



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13839.001585/2004-14
Recurso nº 146.489 Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº **9101-00.498 – 1ª Turma**
Sessão de 25 de janeiro de 2010
Matéria IRPJ e OUTROS
Recorrentes FAZENDA NACIONAL e KENTON DO BRASIL COMERCIAL LTDA.
Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Anos-calendários: 1999, 2000, 2001, 2002

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA - PARCELAS LANÇADAS COM MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA DE 150% - CASO DE DOLO OU FRAUDE.

Uma vez tipificada a conduta fraudulenta prevista no § 4º do art. 150 do CTN, aplica-se a regra do prazo decadencial e a forma de contagem fixada no art. 173, hipótese em que a contagem do prazo de cinco anos tem como termo inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

MULTA QUALIFICADA.

Demonstrada a conduta reiterada do contribuinte no sentido de evitar o conhecimento pelo fisco de sua real receita, deve ser mantida a multa qualificada aplicada pela fiscalização.

SIGILO BANCÁRIO. TRANSFERÊNCIA. AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. IRRETROATIVIDADE DE LEI.

Não há ilegalidade na aplicação retroativa de lei que inova no caráter procedimental da ação fiscal - “*Súmula CARF Nº 35 - O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição de crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente.*”

DECADÊNCIA. ART. 45 DA LEI Nº. 8.212/91.

Não se conhece de recurso calcado em dispositivo declarado inconstitucional e já sumulado pelo E. Supremo Tribunal Federal - Súmula Vinculante nº 08.

CONSTITUCIONALIDADE/LEGALIDADE DE NORMAS INSERIDAS LEGALMENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

“Súmula CARF Nº 2 - O CARF não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária.”

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS. COFINS. CSLL.

Tratando-se de lançamentos reflexos, a decisão prolatada no lançamento matriz é aplicável, no que couber, aos decorrentes, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, com base inciso I do art. 7 do RI-CSRF, para restabelecer a multa qualificada de 150%, bem como as exigências tributárias anteriormente canceladas em face da mudança do critério de contagem do prazo decadencial, restabelecendo o art. 173 do CTN, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Valmir Sandri (Relator), Karem Jureidini Dias, Leonardo de Andrade Couto, Antonio Praga, João Carlos de Lima Júnior, que negavam provimento. 2) Por unanimidade de votos, não conhecer do recurso da Procuradoria da Fazenda Nacional, interposto com base no inciso II do art. 7 da RI-CSRF. 3) Por maioria de votos, negar provimento ao recurso especial de divergência do contribuinte, tendo a vista o restabelecimento da multa de ofício qualificada, vencidos os Conselheiros Valmir Sandri (Relator), Karem Jureidini Dias, Leonardo de Andrade Couto e João Carlos de Lima Júnior. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Claudemir Rodrigues Malaquias.

(documento assinado digitalmente)

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

VALMIR SANDRI - Relator.

(documento assinado digitalmente)

CLAUDEMIR RODRIGUES MALAQUIAS - Redator Designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Praga, Karem Jureidini Dias, Ivete Malaquias Pessoa, Antonio Carlos Guidoni Filho, Leonardo de Andrade Couto, Valmir Sandri, Claudemir Rodrigues Malaquias, João Carlos Lima Junior, Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho e Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Com base no permissivo do art. 7º, I e II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria do MF nº 147/2007, a Fazenda Nacional

interpôs recurso especial (fls 4569/4593), em face do acórdão proferido pela antiga Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes (fls. 4542/4564), que, por maioria de votos acolheu a preliminar de decadência do direito de constituir o crédito tributário relativo ao IRPJ e ao PIS referente aos fatos geradores ocorridos até 30.06.99, e reduziu a multa de ofício de 150% para 75% por entender que não se justificaria a aplicação da penalidade no patamar qualificado por não haver prova suficiente e necessária sobre a configuração dolosa do evidente intuito de fraude.

Em face do mesmo acórdão, a contribuinte também apresentou recurso especial (fls. 4604/4642), com base no permissivo do art. 7º, II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, contra a parte do acórdão proferido pela antiga Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes que manteve o lançamento relativamente à Cofins e à CSL com fatos geradores ocorridos até 30.06.99, por entender a contribuinte que deve ser aplicado o art. 150, § 4º do CTN, de acordo com a Súmula Vinculante nº 8 do STF que dispõe sobre a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

Além disso, argumenta a contribuinte em seu apelo especial divergência jurisprudencial no que tange à nulidade da requisição de movimentação financeira enviada a instituições financeiras, por indevida requisição de informações anteriores à LC nº 105/2001, além de considerar inconstitucional a quebra do sigilo bancário.

O lançamento exige crédito tributário decorrente da constatação pela fiscalização da omissão de receita caracterizada por valores creditados em conta corrente de depósito ou de investimento, mantidas em instituições financeiras, em relação aos quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nestas operações, conforme consta no Termo de Verificação Fiscal (fls. 4232/4249).

Diante deste fato, a fiscalização procedeu ao arbitramento do lucro da pessoa jurídica fiscalizada, com base nos depósitos bancários não comprovados, em percentual de 9,6%, por não haver escrituração em seus registros contábeis, nos anos de 1999 a 2002, de toda a movimentação financeira constante dos extratos bancários, bem como por não ter contabilizado as aquisições de mercadorias, em montante expressivo, além da não apresentação de livros e documentos fiscais.

Nesse sentido, foram lavrados autos de infração nos seguintes valores: R\$ 8.666.541,46 de IRPJ (fls. 4.263), R\$ 1.988.851,81 de PIS (fls. 4.276), R\$ 9.179.319,35 de COFINS (fls. 4.287), R\$ 4.243.808,74 de CSL (fls 4.303), totalizando R\$ 24.078.521,36, incluindo juros e multa de 150%, tendo como fundamentação legal os seguintes dispositivos legais: arts. 532, 537 e 849 do RIR/99, arts. 1º e 3º, da LC 7/70, art. 19, 20 e 24, § 2º da Lei nº 9.249/95, arts. 2º, I, 8º, I e 9º da Lei nº 9715/98, arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/98, art. 2º e §§ da Lei nº 7.689/88, art 29 da Lei nº 9.430/96, art. 6º da MP 1.807/99 e reedições e art. 6º da MP 1.858/99 e reedições.

Também foi apurada multa isolada por falta de entrega de DCTF referente ao 1º trimestre de 1999, 2º trimestre de 2001 e 1º trimestre de 2003.

Em 01.09.2004 a contribuinte apresentou impugnação (fls. 4329/4387), tempestivamente, alegando em suma:

I – nulidade dos atos praticados pela Autoridade Fiscal, em razão da intimação diretamente ao contribuinte e não aos seus advogados devidamente constituídos, conforme por ela requerido, ocasionando prejuízo a sua defesa;

II – nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal, uma vez que, embora conte no “termo de encerramento” a informação de devolução de todos os livros utilizados, tal fato não ocorreu, ocasionando, assim, evidente cerceamento de defesa;

III – Nulidade do procedimento por ausência de respaldo legal para quebra de seu sigilo bancário, uma vez que os documentos solicitados não foram apresentados porque estavam em poder da empresa uruguaia ex-sócia da contribuinte, tendo sido, até mesmo, ajuizada ação cominatória de documentos em face desta, visando à devolução dos referidos documentos;

IV – irretroatividade da Lei nº 10.174/01 para apuração de supostos fatos ocorridos nos anos de 1999 e 2000, com base nos valores globais recolhidos a título de CPMF;

V – Nulidade dos dados obtidos por meio da “requisição de movimentação financeira” expedida às Instituições Bancárias tendo em vista a irretroatividade da Lei Complementar nº 105/01 a fatos anteriores à sua vigência;

VI - inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/01, que afronta o direito constitucional ao sigilo bancário, princípio este considerado como extensão do direito à intimidade (art. 5º, X e XII da Constituição Federal);

VII – ausência de responsabilidade dos sócios, vez que inexistente qualquer conduta que autorize a imputação desta responsabilidade, por pressupor a violação da lei ou excesso de poderes;

VIII – irregularidade no arbitramento dos valores e penalidades exigidos por tomar como base de cálculo das exações, o total dos depósitos não comprovados, vez que estes não podem ser considerados como receita bruta.

Analizando a impugnação, a 1ª Turma de Julgamento da DRJ – Campinas/SP proferiu decisão (fls. 4407/4453) na qual, por unanimidade de votos, rejeitou as arguições de nulidade e julgou procedentes as exigências fiscais.

Entendeu a Turma que inexistente previsão legal para que as intimações dos atos administrativos sejam dirigidas ao patrono da contribuinte, inexistente notícia nos autos de recusa de devolução de documentos pela fiscalização, a sua disponibilização para retirada na repartição designada cientificado ao a contribuinte não configura obstáculo à defesa, não sendo o argumento de que tais documentos se encontram em poder de sócia no Uruguai capazes de exonerar a contribuinte do dever de apresentá-los.

Acerca das alegações de irretroatividade da Lei nº 10.174/2001, e da Lei Complementar nº 105/2001, que invalidariam o MPF e as RMF, e de inviolabilidade do sigilo bancário, registra que a lei nova tão só estabelece meios de fiscalização, e não hipóteses tributárias antes já previstas na legislação – art. 42 da Lei nº 9.430/96 e arbitramento do lucro.

Expõe que a apreciação da questão relativa à inconstitucionalidade e ilegalidade da LC 105/2001 não é de competência da autoridade administrativa, sendo exclusiva do Poder Judiciário.

Ao Final, assevera que a qualificação dos responsáveis listados pelo crédito tributário é matéria que foge ao âmbito de competência das Delegacias de Julgamento e que não foram apresentados documentos que comprovassem idônea e objetivamente os valores de sua movimentação bancária, restando caracterizada a omissão de receita.

Em face da decisão da DRJ – Campinas/SP, a contribuinte apresentou recurso voluntário e, após discorrer sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade do depósito prévio ou arrolamento de bens e direitos para prosseguimento do recurso, reprisa as alegações de sua impugnação acima expostas.

Em 13 de junho de 2007, a antiga Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso voluntário para reduzir a multa de 150% para 75% e reconhecer a decadência para o IRPJ e o PIS para os fatos geradores ocorridos até 30.06.099, estando à decisão assim ementada, *verbis*:

“NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO - NULIDADE - Não está inquinado de nulidade o lançamento efetuado por autoridade competente no exercício da sua atividade funcional, em que tenha sido dada total ciência ao contribuinte dos procedimentos adotados pela fiscalização, bem como que tenha disponibilizado para retirada, na repartição competente, os livros utilizados pela fiscalização, em total sintonia com os comandos do artigo 10 do Decreto nº 70.235, de 1972. Ausência de cerceamento de defesa.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO ILEGAL - SIGILO BANCÁRIO - Havendo procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados, não constitui quebra do sigilo bancário, mas mera transferência de dados protegidos pelo sigilo bancários às autoridades obrigadas a mantê-los no âmbito do sigilo fiscal.

INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGALIDADE - VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - Falece competência à autoridade julgadora de instância administrativa para a apreciação dos aspectos relacionados com a constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias regularmente editadas, tarefa privativa do Poder Judiciário.

LEGISLAÇÃO QUE AMPLA OS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE - Incabível falar-se em irretroatividade da lei que amplia os meios de fiscalização, pois esse princípio atinge somente os aspectos materiais do lançamento.

IRPJ – OMISSÃO DE RENDIMENTOS - LANÇAMENTOS COM EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - A presunção legal de omissão de rendimentos, para os fatos geradores ocorridos a partir de

01.01.97, previstos no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários, cuja origem em rendimentos já tributados, isentos e não-tributáveis o sujeito passivo não comprova mediante prova hábil e idônea.

ÔNUS DA PROVA - Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte cabe a ele a comprovar a origem dos recursos informados para acobertar a movimentação financeira.

MULTA QUALIFICADA - Uma vez que não caracterizado, com prova robusta e inequívoca, o evidente intuito de fraude, desqualifica-se a multa aplicada, para reduzi-lá ao percentual de 75%.

CSL - COFINS - DECADÊNCIA - Ao tributo sujeito à modalidade de lançamento por homologação, que ocorre quando a legislação impõe ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, aplica-se a regra especial de decadência esculpida no parágrafo 4º do artigo 150 do CTN, refugindo à aplicação do disposto no art. 173 do mesmo Código. Nesse caso, o lapso temporal de dez anos, previsto no artigo 45 da Lei nº 8.212/92, tem como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador. Não decadente as exigências da CSL e da COFINS para fatos geradores acontecidos até 30.06.1999, quando a ciência da autuação pelo interessado ocorreu em 29.07.2004.

Recurso parcialmente provido.”

A Turma afastou as pretensas nulidades da autuação e do MPF sob os argumentos de que não há previsão legal para que as intimações sejam feitas ao patrono da contribuinte e de que não há notícia nos autos de que tenha sido negada a devolução dos documentos, além de desconsiderar a justificativa apresentada pela contribuinte para a falta de apresentação dos documentos solicitados pela fiscalização.

Afirma ainda que as informações obtidas junto às instituições financeiras pela autoridade fiscal, a par de amparada legalmente pelo art. 197, II do CTN, não implicam quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste. Entende ainda que a norma que autoriza a utilização dos dados da CPMF tem natureza procedimental, não havendo como defender o seu afastamento com base na irretroatividade, pois a legislação vigente à época do fato gerador, para efeito de determinar o tributo devido, estaria sendo respeitada.

Quanto à responsabilidade dos sócios, segue o entendimento da decisão de 1ª instância no sentido de tratar-se de questão inerente à cobrança e execução do débito, não cabendo quaisquer objeções nesta fase de constituição do crédito tributário.

Por entender que não restou comprovada a situação fática de evidente intuito de fraude, votam pela decadência dos fatos geradores de IRPJ e PIS referentes aos fatos geradores ocorridos até 30.06.99, não sendo aplicável a CSL e a COFINS, por entenderem que o prazo decadencial para essas contribuições é diferente, sendo de 10 anos, por força do disposto no art. 45 da Lei 8.212/91.

No mérito, entenderam que para elidir a presunção legal de que os depósitos em conta corrente sem origem justificada são rendimentos omitidos, deve o interessado, na fase de instrução ou na impugnação, comprovar sua origem, conforme art. 16, III e § 4º do Decreto nº 70.235/72, não cabendo assim, qualquer alteração da decisão que manteve o arbitramento com base no total dos depósitos bancários não comprovados em percentual de 9,6%.

Ao final, reduziram a multa qualificada ao patamar de 75% nos termos da Lei nº 9.430/96, pela insuficiência de provas sobre a configuração dolosa do evidente intuito de fraude.

Em seu recurso especial (fls. 4.569/ 4.593), a Fazenda Nacional sustenta contrariedade do acórdão recorrido com o disposto no artigo 45 da Lei nº 8.212/91, que prescreve o prazo decadencial de 10 (dez) anos para o Fisco apurar e constituir seus créditos relativos às contribuições sociais, no presente caso, ao PIS, sustentando ainda, que o acórdão recorrido diverge de entendimento mantido pela Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes (acórdão nº 203-07352), que declarou legítima a aplicação do prazo decadencial prescrito no artigo 45 da Lei nº 8.212/91 ao PIS, conforme a ementa a seguir:

“NORMAS PROCESSUAIS - DECADÊNCIA - O Decreto-Lei nº 2.049/83, bem como a Lei nº 8.212/90, estabeleceram o prazo de 10 anos para a decadência do direito de a Fazenda Pública formalizar o lançamento das contribuições sociais. Além disso, o STJ pacificou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no art. 150 do mesmo diploma legal, Preliminar rejeitada.”

Alega incompetência legal e regimental do Conselho de Contribuintes para apreciar questões de hierarquia normativa, muito menos afastar, por via direta ou indireta, a aplicação de lei vigente, e que tal ato se assemelha à declaração de inconstitucionalidade, o que somente o STF tem competência para fazê-la.

Sustenta ainda que o artigo 45 da Lei 8.212/91 é norma especial frente ao art. 150, § 4º do CTN e como este mesmo diploma admite a edição de normas específicas sobre o prazo decadencial, inexistente qualquer conflito entre essas disposições.

Alega que se a lei não for declarada inconstitucional deve ser aplicada, pois caso contrário estar-se-ia negando vigência a um dispositivo legal, ou seja, declara sua inconstitucionalidade, e que a exigência de lei complementar restringe-se a normas de caráter geral, o que entende não ser o caso.

No que tange a manutenção da multa qualificada, aduz que o acórdão recorrido contrariou a lei (inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996) e a prova constante dos autos, pois, apesar de a Câmara ter entendido pela ausência de prova suficiente e necessária sobre a configuração dolosa do evidente intuito de fraude, entende a Fazenda Nacional ter a contribuinte praticado diversas ações oferecendo à SRF informações imprecisas, com a existência de depósitos de origem não comprovada, não recolhido os tributos devidos em decorrência de sua conduta, sendo sempre de sua vontade livre e consciente e pela repetição de tal conduta, demonstrou desprezo ao cumprimento da obrigação fiscal, ao princípio da solidariedade de matriz constitucional e ao dever legal de participação.

Ao recurso especial da União foi dado seguimento pelo Presidente da Câmara recorrida (Despacho nº 108-50/2008 fls. 4597/4598), ante a constatação de estarem atendidos

os pressupostos legais de admissibilidade do recurso mediante a demonstração da contrariedade à lei.

Regularmente intimada, a contribuinte apresentou contrarrazões ao recurso especial da Fazenda Nacional (fls. 4653/4660), sustentando aplicação da Súmula Vinculante nº 8 do STF que estabelece que é inconstitucional o art. 45 da Lei 8.212/91, devendo, assim, ser aplicada ao caso a norma contida no art. 150, § 4º do CTN, que estabelece o prazo decadencial de 5 anos, afirmando que a não aplicação do referido art. 45 no âmbito administrativo não se trata de declaração de inconstitucionalidade, mas apenas o cumprimento de decisão vinculativa da corte constitucional.

Sustenta ser correta a desqualificação e redução da multa pela Oitava Câmara, invocando para tanto a súmula nº 14 do CARF. Ao final, requer o improvimento do recurso especial da Fazenda Nacional

Na mesma oportunidade, a contribuinte apresentou recurso especial (fls. 4604/4642), com base no permissivo do art. 7º, II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, contra a parte do acórdão proferido pela antiga Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes que, manteve o lançamento relativamente à Cofins e à CSLL com fatos geradores ocorridos até 30.06.099.

Sustenta a recorrente a decadência relativamente à constituição do crédito tributário referente à CSL e a COFINS para fatos geradores ocorridos até 30.06.99 pela aplicação do art. 150, § 4º do CTN, de acordo com a Súmula Vinculante nº 8 do STF, ressaltando a existência de inúmeros julgados de outras Câmaras do Conselho e deste Conselho Superior de Recursos Fiscais, trazendo como paradigma o acórdão proferido pela Primeira Turma do Conselho Superior de Recursos Fiscais de nº 108-138.422 e o recurso da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes de nº 134.234.

Defende ainda a contribuinte:

A declaração de nulidade do “termo de encerramento” e respectivos autos de infração, por existência de erro que a induziu a erro, causando-lhe prejuízo à defesa;

A nulidade de todo o procedimento, também a partir de 28.10.2003, eis que os atos posteriores inobservaram legítimos argumentos;

A nulidade do MPF eis que o procedimento originou-se dos dados obtidos com a movimentação da CPMF, não podendo retroagir anteriormente a janeiro/2001;

A nulidade da requisição de movimentação financeira enviada a instituições financeiras, por indevida requisição de informações anteriores à LC nº 105/2001;

A nulidade de todo o procedimento pela inconstitucional quebra do sigilo bancário;

A ausência de responsabilidade do administrador e ex-administradores e;

Ausência de base legal para se considerar depósitos bancários como renda tributável para efeitos de IR.

Em seu amparo, cita decisão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na qual há o reconhecimento da argüida irretroatividade da LC 105/2001, afirmando ser esta a tendência que se firma no Primeiro Conselho de Contribuintes transcrevendo como paradigmas, os acórdãos proferidos nos recursos nºs 134.847, 134.960, 133.888 e 133.228.

Ao recurso especial da contribuinte foi dado seguimento pelo Presidente da Câmara recorrida (Despacho nº 1200-0039/2009, fls. 4667/4671), ante a constatação de estarem atendidos os pressupostos legais de admissibilidade do recurso mediante a demonstração da divergência jurisprudencial.

Regularmente intimada, a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (fls. 4674/4678), nas quais sustenta restar pacífica a matéria que envolve a retroatividade da Lei nº 10.741/01 tanto no âmbito do Conselho de Contribuintes, quanto no Superior Tribunal de Justiça, no sentido da possibilidade de retroagir porquanto regula processos de fiscalização, nos termos do art. 144, § 1º do CTN.

No que tange à decadência da CSLL e da COFINS argüida pela contribuinte, sustenta a Procuradoria, em suas contrarrazões, ser descabida, pois ao presente caso deve ser aplicado o art. 173, I do CTN, pela ocorrência de intuito de fraude e, tendo em vista que a Súmula Vinculante nº 8 do STF não reconheceu a inconstitucionalidade do artigo acima citado, e na hipótese de ser restabelecida a multa qualificada, o prazo decadencial previsto no art. 45 da Lei nº 8.212/91 será indiferente para o lançamento na medida em que o prazo decadencial será transferido do art. 150, § 4º do CTN para o art. 173, I do mesmo diploma, não havendo de se falar em decadência.

Ao final, no que diz respeito aos demais argumentos, em especial a suposta nulidade formal do termo de encerramento e a ausência de responsabilidade dos sócios, noticia a Fazenda Nacional que tais matérias não foram objeto de divergência jurisprudencial e uma vez que não foram admitidas pelo despacho de fls. 4667/4671 não as contrarrazoa.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Valmir Sandri

Conforme se depreende do relatório, trata-se de recursos interpostos pela D. Procuradoria da Fazenda Nacional e da Contribuinte, contra acórdão proferido pela Oitava Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuintes, vejamos:

Do Recurso Especial da Procuradoria da Fazenda Nacional

Com base nos permissivos do art. 7º, I e II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, a Fazenda Nacional interpõe recurso especial de divergência da decisão que, por maioria de votos, acolheu a preliminar de decadência do direito de constituir o crédito tributário relativo ao IRPJ e ao PIS, com fatos geradores ocorridos até 30.06.99, e deu

parcial provimento ao recurso voluntário da contribuinte para reduzir a multa de ofício de 150% para 75%.

No que tange à interposição do recurso pelo inciso I, relativamente à parte da decisão que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário para desqualificar a multa de ofício e reduzi-la de 150% para 75%, entendo que o recurso não tem como prosperar, eis que não restou comprovado nos autos a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, para efeito de aplicação do disposto no artigo 44, II, § 1º, da Lei 9.430/96, aliado ao fato de que a exigência foi consubstanciada com base em presunção legal.

De fato, para que fique caracterizada a conduta tipificada nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502/64, é necessário que fique devidamente provado pela autoridade autuante o evidente intuito da fraude, do dolo ou da simulação como exigido na legislação, e não com base em lançamento efetuado por presunção legal, conforme se verifica no presente caso.

Nesse sentido é a jurisprudência deste E. Conselho, sedimentada nas Súmulas nºs 14 e 25 do CARF, que dispõem:

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 CARF nº 25:

“A presunção legal de omissão de receita ou rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.”

No que tange à interposição do recurso pelo inciso II do art. 7º, relativamente à parte da decisão que acolheu, por maioria de votos, a preliminar de decadência do direito do fisco em constituir o crédito tributário referente ao IRPJ e ao PIS, a despeito da D. Procuradoria em demonstrar a divergência jurisprudencial entre o entendimento emanado pelo acórdão e por outras Câmaras deste Conselho de Contribuintes, o mesmo encontra-se prejudicado ante a Súmula Vinculante nº 08 editada pelo E. Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam da decadência e prescrição de crédito tributário.

Logo, por ter o dispositivo do art. 45 da Lei n. 8.212/91, que tentou alongar o prazo decadencial para o Fisco constituir o crédito tributário, ter sido declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso, todos os atos praticados com base no referido dispositivo estão eivados de iliceidade e, sendo assim, por encontrarem-se não só os órgãos do Poder Judiciário, mas principalmente a Administração Pública Direta e Indireta vinculada à referida súmula, voto no sentido de não conhecer do recurso especial de divergência.

Do Recursos Especial da Contribuinte

Com base nos permissivos do art. 7º, II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, a Contribuinte interpõe recurso especial contra a decisão que, por

maioria de votos mantiveram as exigências da CSLL e COFINS, para os fatos geradores ocorridos até 30.06.99, com fundamento na Lei nº 8.212/91, cujo art. 45 fixa o prazo decadencial de 10 anos para essas contribuições.

Pelo mesmo fundamento expendido quando do não conhecimento do recurso especial de divergência interposto pela D. Procuradoria, dou provimento ao recurso especial da contribuinte para reconhecer a decadência do direito do fisco em constituir os créditos tributários referentes à CSLL e à COFINS até 30.06.99, *ex vi* do disposto no artigo 150, § 4º do CTN.

No que tange à alegação da contribuinte de que o Fisco não poderia presumir a omissão de receitas com base nos extratos/depósitos bancários, tendo em vista a impossibilidade da Lei nº 10.174/2001, retroagir a fatos geradores ocorridos anteriormente a sua publicação, despidendo tecer maiores considerações acerca da matéria, tendo em vista a maciça jurisprudência deste E. Conselho que se encontra sedimentada na Súmula n. 35, *verbis*:

Súmula CARF nº 35. O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição de crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente.

Pelo acima exposto, verifica-se que o lançamento em questão decorre de presunção legal de omissão de receitas referente aos exercícios de 2000 a 2003, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade no procedimento adotado pelo Fisco, eis que o mesmo decorre da própria lei, que autoriza o lançamento para a exigência do tributo, quando o contribuinte regularmente intimado não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Relativamente à inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, a matéria também já se encontra sumulada por este. E. Conselho, no sentido desta Corte não ser competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, conforme se depreende da Súmula CARF n. 2, *verbis*:

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

Quanto às demais assertivas apresentadas pela contribuinte em seu recurso especial - malferimento do art. 59, II, do Dec. 70.235/72, por cerceamento de seu direito de defesa, responsabilidade dos sócios, etc. -, vê-se que a Recorrente tenta com os argumentos ora aduzidos reabrir a discussão para um novo julgamento, sem, no entanto, cumprir os requisitos disposto no RICSRF, eis que não demonstrou a divergência de posicionamento de outras Câmaras deste E. Conselho, razão porque não os conheço.

Quanto ao lançamento decorrente, por possuir os mesmos fundamentos fáticos da presente exigência, a decisão aqui prolatada faz coisa julgada em relação ao mesmo, em vista da íntima relação de causa e efeito que os une.

Por todo o exposto, em relação ao recurso especial da D. Procuradoria NEGAR, voto no sentido de: (a) NEGAR provimento ao recurso interposto com base no inciso I, (b) NÃO CONHECER do recurso interposto com base no inciso II; em relação ao recurso da contribuinte, DAR provimento PARCIAL apenas para reconhecer a decadência em relação à CSLL e a COFINS, com fatos geradores ocorridos até 30.06.99.

É como voto.

Valmir Sandri - Relator

Voto Vencedor

Claudemir Rodrigues Malaquias, Conselheiro designado.

Em que pesem as razões de decidir do eminente relator, peço vênica para divergir parcialmente de seu voto no tocante à redução da multa de ofício de 150% para 75% e, por consequência, ao acolhimento da preliminar de decadência.

O lançamento de ofício foi procedido conforme a presunção de omissão de receitas disposta o art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Segundo apurado nos autos, a contribuinte manteve depósitos não escriturados **ao longo dos anos de 1999, 2000, 2001 e 2002**, cuja origem dos recursos utilizados nestas operações, após regular intimação, não foi comprovada mediante documentação hábil e idônea.

Conforme o "Termo de Constatação Fiscal" (fls. 4244/4245), a contribuinte não mantinha escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, e que o que foi escriturado continha deficiências que impossibilitaram a identificação da efetiva movimentação bancária. Conforme expressa previsão legal e tendo em conta a contribuinte deixou de apresentar à autoridade fiscal os livros de entrada, saída e de inventário e das notas fiscais de saída, foi procedido o arbitramento do lucro, por ser este o meio alternativo de apuração da base tributável aplicável nestas hipóteses.

Cumprе ressaltar que a fiscalização procedeu ao arbitramento com base na receita conhecida, ou seja, **o total dos depósitos bancários não comprovados ao longo dos quatro anos** subsequentes abrangidos pelo procedimento fiscal. É indubitoso que infração imputada à contribuinte foi verificada de forma repetida ao longo dos anos de **1999, 2000, 2001 e 2002**.

Ouso, assim, com a devida vênica, divergir do ilustre relator quando entendeu “que não restou comprovado nos autos a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, para efeito de aplicação do disposto no artigo 44, II, § 1º, da Lei nº 9.430/96, aliado ao fato de que a exigência foi consubstanciada com base em presunção legal.”

Entendo, em sentido contrário, que a conduta típica prevista no art. 71, inciso I da Lei nº 4.502/64, restou devidamente caracterizada pela autoridade autuante. Nos presentes autos, foi demonstrado o intuito da fraude da contribuinte quando manteve, de forma reiterada, depósitos não escriturados ao longo dos anos de **1999, 2000, 2001 e 2002**. Deve ser ainda ressaltado que o fundamento da qualificação não se baseou unicamente na presunção legal mas, ao contrário, na conduta da contribuinte perpetrada ao longo de quatro anos para impedir o conhecimento pelo Fisco dos rendimentos não oferecidos à tributação.

No âmbito desta Corte, filio-me junto àqueles que entendem que nada obsta que seja aplicada a multa no percentual de 150%, quando constatada a prática reiterada de omissão de receita, ainda que a constatação seja por meio de depósitos bancários de origem não comprovada.

É o que se verifica no presente caso.

A Fiscalização procedeu ao arbitramento do lucro da pessoa jurídica, com base nos depósitos bancários não comprovados, por não haver escrituração em seus registros contábeis, **nos anos de 1999, 2000, 2001 e 2002**, de toda a movimentação financeira constante dos extratos bancários, bem como por não ter contabilizado as aquisições de mercadorias, em montante expressivo, além da não apresentação de livros e documentos fiscais.

Assim, foram lavrados autos de infração nos seguintes valores: R\$ 8.666.541,46 de IRPJ (fls. 4.263), R\$ 1.988.851,81 de PIS (fls. 4.276), R\$ 9.179.319,35 de COFINS (fls. 4.287), R\$ 4.243.808,74 de CSSL (fls. 4.303), totalizando R\$ 24.078.521,36, incluindo juros e multa de 150%.

Nesta situação específica, entendo que o dolo, a intenção deliberada em sonegar, está evidente, visto que não há como atribuir tamanho disparate a um mero erro na escrituração, verificado sistematicamente ao longo de quatro anos. Não me parece crível que tal conduta seja apenas culposa, ou seja, esteja desacompanhada do caráter consciente e voluntário tendente a impedir o conhecimento, por parte da autoridade fiscal, da ocorrência do fato gerador dos tributos e contribuições devidos.

Considero, portanto, que *in casu*, a fraude restou configurada e está correta a aplicação da multa de ofício no percentual de 150%.

Uma vez caracterizada a fraude, há que se proceder novo exame da preliminar de decadência acolhida pela decisão da Câmara *a quo*. Ao afastar a conduta dolosa da contribuinte, o acórdão recorrido acolheu a preliminar de decadência e cancelou a exigência do IRPJ, CSSL, PIS e COFINS, relativa aos fatos geradores ocorridos até 30.06.1999

Está pacificado no âmbito deste Colegiado o entendimento de que o Código Tributário Nacional (CTN), instituído pela Lei nº 5.172/66, recepcionado com eficácia de lei complementar, disciplina a contagem dos prazos em matéria de decadência e prescrição. No que se refere à decadência, genericamente, estabelecem os artigos 150 e 173 do CTN:

"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.

(..);

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (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

"Art. 173 O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)"

Com base nos dispositivos acima transcritos, é possível deduzir que, regra geral, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial de cinco anos começa a ser contado a partir da ocorrência do fato gerador e, nos casos em que for detectada a ocorrência de fraude, a contagem do prazo decadencial é deslocada para a regra prevista no art. 173, inciso I, do mesmo Código, ou seja, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso dos autos, o lançamento foi constituído pelas irregularidades já expostas, tendo sido aplicada multa de ofício qualificada com base no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96. Logo, de forma diversa ao acórdão recorrido, deve ser afastada a preliminar de decadência, aplicando-se a regra prevista no art. 173, inciso I do CTN, mantendo-se, portanto, as exigências relativas aos fatos geradores ocorridos antes de 30.06.1999.

Com essas considerações, e mais uma vez pedindo vênias ao ilustre Conselheiro Relator, voto no sentido de DAR provimento ao recurso da Fazenda Nacional na parte baseada no inciso I do art. 7º do RICSRF, para restabelecer a multa qualificada de 150%, bem como as exigências tributárias anteriormente canceladas em face da mudança do critério de contagem do prazo decadencial.

É como voto.

Sala das sessões, 25 de janeiro de 2010.

(documento assinado digitalmente)

Claudemir Rodrigues Malaquias – Conselheiro Redator