modo, não vislumbro as hipóteses de nulidade dos atos e termos lavrados, de acordo com o arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

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.

(...)

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.

Destarte, o auto de infração se serviu de todos os requisitos formais exigidos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, não invalidando o exercício da ampla defesa no processo, bem como apontando a capitulação legal e a descrição da infração cometida.

Assim, não se acata tais preliminares de nulidade argüida pela recorrente.

DA PRORROGAÇÃO DO MPF

A Recorrente alega que à época da lavratura do auto de infração não havia MPF dentro da validade, além disso não abarcou os seguintes tributos PIS, COFINS e CSLL.

Nesse mister, verifica-se que o Mandado de Procedimento Fiscal representa mero instrumento de controle administrativo, não implicando nulidade do lançamento a eventual irregularidade relacionada com a sua emissão

Ainda se assim não fosse, quaisquer irregularidades em relação ao aspecto meramente formal do Mandado de Procedimento Fiscal não tornariam nulo o lançamento, conforme jurisprudência do CARF.

MPF NULIDADE. Não é nulo o lançamento por prorrogação de MPF além do prazo regulamentar, quando não comprovado o prejuízo à defesa do contribuinte. A falta de prorrogação do MPF no prazo correto, por si só, não configura cerceamento do direito de defesa e não se equipara à ausência de MPF. (9101-002.132. Publicado em 14.05.2015)

Nesse mesmo sentido a jurisprudência deste Colegiado. Confira-se:

Mandado de Procedimento Fiscal — Ausência. Com efeito, não obstante o fato de que o Mandado de Procedimento Fiscal representa mero instrumento de controle administrativo, não implicando nulidade do lançamento a eventual irregularidade relacionada com a sua emissão, (...) a existência do Mandado de Procedimento Fiscal de Fiscalização nº 01.2.01.00.2004.00027-0, no qual está prevista a realização das denominadas "verificações obrigatórias", representadas pelo confronto entre os valores declarados e os apurados pelo sujeito passivo em sua escrituração contábil e fiscal, em relação aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos últimos cinco anos e no período de execução do procedimento fiscal. Portanto, nos exatos termos do parágrafo primeiro do art. 7º da Portaria SRF nº 3.007, de 2001, (acórdão nº 105-15.952 - Relator Wilson Fernandes Guimarães)

Destaco que o posicionamento adotado pelo Ilustre Conselheiro Wilson Fernandes Guimarães está em consonância com o meu entendimento sobre a matéria e com a posição mais recente adotada por este Colegiado.

Ademais, a decisão revelou que na cópia do MPF acostada à fl. 28 indica, ao seu final, todas prorrogações que foram realizadas, assim como no seu início, a autorização para que a fiscalização auditasse o cumprimento de obrigações tributárias quanto aos regimes simplificados de pagamento (Simples Federal e Nacional), o que, por si só, já autoriza perceber a correção do procedimento. Afinal, 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.

Portanto, entendo que deve ser mantida a decisão da DRJ nesse ponto, conquanto não restou demonstrado o cerceamento de defesa que ensejasse a nulidade do presente feito.

DA DECADÊNCIA

A Recorrente alega ter decaído o direito à constituição de crédito tributário sobre fatos geradores ocorridos até novembro de 2006, porque já ultrapassado o prazo de cinco anos, na data em que se deu a ciência do lançamento.

Como a data da ciência da autuação se deu em 30.12.2011, o período de janeiro a novembro de 2006 estaria decaído, nos termos do art. 150 §4º do CTN. Período este em que a Recorrente encontrava-se no Simples Federal e Nacional.

Assiste razão a Recorrente, com o entendimento de que não houve uma conduta dolosa e, conseqüentemente, o afastamento da multa qualificada, bem como a existência das declarações e recolhimentos dos tributos federais pelo regime simplificado no ano-calendário de 2006, impõe-se a aplicação do prazo decadencial, por força do art. 150 §4º do CTN.

Portanto, deve ser reconhecida a decadência do lançamento da CSLL relativa aos três primeiros trimestre de 2006 e do PIS e da COFINS, relativos aos fatos geradores de janeiro a novembro de 2006.

DA ILEGAL QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

A Recorrente se insurge contra a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

Verifica-se que o acesso pelas autoridades administrativas às informações bancária tem fundamento na Constituição Federal, destaca-se:

Art. 145 (...)

§ 1º Sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Por sua vez, encontra guarida no CTN, a saber:

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

(...)

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

A Lei Complementar nº 105/2001 regulou os pormenores da solicitação de informações às instituições financeiras. Confira-se:

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

(...)

§3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

§4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

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

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Note-se que também foram editados Lei nº 10.174, de 2001 e o Decreto nº 3.724, de 2001, que vieram regram com mais precisão a obtenção de dados, compondo o cenário

jurídico no qual a autoridade fiscal está autorizada, nos casos previstos, a requisitar informações bancárias dos contribuintes fiscalizados.

Inferese do apanhado legislativo a acima que o acesso às informações bancária não configura quebra do sigilo bancário, haja vista que as autoridades administrativas possuem tal condão durante todo o procedimento fiscalizatório. Isso, pois as informações se prestam apenas à constituição do crédito tributário ou eventual apuração do ilícito penal.

Observa-se ainda que a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira, feita pelo Auditor- Fiscal no curso da fiscalização efetuada em face da Recorrente, tem como matriz legal o artigo 6º da Lei Complementar 105/2001 que determina:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Assim, o fiscal agindo dentro das hipóteses específicas, em que o acesso é permitido, utilizando destes com o fim na constituição do crédito tributário, a prova obtida é válida para este fim.

Nesse sentido, a mais recentemente decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 601.314 SP, em 24/02/2016, tratou da matéria, com reconhecimento da repercussão geral prevista no art. 543 -B do antigo CPC, tendo proferido acórdão assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. Em sua decisão, o Supremo Tribunal Federal fixou as seguintes teses na sistemática da 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 fiscal".

Embora a referida decisão do STF ainda não tenha transitado em julgado, restou confirmado a constitucionalidade da LC 105/01, afastando qualquer violação ao dispositivo constitucional relativo ao sigilo de dados.

Assim, entendo que a pretensão da Recorrente nesse sentido não deve prosperar.

DO MÉRITO

DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

A Recorrente entende ser indevida a aplicação do arbitramento, pelo fato de ser uma inverdade que esta não apresentou a documentação comprobatória dos depósitos em suas contas bancárias.

Isso porque apresentou a fiscalização todos os lançamentos bancários, contendo a origem dos recursos depositados (ex. recebimento de clientes, adiantamento, empréstimos e etc).

Dessa forma, a Recorrente entende que resta prejudicada a parte da decisão administrativa, sob pena de cerceamento de defesa.

Vejamos:

Conforme se infere do Relatório fiscal às fls. 2073/2074, a Recorrente, após termos de intimações, apresentou, entre os meses de julho e agosto de 2010, parte de sua movimentação em papel.

Tendo em vista a insuficiência dos documentos bancários apresentados pela Recorrente, esta foi novamente intimada a apresentar sua documentação bancária dos anos-calendário de 2006 a 2009 em meio magnético.

Note-se que, não tendo atendido a intimação dentro do prazo estabelecido, o agente fiscal confeccionou as Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF para todas as instituições financeiras que movimentaram valores financeiros da Recorrente.

Posteriormente, verifica-se que a Recorrente entregou o seu Livro Caixa do ano-calendário de 2006 e o seu confronto com os lançamentos contidos nos extratos bancários.

Como alguns desses lançamentos não foram conhecidos pela fiscalização como sendo suas receitas, a Recorrente foi intimada a apresentar a documentação comprobatória dos depósitos dos créditos de origens não comprovados realizados em sua conta bancária. Todavia, frisa o Relatório Fiscal, que a Recorrente nada apresentou nesse sentido.

Adiante, o referido termo, destaca que a Recorrente não apresentou os apontamentos contábeis e fiscais que o habilitassem a ser incluídos na sistemática do Lucro Real e contando tão-somente com suas informações bancárias (e informações do Sintegra de RN). bem como de seu Livro Caixa, a fiscalização acabou por arbitrar o lucro fiscalizado relativo ao ano-calendário de 2006.

Desse modo, diante da exclusão os regimes simplificados, a fiscalização entendeu que a Recorrente estaria sujeita as regras aplicáveis às demais pessoas jurídicas, nos termos do art. 16 da Lei n.º 9.317/1996, e art. 32 da Lei Complementar n.º 123/06.

Assim, como a empresa não entregou a sua escrituração contábil, houve por bem a fiscalização arbitrar seu lucro com base no art. 530 do RIR/99.

Entendo ser correto o arbitramento aplicado pela fiscalização

Embora a Recorrente entenda que poderia adotar a opção do método mais favorável (por exemplo, o Lucro presumido), tal argumentação não deve prevalecer, uma vez que cai a regra geral aplicável às pessoas jurídicas, apuração que reclama a manutenção de escrituração regular com observância das leis comerciais e fiscais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 7º).

Note-se que art. 32 da Lei Complementar n.º 123, de 2006 é posterior ao fato gerador (ano-calendário 2003) debatido nos presentes autos.

Assim procedeu da maneira correta a fiscalização quando da aplicação ao lucro arbitrado.

Com relação ao lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, o arts. 28 e 29 estabelecem as bases de cálculo aplicáveis ao lucro presumido e arbitrado. Confira-se:

Art. 28. Aplicam-se à apuração da base de cálculo e ao pagamento da contribuição social sobre o lucro líquido as normas da legislação vigente e as correspondentes aos arts. 1º a 3º, 5º a 14º, 17º a 24B, 26º, 55º e 71º.

Art. 29. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, devida pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado e pelas demais empresas dispensadas de escrituração contábil, corresponderá à soma dos valores:

I - de que trata o art. 20 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995;

*II - os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas, os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo inciso I do **caput**, com os respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do **caput** do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e demais valores determinados nesta Lei, auferidos naquele mesmo período.*

Com base nos dispositivos acima, entendo que não há qualquer vício no lançamento da CSLL, devendo ser mantido.

A manutenção se estende aos lançamentos de PIS e da COFINS, que são regidos por legislações próprias e estabelecem a apuração das contribuições pelo regime cumulativo, independente do lucro presumido ou lucro arbitrado, tônica aqui trazida.

DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

O anexo nº 002 do Auto de Infração se refere a "valores creditados na caixa bancária do Planeta Água Bar e Restaurante Ltda (Caixa Econômica Federal) de origens não comprovadas".

Conforme fls. 1671, tais transferências foram levantadas e anexadas ao Termo de Intimação nº 0018 (fls. 1355/1358).

A Recorrente alega que tais valores foram recebidos do Hotel Thermas e devidamente constatados pela fiscalização. Dessa forma, não há, portanto, que se falar em depósitos de origem não identificada. A origem é conhecida e foi identificada pela fiscalização, devendo ser excluídos da base de cálculo.

Note-se que a Recorrente foi intimada a comprovar os referidos empréstimos com apresentação da documentação correspondente e nada foi apresentado. Dessa forma, a fiscalização concluiu que se tratam de depósitos de origem não comprovada.

Assim, embora a fiscalização as tenha identificado como recursos remetidos entre empresas, a Recorrente nada apresentou para comprovar de que se tratavam de empréstimos. Dessa forma, não é possível aferir a origem desses recursos, bem como saber se foram objetos de tributação por parte da Recorrente.

Assim, entendo que deve ser mantida a exigência desses valores como depósitos de origem não comprovada, por força do art. 42 da Lei 9.430/96.

DOS RECEBIMENTOS EM CARTÃO DE CRÉDITO

A Recorrente aduz que a fiscalização considerou como receitas confirmadas créditos, todos os recebimentos feitos por meio de cartão de crédito, compensados na conta bancária da Caixa Econômica Federal, conta nº 228-3, ANEXO nº 0001.

Concomitantemente, adicionou as receitas dos cupons fiscais, registradas no Sistema Sintegra do Fisco Estadual, conforme se observa do ANEXO nº 0006 do Relatório Fiscal, no qual consta do "Demonstrativo de Valores Tributáveis Ano-Calendário de 2006".

Informa que as vendas efetuadas por meio dos cupons fiscais, constantes do Sintegra, foram recebidas através do caixa (dinheiro e cheque), cartão de crédito e depósito bancário. Assim inadmissível somar: o total faturado por meio do Sintegra + valores recebidos de cartão de crédito + depósitos bancários, conforme procedeu a autoridade autuante na base de cálculo do lançamento

Desse modo, os recebimentos por meio do cartão de crédito, considerado como "Receitas Confirmadas Créditos c/c Caixa 228-3" é uma pequena monta, frente a receita total declarada e registrada no Sintegra, conforme tabela a seguir extraída dos valores constantes do ANEXO nº 0006:

Mês	Receitas Confirmadas Créditos c/c Caixa 228-3	Depósitos de Origem Não Comprovada c/c Caixa 229-3	Receita - Sintegra	Total
jan/06			76.497,00	76.497,00
fev/06			55.132,00	55.132,00
mar/06			56.000,00	56.000,00
abr/06	470,64		65.450,00	65.920,64
mai/06	2.105,87		86.150,00	88.255,87
jun/06	2.193,86		27.000,00	29.193,86
jul/06	3.762,26		23.044,20	26.806,46
ago/06	5.054,44	27.500,00	27.796,14	60.350,58
set/06	3.904,75	66.691,67	35.548,77	106.145,19
out/06	5.155,36	54.889,82	22.797,19	82.842,37
nov/06	4.384,49	87.173,02	22.468,33	114.025,84
dez/06	5.114,64	98.537,50	33.360,17	137.012,31
Total	32.146,31	334.792,01	531.243,80	898.182,12

Assim, a Recorrente conclui que seria inadmissível não considerar que esses 6% recebidos em cartão, não correspondem a parte da receita declarada, constante do Sintegra

Igualmente ao item anterior, a Recorrente não apresentou o documento comprobatório relativo ao crédito em conta de depósito, razão pela qual entendo que deve ser mantida a exigência desses valores como depósitos de origem não comprovada, por força do art. 42 da Lei 9.430/96.

DA APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA E COMPROVAÇÃO DO DOLO

Em relação à aplicação da multa qualificada, a fiscalização entendeu que houve dolo, em razão de uma certa artificialidade em relação a intenção de segregar o faturamento com vistas à não ultrapassar o limite de faturamento imposto pela lei, e assim permanecer no regime simplificado.

Apesar da apuração de receitas, com base na movimentação financeira considerada não comprovada, por si só não justifica a aplicação da multa qualificada nos termos da Súmula CARF n.º 25, *in verbis*:

Súmula CARF n.º 25 (VINCULANTE): A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64

Não obstante a presunção do dolo pelo fato do contribuinte não ter comprovado as operações de empréstimos ou relativa a crédito registrado no seu Livro Caixa. No presente caso, o dolo por parte da Recorrente ficou comprovado em virtude da omissão e a falta de documentação comprobatória sobre a origem e natureza os valores lançados, que circularam pelas contas correntes, inclusive de cartão de crédito, conforme tabela listada acima (ANEXO n.º 0006).

Assim, entendo que a multa qualificada deve ser mantida com relação a infração de omissão de receita, sobretudo, em virtude de receita omitida relativa a cartão de crédito.

DA INAPLICABILIDADE DA MULTA DE OFÍCIO

O contribuinte discorre em sua peça recursal sobre o efeito confiscatório da multa isolada contra ele lançada de ofício, no sentido de que a mesma, uma vez lançada no seja no patamar de 75% ou 150% seria abusiva, ferindo princípios salvaguardados na Constituição Brasileira de 1988.

Sobre as tais alegações de abusividade, violação ao princípio constitucional do não confisco, cumpre trazer à colação o teor da Súmula CARF nº 2, de observância obrigatória por seus conselheiros julgadores, com o que me eximo de quaisquer considerações adicionais sobre este tópico.

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

Assim, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário quanto à este item.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário para, em relação à infração decorrente de depósitos bancários sem comprovação de origem, reconhecer a decadência do crédito tributário de IRPJ e de CSLL do terceiro trimestre de 2006 e de PIS e de Cofins dos meses de agosto e setembro de 2006.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro

Processo nº 13433.720980/2011-83
Acórdão n.º **1301-002.934**

S1-C3T1
Fl. 2.356
