



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

Processo n° 10183.003252/2007-28
Recurso n° 1 Voluntário
Acórdão n° 1101-001.145 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de julho de 2014
Matéria CSLL
Recorrente Impelco Comércio e Importação de Eletrodomésticos Ltda (Responsável solidário: Vesle Móveis e Eletrodomésticos Ltda)
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2001

OMISSÃO DE RECEITA. APURAÇÃO DO IMPOSTO ATRAVÉS DA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DECISÃO DEFINITIVA DE MÉRITO PROFERIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSOS REPETITIVOS. REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelo do art. 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil (recursos repetitivos), devem ser reproduzidas pelos Conselheiros, conforme art.62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF. Reprodução do entendimento firmado no REsp 1134665/SP, representativo da controvérsia, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, julgado pela Primeira Seção, em 25/11/2009, DJe 18/12/2009), sobre a utilização da movimentação bancária pelo Fisco para a apuração da omissão de receita, sem prévia autorização judicial, desde que em sede de procedimento administrativo em curso. Aplicação do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

ENTREGA DE DOCUMENTOS POSTERIOR A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MANUTENÇÃO DO LUCRO ARBITRADO.

A entrega posteriormente ao lançamento de livros e documentos imprescindíveis à apuração do crédito tributário não desqualifica o arbitramento levado a efeito pela Autoridade Lançadora, em conformidade com a Súmula CARF nº 59: “*Súmula CARF nº 59: A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal.*”

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. Demonstrado o intuito de fraude, e constata-se que os fatos tributáveis não decorrem de mera presunção legal de omissão de receitas, ou de simples apuração de omissão de receitas, a multa qualificada deve ser mantida.

SÚMULA VINCULANTE DO E. STF. Nos termos do art. Art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula aprovada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, a partir de sua publicação na imprensa oficial.**

DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO QUINQUENAL. ART. 173 DO CTN. RECURSOS REPETITIVOS (STJ). REPRODUÇÃO NOS JULGAMENTOS DO CARF (ART. 62-A DO RI-CARF).

A Primeira Seção, no julgamento do REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC e Resolução 8/2008 do STJ), consolidou entendimento segundo o qual, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não ocorre pagamento antecipado, ou na constatação de dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial rege-se pelas disposições do art. 173, inciso I, do CTN, e constatado pagamento, aplicável a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN.

As decisões do colendo STJ, proferidas de acordo com os recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), devem ser reproduzidos nos julgamentos deste CARF, por força do art. 62-A do RI-CARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, com as alterações introduzidas pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010 (DOU 22/12/2010).

AUTUAÇÕES REFLEXAS: CSSL, CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS E COFINS.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

TAXA SELIC. Súmula CARFnº 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”.*

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. Índícios convergentes e coerentes no sentido de que a responsável tributária e a autuada compartilharam das mesmas atividades, de ao mesmo parte de seus estabelecimentos e veículos, apresentando-se aos fornecedores e aos clientes como uma única empresa, são suficientes para afirmar a confusão patrimonial e, por conseqüência, o interesse comum na situação que constitui o fato gerador das exigências questionadas.

Recurso Voluntário Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª **Câmara / 1ª Turma Ordinária** da **PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**, 1) relativamente à arguição de nulidade, por unanimidade de votos, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário; 2) em relação à arguição de decadência, **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso voluntário relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente ao 4º trimestre/2001; 3) relativamente à legalidade do lançamento, inclusive no que tange à obtenção de informações financeiras, por unanimidade de votos, foi **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário; 4) relativamente à qualificação da penalidade, por maioria de votos **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário, vencido o Relator Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso; 5) relativamente aos juros de mora, por unanimidade de votos, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário; e 6) relativamente à responsabilidade tributária imputada a Vesle Móveis e Eletrodomésticos Ltda, por maioria de votos, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Antônio Lisboa Cardoso, (relator) e Joselaine Boeira Zatorre. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa, que também fez declaração de voto. Ausente justificadamente o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior, substituído pelo Conselheiro Marcos Vinícius Barros Ottoni.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Antônio Lisboa Cardoso - Relator

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Redatora designada.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Marcos Vinícius Barros Ottoni, José Sergio Gomes, Joselaine Boeira Zatorre, Antônio Lisboa Cardoso (relator), e Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente).

Relatório

Em razão da clareza e objetividade adoto o relatório do despacho de sobrestamento de fls. 1028/1031, prolatado pela i. Conselheira e Presidente da 2ª TO desta mesma Câmara e Seção, Albertina Silva Santos de Lima, relatora a quem foi sorteado inicialmente o presente processo, nos seguintes termos:

Trata-se de lançamento da CSLL, do anos-calendário de 2001, efetuado no regime do lucro arbitrado, em decorrência da infração de omissão de receitas da atividade. A ciência do auto de infração à Impelco se deu em 14.08.2007 e à empresa Vesle, em 13.08.2007.

O acórdão da Turma Julgadora rejeitou as preliminares de nulidade e decadência, indeferiu pedido de exclusão da responsabilidade solidária e, no mérito, considerou o lançamento procedente em parte, para desagrar a multa de ofício, passando esta de 225% para 150%, conforme sintetiza a ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2001

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Observados os preceitos do art. 10 do Decreto n. 70.235/72 e tendo sido a contribuinte intimada de todo o procedimento realizado, abrindo-se-lhe prazo para manifestação, não há que se falar em nulidade do lançamento.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. DECADÊNCIA.

O prazo de decadência das contribuições para a seguridade social é de dez anos.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

Demonstrada a sucessão de fato, a sucessora se constitui em responsável solidária pelas obrigações da sucedida.

OMISSÃO DE RECEITAS. LUCRO ARBITRADO.

Identificadas as omissões de receitas pelo confronto entre os valores dos depósitos e os documentos relativos aos fechamentos de caixa dos estabelecimentos, procede-se ao arbitramento do lucro em face da impossibilidade da apuração do Lucro Real.

UTILIZAÇÃO DE DADOS OBTIDOS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

A Lei n. 10.174/2001 tem eficácia retroativa.

Relativamente aos fatos geradores ocorridos em 2001, a incidência desse instrumento normativo não ocorre de forma retroativa, uma vez a sua aplicação imediata.

MULTA. EFEITO CONFISCATÓRIO.

Ocorrida a infração, correta a aplicação da multa punitiva estabelecida em lei. O princípio da vedação ao confisco é endereçado ao legislador e não ao aplicador-da-lei-que a ela deve obediência.

MULTA AGRAVADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO.

Não caracterizado o embaraço à fiscalização, exonera-se o lançamento do percentual da multa agravada.

JUROS. TAXA SELIC.

Os juros calculados pela taxa SELIC são aplicáveis aos créditos tributários não pagos no prazo de vencimento, por expressa determinação legal.

Lançamento Procedente em Parte

Consta ainda que o auto de infração de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido dos trimestres do ano-calendário 2001, se deram em face de falta de recolhimento da CSLL sobre receitas não declaradas, cuja apuração ocorreu segundo a sistemática do "Lucro Arbitrado", conforme autorização de fls. 326 e 327, conforme autoriza o art. 530 do RIR/99:

2. CONTEXTO DA AÇÃO FISCAL

Regularmente intimada, a contribuinte desatendeu às exigências e a fiscalização teve acesso às informações sobre movimentação financeira.

Nesse íterim, foram apresentados os livros Diários de 2001 sem refletir a totalidade das operações constatadas nos extratos e sem as demonstrações contábeis, bem assim livros fiscais que não coincidiam com a totalidade de estabelecimentos, tampouco as receitas neles escrituradas eram compatíveis com a movimentação financeira ora relatada.

Apesar de ter sido reiteradamente cientificada da possibilidade de arbitramento do lucro por falta de apresentação da escrituração comercial ou do livro caixa e das sucessivas prorrogações de prazo, não apresentou a escrituração.

FUNDAMENTAÇÃO

O arbitramento fundamenta-se na seguinte hipótese, contida no art. 530 do RIR/99:

“Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I – o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II – omissis;

III – o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;”

A ciência à decisão de primeira instância à empresa Impelco (primeira recorrente) foi dada em 18.03.2008, e o recurso voluntário foi postado, via sedex, em 17.04.2008.

A ciência à empresa responsável solidária (segunda recorrente) se deu em 02.05.2008 (fls. 931), com a interposição de recurso voluntário em 15.05.2008.

Recorrem, alegando, em síntese, o seguinte:

1 - DAS PRELIMINARES

A Recorrente solicita preliminarmente suspensão temporária do presente processo, para que se aguarde a conclusão do julgamento dos processos nº 10183.003252/2007-28 (CSLL 2001) e nº 10183.003264/2007-05 (COFINS 2001), os quais correspondem ao mesmo período ano-calendário 2001, sendo reflexos de Autuação de IRPJ, evitando com isto a possibilidade de haver decisões conflitantes com prejuízos irreparáveis à parte.

2 — DA DECADÊNCIA

Alega a insubsistência da pretensão fiscal pela ocorrência da decadência, em conformidade com os arts. 150 ou 173, do CTN, pugna pela inaplicabilidade do art. 45, da Lei nº 8.212/91, cita decisões administrativas e judiciais sobre o assunto

Em relação ao mérito, discorda dos valores apurados através da movimentação bancária, diz que, os depósitos bancários em si mesmo não constituem disponibilidade econômica ou jurídica de renda, não gerando conseqüentemente o Imposto de Renda, nos precisos termos do Art. 43 do CTN.

Deste modo é indispensável que o fisco prove o vínculo do valor depositado com a renda não declarada, não contabilizada, para que possa considerá-la omitida, sob pena de ofensa ao disposto no art. 142 do CTN.

Quanto à responsabilidade prevista no inciso II, do art. 124 do CTN, alega que a ordem jurídica vigente não abriga a chamada responsabilidade solidária objetiva. Para que isso ocorra é indispensável à configuração do interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação principal.

Quando se aborda a questão da solidariedade entre empresas coligadas ou do mesmo grupo econômico é preciso tomar cuidado para não confundir interesse jurídico comum na situação que constitui o fato gerador de que cuida o inciso I, do art. 124 do CTN, com o interesse econômico no resultado que constitui o fato gerador da obrigação tributária. Uma coisa é as empresas coligadas terem interesse econômico comum na exploração da atividade.

Seguindo esse entendimento, no acórdão lavrado pelos Nobres Julgadores a quo, os mesmos reconhecem que: "Não há, de fato, nenhum documento que apresente de forma explícita a sucessão da autuada pela Vesle."

3 - DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA

Afirma que a multa exigida Pelo Auto de Infração é manifestamente ofensiva ao princípio constitucional do não-confisco, consagrado implicitamente pela Constituição, em seu Artigo, 5º, XXII.

Com efeito, as infrações imputadas à Recorrente, se vierem a ser mantidas, não podem elevar o gravame de 75%, uma vez que elas próprias (as infrações) foram apuradas por presunção, especialmente pelo fato de que não há sequer prova da omissão de receitas (o que há é presunção de omissão), como falar que a omissão foi cometida com dolo?

Enfatiza que a multa de 150% pressupõe a existência de embaraço, má-fé e dolo, o que restou comprovada quando da impugnação que tais alegações não ocorreram, conforme relatado pelos Nobres Julgadores *a quo*.

Conclui afirmando que a multa aplicada em hipótese alguma poderia ser superior a 75% conforme preceitua o inciso I do art. 44 da Lei n.º 9.430/96, sobre o princípio constitucional do não-confisco.

4 - DA ILEGALIDADE DOS JUROS COBRADOS

As taxas, divulgadas pelo Sr. Coordenador Geral do Sistema de Arrecadação, através de Atos Declaratórios mensais, é acumulada mensalmente e é muito superior ao permitido pelo art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional.

5 – DEMAIS ARGUMENTOS DE MÉRITO

Requer seja exonerado a totalidade do Crédito Tributário *pela falta de Origem de valores a Tributar*, uma vez restou devidamente suprida e comprovada a totalidade de disponibilidades correspondente à Receitas Operacionais, Duplicatas e demais Créditos à receber inclusive saldos em Caixa no valor de R\$ 82.095.156,59, contra os Depósitos a Comprovar no valor de R\$ 69.833.088,24, apurando a sobra de Origem devidamente comprovada a maior de R\$12.262.068,35, em não concedendo este;

Seja julgada extinta a punibilidade por omissão de receita com base em depósitos bancários sem comprovação de origem, com base na Lei 10.174/2001, mais Acórdãos e Ementas julgados pela própria DRJ, e Conselho de Contribuintes;

Seja desvinculada a Empresa VESLE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA, da Sujeição Passiva do Rol de Responsabilidade Solidária, por tratar-se de Titularidades distintas e pela inexistência de Vínculo, anteriormente comprovado, nos termos do art. 124 da Lei n.º 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional);

Por fim, seja exonerada a totalidade do presente Auto de Infração, ou seja, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e seus Reflexos: Multa e Juros.

6 – RECURSO DA RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA (VESLE)

O recurso da empresa responsável solidária (VESLE) consta os mesmos argumentos expendidos pela primeira Recorrente, acrescentando que não é nem nunca foi sucessora da empresa IMPELCO LTDA, porque ausente os requisitos para a sua configuração da sucessão empresarial, que somente se opera em situações de transferência de unidades econômico-jurídica, isto é, transferência de universalidades, cuja prova não se desincumbiu a fiscalização, não sendo válidas e suficientes as provas carreadas aos autos.

À mingua de documentos de que fato comprovem a existência de forma explícita de sucessão da empresa autuada (diga-se de passagem ativa) pela Recorrente, viola não só a finalidade da norma legal contida nos artigos 132 e 133 do código Tributário Nacional, bem como os princípios que devem reger a ordem econômica nacional, elencados pelo legislador constituinte nos art. 170 e 174, tendo em vista que mantença a *qualquer custo e de forma ilegal da Recorrente como sucessora da empresa autuada* em questão pode acarrear o encerramento das atividades da empresa, com grande prejuízo para o setor em que atua e aumento significativo da taxa de desemprego no Estado e não se desincumbindo a fiscalização de fazer a prova da sucessão empresarial nos termos do artigo 132 e 133 do Código Tributário Nacional, e nos termos da prova ora produzidas pela Recorrente com a juntada dos contratos sociais e contratos de locação, requer-se que seja reconhecida a preliminar de Ilegitimidade passiva da Recorrente, excluindo-a do auto de infração.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, Relator

Os recursos são tempestivos e encontram-se revestidos das demais formalidades legais, devendo serem conhecidos.

A preliminar de nulidade por suposto cerceamento do direito de defesa deve ser rejeitada, porquanto a Recorrente foi reiteradamente intimada a apresentar os documentos e livros fiscais que pudessem justificar a movimentação bancária sem que tivesse atendido de forma satisfatória. Ademais disto, ambas as Recorrentes impugnaram a autuação, bem como foi possível apresentarem recursos de forma satisfatória, demonstrando terem tomado conhecimento dos fatos a elas imputados.

Conforme relatado, trata-se de auto de infração de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido dos trimestres do ano-calendário 2001, em face de falta de recolhimento da CSLL sobre receitas não declaradas, cuja apuração ocorreu segundo a sistemática do "Lucro Arbitrado", conforme autoriza o art. 530 do RIR/99 (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47 e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º).

Em relação à preliminar de decadência, por força da Súmula Vinculante nº 8, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, deve ser aplicado o prazo decadencial de 5 anos, nos seguintes termos:

Em sessão de 12 de junho de 2008, o Tribunal Pleno editou os seguintes enunciados de súmula vinculante que se publicam no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União, nos termos do § 4º do art. 2º da Lei nº 11.417/2006:

Súmula vinculante nº 8 - São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Precedentes: RE 560.626, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 556.664, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 559.882, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 559.943, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12/6/2008; RE 106.217, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12/9/1986; RE 138.284, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/8/1992.

Legislação:

Decreto-Lei nº 1.569/1977, art. 5º, parágrafo único Lei nº 8.212/1991, artigos 45 e 46 CF, art. 146, III Brasília, 18 de junho de 2008.

Ministro Gilmar Mendes Presidente

(DOU nº 117, de 20/06/2008, Seção I, pág. 1)

Em razão de tratar-se de exigência por falta de recolhimento, bem como pelo fato de ter sido constada indícios de fraude, inclusive com a manutenção da multa aplicada no percentual de 150%, deve ser aplicada a contagem do prazo decadencial nos termos do art. 173 (“primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”), do Código Tributário Nacional, em conformidade, inclusive, com a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive em sede de recursos repetitivos, aplicados aos

julgamentos do CARF, por força do art. 62-A do RICARF, quer seja porque não houve pagamento antecipado, quer seja porque houve intuito de fraude.

(RESP 973.733):

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

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

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

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

Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 183/199).

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

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

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

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009).

Extrai-se do v. voto condutor do r. acórdão acima citado, o seguinte trecho bastante elucidativo:

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

No mesmo sentido (com a constatação de dolo, fraude ou simulação):

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DECADÊNCIA. OMISSÃO. QUESTÕES FUNDAMENTAIS PARA A ANÁLISE DO INSTITUTO. ENTREGA DE DECLARAÇÃO PELO CONTRIBUINTE. ATO QUE CONSTITUI O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FRAUDE, DOLO OU SIMULAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE AFETAM O TERMO INICIAL.

1. *Cuida-se, na origem, de Ação Anulatória de crédito tributário oriundo de contribuições previdenciárias cujos fatos geradores teriam ocorrido no período de janeiro de 1993 a outubro de 1998.*

2. No Recurso Especial, além da preliminar de violação do art. 535 do CPC, a Fazenda Nacional busca afastar a decadência do crédito tributário oriundo de fatos geradores ocorridos no ano de 1998.

3. O instituto da decadência não foi apreciado de maneira completa, tendo persistido omissão quanto a circunstâncias fundamentais para a correta prestação jurisdicional.

4. Conforme sustentado pela recorrente nos Embargos de Declaração opostos (fls. 644-656) e por ela reiterado no Recurso Especial (fls.668-673), a análise dessa causa extintiva não dispensa o enfrentamento dos seguintes pontos: a) se ficou evidenciada a existência de dolo, fraude ou simulação por parte do contribuinte;

b) se, em relação ao período sob controvérsia, parte do crédito anulado já tinha sido constituído previamente pela entrega de declaração pelo sujeito passivo.

5. Sobre o primeiro ponto, de acordo com a jurisprudência consolidada do STJ, a decadência do direito de constituir o crédito tributário é regida pelo art. 150, § 4º, do CTN, quando se trata de tributo sujeito a lançamento por homologação e o contribuinte realiza o respectivo pagamento parcial antecipado, sem que se constate a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. **À luz do art.173, I, do CTN, o prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, tal não ocorre, inexistindo declaração prévia do débito** (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009, submetido ao art. 543-C do CPC).

6. No tocante aos créditos relativos ao ano de 1998 (até o mês de outubro), se fosse o caso de incidir a regra do art. 173, I, do CTN, o termo inicial da decadência teria sido 1º de janeiro de 1999. Como a notificação do lançamento ocorreu em 26.6.2003 (fl. 633), nesse instante ainda não se teria atingido o prazo quinquenal.

7. Além disso, deve ser apreciado se o provimento judicial anulatório alcançou créditos já constituídos previamente pela entrega da declaração pelo contribuinte, uma vez que, confirmada a hipótese, não existiria mais prazo decadencial em curso, mas sim a prescrição (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 21.5.2010, submetido ao art. 543-C do CPC).

8. Como se percebe, as questões que não foram analisadas são fundamentais para o deslinde da controvérsia e, por se tratar de matéria de ordem pública, devem ser conhecidas até mesmo de ofício nas instâncias ordinárias.

9. Recurso Especial parcialmente provido para anular o acórdão recorrido.

(*Resp 1340386/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 08/03/2013*)

No caso em apreço, todas as competências anteriores a outubro de 2001, inclusive, encontram-se fatalmente fulminadas pela decadência, porquanto a ciência ao auto lançamento da CSLL, relativamente ao ano-calendário de 2001, à Impelco ocorreu em 14.08.2007 e à empresa Vesle, em 13.08.2007, pois, considerando a regra contida no repetitivo (RESP 973733/SC) ("**primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado**" **corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo**), a contagem do prazo decadencial fora iniciado em 01.01.2002, completando o quinquênio legal em 31.12.2006.

Assim sendo, considerando a CSLL consistir em tributo sujeito a lançamento por homologação, sujeita aos prazos decadenciais previstos nos arts. 150 e 173, do CTN, no caso, pelo fato de não ter ocorrido pagamento antecipado, aplicável o art. 173, I, ou seja, a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado, restando decaídos os fatos geradores ocorridos até outubro de 2001 (os quais poderiam ser exigíveis ainda em 2001, com início da contagem do prazo decadencial em 1.1.2002, fulminando perepemptoriamente em 1.1.2007).

Exigência estribada em extratos bancários (Lei nº 10.174/2001)

Reservo meu entendimento pessoal sobre a inconstitucionalidade da utilização de informações bancárias para a constituição de crédito tributário, por entender que o sigilo bancário constitui direito fundamental, o qual certamente será confirmado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral.

Entretanto, no âmbito deste colendo CARF, e mormente deste colegiado, esse assunto tem sido reiteradamente debatido, sendo que tese majoritária tem sido desfavorável aos contribuintes.

No caso concreto a exigência não se deu exclusivamente com base em extratos bancários, tendo sido feita a comparação entre os depósitos bancários e os documentos de Caixa dos estabelecimentos da empresa autuada, constatando-se ainda a identificação de "*depósitos como liquidação de cobrança, venda com cartão de crédito, recebimento por fornecimento, FEDERALCARD, crédito eletrônico, crédito REDE SHOP e cartão VISA ELECTRON.*"

Ademais disto, as recorrentes não contestam, em nenhum momento, que o total dos depósitos bancários não se referem às receitas da atividade, pelo contrário, corroboram essa afirmação do Auditor Fiscal.

Com efeito, a despeito de ainda não haver decisão definitiva pelo STF, com repercussão geral, o assunto também foi objeto de julgamento definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, na sistemática dos recursos repetitivos a que se refere o art. 543-C do CPC, o que, igualmente, determina a reprodução da decisão nos julgamentos deste colendo CARF.

Nesse sentido peço vênias para transcrever o Boletim Informativo nº 0417 Período: 23 a 27 de novembro de 2009, da Primeira Seção do STJ, informando que o assunto foi julgado em sede de recurso repetitivo, inclusive no que se refere à possibilidade de aplicação retroativa dos efeitos da Lei Complementar nº 105/2001, in verbis:

RECURSO REPETITIVO. SIGILO BANCÁRIO. AUTORIZAÇÃO.

No recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ), a Seção reiterou que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei n. 8.021/1990 e pela LC n. 105/2001, normas procedimentais de aplicação imediata. Com efeito, o art. 145, § 1º, da CF/1988 faculta à administração tributária, nos termos da lei, criar instrumentos ou mecanismos que lhe possibilitem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente para conferir efetividade aos princípios da personalidade e da capacidade contributiva. Destarte, o sigilo bancário não tem caráter absoluto, cedendo ao princípio da moralidade, aplicável, de forma absoluta, às relações de direito público e privado e, ainda, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias denotam ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Em que pese o direito adquirido de obstar a fiscalização tributária, ele não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto. No caso, a autoridade fiscal pretende utilizar dados da CPMF para apuração do imposto de renda (1998), tendo instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional. Precedentes citados: EREsp 806.753-RS, DJe 1º/9/2008; EREsp 726.778-PR, DJ 5/3/2007; EREsp 608.053-RS, DJ 4/9/2006; AgRg nos EREsp 863.702-RN, DJe 27/5/2009; AgRg no Ag 1.087.650-SP, DJe 31/8/2009; AgRg no REsp 1.078.878-SP, DJe 6/8/2009; AgRg no REsp 1.084.194-SP, DJe 26/2/2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223-RS, DJe 24/11/2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637-MG, DJe 21/5/2008, e AgRg nos EDcl no REsp 970.580-RN, DJe 29/9/2008. REsp 1.134.665-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2009

Transcrevo, abaixo, a ementa do recurso representativo da controvérsia:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. **ARTIGO 543-C, DO CPC**. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. **ARTIGO 144, § 1º, DO CTN**. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo

contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.

4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se 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 (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: "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." 8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato impositivo, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Conseqüentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos impositivos a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJE 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. In casu, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001." 17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1134665/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

Logo, enquanto o STF não julgar o mérito do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, nenhum recurso subirá à Egrégia Corte, e conseqüentemente a questão constitucional envolvida no REsp 1134665/SP (discutida no RE correspondente) ficará sobrestada no STJ, vigorando assim o efeito repetitivo atribuído ao mesmo.

Assim sendo, em razão do disposto no art. 62-A do RICARF, e considerando que o STJ ao julgar o REsp 1134665/SP, submeteu o v. Acórdão ao regime do art. 543-C do CPC, e da Resolução STJ 08/2008, deve ser reputada plenamente válida a utilização de dados bancários para a apuração da omissão de receita.

No âmbito deste colendo CARF, foi aprovada a Súmula nº 35, referindo-se à utilização de depósitos bancários para a apuração de omissão de receita (ainda que se refiram, respectivamente à possibilidade de aplicação retroativa da Lei nº 10.174/2001), nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 35: O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente. (Súmula Vinculante aprovada pela Portaria MF n.º 383 DOU de 14/07/2010).

Desta forma deve ser mantida a higidez do lançamento mesmo tendo sido utilizada a movimentação bancária do contribuinte para no cotejo da documentação apresentada, incompleta por sinal, ensejando a apuração da CSLL com base nos critérios do lucro arbitrado. Além disso, no caso em apreço grande parte dos documentos solicitados foram entregues posteriormente ao lançamento, ensejando a aplicação da Súmula CARF nº 59, que assim dispõe expressamente:

Súmula CARF nº 59: A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal.

Assim sendo, deve ser mantida a exigência (na parte não decaída), ainda que a apuração da CSLL tenha ocorrido através da utilização de dados bancários, os quais foram utilizados para o arbitramento do lucro, em conformidade com o art. 530 do RIR/99.

Multa de Ofício Agravada (150%)

A decisão recorrida fez um relato dos fatos que ensejaram o arbitramento do lucro, que em síntese pode ser expresso através da movimentação bancária incompatível com os registros contábeis e documentais decorrentes da atividade empresarial exercida pela recorrente, tendo verificado, contudo que “... **a contribuinte não tentou deliberadamente causar embaraço à fiscalização, prestando os esclarecimentos que lhe eram possíveis.**”, tendo conseqüentemente reduzido o agravamento da multa, mantendo o percentual de 150%

(“tendo-se em vista o evidente intuito de fraude conforme bem demonstrado pelo auditor e não refutado pela autuada”).

Mantendo-se, por fim a multa de ofício pelo fato de tratar-se de lançamento de ofício (“Desse modo, em se tratando de lançamento de ofício, deve ser mantida a multa de igual natureza prevista expressa e especificamente pela legislação tributária”).

Não vislumbro, todavia, pelas circunstâncias narradas pela Fiscalização, ter ocorrido ação dolosa da Recorrente com a intenção de impedir o conhecimento dos fatos por ela praticados, conforme previsto no art. 71, da Lei nº 4.502/64, *in verbis*:

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Ao contrário, a decisão recorrida manteve a multa de ofício em 150%, pelo fato da receita ter sido apurada de forma arbitrada (“de igual natureza”), o que, ao meu ver, contraria entendimento já firmado por este colendo CARF através da Súmula Vinculante nº 25, a qual, nesses casos:

Súmula CARF nº 25: 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 nº 4.502/64. (Súmula Vinculante aprovada pela Portaria MF n.º 383 DOU de 14/07/2010).

Igualmente preconizam as Súmulas CARF nº 14 e 96, com o seguinte teor:

Súmula CARF nº 96: A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros.

Súmula CARF nº 14: “A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo”.

Importante registrar a doutrina balizadora de Hiromi Higuchi (in Imposto de Renda das Empresas Interpretação e Prática, 39ª Edição, IR Publicações, São Paulo, 2014, p. 117):

O art. 538 do RIR/99 dispõe que o arbitramento do lucro não exclui a aplicação das penalidades cabíveis. Isso significa que o arbitramento de lucro é uma forma ou regime de tributação, não constituindo em penalidade.

Desta forma deve ser mantida a multa de ofício, em relação ao crédito tributário não decaído, no percentual de 75%, nos termos do art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996.

JUROS SELIC

Afasto, por fim, o pleito contra a atualização do crédito tributário pela Taxa Selic, conforme autoriza a Súmula CARF nº 4:

Súmula CARFnº 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.

Sujeição passiva solidária.

Peço vênia para transcrever o seguinte trecho do acórdão recorrido relativamente à constatação de relações espúrias entre a Recorrente (IMPELCO) e a VESLE (responsável solidária):

Contudo, no sistema CNPJ os estabelecimentos matriz e filiais de IMPELCO continuam ativos, em vários dos mesmos endereços da empresa sucessora/solidária, além de haver movimentação financeira em 2002 no valor de R\$ 49.283.060,04, de R\$ 42.620.634,83 em 2003, de R\$ 11.790.083,53 em 2004 e de R\$ 58.836,41 em 2005, não havendo entrega de declarações também para esses anos, confirmando a assertiva de que IMPELCO foi "substituída" paulatinamente por VESLE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA., aberta em 06/06/2000, considerando que a marca GR ELETRO continuou no mercado, inclusive com inserções na mídia televisiva e propaganda contínua em listas telefônicas, sendo mais recentemente substituída pela marca FACILAR, adotada no início de 2007 por VESLE.

As informações financeiras são a única fonte de informação para que a fiscalização determine a matéria tributável, integralmente, de vez que somente parte dos livros fiscais de 2001 foram apresentados, donde se extraiu uma receita operacional de R\$ 32.574.570,52 (fl. 332), contra R\$ 69.833.088,24 movimentados em 07 (sete) instituições financeiras, sem que IMPELCO tenha demonstrado a conexão dessas receitas com o total de recursos havidos em suas contas bancárias.

Recursos estes no montante de R\$ 63.996.592,45, como descrito no Termo de Intimação de 13/11/2006.

Há que se considerar ainda que o acesso às informações financeiras propiciou mais elementos indicativos da sucessão e solidariedade tributárias pela empresa que lhe sobreveio (VESLE MÓVEIS).

(-)

As provas do recebimento de receitas da atividade são os valores creditados em contas mantidas junto a instituições financeiras, cujas informações foram consolidadas e entregues à contribuinte em meio magnético e posteriormente em papel atendendo a pedido (fls. 319 a 322).

Apesar de constar que o acesso às informações bancárias “*propiciou mais elementos indicativos da sucessão e solidariedade tributárias pela empresa que lhe sobreveio (VESLE MÓVEIS)*”, contudo, o voto condutor do acórdão é taxativo em afirmar não haver de fato, “*...nenhum documento que apresente de forma explícita a sucessão da autuada pela Vesle*”.

Todos os fatos narrados pela Fiscalização, ligando as duas empresas, como proximidade de endereço ou ainda a utilização simultânea de um mesmo imóvel, constituem indícios que deveriam ter sido melhor investigados e apurados, não justificando a atribuição de responsabilidade solidária só através de indícios. Não vislumbro, no caso, a comprovação das circunstâncias previstas no art. 124, I, do CTN (“I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal”), nem tampouco aquelas previstas no art. 133 do mesmo diploma legal, que pressupõe a necessidade de aquisição de fundo de comércio, com o encerramento das atividades da alienante, em havendo a continuidade das atividades haverá atribuição de responsabilidade subsidiária e não solidária.

Logo, ainda que os fatos carreados aos autos permitissem atribuir responsabilidade tributária a terceiros, esta seria de natureza subsidiária e não solidária, para a qual exigiria requisitos específicos, conforme reiterada jurisprudência do colendo STJ:

8. No que concerne à responsabilidade tributária, o artigo 128, do CTN, preceitua que:

"Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

9. A responsabilidade tributária (cujo principal escopo é facilitar o cumprimento da prestação pecuniária devida ao Fisco) tanto pode advir da prática de atos ilícitos (artigos 134, 135 e 137, do CTN), como também da realização de atos lícitos (artigos 129 ao 133, do CTN), sendo certo, contudo, que a sua instituição **reclama o atendimento dos requisitos impostos pelo Codex Tributário, quais sejam: (i) a existência de previsão legal; (ii) a consideração do regime jurídico do contribuinte para fins de aferição da prestação pecuniária devida; e (iii) a existência de "vínculo jurídico entre o contribuinte e o responsável que permita a este cumprir sua função de auxiliar do Fisco no recebimento da dívida do contribuinte, sem ter seu patrimônio comprometido"** (Octávio Bulcão Nascimento, in "Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho", Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, pág. 818).

10. Quanto à extensão do dever jurídico imposto ao terceiro, a responsabilidade tributária distingue-se em solidária ou subsidiária (em havendo co-obrigados) e pessoal, como bem elucida doutrina abalizada: "Será pessoal se competir exclusivamente ao terceiro adimplir a obrigação, desde o início (responsabilidade de terceiros, por infrações e substituição).

Será subsidiária se o terceiro for responsável pelo pagamento da dívida somente se constatada a impossibilidade de pagamento do tributo pelo devedor originário. E, finalmente, será solidária se mais de uma pessoa integrar o pólo passivo da relação permanecendo todos eles responsáveis pelo pagamento da dívida." (Maria Rita Ferragut, in "Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002", 2ª ed., 2009, Ed. Noeses, págs. 34/35).

11. Acerca da obrigação tributária solidária, forçoso ressaltar que é de sua essência a unicidade da relação jurídica tributária em seu pólo passivo, o que autoriza a autoridade administrativa a direcionar-se contra qualquer um dos co-obrigados (contribuintes entre si, responsáveis entre si, ou contribuinte e responsável), que responderá in totum et totaliter pelo débito fiscal.

12. Destarte, exsurge a necessidade de exame dos diplomas legais que regem (ou regeram) as relações jurídicas tributárias sub examine (atinentes a fatos impositivos ocorridos entre janeiro de 1996 e janeiro de 1999), a fim de se identificar o(s) sujeito(s) passivo(s) eleito(s) pelo ente tribuante legiferante e o grau da responsabilidade instituído entre os co-obrigados (contribuinte ou responsável). (REsp 719.350/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 21/02/2011)

Desta forma, encaminho meu voto no sentido de determinar a exclusão da recorrente Vesle Móveis e Eletrodomésticos Ltda, como sujeito passivo relativamente ao crédito tributário lançado por meio do Auto de Infração objeto do presente processo, por ausência de elementos materiais que pudessem comprovar a sua responsabilidade pelo crédito tributário exigido no presente processo.

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso da primeira Recorrente (Impelco), para acolher a preliminar de decadência relativamente às competências 01/2001 a 10/2001, inclusive, mantendo o crédito tributário relativamente às demais competências, com a redução da multa de ofício para o patamar de 75% e dar provimento ao recurso da segunda Recorrente Vesle Móveis e Eletrodomésticos Ltda.

Sala das Sessões, em 29 de julho de 2014

(documento assinado digitalmente)

Antônio Lisboa Cardoso

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA - Redatora designada.

No que se refere à multa de ofício mantida no percentual de 150%, cumpre ter em conta que a base de cálculo auçada decorre da constatação de receitas auferidas no período fiscalizado, mediante confronto dos depósitos bancários com os documentos apresentados pela contribuinte durante o procedimento fiscal, a partir dos quais foi possível constatar que apenas parte das operações foram contabilizadas pela auçada, e que nem mesmo em relação a esta parcela foram declarados ou recolhidos os valores devidos. Diante deste contexto, a autoridade lançadora expôs que:

No que concerne à aplicação da multa proporcional ao valor do imposto, a mesma foi de 150%, por prática, em tese, de infração qualificada como:

1 – Sonegação (art. 71 da Lei nº 4.502/1964), tendo em vista que a contribuinte agiu e omitiu com dolo para impedir e retardar totalmente em relação ao ano-calendário 2001 o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

1.1 – Da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal – CSLL (não entregou a DIPJ, deixando de informar o resultado do exercício, a base de cálculo e o regime de tributação; não informou nenhum valor nas DCTF; não apresentou a escrituração comercial para que houvesse possibilidade de apuração da base de cálculo; não comprovou a origem dos créditos em contas mantidas em instituições financeiras, tendo cabido tal tarefa à fiscalização, tudo evidenciando o intuito de omitir informações, com o fito de eximir-se do pagamento da contribuição);

1.2 – Das suas condições pessoais, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal e o crédito tributário correspondente (na condição de rede de lojas na exploração do comércio varejista de móveis e eletrodomésticos, deixou de informar o total das receitas típicas da atividade, inclusive deixando de apresentar declarações, como se não mais estivesse em atividade, sem se importar em esclarecer se os créditos em suas contas bancárias se referiam a esse tipo de atividade ou a outra, levando a fiscalização a apurar os valores pelo regime de lucro arbitrado; ainda; passou toda a rede de lojas a empresa sucessora que, como demonstrado nos anexos, muitas vezes é solidária, ao passo que ambas operaram nos mesmos estabelecimentos comerciais às mesmas épocas; nesse sentido, despiu-se de todo seu patrimônio, reduzindo a ampla rede a apenas um pequeno estabelecimento no endereço constante do cabeçalho).

Acrescente-se a esta acusação as referências, também trazidas pela Fiscalização, acerca da reiteração desta conduta omissiva por parte da pessoa jurídica SANTEX que, antes da auçada (IMPELCO), foi constituída para operação da marca GR ELETRO:

No ano de 2000 foi requisitado procedimento de fiscalização pelo Ministério Público Federal, onde foi constatada a sucessão de SANTEX por IMPELCO – processos números 10183.004979/00-11 (arquivado por decadência) e 10183.002620/2001-25 (créditos inscritos na Dívida Ativa da União).

Em ambas as ocasiões os procedimentos de fiscalização foram precedidos de ações policiais de busca e apreensão nos estabelecimentos da contribuinte, que sempre

usa a marca GR ELETRO, mudando apenas o CNPJ dos estabelecimentos e abandonando o anterior, categoria em que se inclui IMPELCO, furtando-se ao cumprimento das obrigações tributárias.

Contudo, no sistema CNPJ os estabelecimentos matriz e filiais de IMPELCO continuam ativos, em vários dos mesmos endereços da empresa sucessora/solidária, além de haver movimentação financeira em 2002 no valor de R\$ 49.283.060,04, de R\$ 42.620.634,83 em 2003, de R\$ 11.790.083,53 em 2004 e de R\$ 58.836,41 em 2005, não havendo entrega de declarações também para esses anos, confirmando a assertiva de que IMPELCO foi "substituída" paulatinamente por VESLE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA., aberta em 06/06/2000, considerando que a marca GR ELETRO continuou no mercado, inclusive com inserções na mídia televisiva e propaganda contínua em listas telefônicas, sendo mais recentemente substituída pela marca FACILAR, adotada no início de 2007 por VESLE.

Considerando a forma de apuração, nestes autos, dos fatos tributáveis, não são aplicáveis as Súmula CARF nº 14 e 25, porque não se trata de presunção legal de omissão de receitas, ou de simples apuração de omissão de receitas, e ainda que tenha havido arbitramento dos lucros, outras evidências foram agregadas para demonstração do intuito de fraude.

Observe-se, ainda, que a recorrente limita-se a argumentar que não houve embaraço à fiscalização (aspecto excluído do litígio em razão da redução da multa de ofício de 225% para 150%, de forma definitiva, na decisão de 1ª instância), e nega a existência de dolo apenas em razão da autuação de fundar em presunção. No mais, afirma confiscatória a penalidade subsistente, ao final pleiteando sua redução para 75% *uma vez que reconhecida pelos Nobres Julgadores a quo que: "a contribuinte não causou embaraço à fiscalização, prestando os esclarecimentos que lhe eram possíveis"*. Ocorre que o percentual de 150% está previsto no art. 44 da Lei nº 9.430/96 para as exigências de ofício nas quais restar caracterizado o intuito de fraude, aqui presente em razão das evidências reunidas pela Fiscalização acerca da deliberada intenção da contribuinte de, reiteradamente praticando fatos jurídicos tributáveis, deixar de escriturá-los adequadamente de modo a subtraí-los da incidência tributária.

O contexto fático assim compreendido impõe, também, a manutenção da responsabilidade tributária imputada a Vesle Móveis e Eletrodomésticos Ltda. As recorrentes argumentam que para caracterização da solidariedade tributária *não basta o fato de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, ou a interdependência entre as empresas, caracterizada pela composição do capital ou pela identidade de pessoas que compõe as sociedades*. E destacam que a própria autoridade julgadora de 1ª instância reconheceu que *não há, de fato, nenhum documento que apresente de forma explícita a sucessão da autuada pela Vesle*.

Contudo, na forma da doutrina referida pelas recorrentes, *há interesse comum imediato em decorrência do resultado do fato gerador quando mais de uma pessoa se beneficiam diretamente com sua ocorrência*, e o benefício decorrente do fato gerador é compartilhado pelas pessoas jurídicas quando há confusão patrimonial revelada, no caso, pela atuação conjunta da autuada e de Vesle Móveis e Eletrodomésticos nas atividades verificadas no período fiscalizado.

As recorrentes transcrevem ementas de julgados que afastam a solidariedade decorrente da participação relevante de uma pessoa jurídica no capital de outra, ou da caracterização de grupo econômico entre empresa arrendadora e instituição bancária, mas tais circunstâncias são totalmente distintas daquelas presentes nestes autos. Como visto, os fatos

jurídicos tributários foram constatados ao longo do ano-calendário 2001, ao passo que Vesle Móveis e Eletrodomésticos Ltda iniciou suas atividades em 06/06/2000, como demonstram as recorrentes, e durante o procedimento fiscal a autoridade lançadora constatou que:

Verifica-se que a contribuinte foi instada a comprovar mediante apresentação de documentação hábil e idônea a origem das operações que deram causa a depósitos e créditos nas contas bancárias da ordem de R\$ 63.996.592,45.

Na seqüência, a partir das mencionadas cópias de cheques, foram intimados diversos fornecedores (fls. 228 a 277) para esclarecerem as operações advindas dos pagamentos, com quem as operações haviam sido firmadas no estabelecimento da contribuinte ou de outra empresa, onde os objetos das operações haviam sido entregues e se os sócios da contribuinte avalizaram operações de terceiros, sobremaneira de empresa tida como sucessora e devedora solidária (VESLE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. — adiante denominada VESLE).

As respostas formam o ANEXO II (DOIS) deste processo administrativo. No fim do ANEXO (fls. 227 a 230) consta relatório que compila as estreitas ligações entre a contribuinte (de agora em diante denominada IMPELCO) e VESLE, ficando evidente que as duas empresas, por meio de seus sócios, concorrem para os mesmos objetivos até que uma suceda a outra.

Já pelos documentos, planilhas e análises do ANEXO III (TRÊS) deste processo administrativo, além das evidências de que as duas empresas trabalharam em conjunto na realização de suas atividades sociais, fica também caracterizada a sucessão de IMPELCO por VESLE, em síntese, como segue:

PLANILHA 01 (fls. 21 e 22 do ANEXO): demonstra as coincidências dos endereços constantes dos livros fiscais entregues à fiscalização em 25/04/2006 com os endereços constantes dos cadastros bancários, do CNPJ e do CNPJ de VESLE.

PLANILHA 02 (fls. 23 e 24 do ANEXO): compila os endereços constantes dos cadastros bancários e cruza-os com livros fiscais, CNPJ de VESLE e CNPJ de IMPELCO.

PLANILHA 03 (fls. 25 a 30 do ANEXO): identifica as coincidências de vários endereços de IMPELCO e VESLE com base nos dados informados pelas mesmas no CNPJ, cujas pesquisas estão ordenadas na seqüência da planilha em questão.

PLANILHA 04 (fls. 153 a 155 do ANEXO): indica as coincidências de datas e endereços na utilização de endereços por IMPELCO e VESLE, segundo dados do CNPJ identificando ainda endereços vizinhos e intervalos em que uma supostamente mudou-se de um determinado endereço e outra começou a atividade logo depois; também está demonstrado o envolvimento de mais 05 (cinco) empresas de compõem a cadeia de sucessão até culminar em VESLE.

LISTAS TELEFÔNICAS (fls. 156 a 205): de Mato Grosso (2001 a 2006) e obtidas na internet (28/11/2006) confirmam as evidências de sucessão de IMPELCO por VESLE e de solidariedade tributária entre VESLE e IMPELCO; os fatos constam da ANÁLISE DOS DADOS OBTIDOS, item "5".

ANÁLISE DOS DADOS (fls. 206 a 214): evidencia de forma inequívoca as estreitas ligações operacionais de IMPELCO e VESLE, abordando os dados compilados nas PLANILHAS e LISTAS TELEFÔNICAS.

PROCESSO JUDICIAL (fls. 215 a 284): ao final do ANEXO em comento, consta peça que tramitou na 3ª Vara da Seção Judiciária do Acre, onde se vê que as investigações sobre sucessão e solidariedade entre IMPELCO e VESLE corroboram de forma sólida os fatos levantados pela fiscalização, sobretudo pela riqueza de provas, identificação de novos endereços utilizados pelas duas empresas,

identificação de que veículos registrados em nome de IMPELCO eram utilizados por estabelecimentos de VESLE, confirmação da logomarca GR ELETRO por ambas as empresas (já evidenciado no CNPJ, inclusive das cinco outras empresas citadas — PLANILHA 04).

As recorrentes reproduzem estas constatações para afirmar que estes fatos além de não caracterizar a solidariedade do artigo 124, como quer o Auditor, não correspondem às provas exigidas pelo artigo 132 e 133 do Código Tributário nacional, para se ter sucessão empresarial. E, sob esta última vertente, reproduzem ementas de julgados contra a caracterização de sucessão sem a prova de uma relação jurídica entre o alienante e o adquirente, ou sem a acusação, anterior à penhora, da ocorrência de sucessão ou confusão entre as empresas. Citam, ainda, julgado proferido em face de embargos à execução opostos por Velse Móveis e Eletrodomésticos Ltda, no qual foi afastada a aplicação do art. 133 do CTN em razão das evidências de que IMPELCO permanecia ativa, embora constatado que a embargante possuía loja com o nome fantasia GR ELETRO. Concluem, assim, que não houve sucessão porque ambas empresas permanecem ativas, não há plena identidade entre os endereços das filiais e não há prova de aquisição do fundo de comércio. Arrematam reportando-se aos efeitos danosos que a responsabilidade tributária acarretaria a suas atividades, e indicando ofensa a dispositivos constitucionais.

Ocorre que as circunstâncias que ensejam a responsabilidade tributária foram apuradas pela autoridade lançadora no plano fático, e não jurídico, impossibilitando a afirmação de que teria ocorrido uma circunstâncias previstas nos arts. 132 e 133 do CTN. Assim, antes da sucessão, a autoridade lançadora claramente afirma que os elementos juntados ao Anexo III evidenciam *que as duas empresas trabalharam em conjunto na realização de suas atividades sociais*. E isto porque, junto a fornecedores foram coletadas informações acerca do intermediário das operações *firmadas no estabelecimento da contribuinte ou de outra empresa, do local onde os objetos das operações haviam sido entregues e da atuação de sócios da contribuinte avalizando operações de terceiros, sobremaneira de VESLE, em razão das quais concluiu-se que as duas empresas, por meio de seus sócios, concorrem para os mesmos objetivos, e trabalharam em conjunto na realização de suas atividades sociais*, aspecto inclusive que desmerece a alegação de que as pessoas jurídicas teriam quadros societários distintos. Logo, a Fiscalização não se prendeu apenas à coincidência entre endereços nos quais as pessoas jurídicas exerciam suas atividades, e inclusive constatou que *veículos registrados em nome de IMPELCO eram utilizados por estabelecimentos de VESLE e ambas compartilhavam a logomarca GR ELETRO*.

As recorrentes, por sua vez, não enfrentam estas acusações. Daí a conclusão da autoridade julgadora de 1ª instância no sentido de que, apesar de inexistir documento que *apresente de forma explícita a sucessão da autuada pela Vesle*, o Anexo III a estes autos reúne evidências suficientes para ensejar a solidariedade prevista no art. 124, I do CTN. Em tais condições, o fato de ambas as empresas estarem em atividade no período autuado somente reforça a solidariedade constatada pela autoridade lançadora.

Assim, apesar de a acusação fiscal se basear em indícios, eles são convergentes e coerentes no sentido de que IMPELCO e VESLE compartilharam das mesmas atividades, de ao mesmo parte de seus estabelecimentos e veículos, apresentando-se aos fornecedores e aos clientes como uma única empresa, circunstâncias suficientes para afirmar a confusão patrimonial e, por conseqüência, o interesse comum na situação que constitui o fato gerador da presente exigência, hábil a justificar a imputação de responsabilidade solidária na forma do art. 124, I do CTN.

Processo nº 10183.003252/2007-28
Acórdão n.º **1101-001.145**

S1-C1T1
Fl. 1.057

Estas as razões, portanto, para **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário no que tange ao acréscimo da multa qualificada de 150%, bem como à imputação de responsabilidade solidária a Vesle Móveis e Eletrodomésticos Ltda.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada.

CÓPIA

Declaração de Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Observo no relato fiscal que a contribuinte não apresentou DIPJ para o ano-calendário 2001, tampouco confessou os valores devidos a título de CSSL em DCTF, ou efetuou pagamentos. Também não apresentou à Fiscalização os livros da escrituração comercial, mas somente o Livro Diário parcialmente escriturado.

Inexistindo, portanto, qualquer conduta sujeita a homologação na forma do art. 150 do CTN, o prazo decadencial é regido pelo art. 173, I CTN, de modo que o termo inicial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, independentemente da caracterização do intuito de fraude que motivou a qualificação da penalidade. Na medida em que a contribuinte não optou pela apuração anual dos tributos incidentes sobre o lucro, o lançamento dos valores devidos do 1º ao 3º trimestres de 2001 já era possível no próprio ano-calendário, de modo que a contagem do prazo decadencial tem início em 01/01/2002 e término em 31/12/2006. Já o lançamento da contribuição devida no 4º trimestre de 2001, encerrado em 31/12/2001, somente era possível no ano-calendário 2002, de modo que o prazo decadencial tem início apenas em 01/01/2003 e término em 31/12/2007.

Por tais razões, acompanho o I. Relator no sentido de declarar a decadência dos créditos tributários pertinentes ao 1º, 2º e 3º trimestres de 2001.

Registro que, no mérito, acompanho o I. Relator em suas conclusões acerca da validade da prova constituída a partir de extratos bancários requeridos pela autoridade fiscal junto às instituições financeiras, e acrescento a abordagem, contida na decisão recorrida, acerca da acusação fiscal que, no caso, não se limitou a presumir omissão de receitas a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, mas sim confrontou-os com os documentos que, embora não contabilizados, foram apresentados à Fiscalização, concluindo que os valores computados na acusação correspondiam a receitas da atividade:

Relativamente à omissão de receitas, fato motivador do lançamento de ofício, são transcritos abaixo trechos do Termo de Verificação Fiscal, que evidenciam a forma como procedeu o Auditor Fiscal:

Em 28/02/2007 a fiscalização compareceu ao estabelecimento de IMPELCO para verificar a documentação disponibilizada, com vistas a comprovar as origens dos depósitos e demais créditos listados no Termo de Intimação de 13/11/2006.

Naquela oportunidade, após a análise da documentação, foi emitido o Termo de Intimação de mesma data (fls. 291 a 297 e verso), indicando que:

1 – Não foi prestado nenhum esclarecimento sobre a questão, mas apenas apresentação de parte de livros fiscais e do livro Diário integral, sem demonstrações contábeis e sem plano de contas;

2 – A documentação disponibilizada, de grande volume, estava separada por fechamentos de caixa das lojas, evidenciando que os depósitos listados no supradito Termo de Intimação se referem a receitas da atividade da empresa, sem, contudo, haver um controle efetivo para conciliação com a escrituração comercial;

3 – Para confirmação dessa assertiva foram selecionados os maiores créditos em cada uma das contas bancárias para que os documentos fossem separados, a fim de que a fiscalização os analisasse;

4 – Com base nesses mesmos valores selecionados a fiscalização constatou que muitos deles não constavam do livro Diário apresentado.

(...)

Em 07/03/2007 os documentos disponibilizados em atendimento ao Termo de 28/02/2007 foram retidos por Termo próprio (fls. 303 e 304), onde se vê que:

1 – Parte dos depósitos e créditos encontrados no Diário têm consonância com os comprovantes;

2 – Parte dos depósitos e créditos não encontrados no Diário tiveram os comprovantes apresentados (indicando que nem todas as operações foram devidamente escrituradas);

3 – Parte dos depósitos e créditos identificados como transferências entre contas bancárias no Diário não tiveram os comprovantes apresentados;

4 – Parte dos depósitos e créditos não foram encontrados no Diário e não tiveram os comprovantes apresentados (indicando novamente que nem todas as operações foram devidamente escrituradas ou que não há controles que certifiquem os dados constantes da escrituração).

Com base nessa amostragem, ficou evidente que os depósitos e créditos havidos nas contas bancárias de IMPELCO se referem a receitas de sua atividade, sobremaneira nos que são especificamente identificados como tal (liquidação de cobrança, venda com cartão de crédito, recebimento por fornecimento, FEDERALCARD, crédito eletrônico, crédito REDE SHOP e cartão VISA ELECTRON).

Dessa forma, elaborou-se o Termo de Constatação de 09/03/2007 (fls. 307 a 317) acerca das circunstâncias acima, bem assim das bases de cálculo de tributos e contribuições relativos ao ano-calendário 2001, além de abrir prazo para manifestações pertinentes e indicação do regime de tributação (lucro real anual ou lucro real trimestral) no caso de apresentação de escrituração comercial completa dentro do prazo concedido.

Logo após a análise dos documentos de caixa os mesmos foram devolvidos em 12/03/2007, de acordo com Termo próprio (fl. 318).

Não houve manifestação acerca do Termo de Constatação de 09/03/2007.

(...)

As informações financeiras são a única fonte de informação para que a fiscalização determine a matéria tributável, integralmente, de vez que somente parte dos livros fiscais de 2001 foram apresentados, donde se extraiu uma receita operacional de R\$ 32.574.570,52 (fl. 332), contra R\$ 69.833.088,24 movimentados em 07 (sete) instituições financeiras, sem que IMPELCO tenha demonstrado a conexão dessas receitas com o total de recursos havidos em suas contas bancárias.

Recursos estes no montante de R\$ 63.996.592,45, como descrito no Termo de Intimação de 13/11/2006.

(...)

As provas do recebimento de receitas da atividade são os valores creditados em contas mantidas junto a instituições financeiras, cujas informações foram consolidadas e entregues à contribuinte em meio magnético e posteriormente em papel atendendo a pedido (fls. 319 a 322).

Nesse ínterim, as informações foram confrontadas, por amostragem, com documentos apresentados mediante intimação, ficando constatado que se tratavam de receitas da atividade.

De plano, verifica-se que a autuação não está baseada na presunção de omissão de receitas conforme o disposto no art. 42 da Lei n. 9.430/1996. O que ocorreu foi a comparação entre os depósitos bancários e os documentos de Caixa dos estabelecimentos da empresa autuada, inclusive havendo a identificação de depósitos como liquidação de cobrança, venda com cartão de crédito, recebimento

por fornecimento, FEDERALCARD, crédito eletrônico, crédito REDE SHOP e cartão VISA ELECTRON.

Não há que se falar, pois, em presunção de omissão de receitas ou mesmo de lançamento baseado exclusivamente em depósitos bancários. Prejudicadas estão, portanto, as alegações nesse sentido, bem como as baseadas na Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos, ou mesmo aquelas em que a fundamentação é a de que meros depósitos bancários não se caracterizam como receita.

Com relação especificamente a esse tópico, são as seguintes as argumentações expendidas pelas impugnantes:

10- Sobre o levantamento dos depósitos e créditos bancários o qual apurou o valor de R\$ 63.996.592,45, o Auditor Fiscal intimou a Impugnante para que comprovasse a efetiva Origem de Disponibilidades dos depósitos, como na época a contribuinte não pode prestar esclarecimentos, pela falta de documentos o está fazendo neste ato a devida comprovação, conforme demonstrado a seguir no item 24;

(...)

23- Restando o Auto de Infração sobre as informações financeiras totalmente equivocadas; o Senhor Auditor Fiscal quando diz que lavrou o presente Auto de Infração sobre a movimentação financeira apresentada em 07 (sete) instituições financeiras, no valor de R\$ 69.833.088,24, contra uma receita operacional de R\$ 32.574.570,52; seguindo a mesma linha de raciocínio, do Senhor Auditor, o valor correspondente a base de cálculo, para o presente Auto de Infração seria de R\$ 37.258.517,72, no entanto devemos nos ater ao valor consignado no Demonstrativo de Apuração de Débito, em apenso (Doc. Fl. 63), o qual foi notificado sobre o valor base de R\$ 63.707.243,49 cabendo ser analisado o que segue:

A – No valor correspondente as operações financeiras, não foram deduzidas: os valores correspondentes aos cheques devolvidos; empréstimos bancários, ou até mesmo estornos de créditos; não concordando a Impugnante com o valor apurado com a soma dos depósitos Bancários;

B - A Impugnante discorda dos valores apurados pelo Senhor Auditor e apresentados como contrapartida dos Depósitos Bancários, pois o mesmo simplesmente apurou somente, o valor correspondente à Receita efetivada no ano base, esquecendo-se de acrescentar os valores correspondentes as Duplicatas a Receber existentes em 31.12.2000, bem como os valores consignados no mesmo balanço tais como saldo positivo das contas Bancárias e o Saldo representado em Caixa;

C - Pelo que consta, no relato do Senhor Auditor Fiscal, o mesmo não é digno de fé, pois o mesmo está completamente equivocado, pois analise-se:

(+) A movimentação bancária apurou um resultado de R\$ 69.833.088,24

(-) Receita Operacional ano base 2001 R\$ 32.574.570,52

(=) Valor Total a Notificar R\$ 37.258.517,72

a) - Fica pela presente devidamente suprida a comprovação da EFETIVA ORIGEM dos DEPÓSITOS a COMPROVAR de acordo com o que preceitua as normas Legais pertinentes à Comprovação de Origem e Disponibilidades:

(+) Receita Operacional ano base 2001 R\$ 32.574.570,52

(+) Saldo Duplicatas a Receber em 31.12.2000 R\$ 50.099.923,73

(-) Saldo Negativo de Bancos em 31.12.2000 R\$ 579.337,66

(=) TOTAL DISPONIBILIDADES R\$ **82.095.156,59**

(-) DEPÓSITOS A COMPROVAR Lev. Fiscal R\$ **69.833.088,24**

(=) SOBRAS DE DISPONIBILIDADES R\$ **12.262.068,35**

O Demonstrativo supra corresponde as provas documentais: Balancetes e Balanço de contabilidade (Docs. Fls. 74 a 84 em apenso).

24 - Segundo o Auditor fiscal menciona em seu Auto de Infração, quanto à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal correspondente a CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido), alegando o contador não haver informado nas DCTFs, ano base de 2001, e que as DCTFs, também não haviam sido entregues;

Para comprovar que as mesmas foram entregues estamos apensando cópia em anexo (Doc. Fls. 27 a 73), e para esclarecer que não foram informados valores a Recolher para esta Contribuição tendo em vista o Balanço ser apurado pelo Lucro Real e por Suspensão, apresentado para este exercício, Prejuízo Fiscal, conforme provas documentais em apenso (Doc. Fls. 74 a 82), não havendo, portanto, o que se falar em recolhimento de CSLL.

Pelo que se pode verificar de toda essa argumentação, as impugnantes não contestam, em nenhum momento, que o total dos depósitos bancários não se referem às receitas da atividade, pelo contrário, corroboram essa afirmação do Auditor Fiscal.

Quanto a no valor dos depósitos considerados pelo Fisco estarem incluídos os correspondentes a cheques devolvidos; empréstimos bancários e estornos de créditos, como pode ser visto no Termo de Intimação de f. 221, isso não procede. Transcreve-se excerto desse termo que comprova a improcedência desse argumento:

4 – DOS VALORES A COMPROVAR foram excluídos todos os valores a créditos que não representam efetivas entradas de recursos nas contas verificadas, especialmente os relativos a:

4.1 – Transferências, DOC e depósitos entre contas, desde que com correspondência de débito e crédito entre duas contas;

4.2 – Empréstimos;

4.3 – Estornos e acertos;

4.4 – Devoluções de cheques depositados;

4.5 – Cheques emitidos e devolvidos;

4.6 – Crédito de CPMF;

4.7 – Redução de Saldo Devedor.

Por fim, quanto à apuração de “Sobras de Disponibilidades” levando em conta Duplicatas a Receber e Saldo Negativo de Bancos, com base em provas documentais, Balancetes e Balanço de contabilidade, bem como ainda que não houve pagamentos em face de apuração de prejuízo, no caso, base de cálculo negativa da CSLL, vê-se que as impugnantes, em especial a autuada, pretende que seja efetuada a apuração do lucro segundo a sistemática “Lucro Real”.

Entretanto, diferentemente do que alegam as impugnantes, a legislação prescreve que, não havendo a possibilidade da apuração do “Lucro Real”, o imposto será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado. E, conforme pode ser visto nos documentos constantes nos autos (intimações e respostas, em especial a Solicitação de Autorização para Arbitramento do Lucro de f. 326 e 327), a contribuinte enquadra-se em vários dos motivos elencados no referido art. 530: incisos I, II, III e VI.

Não merece reparo, nesse ponto, o procedimento efetuado pelo auditor-fiscal.

A defesa apresentada em recurso voluntário guarda os mesmos contornos daquela veiculada em impugnação. E em ambas constata-se a pretensão da contribuinte de enaltecer sua precária escrituração comercial, confrontando grandezas globais para tentar atribuir outra natureza aos valores identificados pela Fiscalização como decorrentes de receita

da atividade. Parte do pressuposto de que suas receitas são apenas aquelas escrituradas e assim se omite sobre os depósitos bancários que a autoridade fiscal, depois de confrontar com seus fechamentos de caixa, constatou não estar escriturados.

Eventualmente a Fiscalização pode ter interpretado equivocadamente os documentos que lhe foram apresentados. Mas o fato é que a desídia da contribuinte no cumprimento de suas obrigações acessórias impôs a conclusão fiscal de que *as informações financeiras são a única fonte de informação para que a fiscalização determine a matéria tributável, integralmente, de vez que somente parte dos livros fiscais de 2001 foram apresentados, donde se extraiu uma receita operacional de R\$ 32.574.570,52 (fl. 332), contra R\$ 69.833.088,24 movimentados em 07 (sete) instituições financeiras, sem que IMPELCO tenha demonstrado a conexão dessas receitas com o total de recursos havidos em suas contas bancárias.*

Frente a tal contexto, a desconstituição das receitas imputadas pela Fiscalização à contribuinte, suportada no confronto de seus extratos bancários com seus documentos de fechamento de caixa, exigiria a apresentação de uma prova documental robusta, consistente na reconstituição da escrituração comercial, para que esta passasse a abranger toda a movimentação financeira do período fiscalizado, e permitisse estabelecer a correspondência dos depósitos bancários com outras origens que não as receitas do período fiscalizado. A mera confrontação de saldos de contas contábeis extraídos de uma escrituração precária, como demonstrado pela Fiscalização, em nada favorece a contribuinte fiscalizada, mormente tendo em conta que a maior parte das origens apontadas decorreriam de saldo de duplicatas a receber ao final do ano-calendário 2000, e a exigência remanescente nestes autos, em razão da declaração da decadência, corresponde apenas ao 4º trimestre de 2001. Idêntica irrelevância se mostra, também, na alegação de que as DCTF teriam sido apresentadas, mas sem informação de débitos de CSLL em razão da apuração de prejuízos nos períodos fiscalizados, com base naquela mesma escrituração precária.

Por estas razões também acompanho o I. Relator quanto à validade do arbitramento dos lucros, apenas observando que embora a Súmula CARF nº 59 não autorize a reversão do arbitramento dos lucros em razão da apresentação dos livros e documentos sonegados à fiscalização, a escrituração comercial reconstituída depois do lançamento, acompanhada de sua documentação de suporte, poderia ser admitida, mas apenas como prova de que os depósitos bancários vinculados pela autoridade lançadora a receitas da atividade teriam outra origem, não sujeita a tributação no período autuado, reduzindo, assim, a base de cálculo sobre a qual foi aplicado o coeficiente de arbitramento dos lucros.

É como voto, relativamente a estes pontos do litígio.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Conselheira