

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

<b>Processo nº</b>	13864.000140/2009-14
<b>Recurso nº</b>	500.213 Voluntário
<b>Acórdão nº</b>	<b>1102-00.233 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária</b>
<b>Sessão de</b>	05 de julho de 2010
<b>Matéria</b>	IRPJ e outros
<b>Recorrente</b>	Dismatic Logística Ltda.
<b>Recorrida</b>	4ª Turma de Julgamento da DRJ em Campinas/SP

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2004

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

**SIGILO BANCÁRIO. EXAME DE EXTRATOS. DISPENSA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.**

É lícito ao Fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte e que constam de documentos e registros de instituições financeiras, independentemente de autorização judicial, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2004

**LANÇAMENTO      POR      HOMOLOGAÇÃO.      SISTEMÁTICA.  
DECADÊNCIA.**

O que determina a natureza do lançamento, se por homologação ou declaração, é a legislação específica do tributo, e não a circunstância de ter ou não havido pagamento. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, não sendo caso de dolo, fraude, ou simulação, o termo inicial para a contagem do prazo de decadência é a data da ocorrência do fato gerador. (Ac. 101-96.636, j. 16/04/2008)

**DEPÓSITO BANCÁRIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM.  
ÔNUS DA PROVA.**

Por presunção legal contida no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, os depósitos efetuados em conta bancária cuja origem dos recursos depositados

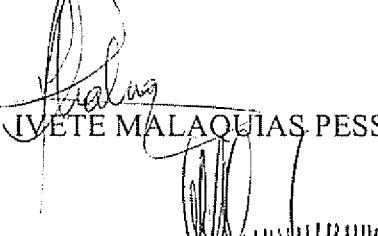
não tenha sido comprovada pela contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, caracterizam omissão de receita. Subsistindo o lançamento principal, na seara do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica, igual sorte colhe os lançamentos que tenham sido formalizados em legislação que torna por empréstimo a sistemática de apuração daquele (CSLL) ou que define o evento comum, no caso a apuração de receita auferida pela pessoa jurídica, como fato gerador das contribuições incidentes sobre o faturamento (COFINS e PIS).

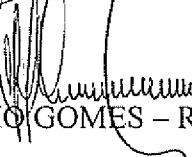
#### OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO VALOR DO IRPJ E CSLL. FORMA DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada a omissão de receita a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, AFASTAR a preliminar de nulidade do termo de solidariedade passiva, vencido o Conselheiro Manoel Mota Fonseca, por unanimidade de votos, REJEITAR as demais preliminares e, no mérito, por unanimidade de votos, dar provimento parcial para reconhecer a extinção do crédito tributário das contribuições ao PIS dos meses de janeiro e fevereiro de 2004, bem assim, da COFINS do mês de fevereiro, na forma do artigo 156, inciso V, do Código Tributário Nacional, seguindo-lhe a sorte a parcela correspondente à multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Julgaram-se impedidos os conselheiros Silvana Rescigno Barreto e João Carlos Lima Júnior.

  
IVETE MALAQIUS PESSOA MONTEIRO - Presidente

  
JOSÉ SÉRGIO GOMES – Relator

EDITADO EM: 07 SET 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente), João Carlos de Lima Júnior (Vice-Presidente), João Otávio Opperman Thomé (Relator), Silvana Rescigno Guerra Barreto, José Sérgio Gomes (Suplente Convocado), e Manoel Mota Fonseca (Suplente Convocado).

## Relatório

Em foco recurso voluntário visando a reforma da decisão da 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Campinas/SP que julgou procedente os lançamentos efetuados em 25/03/2009 pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em São José dos Campos/SP com vistas a exigência de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e parcialmente procedente o lançamento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), acrescidos de multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) e juros moratórios calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC).

A ação fiscal consistiu na tributação, a título de omissão de receitas, dos valores depositados em contas-correntes bancárias cuja origem não logrou ser justificada pela contribuinte, bem como, das quantias escrituradas a débito da conta "Banco" e a crédito da conta "Caixa Geral", em vez da conta "Duplicatas a Receber", conjuntamente à não escrituração das notas fiscais respectivas, de tal sorte que não compuseram as receitas operacionais decorrentes da atividade desempenhada pela empresa. Para fins do IRPJ e CSLL a apuração e tributação do lucro da empresa nos quatro trimestres civis do ano-calendário de 2004 se deu pelo regime do lucro real, enquanto na seara das contribuições ao PIS e COFINS a tributação incidiu sobre as receitas mensais (janeiro a dezembro).

O Fisco também lavrou Termo de Declaração de Sujeição Passiva Solidária em nome do Sr. Luciano Francisco da Cunha, sócio e administrador da autuada, e lhe deu ciência, ao fundamento de dissolução irregular da sociedade e consequente prática de atos com excesso de poderes, em infração à lei, tudo diante da não localização física da empresa no domicílio fiscal/endereço indicado ao cadastro da Receita Federal, conjuntamente ao fato da entrega da Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIPJ) dos anos-calendário subsequentes (2005 e 2007) com valores zerados, omissão na entrega da DIPJ do ano-calendário de 2006 e inexistência de valores nas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais dos anos-calendário de 2005 a 2007 a título de imposto de renda na fonte afeto ao trabalho assalariado e sem vínculo de emprego, evidenciado a inexistência de trabalhadores vinculados à empresa.

Impugnando os lançamentos a contribuinte alegou preliminar de cerceamento do direito de defesa em razão de lhe terem sido fornecidas cópias dos termos fiscais e outros documentos indispensáveis à formação de sua convicção somente às vésperas da data para apresentação da impugnação, e ainda assim sem a certeza de que todos teriam sido fornecidos.

Também em preliminar aduziu nulidade do auto de infração ante a quebra do sigilo bancário, isto é, a obtenção das supostas movimentações financeiras no curso do procedimento, sem autorização judicial.

Levantou também a preliminar de ser indevida a imputação de sujeição passiva solidária ao sócio na medida em que a simples afirmativa de que a autuada não foi encontrada no local não se mostra suficiente para que proponha sua dissolução, sem a

oportunidade de oferecimento de contra razões de direito, asseverando que a situação nos autos demonstra ser inaplicável os artigos 124 e 135 do Código Tributário Nacional (CTN).

Ainda em preliminar, pugnou pela decadência do direito fiscal de lançar as parcelas geradas até 25 de março de 2004 em razão de se tratar de tributos sujeitos ao regime de lançamento denominado “por homologação” previsto no artigo 150, § 4º, do (CTN).

Quanto ao mérito, alegou que a autuação com base em supostos depósitos bancários fere o princípio da verdade material e que, baseado em meras presunções, não se sustenta, consoante reiterado entendimento do Poder Judiciário, sem contar que inexistem planilhas especificando os cheques devolvidos, transferências bancárias entre contas e aplicações financeiras, que não poderiam integrar a base de cálculo do tributo, a par de não terem sido deduzidos da base de cálculo os valores de empréstimos e financiamentos obtidos junto a instituições financeiras. Ainda, que os lançamentos têm por base presumíveis indícios de omissão de receita sem que ficasse demonstrado o elo de ligação entre os valores omitidos e os depósitos/créditos bancários.

Em relação à imputação de indevido procedimento contábil com a utilização da conta Caixa Geral, do que resultou exigência a título de omissão de receita, alegou que o Fisco deveria ter desclassificado sua escrituração contábil e fiscal, com o consequente arbitramento dos lucros, o qual se mostraria mais benéfico, diante da redução da base de cálculo para 9,6% dos montantes apurados.

Relativamente às Contribuições ao PIS e COFINS aduziu que não foram deduzidos das bases de cálculo os valores referentes ao ICMS e, ao final, insurgiu-se contra a cobrança de juros com base na taxa Selic, por entendê-los ilegais e inconstitucionais.

Aquele Colegiado (4ª Turma de Julgamento) admitiu a impugnação e refutou a preliminar de cerceamento do direito de defesa em vista da contribuinte ter sido intimada mediante uma série de termos, desde o início da fiscalização, a apresentar seus livros fiscais e contábeis, extratos bancários das contas correntes mantidos nas instituições financeiras, notas fiscais, a esclarecer procedimentos de contabilização, sendo que tais termos rotineiramente foram acompanhados de planilhas e demonstrativos descrevendo e detalhando os documentos envolvidos e assim pode acompanhar todo o trabalho investigatório e tomar conhecimento dos documentos em posse da Receita Federal, bem assim, que as normas descritas aplicáveis encontram-se descritas nos termos e autos de infração lavrados, estando todos os elementos do fato jurídico tributário plenamente caracterizados, possibilitando-lhe, assim, o pleno exercício de defesa.

Igualmente afastou a preliminar de nulidade do auto de infração porque a quebra do sigilo bancário se operou em obediência à Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, a qual revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, que condicionava a quebra à obtenção de autorização judicial.

Consignou, também, que se presume dissolvida irregularmente a empresa que deixa de funcionar no seu domicílio fiscal sem comunicação à Administração competente, cabendo a responsabilização do sócio ainda que a atividade comercial ou industrial esteja sendo realizada em outro endereço, pois maculada pela informalidade e clandestinidade, bem como, que não é necessária a comprovação da autuação dolosa, com fraude ou excesso de poderes, por parte dos sócios, para se autorizar a responsabilidade solidária, consoante tem decidido o Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, reconheceu que os tributos cobrados regem-se, em termos de contagem do prazo decadencial, pelo estatuído no artigo 150, § 4º, do CTN, desde que existam pagamentos, condição essencial para aplicação do regime do lançamento conhecido “por homologação”. Em relação ao IRPJ e CSLL, cujos períodos de apuração são trimestrais, o requisito sequer é considerado porque o lançamento foi efetuado em 25/03/2009 antes, portanto, do encerramento do prazo quinquenal afeto ao primeiro trimestre do ano-calendário de 2004. Já no que diz respeito ao PIS dos meses de janeiro e fevereiro de 2004, em razão da inexistência de pagamentos, da mesma forma quanto a COFINS do mês de fevereiro, registrou que não havendo pagamentos, ainda que parciais, não há o que se homologar e a decadência rege-se pelo artigo 173, inciso I, do mesmo diploma legal (primeiro dia do exercício seguinte). Contudo, quanto à COFINS do mês de janeiro, apurou a existência de efetivo pagamento e em decorrência consumou-se a decadência do direito fiscal na constituição dessa parcela.

No que tange ao mérito, consignou entendimento que a contribuinte não comprovou a origem de valores integrados às suas contas correntes, não escriturados, de forma que incide a presunção legal de omissão de receitas versada no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Refutou, a seguir, a invocada tese de arbitramento do lucro, antes dissertando sobre a omissão de receita decorrente da falta de escrituração de notas fiscais e contabilização de registros dos borderôs de cobrança do Banco do Brasil e dos avisos de movimentação de títulos descontados no Banco Safra a débito da conta "Bancos" e a crédito da conta "Caixa Geral", em razão de que a contabilidade não se apresenta imprestável, nem tampouco deixou a contribuinte de apresentar os livros contábeis (Razão e Diário) e os livros fiscais (Entradas, Saídas e de Inventário) do período fiscalizado.

Também não acatou a tese de exclusão do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo do PIS e da COFINS por falta de amparo legal, e sobremaneira porque referidas contribuições são exigidas com espeque em omissão de receita, *em relação a qual a impugnante sequer comprovou que, apesar de não oferecida a tributação, teria sofrido incidência de ICMS, com apuração e pagamento deste imposto.*

Finalmente, destacou que as questões acerca da constitucionalidade e/ou legalidade dos preceitos que fundamentam a exigência fiscal, notadamente quanto aos juros de mora exigidos com base na taxa Selic e violação de princípios constitucionais, não são da alcada dos órgãos administrativos.

Ciente do decisório em 17 de julho de 2009 a contribuinte apresentou em 18 do mês seguinte o recurso e documentos de fls. 975/1.026 no qual pugna pela nulidade da decisão recorrida de vez que a ementa não é conclusiva, não permitindo aferir se o lançamento foi procedente, procedente em parte ou improcedente, ferindo os princípios da motivação e finalidade do ato administrativo e cerceando seu direito de defesa.

Frisa, também, que o decisório não teria acatado as orientações legais e jurisprudenciais deste Conselho, principalmente no que se refere à decadência e ao arbitramento do lucro, mantendo parcialmente o crédito tributário constituído.

Após, repete as razões declinadas na impugnação e requer a reforma da decisão recorrida para que sejam cancelados os autos de infração e arquivado o processo administrativo.



É o relatório, em apertada síntese.

## Voto

Conselheiro JOSÉ SÉRGIO GOMES

Observo a legitimidade processual e o avimento do recurso no trintídio legal. Assim sendo, dele tomo conhecimento.

### a) nulidade da decisão recorrida

Analisando a decisão proferida pelo Colegiado de primeira instância convenço-me que a mesma não padece do alegado vício de nulidade.

Com efeito, verifico que, a par de proferida por quem detém a competência legal, apresenta todos os elementos formais (relatório, fundamentos, conclusão e ordem de intimação) requisitados pelo artigo 31 do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Igualmente, verifico que o decisório enfrentou todos os tópicos suscitados pela defesa e dessa forma a resposta ao Administrado fora regularmente entregue, sendo válida e eficaz, apta a desafiar inconformismo na esfera do mérito. Ainda que a sua ementa apresentasse a alegada obscuridade não seria motivo de nulidade, vez que o voto, a par de prevalecer sobre o enunciado, é suficientemente claro na exposição das razões e dos fundamentos que levaram à conclusão exposta no julgado, qual seja, a procedência parcial do lançamento afeto à COFINS e procedência dos demais lançamentos (IRPJ, CSLL e PIS). Ademais, a assertiva “*Por ser incompleta e inconclusiva, a ementa gerou dúvidas, por não permitir à contribuinte tomar pleno conhecimento se o LANÇAMENTO FOI PROCEDENTE, PROCEDENTE EM PARTE ou IMPROCEDENTE. (vide fls. 952 e 953)*” encontra-se dissociada da realidade mostrada justamente pelas fls. 952 e 953 na medida em que nelas constam uma série de enunciados, sem truncamentos, e a expressão lançamento “procedente em parte”.

A Recorrente também suscita nulidade da decisão recorrida por entender que a mesma não observou normas legais e jurisprudenciais. Tenho que essa interpretação encontra-se afeta ao mérito, é dizer, expõe o inconformismo com a solução de ordem material entregue, cujo acerto ou não será aferido na decisão deste Colegiado, mas, seguramente, de vício não se trata.

Pertinente, ainda, o ensinamento trazido pelo Conselheiro Cândido Rodrigues Neuber em reiteradas oportunidades: *vale ressaltar que o julgador não está obrigado a se referir e apreciar argumento por argumento da defesa, não se obriga a acatar as interpretações da defesa, ou a decidir como gostaria a impugnante, mas sim deve demonstrar e formar um conhecimento substancioso dos fatos e do Direito pertinente ao caso, de modo que possa solucionar o litígio, na sua parte nuclear, de acordo com a convicção haurida no contexto dos autos.*

### b) nulidade do auto de infração

Não vejo como prosperar o aventado vício do cerceamento do direito de defesa em razão da autuada ter obtido cópia integral do processo administrativo em 15/04/2009 (fl. 874) enquanto o prazo final para apresentação da peça impugnatória se deu em 24/04/2009,

seja porque o artigo 15 do Processo Administrativo Fiscal (PAF), aprovado pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, estatui que o prazo de 30 (trinta) dias conta-se da intimação da exigência, que se dá mediante entrega do auto de infração ou notificação do lançamento e seus anexos, seja porque, consoante bem delineado na decisão recorrida, ao longo da fase instrutória a contribuinte recebeu toda a documentação que deu lastro às exigências fiscais (depósitos bancários e relação de notas fiscais não escrituradas) e que veio a compor o processo administrativo, é dizer, não há documentos novos.

Quanto à quebra de sigilo bancário, é certo que a Carta Magna assegura no artigo 5º, inciso X, ao versar sobre direitos e garantias individuais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, da mesma forma que no inciso XII do mesmo artigo garante o direito à inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados, e das comunicações telefônicas, mas também consagra, no capítulo concernente ao Sistema Tributário Nacional, no seu artigo 145, os princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva, facultando, por consequência óbvia, à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos identificar, respeitados os direitos individuais, e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

E o CTN (Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1969), recepcionado pela Constituição com *status de lei complementar disciplinou* em seu artigo 197 as formas de acesso da Administração Tributária aos bancos de dados dos agentes econômicos, e no artigo 198 ficou salvaguardada a inviolabilidade da informação fornecida ao Fisco ao consagrar a obrigação do sigilo fiscal, pelo qual é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades. Igualmente, as determinações prescritas pela Lei Complementar nº 105 de 2001 (entre as quais a do artigo 6º, parágrafo único), com vistas a garantir a inviolabilidade, por terceiros, dos dados bancários da interessada, que foram e estão sendo observadas no curso do presente processo fiscal.

Assim, as informações obtidas pela Autoridade Tributária não configuram quebra de sigilo e independem de autorização judicial quando já instaurado o procedimento administrativo.

Neste sentido, a jurisprudência do Conselho de Contribuintes:

*"SIGILO BANCÁRIO (Ex. 89/92) - Informações obtidas regularmente junto às instituições financeiras e usadas reservadamente, no processo, pelos agentes do Fisco, não caracterizam violação do sigilo bancário" (Ac. 1º CC 101-91.561/97 - DO 09/12/97).*

*"SIGILO BANCÁRIO - Não configura quebra de sigilo, o fornecimento ao Fisco, de informações sobre a movimentação bancária do contribuinte, as quais permanecem protegidas sob o manto do sigilo fiscal. Inteligência dos artigos 197, inciso II, e 198, ambos do CTN." (Ac. 1º CC 105-13223 – Sessão de 12/07/2000).*

*"QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO – Tendo a autoridade administrativa procedido em conformidade com o exposto no art.*



*197, II, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) e estando esta plenamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não há que se cogitar em nulidade do lançamento." (Ac 1º CC 104-17152 – Sessão de 17/08/1999)*

Afastada, assim, a pretensão da Recorrente no sentido de considerar nulo o lançamento, pois a fiscalização agiu rigorosamente dentro da lei para obtenção das informações bancárias.

### c) Declaração de sujeição passiva solidária

A visita fiscal *in loco* no endereço fornecido pela contribuinte e a constatação visual de que nele inexistem dependências físicas, o conjunto de fotografias das circunvizinhanças de AMPLIMATIC, regularmente encartado nos autos, e ainda os depoimentos colhidos dando pelo completo desconhecimento de DISMATIC, fls. 829/844, indicam que, de fato, esta não se encontra ali instalada.

Sabe-se que instalações e residências são identificadas por nome do logradouro (avenida, rua, travessa, etc) e número. Cediço que um estabelecimento ou residência que se identifica pela expressão s/nº (sem número) inverte essa ordem natural na medida em que o conhecimento da existência dele é de tamanha notoriedade que sequer necessita da identificação numérica.

A Recorrente elegeu como domicílio fiscal o endereço constante em seu contrato social, qual seja, Estrada Municipal Capão Grosso s/nº, cidade de São José dos Campos/SP, indicando, em princípio, notoriedade.

Como então a contradição entre a realidade apurada na visita fiscal e as inúmeras respostas dadas às intimações, enviadas para esse endereço? De duas uma: ou a contribuinte recebeu as intimações por Caixa Postal, a propósito identificada no Contrato Social à fl. 55 como sendo a de número 190, e neste caso por iniciativa dos Correios já que a Receita Federal não a indicava nos envelopes, ou ditas peças foram entregues em outra empresa, no caso a AMPLIMATIC, que aparece nas fotografias e possui sócio em comum, o Sr. Luciano Francisco da Cunha, fls. 847/848.

Esse quadro demonstra que diferentemente de uma sociedade inativa, em que a pessoa jurídica providencia declaração própria de inativa ou até mesmo declara valores zerados, mantendo, porém, o imóvel e em alguns casos até mesmo seus acessórios ou maquinários, no caso presente a localização tornou-se ficta.

Em decorrência, ocultada a questão patrimonial da contribuinte, não há qualquer irregularidade na indicação de solidariedade contra o sócio-diretor, cujo objetivo é a mera científicação deste acerca da existência de ação fiscal contra a empresa e a apuração de crédito tributário para, querendo, deduzir o que entender de direito.

No caso dos autos não há qualquer impugnação por parte do devedor solidário, mas sim a assertiva da empresa de que não teria havido a dissolução irregular, ancorada na alegação que inexiste nos autos prova de que o sócio praticou atos com excesso de poderes em infração a lei.

Com a devida *venia*, penso que a prova da infração à lei é exatamente a situação fática apresentada, qual seja, que no endereço constante do Contrato Social, igualmente eleito domicílio fiscal, não mais existe a DISMATIC, sendo cediço que a legislação

pertinente determina a observação de solenidades no ato da criação e da dissolução da sociedade (artigos 338 do Código Comercial e o §2º do artigo 51 do Novo Código Civil).

#### d) mérito

No que diz respeito à decadência do direito fiscal em constituir o crédito tributário observo que a exigência materializada nos autos de infração encontra-se afeta a lançamento cuja natureza é por homologação, assim compreendida pela atividade imposta ao contribuinte em determinar a matéria tributável, calcular a exação e efetuar o pagamento do *quantum* eventualmente apurado, independentemente de notificação.

É que, afora o lançamento por excelência (praticado de ofício), duas outras modalidades de lançamento foram previstas pelo Código Tributário Nacional: *i)* por declaração (artigo 147) e *ii)* por homologação (artigo 150). Assim, se a administração fiscal praticamente baniu a utilização da primeira modalidade (ao menos os tributos aqui discutidos não são lançados mediante prévias declarações da contribuinte), resta concluso que impera a segunda.

As prescrições do lançamento por homologação encontram-se delineadas no artigo 150 do Código Tributário Nacional (CTN), que estabelece:

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

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

(...)

*§ 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 simulação."*

Entendo que a "atividade" eleita pela norma não se restringe à presença de efetivo pagamento, bastando a existência do sujeito passivo, é dizer, encontrar-se a pessoa jurídica inscrita nos cadastros fiscais, à época do fato gerador tributário, pois o pagamento nem sempre poderá apresentar-se necessário, embora apurado crédito tributário, que se anula à vista de crédito a favor da própria contribuinte como, por exemplo, o imposto de renda devido no trimestre ou no ano que, compensado com recolhimentos (antecipações) de imposto de renda retido por fontes pagadoras, não se revela exigível.

 Assim, assiste parcial razão à Recorrente na argüição de que o direito fiscal na constituição do crédito tributário suplementar decaiu, eis que compreendidas operações econômicas (faturamento) ocorrentes entre o primeiro e o último dia útil de cada mês civil no

que diz respeito às contribuições COFINS e PIS, de sorte que no último dia do mês aperfeiçoaram-se os fatos geradores, iniciando-se aí, respectivamente, a contagem do prazo quinquenal para a prática do ato administrativo a que alude o artigo 150, § 4º do CTN.

Aplicando-se as regras de contagem insertas no artigo 210 do CTN e artigo 66, § 3º, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, quais sejam, que se exclui o dia de início e inclui-se o dia final, bem como, que na fixação de prazo em meses e anos conta-se data a data, apercebe-se que em 25 de março de 2009, quando se ultimaram os lançamentos, já se encontrava perecido o direito fiscal em proceder aos lançamentos complementares afetos aos fatos geradores encerrados até 28 de fevereiro de 2004.

Considerando que a decisão recorrida já reconheceu a decadência do crédito da COFINS do mês de janeiro, o entendimento ora esposado vale para o débito fiscal do mês de fevereiro, bem assim, para aqueles afetos ao PIS dos meses de janeiro e fevereiro.

Não se cogita no fenômeno decadencial quanto ao IRPJ e CSLL porque o crédito tributário destes gravames com vencimento mais antigo reporta-se à data de 31/03/2004, dia do encerramento do primeiro trimestre civil.

No toca à omissão de receita importa à questão o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que trata de presunção relativa quando a pessoa jurídica não logra comprovar a origem dos recursos utilizados nas operações de depósitos ou de investimentos em conta mantida junto a instituição financeira.

Assim dispõe o citado dispositivo legal:

*"Art. 42 – Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações*

*Art. 88 Revogam-se .*

*(.)*

*XVIII – o §5.º do art. 6.º da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990*  
*"*

Assim, o Fisco, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada para satisfazer o *onus probandi* a seu cargo. Antes tal previsão não existia e com isso precisava, nos estritos termos do parágrafo 5.º e do *caput* do artigo 6.º da Lei nº 8.021 de 1990, não apenas constatar a existência dos depósitos, mas estabelecer uma conexão, um nexo causal, entre estes depósitos e alguma exteriorização de riqueza e/ou operação concreta do sujeito passivo que pudesse ter dado ensejo à omissão de receitas.

Enfim, não se tributa o depósito bancário nem tampouco se interpreta que ele seja o fato gerador dos tributos. O que se está tributando é uma importância financeira de propriedade da Recorrente que, pelo fato de não estar escriturada, declarada ou justificada, deve ser considerada receita omitida, segundo a legislação acima reproduzida, que presume que este montante na verdade se origina de receita tributável auferida e não declarada.

O contribuinte, de sua parte, afasta a presunção *iuris tantum* produzindo a prova em contrário, no caso apresentando os documentos que comprovem a origem dos valores depositados em sua conta bancária. Não o fazendo, como ao longo da pesquisa fiscal efetivamente não o fez, nem tampouco os remédios recursais aviados (impugnação e recurso voluntário) se fizeram acompanhados desses comprovantes, lícito concluir que se tratam de receitas tributáveis não incorporadas àquelas registradas na escrituração.

Verificada a omissão de receita cumpre à autoridade tributária determinar o valor dos tributos de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão, consoante determinação do artigo 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, *verbis*:

*"Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão."*

Este comando, como visto, impede maiores digressões, notadamente a alternativa invocada pela defesa para que se desse a apuração do lucro pela via do arbitramento.

Com efeito, em sendo empresa tributada pelo lucro real trimestral, e não havendo desclassificação da sua escrita no ano fiscalizado (2004), medida admitida em casos extremos (ausência de livros ou desclassificação da escrituração), os valores devidos pela autuada devem ser determinados mediante a aplicação, sobre a receita apurada, das alíquotas (imposto e adicional) definidas na lei.

Por sua vez, não prospera o argumento de que não existem planilhas fiscais desconsiderando da base de cálculo os valores dos cheques devolvidos, transferências bancárias entre contas do mesmo titular e aplicações financeiras, além dos empréstimos e financiamentos concedidos pelas instituições financeiras para o capital de giro da *DISMATIC*, uma vez que o demonstrativo de fl. 791 demonstra claramente a exclusão dos valores dos cheques devolvidos e transferências bancárias, e até mesmo das cifras noticiadas pelos borderôs. Quanto a eventuais créditos de aplicações financeiras ou de empréstimos, se existentes, bastava a Recorrente apresentar os comprovantes, os quais certamente seriam levados em conta pelo próprio Fisco ou Turma recorrida, e até mesmo por este Colégio.

Noutro giro, e como bem assentado pela decisão recorrida, inexiste espaço para deduções do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, afora a questão de que não se concebe excluí-lo quando se tem em foco a figura da omissão de receita ante a elementar falta de comprovação de que a contribuinte teria assumido este ônus.

No que toca à expressão dos juros de mora se darem pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) a que alude o § 3º do artigo 61, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, regularmente vigente no ordenamento jurídico, observo que a matéria já se encontra sumulada por esta Corte, de sorte que não mais comporta discussões. Veja-se:

*Simula CARF nº 4*

*A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Com tais razões, dou parcial provimento ao recurso voluntário para reconhecer a extinção do crédito tributário das contribuições ao PIS dos meses de janeiro e fevereiro de 2004, bem assim, da COFINS do mês de fevereiro, na forma do artigo 156, inciso V, do Código Tributário Nacional, seguindo-lhe a sorte a parcela correspondente à multa de ofício.

JOSÉ SERGIO GOMES