



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

Processo n° 10830.007893/2008-61
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 1202-001.250 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de março de 2015
Matéria omissão
Embargante Fazenda Nacional
Interessado Edicamp Publicações Culturais Ltda EPP

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2003

EMBARGOS. OMISSÃO. CABIMENTO.

Cabível a oposição de embargos por omissão se o acórdão recorrido deixou de se manifestar sobre questão essencial à solução do litígio.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros deste Colegiado, por unanimidade de votos, em CONHECER dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional para ACOLHÊ-LOS, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Plínio Rodrigues Lima – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 30/04/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Plínio Rodrigues Lima (Presidente), Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Valmar Fonsêca de Menezes, Geraldo Valentim Neto, Marcelo Baeta Ippólito (Suplente Convocado) e Orlando José Gonçalves Bueno.

Relatório

Consta do Acórdão nº 1202-00.434 – 2ª Turma Ordinária/ 2ª Câmara, de 11/11/2010, o seguinte relatório:

Trata-se de Auto de Infração relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica — IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL, à Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS, e à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social — Cofins, lavrado em 4 de agosto de 2008, por omissão de receitas baseados em depósitos/créditos bancários. A verificação de omissão de receitas também resultou na exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), formalizada pelo Ato Declaratório Executivo nº 4, de 13 de junho de 2008 (fl.191), com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2003.

As exigências de IRPJ e de CSLL se referem ao período correspondente ao 3º trimestre de 2003 a 4º trimestre de 2005; e em relação à contribuição ao PIS e à Cofins, para o período de 31 de julho de 2003 a 30 de novembro de 2004.

O Auto de Infração (fls 2 a 51) teve como fundamento legal:

- para o IRPJ - artigos 27, inciso I, e 42 da Lei no 9.430/96 ; e artigos 532 e 537 do RIR/99.

- para a CSLL - artigo 2º e §§, da Lei no 7.689/88; artigo 24 da Lei nº 9.249/95; artigo 29 da Lei nº 9.430/96; artigo 37 da Lei nº 10.637/02.

- para a contribuição ao PIS - artigos 1º e 3º da Lei Complementar nº 7/70; artigo 24, § 2º, da Lei no 9.249/95; artigo 2º, inciso I, alínea "a" e parágrafo único, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524/02.

- para a COFINS - artigos 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto no 4 .524/02.

- acréscimos legais de multa e juros - artigos 44, inciso I, e 61, §3º da Lei no 9.430/96.

As informações constantes do Termo de Verificação Fiscal que abaixo reproduzimos também foram inseridas na Representação fiscal Para Fins de Desenquadramento do Simples (fls. 192/198).

No Termo de Verificação Fiscal (fls. 52/58), foi informado que a contribuinte foi constituída em 25 de fevereiro de 2002 e está cadastrada no CNAE como comércio varejista de livros. Optou pelo recolhimento dos tributos na sistemática do SIMPLES no mesmo ano-calendário de 2002. Para os anos-calendários 2003, 2004 e 2005, apresentou Declarações pelo Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES com receitas brutas anuais declaradas de respectivamente R\$0,00; R\$ 990.059,35 e R\$ 1.094.736,89.

Continuando, informa também que o procedimento de fiscalização teve início em 13 de dezembro de 2007, quando foram solicitados os livros fiscais e contábeis, extratos bancários e contrato social e alterações, para os anos-calendários de 2003 a 2005. Em 4 de janeiro de 2008, foi novamente intimada a apresentar a mesma documentação. Em 11 de janeiro, respondeu alegando dificuldades em localizar os referidos extratos bancários e que a emissão de segunda via pelos bancos era excessivamente onerosa.

A fiscalização, então, solicitou o fornecimento de tais extratos, diretamente aos Bancos, mediante emissão de RMF, amparada na Lei Complementar nº105/2001, Lei nº10.174/2001 e Decreto nº 3.724/2001.

Em 20 de fevereiro de 2008, a fiscalização compareceu à sede da fiscalizada, onde examinou e reteve para exame os "Livros-Caixa", cientificando a contribuinte que a ação fiscal continuava em andamento.

Com os extratos bancários encaminhados pelos Bancos BRADESCO S/A; ITAÚ S/A e UNIBANCO, a autoridade fiscalizadora preparou planilhas com os "Créditos a Comprovar", que foram encaminhados à interessada, em 13 de março de 2008, juntamente com uma cópia dos extratos fornecidos pelos Bancos, a fim de que fossem comprovados, por meio de documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, a origem dos recursos que propiciaram os créditos e/ou depósitos nas referidas contas bancárias.

Na preparação das planilhas, foram excluídos os valores creditados que puderam ser identificados como não sendo representativos de novos ingressos, tais como, resgates de aplicações financeiras, cheques depositados e devolvidos, transferências de mesma titularidade, etc. Com essa exclusão, os montantes totais para o período sob fiscalização foram o seguinte:

Ano-calendário de 2003 - R\$ 16.313.901,55;

Ano-calendário de 2004- R\$ 31.889.185,74; e,

Ano-calendário de 2005 - R\$ 36.665.689,52.

Em 5 de maio de 2008, a interessada foi reintimada a comprovar a origem dos Recursos e também sua escrituração contábil completa. Caso não tivesse a escrituração, foi perguntado se conseguiria procedê-la.

Em resposta a essa intimação, a interessada informa que escreveu o Livro Caixa, por ter optado pela sistemática do "SIMPLES", não se manifestando sobre a possibilidade de proceder à escrituração completa, e também não apresentando a documentação que comprovasse a origem dos recursos. Limitou-se a dizer que os depósitos e outros créditos tem origem na movimentação da empresa e que serão comprovados a posteriori.

Continuando, disse que os depósitos e outros créditos bancários não caracterizam somente receitas, podendo ser transferências, contratos de mútuo e outras transações que não caracterizam receitas.

Em 15 de maio de 2008, foi reintimada novamente a apresentar a escrituração completa, sob pena de arbitramento do lucro, tendo em vista que havia depósitos bancários com origem não comprovada e os quais seriam considerados como receita omitida, na forma do artigo 42 e parágrafos da Lei nº 9.430/96. Além disso, foi informada também que os valores eram muito superiores aos limites estabelecidos pela legislação do SIMPLES.

Ao final, a autoridade fiscalizadora concluiu que a interessada, ao invés de apresentar os documentos que comprovassem a origem e correta escrituração dos valores depositados em suas contas bancárias, em sua resposta à intimação, apenas tergiversou alegando que tais depósitos não podem ser considerados como receitas e que a sua origem seria comprovada no seu devido tempo, sendo que o tempo para a sua comprovação é no decorrer da fiscalização e a interessada, apesar de intimada e reintimada não o fez.

Quanto à sistemática do Simples, esclarece que, tendo em vista o excesso de receita bruta no primeiro ano de atividade da fiscalizada, consoante o disposto no artigo 2º, inciso II e "f" 1º da Lei nº 9.317/1996, foi excluída com base nos artigos 14, I e 15, III e 30 da mesma Lei nº 9.317/96 e inciso II do art. 23 da IN SRF nº 608/2006, cuja formalização foi feita mediante a expedição de ADE nº 4/2008, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2003. Esclarece também que "a pessoa jurídica, excluída do Simples sujeitar-se-á, a partir do período em que ocorrerem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas" (artigo 197 do RIR/99, artigo 16 da Lei nº 9.317/96 e artigo. 25 da IN da SRF nº 608/2006).

O ADE passa a fazer parte do mesmo processo de exigência do crédito tributário, nos termos do artigo 1º, inciso III da Portaria RFB nº 666/2008, assegurado o contraditório e a ampla defesa, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

Para o arbitramento dos lucros, nos termos do artigo 530, III, do RIR/99, o auditor fiscal se fundamenta no fato da interessada intimada e reintimada a apresentar sua escrituração, continuou se suportando na escrituração do Livro Caixa, tendo em vista sua opção pela sistemática do "SIMPLES". Portanto, não atendeu aos requisitos mínimos para a apuração pelo Lucro Real porque não possui escrituração completa e nem os livros obrigatórios, como Livro Razão, Diário e Lalur, mesmo após ser dada oportunidade para que esta procedesse à sua escrituração.

Como a atividade da interessada é de comercialização de livros no mercado doméstico, nos termos da Lei nº 11033/2004, artigo 6º, c/c Lei nº 10.865/2004, artigo 28, VI, a partir de novembro de 2004, as alíquotas da contribuição ao PIS e da COFINS

passaram a ser iguais a zero, portanto, o lançamento para esses tributos foram feitos até o período de novembro/2004, e reduzido à zero nos meses subsequentes.

Em sua impugnação, a interessada, em relação à exclusão da sistemática do SIMPLES, alega que:

- em relação ao ADE nº 4, de 2008, argumentou:

(i) a impossibilidade de caracterização de depósitos bancários como fato gerador do IRPJ e reflexos, motivo pelo qual não há o que se falar em presunção como fundamento do lançamento de ofício ou para a conclusão de extrapolação da receita bruta para fins de exclusão do Simples;

(ii) que a violação aos termos da Lei Complementar nº 105, de 2001, e do Decreto nº 3.174, de 2001, haja vista a ausência de relatório circunstanciado para expedição das Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira — RMF, demonstrando que documentos configuram-se provas ilícitas;

(iii) afronta à Lei nº 9.430, de 1996, em razão da ausência de individualização dos créditos, o que configura cerceamento ao direito de defesa;

(iv) a vedação à Receita Federal de utilizar-se dos dados da CPMF para constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, nos termos do artigo 11, §§2º e 3º da Lei nº 9311/96, que permaneceu em pleno vigor e sem alterações até dezembro de 2007; e,

(v) a inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário pelo Fisco. Também em sua impugnação, em relação ao Auto de Infração:

alega que, apesar de 9 meses de fiscalização, em momento algum foram apresentados individualizadamente os depósitos bancários que pretendia ver justificados pela contribuinte, bem como aqueles créditos que o mesmo havia dito terem sido excluídos. Portanto, não foi capaz de esclarecer a origem dos depósitos e créditos indicados em tais quadros sintéticos e que foi surpreendido com a lavratura de auto de infração.

alega que, no curso da fiscalização, a autoridade fazendária não observou os ditames da Lei Complementar nº 105/2001, regulada pelo Decreto nº 3174/2001. Menciona que o artigo 3º, §§ 5º e 6º, do Decreto nº 3.174, de 2001, exige que seja lavrado relatório circunstanciado no qual deve constar a motivação da proposta de expedição da RMF que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no artigo anterior, observado o Princípio da Razoabilidade, apontando que as RMF foram expedidas em 17 de janeiro de 2008 e, antes disso, somente foram lavrados o Termo de Início de 13 de dezembro de 2007, que solicitou documentos à contribuinte, e o termo de intimação de 4 de janeiro de 2008, onde solicitava apresentação dos

extratos bancários de todas as contas correntes do contribuinte. Aponta, assim, que não foi elaborado nenhum relatório circunstanciado e que não houve, por parte do Auditor Fiscal ou da própria Delegada da Receita Federal do Brasil em Campinas, qualquer justificativa para a expedição das RMFs, as quais somente poderiam ter sido expedidas a partir da comprovação através de relatório circunstanciado e, ainda, deveriam integrar os autos do processo administrativo a teor do disposto no artigo 5, inciso II, alínea "c", concluindo que em face da violação dos referidos dispositivos legais resta evidente que os documentos em que se fundamentou o lançamento configuram-se provas ilícitas.

alega que houve afronta ao art. 42 da Lei nº 9.430/1996, que dispõe que para efeito de determinação da receita omitida os créditos serão analisados individualizadamente, o que não ocorreu no caso em tela, já que todas as planilhas elaboradas totalizaram os créditos mensalmente, o que configurou cerceamento de defesa.

afirma que a fiscalização limitou-se a indicar resumo dos depósitos com os montantes mensalmente apurados para, ao final, requerer que seja declarado nulo o auto de infração, com base nos seguintes argumentos; a) a individualização dos créditos e depósitos bancários é requisito essencial que deve permear o procedimento fiscal desde a intimação, conforme previsto no caput do referido dispositivo; b) que não se pode exigir da contribuinte, diante da demanda fiscal, a obrigação em desvendar o que a Autoridade deseja saber; c) que, ausente tal condição, fica impossibilitada de fazer o cotejo dos créditos e depósitos bancários com os valores constantes de sua escrituração e que somente o crédito não comprovado poderia ser o fato gerador do que se configuraria como omissão de receita.

argumenta que a individualização consiste na descrição exata e perfeita dos dados nos quais o auditor fiscal irá, posteriormente, lavrar o Auto de Infração e que nesta descrição é pertinente que estejam indicadas as datas dos créditos, a denominação referente a operação bancária, como também os valores das operações concluindo que, desprovido das informações, torna-se impossível esclarecer ao agente público tanto durante a fiscalização como na impugnação/recurso.

entende que o erro na forma atinge o direito substancial de defesa e esse fato caracteriza cerceamento de defesa.

salienta que a lei faz referência aos valores creditados na conta corrente do titular e nunca aos montantes debitados na conta, entendendo que, assim, não basta a intimação para comprovar a origem dos créditos, restando necessária a individualização dos depósitos bancários para que seja possível verificar se foram efetivamente considerados tão somente os créditos previstos em lei.

em observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, merece ser declarado nulo o auto de infração e, em consequência, cancelados os respectivos créditos.

aponta que a exclusão de ofício da sistemática do Simples foi fundada na identificação de omissão de receitas em montantes superiores aos limites estabelecidos pela legislação e argumenta que a presunção de omissão de rendimento trazida pelo artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, é contrária aos princípios formadores das presunções legais, já que os depósitos/créditos bancários não representam o fato gerador do imposto de renda, tampouco da CSLL, contribuição ao PIS e Cofins, assim, tal presunção, além de não constituir fundamento suficiente ao lançamento de ofício realizado, também não pode se prestar à fundamentação da exclusão da Impugnante da sistemática do SIMPLES.

afirma que a ciência do ADE de exclusão se deu no mesmo momento da ciência do auto de infração e assevera que, somente após decisão de última instância administrativa, que eventualmente confirme a omissão de receitas, este poderia ser efetivamente considerado como excluída da sistemática do SIMPLES e sofrer as conseqüências da exclusão.

informa que não foi notificado a se manifestar acerca do ADE antes da lavratura dos autos e que é incabível o lançamento pela via do arbitramento antes da tramitação e julgamento final do procedimento de exclusão de ofício da sistemática do Simples.

entende que o Auditor apurou a "pseudo'-omissão" de receita e ele mesmo a considerou líquida e certa, sem ter havido o contraditório e a ampla defesa no processo de exclusão, o que deflagra a fragilidade e ilegalidade de todo o procedimento precedente ao lançamento, que deverá ser declarado nulo.

entende que, nos termos do art. 150, §4º, do CTN, decaiu o direito da Fazenda Pública constituir crédito tributário relativo ao período de apuração de julho de 2003, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado somente em agosto de 2008. Reporta-se à Súmula Vinculante nº8 do Supremo Tribunal Federal.

aponta que a Lei nº 9.311, de 1996, instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira — CPMF e argumenta que seu artigo 11, §§ 2º e 3º, que vedava expressamente a utilização dos dados colhidos da CPMF para constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, permaneceu em vigor e sem alterações até dezembro de 2007.

alega que a quebra de sigilo bancário pelo Fisco afronta o artigo 5º, X, XII, XXXVI e LVI, da Constituição Federal, razão pela qual são inconstitucionais as alterações do §3º do artigo 11 da Lei nº 9.311, de 1996, introduzidas pela Lei nº 10.174, de 2001, juntamente com a Lei Complementar nº 105/2001. Discorre exaustivamente acerca da matéria, cita doutrina e jurisprudência, afirma que apenas o Poder Judiciário pode eximir as instituições financeiras do dever de sigilo em relação às matérias arroladas em lei e conclui que o lançamento ~~deve ser cancelado, uma vez que, o líquido e irretorquível direito~~

da interessada de não ter os extratos de sua movimentação bancária/financeira expostos com base em indícios, fora violentamente ferido ante a aplicação ilegal da norma.

sustenta a impossibilidade de caracterização do depósito bancário como fato gerador do imposto de renda. Entende que, não obstante os termos do artigo 42 da lei 9.430/96, os depósitos bancários representam apenas marco inicial da investigação e não podem ser erigidos a fato indiciário na construção da presunção legal de omissão de receitas por ausência de implicação entre o fato indiciário (depósito) e o fato a ser provado (omissão de receita), ou seja, os depósitos/créditos bancários não representam necessariamente o fato gerador do imposto de renda, tampouco dos demais tributos lançados de forma reflexiva. Tal presunção legal implicaria a transferência integral do ônus da prova para a contribuinte, o que, quase sempre, no rigor exigido pela Receita Federal, torna impossível a sua produção.

No Acórdão nº 5-24.342, a 5ª Turma da DRJ/CPS, em 4 de dezembro de 2008, indeferiu a Manifestação de Inconformidade relativa à exclusão da sistemática do SIMPLES e julgou procedente o lançamento nos seguintes termos:

O processo administrativo atende ao que determina a Portaria nº 666, de 24 de abril de 2008, artigo 1º, III, que prevê que serão objeto de um único processo administrativo a exclusão da sistemática do Simples e o lançamento de ofício de crédito tributário dela decorrente, e, no seu §3º, estabelece que a manifestação de inconformidade e impugnação correspondentes sejam juntadas a estes autos.

os elementos constantes dos autos não permitem precisar a data em que a contribuinte foi cientificado do ADE nº 4/2008, portanto, valemos da ciência do auto de infração que se deu em 12 de agosto de 2008. Assim sendo, toma-se como tempestiva a Manifestação entregue em 11 de setembro de 2008.

quanto ao fato da interessada somente sofrer as conseqüências da exclusão do Simples após decisão administrativa definitiva - entendeu que a Manifestação de Inconformidade não possui efeito suspensivo; e, a inexistência de decisão administrativa definitiva acerca da exclusão da sistemática do Simples não constitui impedimento ao lançamento de ofício. A ciência simultânea do ato declaratório de exclusão e do lançamento de ofício não caracteriza afronta ao contraditório e ampla defesa, portanto, a alegação de nulidade do presente lançamento é incabível.

aliás, a interessada tem pleno conhecimento da infração que lhe foi imputada e dos elementos de prova que fundamentaram sua exclusão da sistemática do SIMPLES e o lançamento de ofício. Cerceamento ao direito defesa somente ocorreria pela criação de embaraços à contribuinte que a impedissem de se manifestar sobre os documentos e provas produzidos nos autos do processo administrativo — circunstâncias que não se configuraram no presente processo.

quanto à decadência, com base no artigo 150, §4º, do CTN, rejeita-as, tendo em vista que a interessada não efetuou recolhimentos, nada declarou em sua Declaração Anual Simplificada do ano-calendário de 2003 e tampouco exibiu a apuração regular dos tributos mediante a apresentação da escrituração da pessoa jurídica, o que, inclusive, motivou o arbitramento dos lucros. Em tais condições, o prazo decadencial dos fatos geradores ocorridos em 2003, passa a ser regido pelas disposições do artigo 173 do CTN e tem como termo inicial o dia 1º de janeiro de 2004.

quanto à constitucionalidade da quebra de sigilo bancário e a aplicação do disposto na Lei Complementar nº 105/2001 e na Lei nº 10174/2001, defendendo a vigência da redação original do §3º do artigo 11 da Lei nº 9311/1996, na qual estava vedada a utilização dos dados colhidos da CPMF para constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos - consoante o disposto no artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, não constitui violação do dever de sigilo.

quanto à quebra do sigilo bancário, não depende de existência de inquérito ou processo judicial. Também não contrariam nenhum dispositivo constitucional, como menciona o Ministro Carlos Veloso, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 219.780-5, em 13 de abril de 1999, "...A quebra do sigilo bancário faz-se com a observância, repito, de normas infraconstitucionais, que subordinam-se ao preceito constitucional. ..." e também julgado do STJ - Corte Especial - AgReg no IP nº 187/DF - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — Diário da Justiça, Seção I, 16/09/96.

quanto a ter relatório circunstanciado de ocorrência de quaisquer das hipóteses dos incisos do artigo 3º do Decreto nº 3.724/2001 e, ainda, que deveriam integrar os autos do processo administrativo a teor do disposto no artigo 5º, inciso II, alínea "c", da Constituição Federal, os procedimentos foram executados pela Delegada da Receita Federal de Campinas, em 17 de janeiro de 2008, nos termos do artigo 4º, c/c artigo 2º §5º, do Decreto nº 3.724, de 2001, com a redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 30 de abril de 2007, portanto, a ausência, nos autos, do relatório circunstanciado não compromete a validade da prova obtida no procedimento.

quanto à indispensabilidade das informações relativas à movimentação financeira, prevista no §5º do artigo 2º, do Decreto nº 3724/2001, a autoridade fiscal intimou a interessada em 13 de dezembro de 2007 e 4 de janeiro de 2008, a apresentar seus extratos bancários, sendo emitida a RMF devido à falta de atendimento no prazo determinado — hipótese arrolada no artigo 3º do mesmo Decreto.

quanto a não ter sido informado dos depósitos individualizadamente, os elementos contidos nos extratos bancários disponibilizados pela fiscalização foram suficientes para que a interessada se manifestasse que não estava

localizando tais extratos e o custo de 2ª via era muito alto e não poderia incorrer no momento. Ainda, durante a fiscalização nunca trouxe qualquer óbice à comprovação da origem dos créditos que argüiu em sua impugnação, limitando-se, a fazê-lo somente na impugnação. A DRJ entendeu assim que tinha subsídios para entender o que estava sendo requerido, até porque a fiscalização preparou planilhas para requerer solicitação de documentos à interessada.

quanto à presunção legal de omissão de receitas com fundamento no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, por entender que implicou na transferência integral do ônus da prova para a contribuinte o que torna impossível a sua produção, e também ao arguir que os depósitos bancários não caracterizam necessariamente o fato gerador do imposto de renda ou dos demais tributos e que tampouco podem se prestar à fundamentação da exclusão da sistemática do SIMPLES - por força de determinação legal, ficou caracterizada a omissão de receitas, não cabendo à autoridade administrativa questionar a constitucionalidade da lei vigente. Ainda, identificada a omissão de receitas em montantes superiores aos limites estabelecidos pela legislação que permite que seja optante da sistemática do Simples, é correta a exclusão da contribuinte.

Ciente da decisão em 12 de janeiro de 2009 (fls 322), apresentou o recurso voluntário em 1º de fevereiro do mesmo ano, reiterando o que já havia sido dito na sua impugnação.

(...)

Este E. Colegiado, na sessão de 11/11/2010, acolheu a preliminar de decadência das exigências do PIS e da COFINS referentes ao fato gerador acontecido no mês de julho de 2003 e negou provimento ao recurso voluntário, nos termos a seguir resumidos:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

NULIDADE.CERCEAMENTO DE DEFESA.

Uma vez observadas as formalidades legais de forma a lhe ser assegurado o direito de questionar as exigências, não há cerceamento de defesa.

DECADÊNCIA.

Na modalidade de lançamento por homologação, aplica-se o artigo 150, parágrafo 4º, do CTN, tendo como início do lapso temporal a data da ocorrência do fato gerador.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Consoante a Súmula nº 2 do CARF, não é de competência desse Conselho de Contribuintes se pronunciar sobre a constitucionalidade.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei 9.430, de 1996, em seu artigo 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base em valores depositados em conta bancária que não tiveram sua origem comprovada, mediante documentação hábil e idônea.

EXCLUSÃO DO SIMPLES. EXCESSO DE RECEITA. Identificada a omissão de receitas em montantes superiores aos limites estabelecidos pela legislação do Simples, deve ser feita a exclusão da opção para a sistemática

SIGILO BANCÁRIO.

A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente não caracteriza violação de sigilo bancário, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

REQUISIÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. AUSÊNCIA DE RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO. ILEGALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS.

O relatório de que trata o Decreto nº 3.724, de 2001, destina-se a convencer a autoridade administrativa competente da necessidade de emissão da RMF - Requisição de Movimentação Financeira e não é a sua ausência que determina a ilegalidade da prova. As informações requeridas nas RMF devem integrar o processo administrativo fiscal instaurado, se for útil à prova do lançamento de ofício.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Em se tratando de exigência reflexa que tem por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do IRPJ, a decisão de mérito prolatada no principal constitui prejudgado na decisão do decorrente.

Após a intimação da referida decisão à embargante em 19/07/2012 (Fls. 355), protocolaram-se os presentes embargos em 20/07/2012, alegando-se em síntese (Fls.358 a 359):

(...)

Ocorre que há ponto essencial que não foi apreciado pelo acórdão recorrido, data vênia. Isto porque se depreende da decisão a constatação de que, no ano-calendário fiscalizado (2003), o contribuinte não efetuou NENHUM pagamento sob a sistemática do SIMPLES.

(...)

Face ao exposto, requer a União (Fazenda Nacional) seja conhecido e provido o presente recurso para sanar a omissão acima exposta, vale dizer, para que esta e. Turma se manifeste sobre a decadência à luz da falta de pagamento dos tributos devidos (conforme expressamente consignado no acórdão

proferido pela DRJ de origem) e, se for o caso, seja tal preliminar afastada, partindo-se para o julgamento do mérito no particular.

Conforme o disposto no art. 65, § 3º, do RICARF, em 09/02/2015, este Presidente submeteu os embargos à deliberação desta E. Turma, com julgamento nesta sessão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Plínio Rodrigues Lima, Relator

Trata-se de embargos de declaração, por meio do qual se alega omissão no acórdão nº 1202-00434, requerendo-se o conhecimento e o provimento deste recurso para sanear a alegada omissão.

Dispõe os arts. 65, §1º, e 66, do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22.06.2009, que aprovou o Regimento Interno do CARF (RICARF):

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.

§ 1º Os embargos de declaração poderão ser interpostos por conselheiro da turma, pelo Procurador da Fazenda Nacional, pelos Delegados de Julgamento, pelo titular da unidade da administração tributária encarregada da execução do acórdão ou pelo recorrente, mediante petição fundamentada dirigida ao presidente da Câmara, no prazo de 5 (cinco) dias contado da ciência do acórdão.

(...)

Em relação à tempestividade, a embargante cumpriu o prazo regimental, pelo que conheço dos presentes embargos nesse ponto.

Em relação à omissão, aduz a embargante:

(...)

O acórdão embargado deu provimento parcial ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte e considerou decaído o direito de lançamento de PIS/COFINS no que tange o mês de julho do ano-calendário 2003.

Para chegar a tal conclusão, o acórdão contemplou os argumentos trazidos pelo contribuinte e pela fiscalização. Vejamos (fls. 353/354), verbis:

Para a contribuição ao PIS e a COFINS, a fiscalização lavrou o Auto de Infração em 4 de agosto de 2008 para o período de julho/2003 a novembro/2004, tendo em vista o disposto no artigo 6º da Lei nº 11.033/2004, c/c com artigo 28, VI, da Lei nº 10.865/ 7.004, que reduziu a zero as alíquotas da contribuição ao PIS e da COFINS sobre a comercialização de livros no mercado doméstico.

Em relação ao mês de julho/2003, requer a interessada que seja reconhecida a decadência. Cita, inclusive, que a própria fiscalização procedeu ao lançamento a partir de julho/2003, porque os meses anteriores estariam prejudicados pela decadência. À luz do artigo 150, § 4º, do CTN, a autoridade administrativa, ao deflagrar o procedimento de fiscalização, efetivamente analisou o que a contribuinte fez para apurar a base de cálculo dessas contribuições, não procedendo a sua homologação plena. Ao contrário, porém, verifica-se que a homologou apenas parcialmente, pois retificou de ofício a apuração para adicionar a receita que entendeu faltante.

Como foi a contribuinte que apurou a base de cálculo dos tributos devidos, aplica-se inequivocadamente a regra prevista no artigo 150, §4º, do CTN, segundo a qual, o prazo para homologação da atividade realizada pelo sujeito passivo é de cinco anos contados do fato gerador do tributo. Ainda, o mesmo prazo se aplica às contribuições sociais nos termos da Súmula Vinca/ante nº 8 do STF. Como o contribuinte somente foi intimado do lançamento em agosto de 2008, reconheço que a decadência atingiu o direito de constituir o crédito tributário relativo ao fato gerador ocorrido em julho de 2003. Com base no acima exposto, concordo com a Solicitação de decadência, cancelando, portanto, a exigência das contribuições ao PIS e da COFINS relativa a julho/2003 do Auto de Infração.

Diante do exposto, acolho as preliminares de decadência para reconhecer a decadência para o mês de julho/2003 em relação as contribuições ao PIS e à COFINS, rejeito as preliminares de cerceamento de defesa e nego provimento ao recurso.

Ocorre que há ponto essencial que não foi apreciado pelo acórdão recorrido, data vênua. Isto porque se depreende da decisão a constatação de que, no ano-calendário fiscalizado (2003), o contribuinte não efetuou NENHUM pagamento sob a sistemática do SIMPLES.

Vejam os autos o que disse a decisão da DRJ às fls. 289-v dos autos:

Em consulta aos sistemas da Receita Federal evidencia que em relação ao ano-calendário de 2003 o contribuinte não efetuou nenhum pagamento sob o código de receita 6106, correspondente a recolhimentos na sistemática do Simples (fls. 282/283).

Saliente-se, ademais, que a antecipação do pagamento pelo sujeito passivo pressupõe, também, a apuração regular dos tributos em razão das operações realizadas. No presente caso, viu-se que o contribuinte não efetuou recolhimentos, nada declarou em sua Declaração Anual Simplificada do ano-calendário de 2003 e tampouco exibiu a apuração regular dos tributos mediante a apresentação da escrituração da pessoa jurídica, o que, inclusive, motivou o arbitramento dos lucros.

Em tais condições, o prazo decadencial dos fatos geradores ocorridos em 2003 passa a ser regido pelas disposições do art. 173 do Código Tributário Nacional e tem como termo inicial, minimamente, 01/01/2004, o que viabiliza o lançamento dos tributos em questão até 31/12/2008.

Rejeita-se, portanto, a arguição de decadência. (d. n.)

Por oportuno, cumpre ressaltar que, à mingua de pagamento, o prazo decadencial para lançar rege-se de acordo com o art. 173, I, do CTN, nos termos do REsp Repetitivo nº 973733/SC, o que afastaria, por consequência, a decadência ora reconhecida.

Assiste razão à embargante, pois, por ocasião da sessão de julgamento do acórdão embargado, encontrava-se em vigor o art. 62-A do RICARF, o qual determina que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STJ em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-C do Código de Processo Civil deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento de recursos no âmbito do CARF.

No caso, o voto condutor não observou as disposições do Acórdão do STJ, na sistemática de recurso repetitivo, referente ao Resp nº 973733/SC, nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

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

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

Por conseguinte, supre-se a omissão e afasta-se a decadência do prazo para constituição do crédito tributário do PIS e da COFINS relativos a julho de 2003.

Suprida a omissão, mantém-se a cobrança do crédito tributário do PIS e da COFINS relativos a julho de 2003 por se tratar de lançamentos reflexos, como a seguir destacado pelo voto condutor do acórdão recorrido:

Quanto aos lançamentos reflexos, por conta da vinculação existentes com o IRPJ, as mesmas conclusões são aplicáveis. Ou seja, dada a decisão de mérito prolatada para o IRPJ, em se tratando de tributação reflexa, mantém-se a mesma para a CSLL, Contribuição ao PIS e COFINS, tendo em vista que o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a caracterização dos depósitos bancários de origem não comprovada como receitas da pessoa jurídica e a interessada, em nenhum momento, carreou aos autos qualquer elemento comprobatório da origem dos recursos depositados de forma a permitir a identificação de que tais valores não seriam receitas da recorrente ou que, em sendo receitas da atividade, foram regularmente oferecidas à tributação para elas prevista

Em face do exposto, conheço dos embargos de declaração por omissão para acolhê-los com a finalidade de retificar o acórdão embargado apenas para: afastar a prejudicial de decadência do prazo para constituição do crédito tributário do PIS e da COFINS relativos a julho de 2003 e negar provimento ao recurso voluntário também em relação ao PIS e à COFINS relativos a julho de 2003 por decorrerem de lançamentos reflexos do IRPJ.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Plínio

Rodrigues

Lima.