



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

Processo n° 10280.003970/2004-53
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° **1301-00.519 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 30 de março de 2011
Matéria IRPJ e outros
Recorrentes Y WATANABE
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 1998, 2000

DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

Conforme decisão do STJ em Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito.

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE.

Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto n° 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM RECURSOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

O art. 42 da Lei n° 9.430/96, instituiu presunção legal de omissão de receitas em relação aos valores creditados em instituição financeira para os quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprove a origem dos recursos neles utilizados. Tratando-se de presunção legal, ocorre a inversão do ônus da prova em favor do fisco.

COMPROVAÇÃO DOS VALORES APURADOS.

Tendo o lançamento fiscal sido efetuado a partir de divergências constatadas entre valores declarados à Receita Federal e os informados pela contribuinte ao Fisco Estadual, para impugnar os valores não basta ao contribuinte alegar que se equivocou ao prestar as informações à Fazenda Estadual, sendo

indispensável identificar os erros cometidos e comprová-los documentalmente.

MATÉRIA PRECLUSA.

Questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, e nem mesmo vêm a ser demandadas na petição de recurso, e que não consistem em matéria de Ordem Pública, constituem matérias preclusas das quais não se toma conhecimento, por afrontar as regras do Processo Administrativo Fiscal.

MULTA DE OFÍCIO.

A imposição da cobrança de multa de ofício decorre da lei em vigor, cuja aplicação não pode ser negada pelos agentes públicos.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

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 (Súmula CARF nº 4).

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Por se tratar de lançamentos com base exclusivamente em omissão de receitas, infrações que influencia igualmente a base de cálculo do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, o que decidido quanto a esta matéria aplica-se a essas exações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade de lançamento. Por qualidade, negar a preliminar de decadência relativa ao ano de 1998, vencidos os conselheiros Valmir Sandri, Guilherme Pollastri Gomes da Silva e André Ricardo Lemes da Silva. No mérito, por maioria, negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os conselheiros Valmir Sandri e André Ricardo Lemes da Silva, que cancelavam os créditos de IRPJ e CSLL do ano calendário 2000. Por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Waldir Veiga Rocha.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Valmir Sandri - Relator

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha – Redator Designado

Participaram do julgamento os Conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior, Waldir Veiga Rocha, Paulo Jakson da Silva Lucas, Valmir Sandri, André Ricardo Lemes da Silva e Guilherme Pollastri Gomes da Silva.

Relatório

O presente litígio instaurou-se em relação a autos de infração cientificados ao contribuinte em 20 de outubro de 2004, relativos ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e à Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), todos com base na mesma infração e referentes a fatos geradores corridos nos anos calendário de 1998 e 2000.

O sujeito passivo é acusado de ter praticado omissão de receitas à tributação, caracterizada pela falta de contabilização de valores de representativos da diferença de vendas declaradas a maior à Secretaria Executiva de Estado da Fazenda do Pará — SEFA, em Dief, Declaração de Informações Econômicas-fiscais e os declarados a menor à Secretaria da Receita Federal, SRF, em DIPJ, Declaração de informações Econômicas-fiscais da Pessoa Jurídica, referente ao ano-calendário de 2000, e omissão de receitas caracterizada pela falta de contabilização de depósitos bancários sem comprovação da origem dos recursos, respaldada em extratos bancários, mapas demonstrativos e relatório de fiscalização, referente ao ano-calendário de 1998.

A investigação junto ao contribuinte iniciou-se em 27 de dezembro de 2002, relacionada com o ano-calendário de 1998, em razão da movimentação financeira flagrantemente incompatível com as receitas declaradas. Posteriormente, o contribuinte foi cientificado da extensão da ação fiscal para os anos de 1999 e 2000, e foi intimado a esclarecer remessa/recebimento de US\$ 105.400,00, em 20/05/1999, para New York-NY - USA, através da Beacon Bill Service Corporation/subconta Finah 310624, e a esclarecer a diferença existente entre as vendas informadas à Secretaria Executiva de Estado da Fazenda-SEFA, no ano-calendário de 2000, e as vendas declaradas à Secretaria da Receita Federal.

A ação fiscal foi parcialmente encerrada em outubro de 2004 (ciência em 20/10/2004), com lavratura de autos de infração para os anos-calendário de 1998 e 2000, para tributação das receitas omitidas. Para o ano de 1999 a ação fiscal prosseguiu em outro processo.

Em impugnação tempestiva o contribuinte arguiu, em preliminares, a decadência, a nulidade dos autos de infração por irregularidades relacionadas como Mandado de Procedimento Fiscal, ofensa ao princípio da legalidade na caracterização do fato gerador, impossibilidade de autuação com base em presunção e indícios.

No mérito, alegou inconstitucionalidade da multa, por ter caráter confiscatório, e impossibilidade de utilização da taxa Selic para fins de juros de mora.

Em 30 de março de 2006, a DRJ em Belém anulou os lançamentos com base em irregularidades formais no MPF, recorrendo de ofício. A 5ª Câmara do extinto Primeiro

Conselho de Contribuintes deu provimento ao recurso de ofício, considerando que os lançamentos não padecem de qualquer vício.

O contribuinte apresentou recurso voluntário à Câmara Superior de Recursos Fiscais, que negou-lhe provimento, determinado o retorno dos autos à DRJ em Belém, para julgar as demais questões levantadas na impugnação.

Em 29 de janeiro de 2010, a 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Belém, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte a impugnação, apenas para acolher parcialmente a decadência suscitada. Foram considerados decadentes os lançamentos do PIS e da COFINS cujos fatos geradores ocorreram até 30/11/1998.

É a seguinte a ementa da decisão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA — IRPJ

Ano-calendário: 1998, 2000

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Nos lançamentos por homologação, havendo pagamento antecipado do imposto, ou da contribuição, e ausentes o dolo, fraude ou simulação, realiza-se a contagem do prazo decadencial pelo disposto no art. 150 do CTN. De outra forma, aplica-se a regra ordinária da decadência estampada no art. 173, inciso I, do CTN.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS. São improficuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, pois tais decisões não constituem normas complementares do Direito Tributário, já que foram proferidas por órgãos colegiados sem, entretanto, uma lei que lhes atribuisse eficácia normativa, na forma do art. 100, II, do Código Tributário Nacional.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS. ENTENDIMENTO DOMINANTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA. É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais, quando comprovado que o contribuinte não figurou como parte na referida ação judicial. A autoridade julgadora administrativa não se encontra vinculada ao entendimento dos Tribunais Superiores, pois não faz parte da legislação tributária de que fala o artigo 96 do Código Tributário Nacional, salvo quando tenha gerado uma súmula vinculante, nos termos da Emenda Constitucional n.º 45, DOU de 31/12/2004.

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE. Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR VICIO FORMAL - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. É de ser rejeitada a nulidade do lançamento, por constituir o Mandado de

Procedimento Fiscal elemento de controle da administração tributária, não influenciando na legitimidade do lançamento tributário.

DEPÓSITO BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO IDENTIFICADA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO ESPECÍFICA. AMPLA DEFESA. IMPUGNAÇÃO. Não configura cerceamento de defesa, nas autuações com base na presunção contida no art. 42 da Lei 9.430/96, se a intimação para o fiscalizado justificar a origem dos depósitos bancários for bem específica, possibilitando ao Interessado saber exatamente sobre quais depósitos deveria produzir provas para ilidir a presunção legal. Ademais, após a ciência do auto de infração, com o litígio instaurado entre o fisco e o contribuinte, a legislação concede na fase impugnatória, ampla oportunidade para apresentação de documentos e razões de fato e de direito.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS. Os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações são caracterizados como omissão de receitas.

PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FATO INDICIÁRIO. FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO. A presunção legal juris tantum inverte o ônus da prova. Neste caso, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário não comprovado (fato indiciário) corresponde, efetivamente, ao auferimento de rendimentos. (fato jurídico tributário), nos termos do art. 334, IV, do Código de Processo Civil. Cabe ao contribuinte provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

COMPROVAÇÃO DOS VALORES APURADOS. Tendo o lançamento fiscal sido efetuado a partir de divergências constatadas entre valores: os declarados/pagos e os escriturados, esses também informados pela contribuinte ao Fisco Estadual, tudo regularmente documentado no presente processo, descabem as alegações de irregularidade concernentes à prova produzida pela autoridade administrativa e à apuração fiscal.

ALEGAÇÃO. COMPROVAÇÃO. As alegações desacompanhadas de documentos comprobatórios, quando esse for o meio pelo qual sejam provados os fatos alegados, não têm valor.

MULTA DE OFÍCIO. A imposição da cobrança de multa de ofício decorre da lei em vigor que deve ser aplicada pelos agentes públicos, sob pena de responsabilidade.

JUROS. TAXA SELIC. Tendo a cobrança dos juros de mora com base na Taxa SELIC previsão legal, não compete aos órgãos

juizadores administrativos apreciar arguição de sua ilegalidade/inconstitucionalidade.

PEDIDO DE PERÍCIA. Devem ser indeferidos os pedidos de perícia, quando forem prescindíveis ao deslinde da questão a ser apreciada, não sendo o caso de solicitação de realização de perícia para produzir provas que caberia ao atuado apresentar, ainda mais quando se trata de presunção legal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA Aplica-se às contribuições sociais reflexas, no que couber, o que foi decidido para a obrigação matriz, dada a íntima relação de causa e efeito que os une.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Da parte exonerada, houve recurso de ofício.

Ciente da decisão em 05 de abril de 2010, a interessada ingressou com recurso em 29 do mesmo mês.

Suscita a decadência e invoca a nulidade dos autos de infração por irregularidades relacionadas com o MPF e por infringir o art. 10 do Decreto nº 70.235/72, ao não conter o local, a data e a hora da lavratura.

Pondera que a fiscalização não pode lavrar auto de infração sem a prova da efetiva ocorrência do fato gerador, que não é admissível o lançamento baseado em presunções.

Assevera que o fisco supôs omissão de receitas com base nos extratos e informações financeiras, apurados indiscriminadamente, sem o correto esclarecimento se são rendimentos já tributados, isentos ou não tributados ou decorrentes de obrigações junto a instituições de crédito.

Alega não terem sido consideradas as transferências entre agências de um mesmo contribuinte, o retorno de valores decorrentes de aplicações no mercado aberto, antecipações de empréstimos a curto prazo renováveis, adiantamento de contratos de câmbio, entre outros.

Diz ainda que a fiscalização supôs a omissão de receitas com base nas informações "emprestadas" pelo fisco estadual, apuradas indiscriminadamente, sem observar se referidas informações encontravam-se equivocadas e, posteriormente, corrigidas. Aduz que não houve o cotejo do montante que seria efetivamente tributável, já que a fiscalização não considerou operações isentas ou decorrentes de transferência. E mais, que a fiscalização descartou os livros fiscais apresentados, apesar de mencioná-los e expressamente reconhecer sua existência. Menciona a impossibilidade de confissão em matéria tributável.

Alega que as informações prestadas à SEFA, por meio da DIEF encontram-se lançadas de forma errônea, não sendo provas legais de receita, uma vez que passíveis de correção, e que o fiscal considerou como receita valores contábeis de "saídas de mercadorias e produtos", enquanto na verdade seria "transferência de mercadorias e produtos". Diz que o erro nas informações prestadas ao Fisco Estadual somente foram detectados por meio da Ação Fiscal da Receita Federal, conforme faz prova idônea o Livro de Apuração do ICMS.

Afirma que a fiscalização deveria ter verificado as anotações mediante análise das receitas efetivamente recebidas pelo contribuinte, o quê não fez. Alega que tal levantamento deveria ter sido feito pelo fisco, como consequência natural de uma instrução probatória e de uma análise séria e acurada dos documentos fiscais apresentados, e que sua ausência importa cerceamento de defesa.

Alegou inconstitucionalidade da multa, por ter caráter confiscatório, e impossibilidade de utilização da Selic para fins de juros de mora.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Valmir Sandri, Relator

Ambos os recursos atendem os pressupostos legais para admissibilidade, devendo, portanto, ser conhecidos.

Analiso-os em conjunto porque a matéria que ensejou o recurso de ofício (decadência) integra também o recurso voluntário.

A preliminar de nulidade dos lançamentos invocando irregularidades relacionadas com o MPF não pode ser conhecida, uma vez que já afastada pela Quinta Câmara do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes.

A recorrente suscita, ainda, nulidade dos autos de infração por infringência ao art. 10 do Decreto nº 70.235/72, por não mencionarem local, data e hora da lavratura.

Esse fato, entretanto, constituiu mera irregularidade formal, sem o condão de implicar nulidade do ato administrativo do lançamento. Conforme dispõem os artigos 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72, são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, e quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões, que não essas, não importarão em nulidade e serão sanadas quando não resultarem em prejuízo do sujeito passivo.

No caso, não foi apontado qualquer prejuízo do sujeito passivo por não constarem hora e data da lavratura (o local está indicado: o endereço do contribuinte – fls. 224).

Em sua impugnação, a interessada argüiu a decadência, que foi acolhida apenas em parte pela 1ª Turma de Julgamento da DRJ em Belém, que afastou, por esse motivo, os lançamentos de PIS e COFINS referentes aos fatos geradores ocorridos até 30 de novembro de 1998. Entendeu, a Turma de Julgamento, que a decadência se rege pelo inciso I do art. 173 do CTN, afastando a regra do §4º do art. 150, pelo fato de não terem sido constatados pagamentos.

Nos votos que até então vinha proferido neste E. Conselho, sempre me manifestei no sentido de que o que define se o termo inicial será aquele previsto no art. 173, I, ou no §4º do art. 150 do CTN, é a natureza do lançamento previsto na legislação específica do

tributo (por declaração ou por homologação), em nada influenciando a circunstância de ter ou não havido pagamento.

Ocorre que a partir da Portaria MF 586, de 21 de dezembro de 2010, que introduziu o art. 62-A ao Regimento Interno do CARF, e tendo em vista as decisões das Cortes Superiores de Justiça, venho me manifestando de acordo com essas jurisprudências, em respeito ao que dispõe o referido artigo, *verbis*:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

De fato, a matéria referente à decadência no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação já foi objeto de decisão do STJ na sistemática do art. 545-C do Código de Processo Civil. Quando do julgamento do Recurso Especial nº 973.333, conforme a seguir reproduzido:

RECURSO ESPECIAL Nº 973.733 - SC (2007/0176994-0)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

REPR. POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

PROCURADOR : MARINA CÂMARA ALBUQUERQUE E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)

EMENTA

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

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

DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

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

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, 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 imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

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

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

Vê-se que pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, sempre que não constatado pagamento, 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 – art. 173, I, do CTN -, esclarecendo 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’”.

Assim, em cumprimento ao art. 62-A do Regimento Interno, confirmo a decisão de primeira instância, na parte que foi objeto de recurso de ofício, e dou provimento para acolher a decadência em relação ao ano-calendário de 1998, por encontrar-se de acordo com o que dispõe a jurisprudência do STJ, eis que tendo o contribuinte tomado ciência do lançamento em 20.10.2004, e tendo se iniciado a contagem do prazo decadencial em 01.01.1999, o termo final deu-se em 01.01.2004.

Quanto ao mérito, verifica-se que para o ano-calendário de 1998, as omissões de receitas foram apuradas a partir de depósitos bancários de origem não comprovada. Já para o ano-calendário de 2000, as omissões de receitas foram apuradas a partir de diferenças entre o faturamento informado ao fisco estadual e o informado à Receita Federal.

Para afastar as exigências relativas ao ano-calendário de 1998, a recorrente contesta a caracterização do fato gerador e determinação do crédito tributário, e alega impossibilidade de lançamento baseado em meras presunções.

Inicialmente, diga-se que não há qualquer vedação no direito pátrio para efetivação de lançamento provado indiretamente, ou seja, por presunções. Apenas, se o lançamento se der com base em presunções simples, deve ela reunir os requisitos de gravidade, presunção e concordância. Quanto à presunção legal, nenhum ônus cabe ao fisco a não ser provar a ocorrência do fato indício, cabendo ao contribuinte o ônus de desconstituir a presunção.

Não se verifica, também, nenhuma irregularidade no curso do procedimento fiscalizatório. Não se trata de lançamento baseado em suposições, como alega a Recorrente, eis que o lançamento foi efetuado a partir da presunção legal de omissão de receitas com base em créditos em instituições financeiras cuja origem o contribuinte não esclareceu ou comprovou, tendo, portanto, observado rigorosamente o procedimento cabível.

Veja-se que no presente caso, não atendida adequadamente à intimação ao contribuinte para fornecer extratos de movimentações financeiras, a fiscalização intimou as instituições financeiras a apresentá-las e, depois de trabalhadas e expurgados os valores que não representavam efetivo ingresso, novamente intimou o contribuinte a esclarecer a origem, somente aplicando a presunção de omissão de receita em relação aos valores não comprovados, tal como determina a lei. É o que se constata a partir da intimação de fls. 382 e seguintes, em cujos termos esclarece a autoridade fiscal:

(...)

De posse das informações bancárias, as trabalhamos e as submetemos a V. Sa., através de termos próprios, datados de 05 e 26/03/2004, para que esclarecesse a origem dos créditos ali registrados;

4. No entanto, V. Sa. nos apresentou receitas em valores bem inferiores aos movimentados nos extratos bancários, decorrentes de ingressos de recursos. Ressalte-se que para se chegar aos valores apresentados, foram excluídas transferências entre bancos, aplicações financeiras de valores já existentes nas contas, bem como, outros valores não representativos de reais ingressos nas contas, como empréstimos, etc.;

5. Para que V. Sa. possa visualizar a verdadeira situação, elaboramos, então, um mapa comparativo das receitas apresentadas com os valores dos créditos bancários, de apenas dois bancos: HSBC e BRADESCO, que estamos anexando a este termo;

6. Referido mapa comparativo registra na coluna "Receitas de Origem não comprovadas", valores não cobertos pelas receitas apresentadas por V. Sa. e, por isso, passível de Autuação Fiscal, nos termos do artigo 42, da Lei 9.430 de 1996;

7. Estamos lhe remetendo, mais uma vez, relatório da movimentação dos bancos mencionados no item 5 - HSBC e BRADESCO; e Vossa Senhoria tem o prazo de 05 (cinco) dias, a contar do recebimento deste termo, para, se julgar necessário, manifestar-se sobre ele, seja apresentando documentos, tecendo comentários, etc.

Por seu turno, genericamente alega o contribuinte que não foram consideradas as transferências entre agências de um mesmo contribuinte, o retorno de valores decorrentes de aplicações no mercado aberto, antecipações de empréstimos a curto prazo renováveis, adiantamento de contratos de câmbio. Porém não aponta, concretamente, um único caso em que essas operações foram desconsideradas.

Em se tratando de presunção legal, materializado o fato indício (depósitos cuja origem o contribuinte, intimado, não logre comprovar), o valor integral do depósito é considerado receita omitida, descabendo qualquer consideração quanto a possíveis custos necessários para auferi-la, que não estejam comprovados.

Quanto à omissão de receitas relativa ao ano-calendário de 2000, também não houve qualquer "suposição", por parte do fisco, mas apuração de omissão em razão da diferença entre o informado ao fisco estadual e o informado ao fisco federal.

A partir de informações obtidas junto a Fazenda Estadual, a fiscalização identificou divergências entre os valores de vendas informados às duas administrações tributárias (estadual e federal). Apesar de intimado e reintimado a esclarecer as diferenças de valores das vendas informadas à Fazenda Estadual e à Receita Federal, o contribuinte nada esclareceu, o que levou a fiscalização a lavrar os autos de infração apontando omissão de receitas informadas à Secretaria da Receita Federal, correspondente à diferença a maior informada ao fisco estadual.

Portanto, o lançamento não está baseado em "suposições", como afirma o contribuinte, mas em valores por ele declarados à Fazenda Estadual. Se o contribuinte se equivocou ao prestar as informações à SEFA, por meio da Dief, conforme alega, deveria

identificar os erros cometidos e comprová-los documentalmente, não sendo suficiente trazer meras alegações.

Da mesma forma, não cabia ao fisco federal desqualificar os valores declarados ao fisco estadual por divergirem dos registrados em livros, tendo em vista que o assentamento em livro só faz prova do que estiver lastreado em documentos hábeis.

Ora, não basta alegar que os lançamentos estão embasados em presunções equivocadas e irremediavelmente contraditórias com a realidade dos fatos, sem provar qual a realidade dos fatos. As alegações genéricas, sem trazer os documentos comprobatórios e contextualizá-los, não têm utilidade para invocar “ausência de demonstração da ocorrência do fato gerador”.

Assim, diz à recorrente que “as informações prestadas (...) à SEFA, por meio da DIEF encontram-se lançadas de forma errônea, não sendo provas legais de receita, uma vez que passíveis de correção, tendo o ilustre auditor fiscal considerado como receita valores contábeis de ‘saídas de mercadorias e produtos’, enquanto na verdade seria, como de fato é ‘transferência de mercadorias e produtos’ ”.

Ocorre que nada nos autos indica que os valores de saídas de mercadorias e produtos foram indevidamente considerados receitas, quando de fato seriam transferências de mercadorias e produtos. O valor do faturamento de cada mês informado na DIEF e que serviu de base para os lançamentos feitos pelo Fisco Federal foi apenas aquele obtido “por venda de mercadoria”, nele não estando computados os valores referentes a transferências de mercadorias e transferências de produção, esses compreendidos no total maior de saídas do mês.

Contudo, especificamente em relação ao IRPJ e à CSLL, tenho que a apuração da matéria tributável por parte da autoridade fiscal foi equivocada, eis que, se a tributação é com base no lucro real, e a diferença na matéria tributável está sendo apurada com base nas informações prestadas à Fazenda Estadual, não é razoável considerar apenas as vendas omitidas e desconsiderar as compras também informadas ao fisco estadual.

Veja-se que, segundo apurou a fiscalização, a partir das informações prestadas ao Estado, a interessada teria deixado de informar à Receita Federal cerca de 71% das receitas tributáveis. Contudo, os mesmos documentos do Fisco Estadual, que indicam operações de venda em montante superior em 71% aos escriturados/informados à Receita Federal, indicam também compras de insumos e mercadorias em montante superior em cerca de 75 % aos escriturados/informados à Receita Federal (fls. 273 a 284 dos autos).

Ora, se a autoridade fiscal não está arbitrando o lucro, mas sim tributando a diferença a menor do lucro real apurado pela pessoa jurídica, e se o mesmo documento (no qual se baseou o auditor) que evidencia omissão de receita evidencia, também, omissão de compras, o ajuste da base tributável deve levar em conta apenas a diferença entre as rubricas omitidas.

O fato é que, com base nas omissões (compra/venda) registradas na escrita do contribuinte, teria o fisco motivação para arbitrar o lucro da empresa. Entretanto, tendo optado por não fazê-lo, não pode apurar o lucro real considerando as receitas e desconsiderando os custos quando a prova de ambos é a mesma (informações à Fazenda Estadual).

Conforme se depreende dos autos, as omissões de vendas levantadas pela fiscalização importaram em R\$ 32.853.227,60. Por seu turno, a partir das mesmas informações prestadas à Secretaria de Fazenda Estadual (fls. 273 a 284), as compras de insumos e mercadorias no período, tiveram um custo efetivo (excluído o ICMS) de R\$ 33.283.240,85.

Logo, entendo que o lançamento fiscal tal qual feito, relativo ao ano-calendário de 2000, não tem como prosperar, razão porque, dou provimento ao recurso para cancelar as exigências (IRPJ e CSLL).

Finalmente, a Recorrente alega inconstitucionalidade da multa, ao argumento de ter caráter confiscatório, e ilegalidade da exigência dos juros de mora segundo a taxa Selic.

A multa está aplicada rigorosamente de acordo com a lei de regência, descabendo a este Colegiado analisar se a norma viola princípio constitucional do não confisco. Nesse sentido, a Súmula nº 2, do CARF, de observância obrigatória pelos seus membros, nos termos do art. 72 do Regimento, enuncia:

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

Também quanto aos juros de mora a matéria já se encontra sumulada, como a seguir:

Súmula CARF nº 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.

Por todo o exposto, REJEITO a preliminar de nulidade do lançamento, ACOLHO a preliminar de decadência relativo ao ano-calendário de 1998, para no mérito DAR provimento PARCIAL ao recurso, para cancelar as exigências do IRPJ e CSLL relativo ao ano-calendário de 2000.

(assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Voto Vencedor

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Redator Designado

Em que pese o bem elaborado e fundamentado voto do ilustre Relator, durante as discussões ocorridas por ocasião do julgamento do presente litígio surgiu divergência que levou a conclusão diversa, no recurso voluntário, quanto a dois pontos, a saber, a decadência para o ano-calendário 1998 e a ocorrência da preclusão.

No que toca à decadência, o ilustre Relator, baseado no art. 62-A do vigente Regimento Interno do CARF (RICARF), fez aplicar a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em regime de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), nos autos do Recurso Especial nº

973.733 - SC (2007/0176994-0). O julgamento se deu em 12/08/2009 e o acórdão foi publicado no DJe de 18/09/2009, restando assim ementado (grifos constam do original):

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 imponível, 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).

posicionamento anterior, o Tribunal passou a considerar que (naquele caso), completando-se o fato gerador em 31 de dezembro de 1993, o lançamento somente poderia ser feito a partir de 1994, e o prazo decadencial começaria a fluir em 1º de janeiro de 1995.

Após discussão, este colegiado considerou aplicável a modificação no entendimento do STJ, nos termos do anteriormente mencionado art. 62-A do RICARF, o que levou a que, no caso concreto sob análise, os fatos geradores ocorridos em 31 de dezembro de 1998 pudessem ser objeto de lançamento a partir de 1999 e, por conseguinte, o prazo decadencial tivesse início em 1º de janeiro de 2000, findando-se em 31 de dezembro de 2004. Como o lançamento foi cientificado ao sujeito passivo em 20 de outubro de 2004, não há que se falar em decadência para fatos geradores de IRPJ e CSLL ocorridos no ano-calendário 1998.

O segundo ponto acerca do qual surgiu divergência foi quanto à autuação por fatos geradores ocorridos no ano-calendário 2000. Após fundamentadamente rejeitar os argumentos trazidos pela recorrente (sobre o que não houve qualquer discordância), o ilustre Relator trouxe à baila um hipotético erro na apuração da matéria tributável nesse ano-calendário. É que as receitas omitidas identificadas pelo Fisco eram em valor substancialmente maior do que aquelas declaradas pelo sujeito passivo. Em assim sendo, considerou o Relator que o caminho adequado seria o arbitramento dos lucros ou ainda, por outra via, caso entendessem os autuantes que caberia a permanência no lucro real (hipótese dos autos), que deveriam ter sido considerados como custos os indicativos de entradas/compras de mercadorias informados ao órgão fazendário estadual. Desde que nem uma nem outra coisa foram feitas, o lançamento não poderia prosperar para o ano-calendário 2000.

Foi observado que esses argumentos, fundamentais para o voto proferido, não constaram nem da peça impugnatória, nem do recurso voluntário. Trata-se de argumentos estranhos aos autos, sobre os quais não houve discussão nem menção anteriormente a este momento.

Assim, a teor do que dispõe o artigo 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.532, de 1997, a matéria que não tenha sido expressamente contestada, considerar-se-á não impugnada, tornando-se preclusa. Não tendo sido objeto de impugnação nem de recurso, nem se tratando de matéria de Ordem Pública, carece competência à autoridade de segunda instância para dela tomar conhecimento em sede de recurso voluntário.

A maioria do Colegiado decidiu, então, no mérito, pelo improvimento do recurso voluntário em sua integralidade.

Em conclusão, a decisão do colegiado foi por rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento, negar a preliminar de decadência relativa ao ano de 1998 e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário. Quanto ao recurso de ofício, negar provimento.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha

Processo nº 10280.003970/2004-53
Acórdão n.º **1301-00.519**

S1-C3T1
Fl. 894

CÓPIA