



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

Processo nº 10283.721324/2008-75
Recurso nº 1 Voluntário
Acórdão nº 1101-001.122 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de junho de 2014
Matéria IPRJ
Recorrente AÇÃO EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004

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, nos limites do 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 seja considerado absolutamente necessário, tendo em vista a natureza vinculada do ato de fiscalização. 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.*”

OMISSÃO DE RECEITA. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS CONTÁBEIS. MULTA DE OFÍCIO (75%). 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”.

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. MATÉRIA DECIDIDA NO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. OBSERVÂNCIA. OBRIGATORIEDADE. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-C do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. APLICAÇÃO DO ART. 150 DO CTN. NECESSIDADE DE CONDUTA A SER HOMOLOGADA. O fato de o tributo sujeitar-se a lançamento por homologação não é suficiente para, em caso de ausência de dolo, fraude ou simulação, tomar-se o encerramento do período de apuração como termo inicial da contagem do prazo decadencial. CONDUTA A SER HOMOLOGADA. Além do pagamento antecipado e da declaração prévia do débito, sujeita-se à homologação em 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, a informação prestada, pelo sujeito passivo, de que não apurou base tributável no período. Contudo, as informações prestadas em DIPJ não se prestam à homologação quando o sujeito passivo, intimado, deixa de apresentar a escrituração que suporta a apuração ali declarada e sujeita-se ao arbitramento dos lucros.

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

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

OMISSÃO DE RECEITA. ARBITRAMENTO. PROVA EM CONTRÁRIO.

O arbitramento provocado por omissão de receita apurada através da movimentação bancária do Contribuinte é relativa, comportando ser infirmada através de documentação hábil e idônea, coincidente em valores e datas.

OPERAÇÕES DECORRENTES DE MÚTUO. A comprovação de que depósitos decorrem de mútuo exige, ao menos, a apresentação de documentos que evidenciem a efetiva transferência de recursos financeiros entre as contratantes.

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 em: 1) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento; 2) por maioria de votos, REJEITAR a arguição de decadência relativamente às exigências de Contribuição ao PIS e COFINS, vencido o Relator Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, acompanhado pelo Conselheiro Marcos Vinícius Barros Ottoni; 3) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de decadência relativamente às exigências de IRPJ e CSLL, votando pelas conclusões a Conselheira Edeli Pereira Bessa; e 4) por maioria de votos, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário para excluir as parcelas correspondentes a depósitos bancários vinculados a notas de empenho emitidas no ano-calendário 2002, vencido o Relator Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, que dava provimento parcial em maior extensão para excluir também as parcelas vinculadas a contratos de mútuo, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

(assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa, Presidente em Exercício (Redatora)

(assinado digitalmente)

Antônio Lisboa Cardoso, Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado, Benedicto Celso Benício Júnior, José Sérgio Gomes, Marcos Vinícius Barros Ottoni, Antônio Lisboa Cardoso (relator), e Edeli Pereira Bessa (no exercício da Presidência).

Relatório

Adoto o relatório da Resolução nº 1102-000.135, prolatada na sessão de 06/12/2012, que determinou o sobrestamento do presente processo em razão do disposto no § 1º do art. 62-A do RICARF, nos seguintes termos:

Trata-se de recurso voluntário contra a decisão de primeira instância que considerou a impugnação improcedente em parte.

Exige-se o IRPJ, CSLL, contribuição para o PIS e COFINS, em razão da acusação de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada e omissão de receitas de revenda de mercadorias para a Prefeitura Municipal de Manaus dos anos-calendário de 2003 e 2004.

O lucro foi arbitrado em razão da contribuinte ter sido intimada a apresentar os livros e documentos de sua escrituração, mas não os apresentou (art. 530, III, do RIR/99).

Os extratos bancários foram obtidos a partir da emissão de Requisição de Movimentação Financeira.

O acórdão recorrido apresenta as seguintes ementas:

NULIDADE.

Somente são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, bem como os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Nos lançamentos cuja exação se faz 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 §4º do art. 150 do CTN, de outra forma, aplica-se a regra ordinária da decadência estampada no art. 173, inciso I, do CTN.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Os valores creditados em conta de depósito mantida junto à 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.

OMISSÃO DE RECEITAS.

Constatada a omissão de receitas, deve ser exigido de ofício o valor apurado pela fiscalização.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. JUDICIAIS. EFEITOS.

São improficuos os julgados administrativos e judiciais 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.

OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA.

Não há de se cogitar da materialização de hipótese de ofensa a princípios constitucionais quando os lançamentos se pautaram nos pressupostos jurídicos, declarados no enquadramento legal, e fáticos, esses coadunados com o conteúdo econômico das operações comerciais do contribuinte.

ENCARGOS LEGAIS. MULTA DE OFÍCIO 75%. ASPECTO CONFISCATÓRIO. A cobrança dos acessórios juntamente com o principal decorre de previsão legal nesse sentido, não merecendo prosperar a tese de que é confiscatória, por estar a autoridade lançadora aplicando tão somente o que determina a lei tributária.

PEDIDOS DE DILIGÊNCIA. PERÍCIA.

Devem ser indeferidos os pedidos de diligência, quando forem prescindíveis para o deslinde da questão a ser apreciada ou se o processo já contiver os elementos necessários para a formação da livre convicção do julgador.

CSLL, PIS E COFINS. DECORRÊNCIA.

Quando há harmonia entre as provas e irregularidades que ampararam os lançamentos do IRPJ e das Contribuições Sociais, aplica-se no que couber o que foi decidido em relação àquele.

O acórdão de primeira instância excluiu do lançamento os valores lançados relativos à contribuição para o PIS e COFINS do fato gerador de 07/2003, em razão de decadência.

A ciência da decisão de primeira instância ocorreu em 16/04/2012 e o recurso voluntário foi apresentado em 16/05/2012.

Discute a preliminar de decadência. Da ocorrência do fato gerador à ciência do lançamento, que se deu em dezembro de 2008, o prazo para a constituição do crédito tributário de cinco anos já se encontraria esgotado, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN. Afirma que a Prefeitura Municipal reteve tributos, e para os períodos em que não houve retenções declarou seu faturamento e recolheu os tributos.

Argumenta que o lançamento é nulo porque se teria tributado transferências de aplicações financeiras e que tais valores devem ser excluídos.

Discute a impossibilidade de lançamento realizado por meio de depósitos bancários. Considera que descabe falar sobre inversão do ônus da prova qualquer que seja a figura presuntiva: (i) no caso de presunção legal impõe-se a comprovação por parte do fisco a situação ensejadora da relação implicacional prescrita em lei, (ii) no caso de presunção simples, além da prova do acontecimento tomado como presuntivo, é necessária a demonstração do vínculo lógico entre este e o fato presumido. O lançamento não se preocupou em realizar qualquer liame lógico entre o fato que motivou a fiscalização e os alegados sinais exteriores de riqueza.

Alega que depósito bancário é estoque e não fluxo, não tipificando renda, e que consoante a súmula nº 182 do Tribunal Federal de Recursos é ilegítimo o lançamento arbitrado com base apenas em extratos bancários.

Não teriam restado provados pela fiscalização o aumento patrimonial, bem como o uso e gozo dos recursos, e que contrariamente se teria comprovado que os mesmos teriam sido oferecidos à tributação da pessoa jurídica.

Aduz que o arbitramento foi autorizado somente a 7 dias do lançamento, o que indicaria a forma açodada e sem qualquer investigação criteriosa que autorizasse o arbitramento.

Acrescenta que é indevida a tributação de valores objeto de contrato de mútuo, nos anos de 2003 e 2004, no valor total de R\$ 5.275.483,60, como demonstraria o razão

analítico, conforme contrato firmado com a empresa Amazônia Operações Portuárias e lançamentos contábeis.

Discute a inconstitucionalidade da multa de ofício por ofensa à regra constitucional da vedação do confisco, e pede que se mantido o auto de infração, que a multa de ofício seja reduzida para no máximo 20%.

Ao final pede: (i) decadência para o ano-calendário de 2003, (ii) anulação do auto de infração, tendo em vista que a sistemática do arbitramento ser ilegalmente aplicada ao caso, bem como o fato do lançamento ter sido realizado exclusivamente em depósitos bancários, ou, (iii) excluir das receitas apuradas por meio de depósitos bancários, os créditos decorrentes de aplicações financeiras descritas como “BX. AUTOMFUNDOS FAQ PLATINUMDI”.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, Relator

O recurso é tempestivo e encontra-se revestido das demais formalidades legais pertinentes, devendo por isso ser conhecido.

Em relação à preliminar suscitada pela Recorrente quanto à utilização de dados bancários pela Fiscalização, reservo meu entendimento pessoal sobre o assunto tendo em vista que entendo 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.

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 pessoalidade 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 envolverem 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 o 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 consequentemente 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 RI-CARF, 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 válida a utilização de dados bancários para a apuração da omissão de receita, desde que sejam absolutamente necessários, tendo em vista conforme permite dizer os trechos abaixo da ementa do r. Acórdão do STJ:

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."

Tendo em vista que o ato de fiscalização ser ato eminentemente vinculado, não comportando espaço para qualquer discricionariedade, pelo que quando a lei atribui à Fiscalização o poder de decidir sobre a quebra do sigilo bancário, quer dizer quando absolutamente necessário e nos estritos limites da lei, conforme permite concluir os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, citado no julgamento do REsp nº 858.234/SP, pelo i. Ministro Luiz Fux, in verbis:

[...]

2. **"Lançamento é o ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, constitutivos e vinculados,** mediante o qual se insere na ordem jurídica brasileira uma norma individual e concreta, que tem como antecedente o fato jurídico tributário e, como conseqüente, a formalização do vínculo obrigacional, pela individualização dos sujeitos ativo e passivo, a determinação do objeto da prestação, formado pela base de cálculo e correspondente alíquota, bem como pelo estabelecimento dos termos espaços-temporais em que o crédito há de ser exigido"(Paulo de Barros Carvalho in Curso de Direito Tributário, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 386). Nesse sentido, a notificação para o pagamento do tributo materializa a obrigação tributária, constituindo o conseqüente da regra-matriz de

incidência tributária, para atribuir ao contribuinte (sujeito passivo da relação jurídica) o dever de recolher aos cofres públicos da Entidade tributante (sujeito ativo) a prestação pecuniária (objeto da prestação, composto pela aplicação de uma alíquota sobre uma base de cálculo, ambas dispostas em lei).

[...]

8. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 858.234/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 02/10/2008).

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 nº 383 DOU de 14/07/2010).

No caso em tela a utilização dos extratos bancários foram justificados pelos seguintes fatos descritos no Termo de Constatação Fiscal de fls. 48:

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no curso da ação fiscal no contribuinte acima identificado e de acordo com o disposto nos art. 904, 905, 910, 911 e 927 do Decreto nº 3.000 de 26 de março de 1999 (RIR/99), CONSTATAMOS os fatos abaixo discriminados:

1- A Ação Fiscal no Contribuinte abrangeu os anos-calendários de 2002, 2003 e 2004. A fiscalização foi encerrada, parcialmente, referente ao ano de 2002, em dezembro de 2007;

2- A Ação Fiscal inicialmente teve amparo no MPF nº 165/2007 que, em decorrência da Portaria RFB nº 11.371/2007 foi encerrado, com a abertura do atual MPF, de nº 051/2008, do que o contribuinte tomou ciência do Termo de Continuação de Procedimento Fiscal;

3- Não tendo o contribuinte apresentado à fiscalização livros e documentos solicitados, conforme Termo de Início e Termos de Intimação, foi solicitada a movimentação bancária, por Requisição de Movimentação Financeira - RMF;

4- Quanto aos anos de 2003 e 2004 bancários (requisitados pela RMF) e nas Municipais de Manaus, que forneceu a relação de pagamentos efetuados ao contribuinte.

5- Duas infrações foram atribuídas ao contribuinte, a saber, **Omissão de Receitas**, oriundas da Prefeitura de Manaus,

conforme informações daquele Órgão e, Omissão de Receitas oriundas de Depósitos Bancários cuja origem não foi comprovada, tendo sido lançadas no Auto de Infração.

6- Os extratos bancários impressos recebidos neste Setor de Fiscalização fazem parte da instrução do Processo Administrativo Fiscal, enquanto que os extratos em meio magnéticos estão sendo, neste ato, entregues ao Contribuinte.

E, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo, em 03 (três) vias de igual forma e teor, assinado pelo(s) Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal do Brasil e pelo contribuinte/preposto, que neste ato recebe uma das vias.

Logo, a utilização de dados bancários, a despeito de ser autorizada pelo STJ, em sede de recursos repetitivos, o qual vincula este colendo CARF, a teor do art. 62-A do RICARF, todavia, não constitui um cheque em branco dado à Fiscalização, somente podendo ser utilizado quando absolutamente necessários.

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 do IRPJ com base nos critérios do lucro arbitrado, inclusive através da utilização de dados bancários, os quais foram utilizados para o arbitramento do lucro, em conformidade com o art. 530 do RIR/99.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

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, verificada omissão de receita, no cotejo com os livros e registros fiscais e os extratos bancários obtidos junto às instituições financeiras procedeu-se, em parte a contagem do prazo decadencial de acordo com os pagamentos parciais apurados, com a exclusão dos valores lançados relativos às contribuições para o PIS e COFINS, relativamente aos fatos geradores de 07/2003, em razão de decadência, considerando a ciência aos autos de infração ter ocorrido em 29/12/2008.

Transcrevo a seguir os trechos do voto condutor do acórdão recorrido (fls. 326/327) esclarecendo os fatos sobre a decadência aplicada ao presente processo:

A interessada teve seu lucro arbitrado, cujos fatos geradores são trimestrais para o IRPJ e CSLL, não tendo efetuado pagamentos. Decorre desta situação, a homologação no prazo de cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado.

[...]

Assim, tendo em vista a regra expressa no inciso I, do art. 173 do CTN, acima transcrito, que a interessada teve seu lucro arbitrado, cujo fato gerador é trimestral para IRPJ e CSLL, e que a ciência do lançamento ocorreu em 29/12/2008, não resta caracterizada a ocorrência de extinção do crédito tributário por decadência para o IRPJ e CSLL.

[...]

Já para o PIS e Cofins, o período de apuração é mensal como determinado pelo art. 74 do Decreto nº 4.524, de 17.12.2002, abaixo transcrito:

Art. 74. O período de apuração do PIS/Pasep e da Cofins é mensal (Lei Complementar nº 70, de 1991, art. 2º, e Lei nº 9.715, de 1998, art. 2º).

Como se depreende dos autos, a fiscalização considerou, conforme legislação, o período de apuração do PIS e da Cofins como mensal, portanto, como o contribuinte efetuou recolhimento de PIS referente ao PA 07/2003 e Cofins referente aos PAs 07/2003 e 08/2004, está decaído o fato gerador lançado PA 07/2003, tanto para o PIS como para a Cofins

Ocorre, porém, que a despeito de não terem ocorrido pagamentos relativos aos depósitos bancários, em razão da receita ter sido arbitrada, todavia, todavia constaram pagamentos mensais de PIS e Cofins nos períodos de apuração 07/2003 e 08/2004), o que é suficiente para mim, para atrair a aplicação do art. 150, § 4º do CTN, para todo o período.

Igualmente em relação ao IRPJ e CSLL, a Recorrente logrou comprovar através de sua DIPJ (fls. 129 e seguintes) que foram realizados pagamentos através das retenções na fonte por órgão público (Prefeitura Municipal), devendo também, por isso ser aplicado o prazo decadencial a partir da data dos respectivos fatos geradores, com fulcro no art. 150, § 4º do CTN, de acordo 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 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 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)

Portanto, devem ser afastada a exigência em relação aos fatos geradores ocorridos até à competência 11/2003, considerando que a Contribuinte tomou ciência dos Autos de Infração em 29/12/2008.

DAS EXCLUSÕES DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS

De acordo com a defesa da Recorrente, na impugnação e reiterado no recurso voluntário, a Fiscalização incluiu ainda, de forma indevida, valores relativos a contratos de mútuo tomados junto à instituição Amazônia Operações Portuárias Ltda (CNPJ 04.028.495/0001-18), no total de R\$2.199.288,60 em 2003 e R\$3.780.153,70, em 2004 (conforme demonstrado no Anexo Razão Analítico – 2003 e 2004 anexados aos autos às fls. 256/282), havendo coincidência de datas e valores apurados no cotejo com a relação de depósitos bancários (fls. 51/59 e 105/112).

TRIBUTAÇÃO DE VALORES RECEBIDOS EM 2003 MAS FATURADOS EM 2002.

De acordo com a Recorrente, a mesma recebeu, durante o ano-calendário de 2003, diversos valores, referentes a seu faturamento junto à Prefeitura Municipal de Manaus no ano-calendário de 2002. Empenho nº 01965, de 30/12/2002, recebido em 06/06/2003, no valor de R\$ 442.524,00; Empenho nº 01971, de 30/12/2002, recebido em 30/01/2003, no valor de R\$ 179.525,00; Empenho nº 01966, de 30/12/2002, recebido parcialmente em 27/03/2003 e 04/04/2003, no valor de R\$ 848.792,50. Requerendo que o valor total de R\$ 1.470.841,50 (Um milhão, quatrocentos e setenta mil, oitocentos e quarenta e um reais e cinquenta centavos) seja afastado da autuação por ter sido faturamento do ano de 2002 e recebido em 2003, não tendo a impugnante optado pelo Regime contábil de Caixa.

A decisão recorrida não acolheu essa alegação por entender que, além das Notas de Empenho, a Recorrente deveria comprovar a data em que teria ocorrido o efetivo pagamento.

Entretanto, através de uma simples leitura da relação da movimentação financeira da Recorrente (fls. 52), pelo menos os valores R\$179.525,00 e R\$ 442.524,00, correspondem às Notas de Empenho nºs 01971 e 01965, as quais teriam sido recebidas, respectivamente em 30/01/2003 e 06/06/2003, ensejando também as suas exclusões da base de cálculo apurada.

ANEXO DO TERMO DE INTIMAÇÃO



IDENTIFICAÇÃO

Nome/Nome Empresarial

ACAO EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA

CPF/CNPJ

01.543.349/0001-32

BANCO	AGÊNCIA	CONTA	DATA	HISTÓRICO	DOCUMENTO	VALOR
237	3711	0000015094	10/01/2003	DEPÓS TRANSF AUTOAT	0004003726	2.500,00
237	3711	0000015094	21/01/2003	TRANSF.VALOR ENTRE CONTA	0000464021	33.000,00
237	3711	0000015094	21/01/2003	TRANSF.VALOR ENTRE CONTA	0000464021	40.000,00
237	3711	0000015094	21/01/2003	TRANSF.VALOR ENTRE CONTA	0000464021	40.000,00
237	3711	0000015094	21/01/2003	TRANSF.VALOR ENTRE CONTA	0000464021	40.000,00
237	3711	0000015094	27/01/2003	DEPOSITO EM CHEQUE	0000963103	12.000,00
237	3711	0000015094	30/01/2003	DEPOSITO EM CHEQUE	0000357112	179.525,00
237	3711	0000015094	18/02/2003	TRANSF.ENTRE AGEN.CHEQUE	0001073726	1.200,00

Fls. 107

Processo nº 10283.721324/2008-75
Acórdão n.º 1101-001.122

S1-C1T1
Fl. 416

237	3711	0000015094	06/06/2003	ORDEN PGTO RECEBIDA	0000003924	326.378,65
237	3711	0000015094	06/06/2003	ORDEN PGTO RECEBIDA	0000003925	731.097,35
237	3711	0000015094	06/06/2003	ORDEN PGTO RECEBIDA	0000003926	442.524,00

PA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
DRF/MNS - SEFIS
AÇÃO EMPREENDIMENTOS LTDA.
CNPJ: 01.543.349/0001-32



MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA - 2003

DATA	HISTÓRICO	CREDITO	DEBITO	OBS
10/1/2003	AUTO DEP. TRANSF.	2.500,00		
21/1/2003	TR. VR. ENTRE CTA	33.000,00		
21/1/2003	TRANSF. VALOR ENTRE CONTA	40.000,00		
21/1/2003	TRANSF. VALOR ENTRE CONTA	40.000,00		
21/1/2003	TRANSF. VALOR ENTRE CONTA	40.000,00		
27/1/2003	DEP. EM CHEQUE DAMIANA	12.000,00		
30/1/2003	DEP. EM CHEQUE	179.525,00		
	TOTAL	347.025,00	-	347.025,00

PA BELÉM DRI
PREFEITURA MUNICIPAL DE MANAUS
SECRETARIA MUNICIPAL DE ECONOMIA E FINANÇAS

NOTA DE EMPENHO

DATA DA EMISSÃO: 30/12/2002 NÚMERO: 01965/ EVENTO: 401001 FOLHA: 001

UNIDADE GESTORA: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCACAO E CULTURA CDDIG UNID. GEST.: 18100 GESTAO: 00001

CREDOR: ACAA EMPREENDIMENTOS E CONSTRUCCOES LTDA. CPF/CGC/CODIGO: 01543349000132

ENDEREÇO - RUA/Nº/BAIRRO: AV. CONST. NERY, 2789, SL.504 E. CENTER CIDADE: MANAUS UF: AM CEP: 00000

UNID. ORCV: 18100 PROGRAMA DE TRABALHO: 12 361 1001 01032 NATUREZA DA DESPESA: 449052 FONTE DE RECURSOS: 07 GRUPO DE DESPESA: 4407 IMPORTANCIA: 442.524,00

VALOR POR EXTENSO: QUATROCENTOS E QUARENTA E DOIS MIL E QUINHENTOS E VINTE E QUATRO REAIS

PA BELÉM DRI
PREFEITURA MUNICIPAL DE MANAUS
SECRETARIA MUNICIPAL DE ECONOMIA E FINANÇAS

NOTA DE EMPENHO

DATA DA EMISSÃO: 30/12/2002 NÚMERO: 01971 EVENTO: 401001 FOLHA: 001

UNIDADE GESTORA: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCACAO E CULTURA CDDIG UNID. GEST.: 18100 GESTAO: 00001

CREDOR: ACAA EMPREENDIMENTOS E CONSTRUCCOES LTDA. CPF/CGC/CODIGO: 01543349000132

ENDEREÇO - RUA/Nº/BAIRRO: AV. CONST. NERY, 2789, SL.504 E. CENTER CIDADE: MANAUS UF: AM CEP: 00000

UNID. ORCV: 18100 PROGRAMA DE TRABALHO: 12 361 1001 02078 NATUREZA DA DESPESA: 449052 FONTE DE RECURSOS: 77 GRUPO DE DESPESA: 4407 IMPORTANCIA: 179.525,00

VALOR POR EXTENSO: CENTO E SETENTA E NOVE MIL E QUINHENTOS E VINTE E CINCO REAIS

PA BELÉM DRI
PREFEITURA MUNICIPAL DE MANAUS
SECRETARIA MUNICIPAL DE ECONOMIA E FINANÇAS

NOTA DE EMPENHO

DATA DA EMISSÃO: 30/12/2002 NÚMERO: 01966/ EVENTO: 401001 FOLHA: 001

UNIDADE GESTORA: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCACAO E CULTURA CDDIG UNID. GEST.: 18100 GESTAO: 00001

CREDOR: ACAA EMPREENDIMENTOS E CONSTRUCCOES LTDA. CPF/CGC/CODIGO: 01543349000132

ENDEREÇO - RUA/Nº/BAIRRO: AV. CONST. NERY, 2789, SL.504 E. CENTER CIDADE: MANAUS UF: AM CEP: 00000

UNID. ORCV: 18100 PROGRAMA DE TRABALHO: 12 361 1001 01032 NATUREZA DA DESPESA: 449052 FONTE DE RECURSOS: 06 GRUPO DE DESPESA: 4407 IMPORTANCIA: 848.792,50

VALOR POR EXTENSO: OITOCENTOS E QUARENTA E OITO MIL, SETECENTOS E NOVENTA E DOIS REAIS E * CINQUENTA CENTAVOS

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é consistente no sentido de que o arbitramento em virtude de omissão de receita comporta a prova em contrário, notadamente quando a mesma foi apurada através da movimentação bancária, como ocorreu no caso, ensejando a exclusão daqueles valores comprovados pelo contribuinte como não integrante do exercício da atividade, como empréstimos ou outros, in verbis:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AUTUAÇÃO FISCAL. ART. 12, §§ 2º E 3º, DO DECRETO-LEI 1.598/77. NORMAS PROCEDIMENTAIS DE FISCALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NA APURAÇÃO DE TRIBUTO CUJO FATO GERADOR TENHA OCORRIDO ANTES DA SUA ENTRADA EM VIGOR. APLICAÇÃO DO ART. 144, § 1º, DO CTN.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O STJ possui entendimento consolidado no sentido de que a legislação que institui novos procedimentos fiscalizatórios pode ser aplicada na constituição de créditos tributários cujo fato gerador tenha ocorrido antes da sua entrada em vigor. Orientação reafirmada no julgamento do REsp 1.134.665/SP, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

3. As normas contidas nos §§ 2º e 3º do art. 12 do Decreto-Lei 1.598/1977 - que afirmam presumida a omissão de receita, na hipótese de se verificar que a escrituração do contribuinte deixou de considerar o pagamento de obrigações, autorizando que o Fisco proceda ao lançamento por arbitramento - relacionam-se a procedimentos de investigação da autoridade fiscal e, portanto, podem ser aplicadas na apuração de tributo cujo fato gerador seja anterior à sua vigência.

4. A presunção de omissão de receitas é relativa, admitindo-se que o contribuinte demonstre o contrário. No entanto, no caso dos autos, o Tribunal a quo expressamente afirmou, com base na prova dos autos, que a parte não se desincumbiu desse ônus. A revisão desse entendimento demanda reexame do conjunto fático-probatório dos autos, obstado nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1212780/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 16/03/2011)

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento os valores relativos aos períodos de apuração até 11/2003, inclusive, em razão da decadência (em sendo vencido):

DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO para excluir da base de cálculo apurada os valores relativos aos contratos de mútuo e os relativos às Notas de Empenho do ano-calendário 2002 (Notas 01965 e 01971).

Sala das Sessões, em 3 de junho de 2014

Processo nº 10283.721324/2008-75
Acórdão n.º **1101-001.122**

S1-C1T1
Fl. 418

(documento assinado digitalmente)

Antônio Lisboa Cardoso

CÓPIA

Voto Vencedor

Inicialmente no que se refere à decadência, trata-se de matéria cujo julgamento afetado pelas novas disposições do Regimento Interno do CARF, alterado por meio da Portaria MF nº 586/2010, para passar a conter, em seu Anexo II, o seguinte artigo:

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.

Isto porque, com referência à contagem do prazo decadencial na forma do art. 150, do CTN, o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido, na sistemática prevista pelo art. 543-C do Código de Processo Civil, o que assim foi ementado no acórdão proferido nos autos do REsp nº 973.733/SC, publicado em 18/09/2009:

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 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.

Extrai-se deste julgado que o fato de o tributo sujeitar-se a lançamento por homologação não é suficiente para, em caso de ausência de dolo, fraude ou simulação, tomar-se o encerramento do período de apuração como termo inicial da contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos.

Resta claro, a partir da ementa transcrita, que é necessário haver uma conduta objetiva a ser homologada, sob pena de a contagem do prazo decadencial ser orientada pelo disposto no art. 173 do CTN. E tal conduta, como já se infere a partir do item 1 da referida ementa, não seria apenas o pagamento antecipado, mas também a *declaração prévia do débito*.

Relevante notar, porém, que, no caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, a discussão central prendia-se ao argumento da recorrente (Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS) de que o prazo para constituição do crédito tributário seria de 10 (dez) anos, contando-se 5 (cinco) anos a partir do encerramento do prazo de homologação previsto no art. 150, §4º do CTN, como antes já havia decidido aquele Tribunal. Por esta razão, os fundamentos do voto condutor mais se dirigiram a registrar a inadmissibilidade da *aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, §4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal*.

Em consequência não há, naquele julgado, maior aprofundamento acerca do que seria objeto de homologação tácita na forma do art. 150 do CTN, permitindo-se aqui a livre convicção acerca de sua definição.

Referido dispositivo, por sua vez, assim estabelece:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Indispensável, portanto, o exercício da atividade que a lei atribui ao sujeito passivo, a qual não se limita ao pagamento, mas também à apuração do crédito tributário devido, assim estampada em sua escrituração comercial e fiscal.

No presente caso, porém, a autoridade lançadora recorreu ao arbitramento dos lucros porque a interessada não dispunha de escrituração regular para apuração do IRPJ e da CSLL. Portanto, a conduta que conduz ao arbitramento dos lucros é suficiente para afastar a possibilidade de homologação tácita de qualquer apuração promovida pelo sujeito passivo, remetendo a contagem do prazo decadencial para o art. 173 do CTN, cujo inciso I estabelece o início do prazo decadencial no primeiro dia exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No que tange às exigências de COFINS e de Contribuição ao PIS somente há notícia, nestes autos, de recolhimentos nos períodos de apuração de julho/2003 e de agosto/2004, de modo que nos outros períodos de apuração a contribuinte não teria exteriorizado qualquer apuração que pudesse se submeter à homologação tácita prevista no art. 150, §4º do CTN. Considerando que a autoridade julgadora já havia declarado a decadência dos valores exigidos naqueles períodos, não há créditos tributários a serem excluídas relativamente àquelas duas contribuições.

Por estas razões, deve ser REJEITADA a arguição de decadência apresentada pela recorrente.

No mérito, a maioria do Colegiado divergiu do I. Relator relativamente à exclusão das receitas presumidamente omitidas e vinculadas pela contribuinte a contratos de mútuo. Isto porque a apresentação de contratos com valores globais mutuados, bem como de cópia simples da escrituração da pessoa jurídica cedente dos recursos, não é suficiente para provar a origem dos valores depositados. Especialmente tendo em conta que a contribuinte foi intimada no curso do procedimento fiscal a comprovar a origem dos depósitos e não o fez, deveria em sua defesa demonstrar que a pessoa jurídica cedente foi a depositante dos valores, evidenciando a real movimentação de recursos financeiros entre elas, por meio de comprovantes de transferência bancária, e não apenas registros escriturais. E, caso esta prova fosse feita, cumpriria ainda avaliar se a cedente dos recursos possuía efetiva disponibilidade financeira, resultante de operações próprias, para mutuar tais valores.

Por tais razões, nesta parte, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa, Redatora designada

Processo nº 10283.721324/2008-75
Acórdão n.º **1101-001.122**

S1-C1T1
Fl. 422

CÓPIA