



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

Processo nº 18088.000815/2007-16
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-006.067 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de outubro de 2018
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - PIS E COFINS
Recorrente PATREZÃO HIPERMERCADOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2001 a 30/09/2001

AUTO DE INFRAÇÃO. DECADÊNCIA. ART. 173, I, DO CTN.

Segundo leitura sistemática dos artigos 150, §4º, e 173, inciso I, ambos do Código Tributário Nacional, decai em 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado, o direito da fazenda pública constituir crédito tributário relativo a tributo sujeito a lançamento por homologação, quando presentes elementos indicadores da ocorrência de dolo, fraude ou simulação, ainda que haja pagamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente.

(assinado digitalmente)

Diego Weis Junior - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Gilson Macedo Rosenberg Filho, Walker Araujo, Corinho Oliveira Machado, Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Diego Weis Junior, Raphael Madeira Abad e Paulo Guilherme Déroulède (Presidente).

Relatório

Por bem transcrevê-los, adoto o relatório da decisão recorrida como parte da narrativa dos fatos e atos já ocorridos neste processo, atualizando, contudo, a numeração das páginas para fazê-las coincidir com a via digitalizada do PAF.

Contra o contribuinte acima qualificado foi lavrado auto de infração, cuja ação fiscal contemplou os meses de janeiro a setembro de 2001 e exigiu Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) de R\$ 421.413.53, acrescida de juros de mora e multa de ofício qualificada, totalizando crédito tributário de R\$ 1.493.118,29 (fls. 06/15), cujo substrato acha-se assentado na omissão de receitas decorrentes de depósitos bancários não contabilizados.

Consta do Relatório de Atividade Fiscal (fls. 16/28) que os créditos bancários efetuados em contas mantidas pela contribuinte não foram objeto de fiscalização, cuja atividade concentrou-se na movimentação bancária dos sócios Geraldo Patreze e Roberto Patreze.

Segundo referido relatório, "os valores movimentados nas contas bancárias do sr. Geraldo Patreze (algumas em conjunto com o sr. Roberto Patreze), cuja origem não foi comprovada, foram lançados como omissão de receita da empresa Patreze tendo em vista ter ficado comprovado tratar-se de recursos da referida pessoa jurídica". Para embasar o lançamento escorrou-se em informações prestadas pela contribuinte que trazem nelas consignadas frases que relatam a ocorrência de envio de extratos de contas mantidas por pessoa física utilizada pela pessoa jurídica.

Por entender que ocorrera crime contra a ordem tributária elaborou a autoridade tributária representação fiscal para fins penais, em consonância com a legislação de regência, autuada sob nº 18088.000816/2007-61, cujo volume I acha-se apensado aos presentes autos. Consta na capa dos autos informação destacada que indica estarem os demais volumes que compõem o respectivo processo arquivados na Delegacia da Receita Federal do Brasil em Araraquara, SP.

Instruem o processo volumes anexos apensados, descritos no termo de juntada de fls. 220/221 que apresentam as seguintes características:

- anexo I — constituído por intimações, respostas e documentos relacionados com verificações efetuadas junto ao sócio Geraldo Patreze;

- anexo II — formado por cópia dos extratos correspondentes às contas bancárias que têm como titular o sócio Geraldo Patreze, com o registro de que algumas são em conjunto com o sócio Roberto Patreze;

anexo III — constituído por planilhas que relacionam depósitos ou créditos para os quais foram identificados lançamentos contábeis, planilhas que relacionam lançamentos contábeis para os quais foram identificados os respectivos depósitos ou créditos, plano de conta dos anos-calendário de 2001 a 2004 e lançamentos contábeis de pagamentos efetuados aos sócios, elaboradas no decorrer dos trabalhos de fiscalização.

Cientificada do lançamento, a contribuinte apresentou impugnação (fls.227/278) em que alega,

- a) improcede o lançamento em face de ter havido quebra de sigilo bancário sem autorização judicial;*
- b) descabe constituição de crédito baseada em presunção de omissão de receitas;*
- c) é incabível tributar como receita omitida pela empresa as importâncias apuradas na verificação das contas de depósitos dos sócios;*
- d) inexistência de descrição no auto de infração e no relatório fiscal de qual ato normativo que permite tributare-se contas correntes dos sócios como se fossem da impugnante; tampouco existem ato legal que suporte o lançamento e instrução probatória suficiente para tal desiderato;*
- e) a Fazenda Pública decaiu do direito de proceder ao lançamento do tributo;*
- f) a autoridade tributária deixou de observar o princípio da não-cumulatividade para o lançamento do PIS e da Cofins;*
- g) é inconstitucional o aumento da base de cálculo alterado pela Lei nº 9.718, de 1998, bem assim a majoração da alíquota da Cofins;*
- h) é indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins;*
- i) improcede o lançamento de juros à taxa Selic;*
- j) a multa aplicada é confiscatória e inconstitucional.*

Ao final propugnou pela acolhida de seu pleito e acaso não seja acolhida a tese de impossibilidade de presunção, sejam os autos baixados para realização de diligência.

Em sessão de 13.06.2008 a 5ª Turma da DRJ/RPO julgou improcedente a manifestação de inconformidade em acórdão assim ementado (fls. 297 a 313):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2001

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Caracterizam omissão de receita, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

EXTRATOS BANCÁRIOS FORNECIDOS PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. LC nº 105/01. PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO.

O art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/01, autoriza a autoridade fiscal a requisitar informações acerca da movimentação financeira do contribuinte, desde que já instaurado o procedimento de fiscalização e o exame dos documentos seja indispensável à instrução, preservado o caráter sigiloso da informação. O acesso a informações junto a instituições financeiras, para fins de apuração de ilícito fiscal, não configura ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo bancário, desde que cumpridas as formalidades legais exigidas.

PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FATO INDICIÁRIO. FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO.

A presunção legal juris tantum inverte o ônus da prova. Neste caso, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário não comprovado (fato indiciário) corresponde, efetivamente, ao auferimento de rendimentos (fato jurídico tributário). Cabe ao Fisco simplesmente provar a ocorrência do fato indiciário; e ao contribuinte cumpre provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO. DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Nos lançamentos de ofício aplica-se a regra contida no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, que estabelece prazo de cinco anos a partir do primeiro dia em que o lançamento poderia ter sido efetuado, para que a Fazenda Pública proceda a constituição do crédito tributário respectivo, nas situações em que ocorra dolo, fraude ou simulação.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Argüições de inconstitucionalidade refogem à competência da instância administrativa, salvo se já houver decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, hipótese em que compete à autoridade julgadora afastar a sua aplicação.

JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

A cobrança de juros de mora está em conformidade com a legislação vigente, não sendo da competência desta instância

administrativa a apreciação da constitucionalidade de atos legais. Inexiste ilegalidade na aplicação da taxa Selic, porquanto o Código Tributário Nacional (art. 161, § 1º) outorga à lei a faculdade de estipular os juros de mora incidentes sobre os créditos não integralmente pagos no vencimento e autoriza a utilização de percentual diverso de 1%, desde que previsto em lei. Não é da competência desta instância administrativa a apreciação da constitucionalidade de atos legais.

MULTA QUALIFICADA.

Cabível a aplicação da multa de ofício qualificada, quando apurado que o sujeito passivo valeu-se de artifício doloso, materializado na prática reiterada de infrações tributárias visando sonegação fiscal.

Cientificado da decisão de primeira instância por via postal em 05.08.2008 (fls. 324 a 326), o contribuinte apresentou, em 03.09.2008¹, recurso voluntário tempestivo (fls. 327 a 379), onde repete todas as alegações já aduzidas na impugnação e acrescenta mais uma, sustentando ser inconstitucional a majoração da alíquota da COFINS para 3%.

Em despacho datado de 05 de junho de 2014, o então presidente da 2ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara, da Terceira Seção de julgamento, encaminhou o processo à Primeira Seção de julgamento por entender que a infração - omissão de receita - que o contribuinte foi acusado de ter praticado, e que serviu de base para o lançamento da COFINS, configura-se como infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ, sendo a competência para o julgamento do recurso voluntário da 1ª Seção de Julgamento, conforme determinava o inciso IV, do art. 2º do RICARF. (fls. 540)

Em 29.10.2015, em novo despacho, o presidente da 1ª Turma, da 3ª Câmara, da Primeira Seção, noticiou a revogação do dispositivo que serviu de base à transferência do processo àquela seção, restituindo-o para a terceira seção de julgamento.

Em 28.03.2017 esta turma, em outra composição, resolveu, por unanimidade de votos, em declinar novamente a competência para a Primeira Seção de Julgamento por entender que tratava-se de processo formalizado com base nos mesmos elementos de prova de matéria afeta àquela seção.

Foram interpostos, pela conselheira relatora, Embargos Inominados face à Resolução de nº 3302-000.564, à época admitidos pelo então presidente desta turma, que devolveu os autos à relatora para inclusão em pauta.

Em síntese, aduziu a embargante que a decisão fundou-se em dispositivo revogado do RICARF, sendo a redação vigente e aplicável ao caso no sentido de que a competência para o julgamento do recurso em apreço é da Terceira Seção de Julgamento.

No caso concreto, conforme consta no excerto do despacho do Conselheiro Wilson, que transcreve o despacho de fls. 540, emitido pela 2ª TO da 3ª Câmara da Terceira Seção, de 05/07/2014, não houve exigência de IRPJ, apenas de CSLL.

¹ Vide Despacho de fl. 384

*Entendo que o texto do inciso IV do art. 2º do RICARF, acima, e o texto do inciso III do art. 6º levam à conclusão de que é necessário que tenha havido a formalização de um processo com a exigência do IRPJ, pois o primeiro (art. 2º) fala em **formalizados** com base nos mesmos elementos de prova e o segundo (art. 6º) em **outro processo formalizado em um mesmo procedimento fiscal**, com base nos mesmos elementos de prova.*

Por esse motivo, valendo-me da disposição entabulada no inciso I do § 1º do artigo 65 deste Conselho, apresento embargos inominados sobre a Resolução n. 3302-000.564 para reconhecer a competência desta 2ª Turma da 3ª Câmara da 3ª Seção para julgar o recurso voluntário interposto por Patreção Hipermercados Ltda.

Consoante a despacho datado de 27.03.2018, foi este processo redistribuído no âmbito desta turma, conforme dispõe o §8º do artigo 49 do Anexo II do RICARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Diego Weis Junior, Relator.

1 Dos Embargos Inominados.

Inicialmente, cumpre analisar o conteúdo dos Embargos Inominados interpostos pela então conselheira relatora, Lenisa Rodrigues Prado, face à Resolução nº 3302-000.564, de 28.03.2017, por meio da qual esta turma, em outra composição, declinou da competência para a Primeira Seção de julgamento, por entender que os autos sustentavam-se nos mesmos elementos de prova utilizados para cobrança de CSLL, tendo por pano de fundo a legislação do IRPJ.

Percebe-se que a autuação foi em razão de omissão de receitas (depósito bancário não identificado), de onde resultou o lançamento de CSLL. Tal infração está tipificada na legislação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (Lei n. 9.430/1996).

Considerando a distribuição de competências previstas no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, entendo que a 1ª Seção de Julgamentos é o órgão competente para apreciar as razões contidas no recurso voluntário do processo em referência, já que:

"Art. 2º À 1ª (primeira) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de 1ª (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ);

II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL);

III - Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), quando se tratar de antecipação do IRPJ;

(...)

*IV - CSLL, IRRF, Contribuição para o PIS/PASEP ou Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), quando reflexos do IRPJ, **formalizados com base nos mesmos elementos de prova.***

Portanto, voto por declinar a competência do julgamento do recurso interposto por Patreção Hipermercados Ltda para a 1ª Seção de Julgamentos.

Sustenta a embargante que o disposto no inciso IV, do art. 2º, deve ser interpretado à luz do contido no art. 6º, ambos do RICARF, *in verbis*.

Art. 6º. Os processos vinculados poderão ser distribuídos e julgados observando-se a seguinte disciplina:

(...)

III - reflexo, constatado entre processos formalizados em um mesmo procedimento fiscal, com base nos mesmos elementos de prova, mas referentes a tributos distintos.

Aduz ainda a embargante que no caso em tela não houve exigência de IRPJ sobre os mesmos fatos que originaram o lançamento de COFINS, apenas houve de CSLL.

Por fim, conclui seu entendimento no sentido de que somente caberia à primeira seção julgar o presente recurso se houvesse a formalização de um processo com a exigência do IRPJ sobre os mesmos fatos, vez que o disposto no inciso IV do art. 2º do RICARF fala em ***formalizados com base nos mesmos elementos de prova***, enquanto que o inciso III do art. 6º faz alusão à ***outro processo formalizado em um mesmo procedimento fiscal, com base nos mesmos elementos de prova***.

Trata o presente PAF de auto de infração para exigência de COFINS sobre receitas supostamente omitidas, apuradas pela fiscalização com base em depósitos bancários não contabilizados, ocorridos no período de janeiro/2001 a setembro/2001.

Compulsando os Mandados de Procedimento Fiscal de fls. 3 a 5, constata-se que os períodos de apuração sobre os quais foi lançada a auditoria fiscal da COFINS, são distintos dos períodos fiscalizados em relação ao IRPJ. Vejamos.

Tributos e Períodos Fiscalizados	
Tributo	Período
IRPJ	10/2001 a 12/2004
CSLL	01/2001 a 09/2001
COFINS	01/2001 a 09/2001

Assim, por se tratar de períodos de apuração distintos, não há como sustentar ter sido o presente processo formalizado com base nos mesmos elementos de prova relativos à apuração do IRPJ.

Destarte, o acolhimento dos embargos inominados com vistas a reconhecer a competência desta turma para o julgamento da presente demanda é medida que se impõe.

Em decorrência do reconhecimento da competência desta turma, passa-se à análise do recurso voluntário interposto pelo contribuinte.

2 Do Recurso Voluntário.

2.1 DA TEMPESTIVIDADE

O Contribuinte tomou ciência da decisão de primeira instância em 05.08.2008², tendo postado a peça recursal em 03.09.2008³. Destarte, segundo inteligência do ADN Cosit nº 19, de 26.05.1997, é tempestivo o presente recurso voluntário.

2.2 DA DECADÊNCIA.

Sustenta a recorrente ter decaído o direito do fisco constituir crédito tributário da COFINS relativa aos períodos de janeiro de 2001 a setembro de 2001, haja vista que a ciência do lançamento de ofício se deu em 11 de dezembro de 2007.

Embora equivocada em relação ao dia da ciência do auto de infração, que somente ocorreu em 17.12.2007, e não em 11.12.2007, conforme se comprova pelo documento de fl. 7, assiste razão ao recorrente.

Sobre a contagem do prazo decadencial e a definição do termo inicial, este Conselho já decidiu, em inúmeros julgados, segundo inteligência do REsp nº 973.733-SC, que para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que há pagamento antecipado pelo contribuinte, aplica-se a regra decadencial prevista no art. 150, §4º, do CTN, excetuados os casos em que for comprovada a ocorrência de simulação, conduta dolosa ou fraudulenta, bem como aqueles em que não há pagamento antecipado, hipóteses em que se aplicará a regra decadencial prevista no art. 173, I, do mesmo diploma legal.

É o caso, por exemplo, do acórdão 9101-001.493, proferido pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF.

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO
LÍQUIDO CSLL*

Exercício: 1998

*DECADÊNCIA DO DIREITO DA FAZENDA NACIONAL
CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO
SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. LANÇAMENTO POR
HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO
ANTECIPADO. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO
PRAZO.*

*Na inexistência de pagamento antecipado ou nos casos em que
for caracterizado o evidente intuito de fraude, a contagem dos*

² Vide AR de fl. 326.

³ Vide fl. 380.

cinco anos deve ser a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, em conformidade com o art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional. Somente ultrapassado esse lapso temporal sem a expedição de lançamento de ofício operase a decadência, a atividade exercida pelo contribuinte está tacitamente homologada e o crédito tributário extinto, nos termos do artigo 150, § 4º e do artigo 156, inciso V, ambos do Código Tributário Nacional. Assim, a contagem do prazo decadencial de cinco anos, na hipótese de falta de recolhimento da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, em consonância com o inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional CTN.

Também nesse sentido já decidiu esta turma, em acórdão de nº 3302-005.377 - Bayonne Cosméticos Ltda. - ME, de relatoria da ilustre conselheira Sarah Maria Linhares de Araujo Paes de Souza.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2010

...

DECADÊNCIA. EFEITOS JURÍDICOS. NÃO OCORRÊNCIA. FRAUDE. ART. 173, I, DO CTN.

Quando há ocorrência de fraude e, por conseguinte, sonegação, logo, o termo inicial da decadência, ainda que haja pagamento, deixa de ser o momento do acontecimento do fato, passando a ser o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme leitura sistemática do artigo 150, § 4º, e 173, inciso I, ambos do Código Tributário Nacional.

No caso concreto, independentemente da discussão acerca de ter havido pagamento, dolo, fraude ou simulação, a fim de esclarecer qual regra decadencial deva ser aplicada, se a presente no art. 150, §4º, do CTN, ou se aquela prevista no art. 173, I, do mesmo diploma legal, o direito do fisco constituir o crédito tributário decaiu. Isso porque, ainda que aplicada a regra do art. 173, cujo prazo decadencial é mais extenso, restou caduco o direito do fisco efetuar o lançamento. Vejamos.

Os períodos de apuração sobre os quais foi realizado o lançamento de ofício ora combatido são de 01/2001 a 09/2001. Destarte, o termo inicial para a consideração da caducidade é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado - 01.01.2002. Conclui-se, portanto, que o último dia de que dispunha o fisco para a constituição do crédito tributário era 01.01.2007. Tendo sido o sujeito passivo notificado somente em 17.12.2007, a decadência já havia operado seus efeitos.

Ou seja, ainda que considerada a hipótese de dolo, fraude ou simulação, ou a inexistência de pagamento, de modo a ser aplicável a contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, I, do CTN, a decadência operou efeitos em 02.01.2007, muito tempo antes da ciência do lançamento de ofício pelo contribuinte, ocorrido em 17.12.2007.

Destaca-se que até mesmo a ciência do contribuinte sobre o Mandato de Procedimento fiscal, ocorrida em 26.11.2007 (fl. 5), foi realizada após o decurso do prazo decadencial.

No mesmo sentido decidiu a 2ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara, da Primeira Seção, por meio do acórdão de nº 1302-00.429, em julgamento do processo nº 18088.000813/200727, deste mesmo contribuinte, oriundo do mesmo MPF, relativo à CSLL dos mesmos períodos de apuração (01/2001 a 09/2001), e com base nos mesmos elementos de prova.

Assunto: CSLL

Ano calendário: 2001

Decadência. CSLL.

Aplica-se o prazo previsto no art. 173, I do CTN para a decadência do direito de lançar a CSLL, quando demonstrada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, reconhecer a decadência.

Diante do exposto, voto por reconhecer a prejudicial de decadência sobre os lançamentos de COFINS relativos aos período de janeiro a setembro de 2001, cancelando o auto de infração ora combatido, vez que constituído unicamente por valores relativos a tais períodos.

(assinado digitalmente)

Diego Weis Junior - Relator