



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

Processo n° 10670.002810/2007-46
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1402-001.359 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2013
Matéria IRPJ
Recorrente WA ATACADISTA DE CEREAIS E DISTRIBUIDORA LTDA.
Recorrida 1ª Turma da DRJ/JFA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO.

Ocorrendo o pagamento antecipado, a contagem do prazo decadencial do direito de constituir o crédito tributário, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, deve observar o disposto no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

LUCRO ARBITRADO. APURAÇÃO TRIMESTRAL. DECADÊNCIA. MULTA QUALIFICADA. SELIC.

Nas hipóteses de arbitramento do lucro a apuração do IRPJ é feita em periodicidade trimestral.

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES. LEI Nº 8.212 DE 1991. SÚMULA VINCULANTE Nº 8 DE 2008, DO STF.

São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1569/1977, e os arts. 45 e 46 da Lei nº 8212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. [Súmula Vinculante nº. 8, de 2008, do Supremo Tribunal Federal.]

PROVA EMPRESTADA.

Não ocorre a denominada prova emprestada quando não há utilização de prova produzida em outro processo. No caso presente, para o ano-calendário 2002, ocorreu a utilização de informações prestadas pelo próprio sujeito passivo ao Fisco Estadual, conforme previsão em convênio de cooperação.

INTIMAÇÃO. RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. CIÊNCIA POR VIA POSTAL. SÚMULA 9 CARF.

É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da

correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário (Súmula CARF nº. 9).

DEMAIS TRIBUTOS. Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

Recurso Voluntário provido parcialmente.

Recurso de Ofício desprovido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: i) negar provimento ao recurso de ofício; ii) negar provimento aos recursos apresentados pelos coobrigados; iii) acolher a decadência para o 1º, 2º e 3º trimestres de 2002; e iv) no mérito negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente

(assinada digitalmente)

Carlos Pelá – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: LEONARDO DE ANDRADE COUTO (Presidente), FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, MOISES GIACOMELLI NUNES DA SILVA, LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, CARLOS PELÁ

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado contra o contribuinte acima identificado e seus sócios, na qualidade de sujeitos passivos solidários, tendo em vista que o contribuinte não apresentou a escrituração contábil exigida por lei.

O Termo de Verificação Fiscal está bem detalhado e tem a seguinte conclusão:

Diante do exposto e considerando que os livros fiscais, registro de entradas registro de saídas, registro de Inventário e registro de apuração do ICMS não são confiáveis, visto não possuem registro nos órgãos competentes e nem mesmo assinaturas dos responsáveis pela empresa e nem do contador; e os livros diários e razão são ainda mais contraditórios e por não ter apresentado os comprovantes que lastreia despesas elevadas no decorrer do ano calendário, não nos parece merecer fé os lançamentos neles contidos; e ainda considerando que a contribuinte foi selecionada levando em conta que nada declarou à SRF, no ano de 2002, informando receita bruta praticamente igual a zero, visto que do valor de R\$28.697.143,69 declarados ao Estado, somente a bagatela de R\$749,73 foi informada RFB como sendo o faturamento da empresa no ano de 2002 e em declaração simplificada, e ainda considerando que a contribuinte não comprovou os custos e despesas pela falta de apresentação de documentos que lastreiam os lançamentos constantes dos livros contábeis, cuja fidelidade são imprescindíveis para se proceder à apuração do lucro real, entendemos ser de bom grado utilizar os dados extraídos dos sistemas da SEF para fins de lançamento do imposto de renda e seus reflexos, no ano calendário de 2002, consoante os dispositivos legais a seguir mencionados (...).

Constatada a deficiência da escrituração, foram lavrados os autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS. Transcrevo a seguir o relatório da DRJ:

Contra a contribuinte acima identificada foram lavrados os Autos de Infração de fls. 06/35, que lhe exigem um crédito tributário de R\$ 5.011.198,69, com juros de mora calculados até 30/11/2007, assim discriminado:

Auto de Infração Valor (R\$)

IRPJ 1.664.947,47

PIS/Pasep 443.124,60

CSLL 759.074,23

Cofins 2.144.052,39

TOTAL 5.011.198,69

• Os lançamentos de CSLL, PIS/Pasep e Cofins são reflexos da autuação relativa ao IRPJ. Na "Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)" constante do Auto de Infração de IRPJ, o fiscal autuante relatou o seguinte:

"Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte supracitado, efetuamos o presente Lançamento de Ofício, nos termos do art. 926 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999), tendo em vista que foram apuradas as infração(ões) abaixo descrita(s), aos dispositivos legais mencionados.

Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2002 06/2002
09/2002 12/2002

• Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo(s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los.

(...)

001 - RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA) REVENDA DE MERCADORIAS

Valor apurado conforme Termo de Verificação Fiscal e Planilhas os quais passam a fazer parte integrante deste Auto de Infração.

(...)

Conforme Termos de Sujeição Passiva Solidária (fls. 296/299), com fundamento no art. 124 do CTN, foram incluídos no pólo passivo da relação tributária, na condição de responsáveis tributários, os senhores: OSVALDO SALDANHA DE ALMEIDA, CPF 139.874.37634; JOSÉ JAIME SALDANHA, CPF 648.724.32134; WILDA OLIMAK SALDANHA, CPF 784.476.74649; WENDER SALDANHA DA FONSECA, CPF 451.543.17220.

Cientificados os sujeitos passivos, apresentaram impugnação a contribuinte WA ATACADISTA DE CEREAIS E DISTRIB. LTDA (fls. 308/315) e o responsabilizado WENDER SALDANHA DA FONSECA (fls. 316/333), na qual, consoante os argumentos ali aduzidos, ao final pediram:

W.A. ATACADISTA DE CEREAIS E DISTRIBUIDORA LTDA.

"Isto posto, requer seja anulado o presente Auto de Infração (AI), cancelando-se a exigência ou que seja reformulada a exigência fiscal, baixando-se o processo em diligência, para a realização de levantamento quantitativo financeiro para a recomposição do estoque de encerramento do ano de 2001 e o estoque de encerramento do ano de 2002, para que a exigência fiscal se atenha apenas à diferença de estoque constatada." (fl. 309)

"Isto posto, requer seja anulado o presente Auto de Infração (AI), cancelando-se a exigência ou que seja reformulada a exigência fiscal, baixando-se o processo em diligência, para a realização de levantamento quantitativo financeiro para a recomposição do estoque de encerramento do ano de 2001 e o estoque de encerramento do ano de 2002, para que a exigência fiscal se atenha apenas à diferença de estoque constatada e, a partir daí, seja reformulada a exigência do imposto de renda, deduzindo-se das receitas os descontos incondicionalmente concedidos pela Impugnante, que não poderiam ser considerados como receita e as efetivas devoluções de mercadoria por desfazimento de negócio, que seriam identificáveis mediante levantamento quantitativo financeiro para recomposição do estoque do período fiscalizado, assim como os custos referentes a transportes." (fls. 311/312).

"Isto posto, requer seja anulado o presente Auto de Infração (AI), cancelando-se a exigência ou que seja reformulada a exigência fiscal, baixando-se o processo em diligência, para a realização de levantamento quantitativo financeiro para a recomposição do estoque de encerramento do ano de 2001 e o estoque de encerramento do ano de 2002, para que a exigência fiscal se atenha apenas à diferença de estoque constatada e, a partir daí, seja reformulada a exigência da contribuição social sobre o lucro líquido, deduzindo-se das receitas os descontos incondicionalmente concedidos pela Impugnante, que não poderiam ser considerados como receita e as efetivas devoluções de mercadoria por desfazimento de negócio, que seriam identificáveis mediante levantamento quantitativo financeiro para recomposição do estoque do período fiscalizado, assim como os custos referentes a transportes." (fls. 314/315).

WENDER SALDANHA DA FONSECA:

"Isto posto, requer seja anulado o presente Auto de Infração (AI), excluindo-se a responsabilidade do Impugnante WENDER SALDANHA DA FONSECA, cancelando-se a exigência ou que seja reformulada a exigência fiscal, baixando-se o processo em diligência, para a realização de levantamento quantitativo financeiro para a recomposição do estoque de encerramento do ano de 2001 e o estoque de encerramento do ano de 2002, para que a exigência fiscal se atenha apenas à diferença de estoque constatada e, a partir daí, seja reformulada a exigência do imposto de renda, deduzindo-se das receitas os descontos incondicionalmente concedidos pela Impugnante, que não poderiam ser considerados como receita e as efetivas devoluções de mercadoria por desfazimento de negócio, que seriam identificáveis mediante levantamento quantitativo financeiro para recomposição do estoque do período fiscalizado, assim como os custos referentes a transportes." (fl. 321).

"Isto posto, requer seja anulado o presente Auto de Infração (AI), excluindo-se a responsabilidade do Impugnante WENDER SALDANHA DA FONSECA, cancelando-se a exigência ou que seja reformulada a exigência fiscal, baixando-se o processo em

diligência, para a realização de levantamento quantitativo financeiro para a recomposição do estoque de encerramento do ano de 2001 e o estoque de encerramento do ano de 2002, para que a exigência fiscal se atenha apenas à diferença de estoque constatada.” (fl. 326).

“Isto posto, requer seja anulado o presente Auto de Infração (AI), excluindo-se a responsabilidade do Impugnante WENDER SALDANHA DA FONSECA, cancelando-se a exigência ou que seja reformulada a exigência fiscal, baixando-se o processo em diligência, para a realização de levantamento quantitativo financeiro para a recomposição do estoque de encerramento do ano de 2001 e o estoque de encerramento do ano de 2002, para que a exigência fiscal se atenha apenas à diferença de estoque constatada e, a partir daí, seja reformulada a exigência de contribuição social sobre o lucro líquido, deduzindo-se das receitas os descontos incondicionalmente concedidos pela Impugnante, que não poderiam ser considerados como receita e as efetivas devoluções de mercadoria por desfazimento de negócio, que seriam identificáveis mediante levantamento quantitativo financeiro para recomposição do estoque do período fiscalizado, assim como os custos referentes a transportes.” (fl. 333).

Para instrução deste processo, anexei às fls. 391/397 extratos relativos aos endereços cadastrados nos CPF's dos responsabilizados.

(...).

No seu voto, a DRJ entendeu por bem, em razão da decadência, afastar as exigências de PIS e COFINS dos períodos de 01/2002 a 11/2002, tendo em vista que o edital para intimação foi publicado em 11/12/2007.

Vale transcrever o voto da DRJ:

Inicialmente é necessário delimitar quais dos sujeitos passivos instauraram o litígio mediante apresentação de impugnação tempestiva e sobre qual matéria se instaurou esse litígio.

Os responsabilizados Osvaldo Saldanha de Almeida e José Jaime Saldanha e a contribuinte WA Atacadista de Cereais e Distribuidora Ltda foram regularmente intimados pelos Editais DRF/MCR/SAFIS n.ºs 00941, 009412 e 0094/2007 (fls. 306/308), respectivamente.

Os interessados Osvaldo Saldanha de Almeida e José Jaime Saldanha não apresentaram impugnações até o presente momento. Convém ressaltar que as intimações por edital ocorreram após tentativa frustrada, via postal, nos endereços de seus correspondentes domicílios tributários informados nos cadastros da RFB (fls. 391/393), o que pode ser verificado no respectivo envelope de correspondência, pelo carimbo apostado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos com a informação “Desconhecido”.

Da mesma forma, a responsabilizada Wilda Olimak Saldanha também não apresentou impugnação, embora tenha sido regularmente intimada por via postal, no endereço do domicílio tributário informado no cadastro da RFB (fls. 302 e 394/395).

Já o interessado Wender Saldanha da Fonseca foi cientificado da autuação por via postal em 12/12/2007 (fl. 301), quarta-feira, e tinha até o dia 11/01/2008, sexta-feira, para apresentar a impugnação dentro do prazo de trinta dias estabelecido no art. 15 do Decreto n.º 70.235/72. Como a defesa foi apresentada somente em 14/01/2008 (fls. 316/333), ela é intempestiva. Além disso, como não foi suscitada a preliminar de tempestividade, tal petição não tem o condão de instaurar a fase litigiosa. Nesse sentido o Ato Declaratório Normativo n.º 15/96 estabeleceu que “eventual petição, apresentada fora do prazo, não caracteriza impugnação, não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário nem comporta julgamento de primeira instância, salvo se caracterizada ou suscitada a tempestividade, como preliminar.”

Assim, a teor dos arts. 14 e 15 do Decreto n.º 70.235/72, não se instaurou o litígio em relação às pessoas apontadas como responsáveis. Em consequência, não conheço da petição apresentada pelo interessado Wender Saldanha da Fonseca.

Dos interessados somente a contribuinte pessoa jurídica apresentou impugnações tempestivas, uma vez que para fins de contagem do prazo para impugnar considera-se feita a intimação “15 (quinze) dias após a publicação do edital” (art. 23, § 2º, IV, do Decreto n.º 70.235/72). Resta então saber sobre qual matéria se instaurou o litígio.

Embora a contribuinte tenha apresentado três impugnações, nas quais afirma, na primeira, tratar-se de exigência de “PIS/PASEP”, na segunda, de “imposto de renda” e, na terceira, de “contribuição social sobre o lucro líquido”, considero que o litígio instaurou-se também quanto à Cofins. Isso porque os argumentos aduzidos aplicam-se também a essa contribuição e na impugnação relativa ao IRPJ a contribuinte cita expressamente a Cofins no terceiro parágrafo, passando a partir daí a referir-se ao imposto e também às “contribuições”. A expressão destacada no parágrafo quarto (“a autoridade fiscal não apontou, efetivamente, qual a geração de faturamento ensejaria a incidência das contribuições referidas”) caracteriza bem a intenção de impugnar também a exigência da Cofins, embora ao final seja pedida somente a exoneração do IRPJ.

Então, afastando a possibilidade de eventual cerceamento de direito de defesa, considero que o litígio se instaurou em relação ao imposto e às contribuições lançadas de ofício.

Circunscrito, então, o contexto em que se dará este julgamento, passo ao exame da lide.

1 – Decadência

Apesar de não alegada pela interessada, levanto de ofício, por ser questão de ordem pública, a decadência do direito de a Fazenda constituir o crédito tributário relativo ao PIS/Pasep e à Cofins Em relação às contribuições da seguridade social, no julgamento do RE 556.664, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/91, por entender que apenas a lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária, como a decadência. A esse respeito foi editada a Súmula Vinculante n.º 8, publicada DOU de 20/06/2008, com o seguinte enunciado:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Com a edição da Súmula Vinculante n.º 8, a constituição dos créditos da seguridade social não se submete mais ao prazo de dez anos estabelecido no art. 45 da Lei n.º 8.212/91, passando a observar as regras contidas no CTN. A teor do disposto no art. 103-A da CF/88 e na Lei n.º 11417/2006, a Súmula Vinculante n.º 8 tem eficácia imediata sobre a administração pública direta a partir de sua publicação na imprensa oficial, ficando ressalvado ao STF a possibilidade de restringir seus efeitos vinculantes ou decidir sobre o momento de sua eficácia, o que, no que tange à constituição do crédito, não ocorreu.

Portanto, aplica-se ao PIS/Pasep e à Cofins o prazo decadencial de cinco anos para constituição do crédito tributário, de acordo com as regras estabelecidas no CTN. Resta saber se ao presente caso aplica-se a regra geral de decadência contida no art. 173, I, ou aquela contida no art. 150, § 4º, pertinente ao chamado lançamento por homologação, ao qual, em princípio, se amoldam ao imposto de renda e às contribuições da seguridade social. Com esse intuito transcrevo excerto das conclusões do Parecer PGFN/CAT n.º 1617/2008, que foi exarado em função da edição da Súmula Vinculante n.º 8, em conformidade com a interpretação dada acerca da decadência pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, pela qual, na falta de pagamento antecipado, não há o que se homologar, aplicando-se em consequência a regra geral do art. 173, I, do CTN:

d) para fins de cômputo do prazo de decadência, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. 173, inc. I do CTN, pouco importando se houve ou não declaração, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

e) para fins de cômputo do prazo de decadência, tendo havido pagamento antecipado, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN;

f) para fins de cômputo do prazo de decadência, todas as vezes que comprovadas as hipóteses de dolo, fraude e simulação deve-se aplicar o modelo do inciso I, do art. 173, do CTN;

O Parecer PGFN/CAT n.º 1617/2008 foi aprovado pelo Ministro da Fazenda em despacho de 18/8/2008, para fins de observância pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, vinculando assim esta instância administrativa, em conformidade com o disposto na Lei Complementar n.º 73/93.

No caso vertente, deve ser aplicada a regra do § 4º do art. 150 do CTN (alínea “e” acima), em virtude de a fiscalização não ter apontado a ocorrência de dolo, fraude ou simulação e de ter havido pagamentos das contribuições nos períodos em questão, conforme consignado nas planilhas de PIS/Pasep e Cofins às fls. 54/55.

Como os fatos geradores do PIS/Pasep e da Cofins ocorrem no último dia de cada mês, estão abrangidos pela decadência os períodos de apuração de janeiro a novembro de 2002, uma vez que, de acordo com o art. 23, § 2º, IV, do Decreto n.º 70235/72, a ciência do lançamento ocorreu em 26/12/2007, portanto, após o prazo de cinco anos contado pela regra do § 4º do art. 150 do CTN.

2 – Apuração do imposto e das contribuições

Além de alegar que a fiscalização não apontou qual a “geração de faturamento” ensejaria a incidência do imposto e das contribuições, a impugnante, em resumo, argüiu que:

[...] a inexistência da circulação de mercadorias indicadas nos DAPIs das competências referentes ao exercício fiscal de 2002, que, em última análise, foi o dado primordialmente considerado pela autoridade fiscal. Também, questiona a Impugnante a desconsideração dos descontos incondicionalmente concedidos pela Impugnante, que não poderiam ser considerados como receita e também a desconsideração das efetivas devoluções de mercadoria por desfazimento de negócio, que seriam identificáveis mediante levantamento quantitativo financeiro para recomposição do estoque do período fiscalizado.

Não têm como prosperar os argumentos da impugnante. Consta da Descrição dos Fatos que os valores de receita foram apurados “conforme Termo de Verificação Fiscal e Planilhas”. Na própria impugnação a contribuinte transcreve trecho do Termo de Verificação Fiscal – TVF em que a autoridade lançadora esclareceu que o trabalho fiscal baseou-se em informações “declaradas [pela contribuinte – acrescentei] à Receita Estadual por meio de DAPI e armazenadas no sistema SICAF.” Nas planilhas juntadas aos autos de infração (fls. 49/55), nas quais são individualizadas por códigos e totalizadas as receitas, também consta a informação de que os dados foram extraídos do “SICAF/SEF/MG”.

Resta claro, então, que a fiscalização utilizou as informações prestadas pela própria contribuinte à Receita Estadual, por meio da Declaração de Apuração e Informações do ICMS – DAPI. Essa Declaração se presta a apurar e informar ao Estado, mensalmente, o valor a ser pago ou restituído a título de ICMS.

O procedimento adotado pela fiscalização encontra respaldo na jurisprudência do Conselho de Contribuintes:

IRPJ E OUTROS – CABIMENTO. É cabível o arbitramento do lucro de pessoa jurídica na hipótese da não apresentação de livros fiscais e contábeis, bem como da documentação em que se lastreie a escrituração contábil, quando regularmente intimada a tanto, aquela não o faça. IRPJ – LUCRO ARBITRADO – BASE DE CÁLCULO – RECEITA DECLARADA AO FISCO ESTADUAL – A receita declarada ao Fisco Estadual, na forma de sua legislação de regência, pode ser utilizada como base de cálculo para o arbitramento do lucro para apuração do IRPJ devido. [Ac. CC 10196120, sessão de 26/04/2007. Grifei].

Observe ainda que no TVF foi registrado que “os Livros de Apuração do ICMS, em número de 02, não registram as devoluções de vendas – CFOP 1.32 e 2.32, sendo que as vendas não entregues, conforme constatamos em análises nas notas fiscais de saídas, são devolvidas com as mesmas notas fiscais enviadas aos destinatários, as quais são canceladas, não sendo portanto, escrituradas e as mercadorias nelas discriminadas, a princípio, integram o estoque de mercadorias disponíveis para revenda.”

Em face dos aspectos acima apontados, deveria a contribuinte demonstrar os alegados erros na apuração das receitas utilizadas nos autos de infração, bem como trazer as provas correspondentes ou pelo menos os indícios que pudessem ensejar a determinação de diligência. Entretanto, limitou-se a apresentar alegações dissociadas de provas, sem também demonstrar numericamente os alegados erros da fiscalização.

Lembro que o art. 16, IV, do Decreto n.º 70.235/72 diz que a impugnação deve mencionar “os pontos de discordância e as razões e provas que possuir”. Já o art. 15 diz que a impugnação deve ser “instruída com os documentos em que se fundamentar”.

Ademais, durante a fase procedimental a fiscalização realizou diversas intimações para que fossem apresentados os livros e documentos fiscais relativos ao ano-calendário de 2002, sem que a contribuinte lograsse atender as intimações satisfatoriamente. A precariedade de sua escrituração é confirmada na própria impugnação. Por oportuno, trago excerto do TVF que bem resume o ocorrido:

Diante do exposto e considerando que os livros fiscais, registro de entradas, registro de saídas, registro de inventário e registro de apuração do ICMS não são confiáveis, visto não possuem registro nos órgãos competentes e nem mesmo assinaturas dos responsáveis pela empresa nem contador; e os livros diários e razão são ainda mais contraditórios e por não ter apresentado os comprovantes que lastreiam despesas elevadas no decorrer do ano-calendário, não nos parece merecer fé os lançamentos neles contidos; e ainda considerando que a contribuinte foi selecionada levando em conta que nada declarou à SRF, no ano de 2002, informando receita bruta praticamente igual a zero,

visto que do valor de R\$ 28.697.143,69 declarados ao Estado, somente a bagatela de R\$ 749,73 foi informada à RFB como sendo faturamento da empresa no ano de 2002 e em declaração simplificada, e ainda considerando que a contribuinte não comprovou os custos e despesas pela falta de apresentação de documentos que lastreiam os lançamentos constantes dos livros contábeis, cuja fidelidade são imprescindíveis para se proceder à apuração do lucro real, entendemos ser de bom grado utilizar os dados extraídos dos sistemas da SEF para fins de lançamento do imposto de renda e seus reflexos, no ano calendário de 2002, [...] Diante desses fatos, com base nos arts. 18 e 29 do Decreto n.º 70235/72, entendo estar correto o procedimento adotado pela fiscalização e indefiro o pedido de diligência por considerar tal procedimento prescindível para a solução da lide.

3. Conclusão

Ante o exposto, voto por:

- Não conhecer, por intempestivas, das impugnações do interessado Wender Saldanha da Fonseca;*
- Considerar procedentes os lançamentos do IRPJ e da CSLL e procedente em parte os lançamentos do PIS/Pasep e da Cofins, cancelando as exigências relativas aos períodos de apuração de janeiro a novembro de 2002, no valor de R\$ 154.137,78 de PIS/Pasep e de R\$ 747.811,06 de Cofins, bem como os respectivos acréscimos legais;*
- Indeferir o pedido de diligência por considerar tal procedimento prescindível.*

Contra essa decisão, a DRJ apresenta Recurso de Ofício. A contribuinte, por sua vez, apresenta Recurso Voluntário, em que alega ser NULO o auto de infração, uma vez que utilizou-se de prova emprestada, no caso as informações foram obtidas de documentos obtidos junto ao FISCO ESTADUAL de MG. Pede também seja reconhecida a decadência do direito de lançar IRPJ E CSLL apurado pelo regime de lucro arbitrado, tendo em vista que o lançamento data de dezembro de 2007 e os fatos ocorreram durante os trimestres de 2002.

Irresignada, a empresa apresentou o recurso voluntário de fls. 419/430, sustentando, em síntese, **(i)** a nulidade do auto de infração lavrado com base em prova emprestada; **(ii)** a decadência do crédito tributário em questão, por força do art. 150, § 4º do CTN; ou, alternativamente, a decadência de todos os períodos exceto dezembro/02, já que a apuração do lucro arbitrado é devida trimestralmente.

Já no CARF, esta Câmara converteu o julgamento em diligência, para que fosse **(i)** verificado se o Sr. Wender Saldanha Fonseca foi cientificado da decisão de 1ª instância, determinando, em sendo o caso, fosse dada ciência e reaberto prazo para recurso; e **(ii)** quanto aos demais coobrigados, para que fosse lavrado termo de revelia, a ser cientificado aos interessados juntamente com cópia da decisão de 1ª. instância, sem abertura de prazo para recurso.

Em atendimento à solicitação de diligência foram anexados aos autos os seguintes documentos:

1 - fls. 456 e 461 - ciência ao Sr. Wender Saldanha Fonseca, da decisão de 1ª instância. Após o transcurso do prazo regulamentar para recurso, regularmente intimado (conforme AR recebido em 03/01/2012 – fl. 461) não tendo o coobrigado apresentado recurso, foi lavrado termo de perempção datado de 03/02/2012 (fls. 464);

2 - fls. 453 a 455, termo de revelia em nome dos coobrigados Osvaldo Saldanha de Almeida, José Jaime Saldanha e Wilda Olimak Saldanha;

3 - os Comunicados SACAT nº. 694/2011, 696/2011 e 695/2011 (fls. 457 a 460, 462 e 465) dando ciência da decisão 1ª instância aos coobrigados Osvaldo Saldanha de Almeida, José Jaime Saldanha e Wilda Olimak Saldanha, sem abertura de prazo.

Ressalte-se que, quanto a tais Comunicados, 1) o Sr. Osvaldo Saldanha de Almeida foi intimado via EDITAL DRF/MCR/SACAT nº 04/2012, afixado em 09/02/2012 e desafixado em 24/02/2012, conforme fl. 465; 2) a Sra. Wilda Olimak Saldanha foi intimada em 03/01/2012, conforme AR de fl. 460; e 3) o Sr. José Jaime Saldanha foi intimado em 11/01/2012, conforme AR de fl. 462.

Após isso, todos os coobrigados, em conjunto apresentaram petição (fls. 466/470), alegando: **(i)** que a intimação via Edital realizada para ciência da decisão de 1ª instância aos Srs. Osvaldo e José Jaime são nulas, posto que enviada a endereço diverso do dos manifestantes; **(ii)** que as intimações postais realizadas para ciência da decisão de 1ª instância pela Sr. Wilda e pelo Sr. Wender são nulas, já que recebidas por pessoas não conhecidas dos manifestantes. Pleiteiam, assim, a nulidade de todos os atos processuais após a decisão de 1ª instância.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro CARLOS PELÁ, Relator

O recurso voluntário da contribuinte pessoa jurídica e o recurso de ofício atendem os requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecidos.

A Recorrente sustenta dois pontos para afastar o lançamento em questão: **(i)** a decadência do crédito tributário lançado; e **(ii)** a nulidade do auto de infração lavrado com base em prova emprestada.

Da decadência

Quanto ao primeiro ponto, é de se ter em mente que a matéria fora definitivamente julgada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo (Art. 543-C da Lei nº. 5869/1973 - CPC), conforme REsp nº. 973.733-SC.

Referida decisão, tornou-se vinculante àquelas proferidas por esse Conselho, consoante alteração contida na Portaria MF nº. 586/2010, que alterou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais aprovado pela Portaria MF nº. 256/2009. *In 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.

Sendo assim, conforme entendeu o Egrégio STJ no REsp nº. 973.733-SC, nos casos de tributo sujeito à lançamento por homologação, inexistindo pagamento antecipado, aplica-se o prazo decadencial previsto no artigo 173, I do CTN que, por sua vez, não tem aplicação cumulativa/concorrente com o prazo do artigo 150, § 4º do CTN.

A contrário senso, existindo registro de pagamento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS por parte da Recorrente que se caracterize como antecipação, será cabível a aplicação do art. 150, § 4º do CTN.

Nesse sentido, no caso vertente, deve ser aplicada a regra do § 4º do art. 150 do CTN, em virtude de a fiscalização não ter apontado a ocorrência de dolo, fraude ou simulação e de ter havido pagamentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, conforme consignado nas planilhas às fls. 53/55 do relatório fiscal.

Ou seja, no caso em comento, o prazo decadencial contar-se-á a partir 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.

Além disso, também é necessário consignar que **(i)** merece razão a contribuinte quando afirma que nas hipóteses de arbitramento do lucro a apuração do IRPJ é feita em periodicidade trimestral e **(ii)** incide, no presente caso, a Súmula Vinculante nº 8, de 2008, do Supremo Tribunal Federal (STF), de seguinte teor:

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. (DJe de 20/6/08; DOU de 20/6/08).

Com a edição da Súmula Vinculante nº. 8, a constituição dos créditos da seguridade social não se submete ao prazo de dez anos estabelecido no art. 45 da Lei nº. 8.212/91, passando a observar as regras contidas no CTN.

Assim, para fatos imponíveis ocorridos no ano-calendário de 2002, relativos à IRPJ e CSLL; ou seja, até 31.12.2002, a ocorrência do fato gerador deu-se para cada trimestre, respectivamente, em 31.03.2002, 30.06.2002, 30.09.2002 e 31.12.2002. Portanto, os três primeiros trimestres estariam decaídos em **26.12.2007**, quando a Recorrente tomou ciência

do lançamento levado à cabo na sistemática do lucro arbitrado (vide edital às fls. 308, afixado em 11/12/2007).

Já no que tange ao PIS e a COFINS, existindo pagamento antecipado, por força da decisão do E. STJ, também se aplica o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN. Logo, a ocorrência do fato gerador deu-se para cada mês, respectivamente, em 31/01/2002, 28/02./2002, 31/03/2002, 30/04/2002, 31/05/2002, 30/06/2002, 31/07/2002, 31/08/2002, 30/09/2002, 31/10/2002, 30/11/2002, 31/12/2002.

Com efeito, em 26.12.2007, apenas as contribuições referentes ao fato gerador 31/12/2002 não estavam decaídas.

Nesse contexto, é de se negar provimento ao recurso de ofício, já que está correto o entendimento da decisão recorrida de que “*como os fatos geradores do PIS/Pasep e da Cofins ocorrem no último dia de cada mês, estão abrangidos pela decadência os períodos de apuração de janeiro a novembro de 2002, uma vez que, de acordo com o art. 23, § 2º, IV, do Decreto n.º 70.235/72, a ciência do lançamento ocorreu em 26/12/2007, portanto, após o prazo de cinco anos contado pela regra do § 4º do art. 150 do CTN*”.

Do mérito

No mérito, a Recorrente pessoa jurídica sustenta a nulidade do auto de infração lavrado com base em prova emprestada, uma vez que **(i)** as informações contidas no Relatório Fiscal não foram obtidas em procedimento de fiscalização devidamente instaurado entre as partes, mas, sim, entre a Recorrente e o Fisco Estadual, havendo total desrespeito ao princípio do contraditório; **(ii)** conforme já decidiu o Primeiro Conselho de Contribuintes (Acórdão 103-07.388), “*o empréstimo é da prova, ou seja, fatos demonstrações, levantamentos, em função do que firma-se um convencimento, e não simplesmente das conclusões formais*”.

Sobre o tema, é de se ter em mente que ocorre a denominada “prova emprestada” quando há utilização de prova produzida em outro processo.

Contudo, esse não é o caso dos autos. Aqui, para o ano-calendário 2002, ocorreu a utilização de informações prestadas pelo próprio sujeito passivo ao Fisco Estadual, conforme previsão em convênio de cooperação.

Ademais, as receitas tomadas pelo Fisco são aquelas informadas pela própria fiscalizada, por meio dos Livros de Apuração do ICMS pertinentes, e não aquelas decorrentes das conclusões construídas pela Fazenda estadual.

Assim, ao contrário do que aduziu a Recorrente, não houve, *in casu*, a mera utilização de resultados erigidos em outro processo – este, sim, comportamento debatido e analisado, caso a caso, pela jurisprudência do CARF, para fins de análise de sua legitimidade.

A jurisprudência desse conselho corrobora esse entendimento, como se pode ver das ementas a seguir transcritas:

ARBITRAMENTO DO LUCRO - RECEITA BRUTA CONHECIDA POR MEIO DE INFORMAÇÕES PRESTADAS AO FISCOESTADUAL. As informações prestadas nas Giam ao Fisco Estadual, prestam-se à determinação da receita bruta

suas atividades comerciais. (CARF 1a. Seção / 5a. Turma Especial / ACÓRDÃO 1805-00.046 em 27/05/2009).

PROVA EMPRESTADA. VALORES DECLARADOS AO FISCO ESTADUAL. É lícita a utilização, pelo Fisco Federal, de informações constantes de declarações prestadas eletronicamente pelo sujeito passivo ao Fisco Estadual, obtidas ao amparo de convênio específico, mormente diante da falta de apresentação da escrita contábil/fiscal e demais documentos fiscais da interessada. O empréstimo é da prova, não de eventuais conclusões. (CARF 1a. Seção / 1a. Turma da 3a. Câmara / ACÓRDÃO 1301-00.204 em 28/09/2009).

Fica claro, pois, que o procedimento de colação das receitas, para determinação do lucro exacionado, é legítimo.

Dos responsáveis solidários

Nada há que decidir sobre a responsabilidade dos sujeitos passivos solidários, pois, como bem afirmou a decisão de primeira instância, o litígio só é instaurado mediante apresentação de impugnação tempestiva, o que não aconteceu.

Os responsabilizados Osvaldo Saldanha de Almeida e José Jaime Saldanha foram regularmente intimados pelos Editais DRF/MCR/SAFIS n.ºs 0094-1/2007 e 0094-1-2/2007 (fls. 306/307), respectivamente, e não apresentaram impugnação.

Nesse passo, vale esclarecer que não prosperam as alegações dos sujeitos passivos no sentido de que a intimação via Edital seria nula, posto que enviada a endereço diverso dos seus.

Ora, as intimações por edital só ocorreram após a tentativa frustrada de intimar os sujeitos passivos por via postal (fl. 315/318) nos endereços de seus correspondentes domicílios tributários, conforme informado nos cadastros da RFB (fls. 391/393).

Além disso, à época da afixação do Edital destinado à ciência de tais sujeitos passivos, vigoravam as antigas disposições do art. 23 Decreto n.º. 70.235/72, que determinavam, tão somente, que o edital fosse publicado, uma única vez, em órgão de imprensa oficial local, ou afixado em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação, considerando-se feita a intimação 15 (quinze) dias após a publicação do edital.

De outro giro, a responsabilizada Wilda Olimak Saldanha também não apresentou impugnação, embora tenha sido regularmente intimada por via postal, no endereço do domicílio tributário informado no cadastro da RFB (fls. 302 e 394/395).

Já o interessado Wender Saldanha da Fonseca, foi intimado da decisão de primeira instância pela diligência solicitada por esta Câmara do CARF (fls. 456/461) e, ainda assim, não apresentou recurso no prazo legal (conforme AR recebido em 03/01/2012 – fl. 461) tendo sido lavrado termo de perempção datado de 03/02/2012 (fls. 464).

Por fim, é de se notar que, conforme Súmula CARF n.º. 9, “*é válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada*

Processo nº 10670.002810/2007-46
Acórdão n.º **1402-001.359**

S1-C4T2
Fl. 18

com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário".

Ou seja, a citação por via postal é considerada válida, desde que acompanhada da prova do recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, independentemente de quem tenha recebido a correspondência.

Posto isso, encaminho meu voto no sentido de i) negar provimento ao recurso de ofício; ii) negar provimento aos recursos apresentados pelos coobrigados; iii) acolher a decadência do direito de lançar IRPJ e CSLL cujo fato gerador ocorreu no 1º, 2º e 3º trimestres de 2002; e: iv) no mérito negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carlos Pelá