



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

Processo nº 16832.000155/2008-59
Recurso nº 521483 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.380 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de novembro de 2010
Matéria IRPJ/Reflexos
Recorrente VILA PROMOTORA DE CRÉDITOS E VENDAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002

DECADÊNCIA DO DIREITO DO FISCO LANÇAR TRIBUTOS SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. Restando configurado que o sujeito passivo não efetuou recolhimentos, o prazo decadencial do direito do Fisco constituir o crédito tributário deve observar a regra do art.173, inciso I, do CTN. Precedentes no STJ, nos termos do RESP nº 973.733-SC, submetido ao regime do art.543-C do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, pelo voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso de ofício, para afastar a decadência do IRPJ e CSLL referentes aos fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2002, o Pis e a Cofins referentes ao mês de dezembro de 2002 e determinar o retorno dos autos à DRJ para apreciação do mérito. Vencidos os conselheiros Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Sergio Luiz Bezerra Presta e Guilherme Polastri Gomes da Silva, que não afastavam a decadência. O conselheiro Sérgio Luiz Bezerra Presta acompanhou a divergência pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner – Presidente

Assinado digitalmente em 17/12/2010 por ANTONIO BEZERRA NETO 21/12/2010 por VIVIANE VIDAL WAGNER

Autenticado digitalmente em 17/12/2010 por ANTONIO BEZERRA NETO

Emitido em 21/12/2010 pelo Ministério da Fazenda

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Eduardo Martins Neiva Monteiro, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Guilherme Pollastri Gomes da Silva e Viviane Vidal Wagner. Ausentes momentânea e justificadamente os conselheiros Mauricio Pereira Faro e Karem Jureidini Dias.

Relatório

Trata-se de recurso de ofício em face do Acórdão nº 12-28.064, da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro I-RJ.

Por economia processual, adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

Trata o presente processo dos autos de infrações lavrados pela Delegacia de Fiscalização (RJ), referentes aos fatos geradores apurados nos quatro trimestres de 2002, por meio dos quais são exigidos do interessado o imposto sobre a renda de pessoa jurídica – IRPJ, no valor de R\$ 69.642.191,84 (fls. 1792/1798 e termo de constatação às fls. 2/15), a contribuição para o Pis, no valor de R\$ 4.716.981,72 (fls. 1799/1805), a contribuição para o financiamento da seguridade social – Cofins, no valor de R\$ 21.770.684,96 (fls. 1806/1810), e a contribuição social sobre o lucro líquido – CSLL, no valor de R\$ 7.837.446,54 (fls. 1811/1817), acrescidos da multa de 150% e dos encargos moratórios.

2- Fundamentaram as exações do IRPJ e da CSLL: arbitramento do lucro, visto a não apresentação dos livros e documentos da escrituração. Tomou-se como receita conhecida para de terminação das bases de cálculos os depósitos bancários de origens não comprovadas.

2.1- O Pis e a Cofins foram autuados por omissões de receitas, tendo como bases de cálculos os depósitos bancários de origens não comprovadas.

3- Por apresentar movimentação financeira incompatível com as receitas declaradas e por não ter sido localizado o interessado, os sócios Alzimir Xavier Machado e Armando Carneiro da Silva foram intimados por via postal a apresentar os livros e documentos comerciais e fiscais. Em relação ao primeiro sócio, o aviso de recebimento – AR retornou com a indicação de “recebida por terceiros” e ao segundo sócio com a indicação de “ausente”. Como alternativa, o interessado foi intimado por edital.

3.1- Por meio da quebra do sigilo bancário, obtiveram-se extratos e documentos das contas no Unibanco e no Banco Cruzeiro do Sul. Em diligência à cerca de 60 pessoas e empresas que receberam valores do interessado, somente um confirmou ter realizado transação comercial ou financeira com o interessado e outros terem se relacionados com o Banco Cruzeiro do Sul.

3.2- Na documentação analisada constatou-se o envio de mensagens por correio eletrônico de terceiros para o Banco Cruzeiro do Sul, cheques descontados no caixa desse banco, bem como a abertura da conta em 8/1/2001, nesse banco, quando o interessado só foi constituído em 1/8/2001.

3.3- A advogada da sócia Alzenir Xavier Machado, no processo administrativo 19515.000050/2008-81, informou que ela (sócia) nunca exerceu atividade empresarial, não é sócia do interessado e nem conhece o outro sócio (Armando Carneiro da Silva). A farsa pode ser constatada na leitura do contrato social, ao colocarem-na como sendo do sexo masculino e comerciante, bem como na comparação das assinaturas constantes no contrato social e na carteira de identidade.

3.4- Diante das evidências de que pessoas ligadas ao Banco Cruzeiro do Sul seriam os verdadeiros gestores do interessado, foi imputada a esse banco a responsabilidade solidária, lavrando-se o termo de ciência de fls. 20/35.

3.5- Em face do apurado, o Banco Cruzeiro do Sul foi intimado para comprovar as origens e as naturezas dos créditos realizados nas contas correntes do interessado (fls. 242/243, 247/364, 1596/1612, 1726/1733 e 1741/1743). Diante da falta de comprovação, os valores foram considerados como receitas omitidas, exigindo-se os respectivos tributos trimestralmente (resumo das bases de cálculos à fl. 1789).

3.6 – O interessado foi cientificado por edital publicado no Diário Oficial do Est. do Rio de Janeiro em 15/12/2008 (fl. 1790) e o Banco Cruzeiro do Sul por via postal em 27/12/2008 (fl. 1791).

4- Ao impugnar a exigência, fls. 1843/1889 (documentos de fls. 1890/1958), o Banco Cruzeiro do Sul alega, em síntese, que:

- o pedido de vista dos autos em 7/1/2009 foi-lhe negado, ocasionando o cerceamento no direito de defesa;

- ocorreu a decadência, tanto se aplicando o art. 150, §4º, quanto se aplicando o art. 173, ambos do CTN;

- as declarações obtidas de terceiros pela fiscalização são evasivas e não guardam qualquer relação ou nexo de causalidade que pudessem justificar a responsabilidade solidária;

- os e-mails nada provam, além de serem em reduzido número em relação ao volume das operações realizadas;

- com a mudança decorrente da implantação do sistema brasileiro de pagamento – SBP instituindo-se a liquidação em tempo real, o Banco Cruzeiro do Sul optou, por uma questão de segurança, informar como remetente dos TED ou E-DOC seu próprio nome e respectiva conta, para ao final do dia, após conciliação dos valores e ordens emitidas, debitar a conta do cliente emissor da ordem de transferência, sem incorrer em riscos de erro;

- a autorização de saques antes da compensação de cheques depositados é usual e não encontra qualquer vedação regulatória, dependendo exclusivamente da confiança da instituição financeira;

- a conta bancária foi aberta em 8/1/2002 e não em 8/1/2001. Ocorreu um erro de digitação. Junta documento emitido pelo Banco Central (relatório de consulta de clientes BACEN) para comprovação;

- colocou à disposição da fiscalização cópia de todos os documentos necessários à abertura da conta corrente do interessado;

- as denúncias da advogada da sócia Alzenir Xavier Machado nada significam ou provam contra o Banco Cruzeiro do Sul;

- não foi produzida prova pela fiscalização do interesse comum entre o interessado e o Banco Cruzeiro do Sul;

- não foi identificado pela fiscalização qualquer ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos;

- da aplicação do art. 135, III, do CTN excluem-se as hipóteses de simulação dos atos societários, mediante as quais interpostas pessoas, comumente denominada "laranjas";

- o Banco Cruzeiro do Sul nunca exerceu os cargos de mandatário, preposto, empregado, diretor, gerente ou representante do interessado ou sequer teria praticado qualquer ato com excesso de poderes, infração de lei ou contrato social que legitimasse a imputação de responsabilidade nos termos do art. 135 do CTN;

- não cabe a aplicação da multa agravada, em face da inexistência de provas e da imaterialidade dos indícios acerca da suposta existência de fraude, dolo ou simulação.

4- É o relatório.

A DRJ CANCELOU o lançamento, nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002

DECADÊNCIA. LANÇAMENTOS POR HOMOLOGAÇÃO.

Aos lançamentos por homologação, dos quais se submetem o IRPJ, o Pis, a Cofins e a CSLL, o prazo decadencial ocorre após 5 anos, a contar do fato gerador, desde que constatado o recolhimento do tributo. Em não havendo recolhimento, a contagem do prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Como exercício entende-se período de apuração.

A DRJ recorreu de ofício da sua decisão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator.

O recurso de ofício reúne as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Decadência

A DRJ cancelou todo o lançamento uma vez que “... quer seja pela falta de pagamentos dos tributos, quer seja pela aplicação da multa qualificada, visto que em tese o Banco Cruzeiro do Sul teria se utilizado de interposta pessoa, a contagem do prazo decadencial se opera sob a disposição do art. 173, I, do CTN.”

No tocante ao prazo de decadência, em primeiro lugar, reconhecendo a controvérsia que o tema envolve, ressalvo a minha opinião particular de ter defendido anteriormente que o fato contingente de existir ou não pagamentos não teria o condão de interferir na natureza do tributo sujeito a homologação e por consequência aplicar-se-ia a regra do art. art. 150, § 4º do CTN, ressalvado o caso de fraude ou dolo em que preponderaria a regra do art. 173, I do CTN.

Entretanto, curvo-me a partir deste voto à jurisprudência atual do STJ, no sentido de entender que a aplicação do art.150, §4º, do CTN atrai a realização de um pagamento. Na ausência desse pagamento, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se também após 5 (cinco) anos, mas, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art.173, I, do CTN).

Quanto à matéria, adoto, portanto, a posição consolidada do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PETIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL ASSINADA POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. SÚMULA 115/STJ. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

.....
3. Nos créditos tributários relativos à contribuição previdenciária – tributo sujeito a lançamento por homologação – cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, caso em que se aplica o art. 173, I, do CTN, deve o prazo decadencial de cinco anos para a sua constituição ser contado a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, escorreito o acórdão recorrido, o qual entendeu pela exigibilidade integral dos débitos referentes ao ano base de 1992.

.....
7. Recurso especial não conhecido. (Segunda Turma, REsp 1154592 / PR, Min. Castro Meira, Julg. 20/05/2010, DJe 02/06/2010).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando incorre o pagamento antecipado pelo contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de ofício substitutivo é determinado pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

2. Orientação reafirmada pela Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp nº 973.733/SC, Relator Ministro Luiz Fux,

sob o rito dos recursos repetitivos (Código de Processo Civil, artigo 543-C).

3. Agravo regimental improvido. (Primeira Turma, AgRg no REsp 1120220 / PR, Min. Hamilton Carvalho, Julg. 18/05/2010, DJe 02/06/2010)

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 inocorre, 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).

.....

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (Primeira Seção, REsp 973.733/SC, Min. Luiz Fux, Julg. 12/08/2009, DJe 18/09/2009)

Dos demais tributos (CSLL, PIS E COFINS)

Ressalte-se que a conclusão supra não prejudica, nesse particular, os lançamentos decorrentes relativamente às contribuições sociais (CSLL, PIS e COFINS), cujo disciplinamento envolvendo a decadência não mais possui regramento próprio (artigo 45, da

Lei nº 8.212, de 1991), após a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 44 e 45 do referido diploma legal. A matéria foi contemplada com a Súmula Vinculante nº 8:

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

Dessa forma, a regra do art. 173, I do CTN, no caso de ausência de pagamento também se aplica às contribuições sociais (tributos sujeitos à homologação).

Vejamos agora a aplicação da regra geral referida no art. 173, I do CTN ao caso concreto.

O IRPJ e a CSLL foram tributados sob o regime do lucro arbitrado, onde apuração se dá trimestralmente, mas ao termo “exercício” não se pode emprestar a conotação dada pela DRJ, pois continua se referindo a todo o ano e não a parte dele a depender do regime tributário. Assim, merece reforma em parte a contagem do prazo decadencial feita pela DRJ. É de se ver.

Dessa forma, o início do prazo decadencial para os períodos mais antigos – primeiro a terceiro trimestres de 2002 se iniciam em 1/1/2004 e findam para efeito de lançamento em 31/12/2008. Como a ciência do lançamento foi em 27/12/2008 (fl. 1791) e para o interessado em 30/12/2008, por ter sido feito por edital publicado em 15/12/2008 (fl. 1790), está afastada a decadência do lançamento do IRPJ e da CSLL.

O Pis e a Cofins possuem apurações mensais, o início da contagem do prazo decadencial até o mês de novembro de 2002 se iniciou em 1/1/2003 e a decadência ocorreria em 31/12/2007. Como a ciência se deu, depois, 27/12/2008 (fl. 1791) e para o interessado em 30/12/2008, por ter sido feito por edital publicado em 15/12/2008 (fl. 1790), está decaído, portanto, o Pis e a Cofins até 30/11/2007. Quanto ao Pis e a Cofins de dezembro de 2002, a contagem do prazo decadencial se iniciou em 01/01/2003 e a decadência ocorreria apenas em 31/12/2008, portanto, está afastada a decadência para este período.

Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso de ofício, para restabelecer todo o IRPJ e CSLL de 2002, bem assim o Pis e a Cofins de dezembro de 2002, por não ter havido a decadência e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos à DRJ para apreciação do mérito da lide em relação ao que restou restabelecido.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto