



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

| | |
|--------------------|------------------------------------------------------|
| Processo nº | 19515.000049/2011-51 |
| Recurso nº | De Ofício |
| Acórdão nº | 1302-001.389 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária |
| Sessão de | 06 de maio de 2014 |
| Matéria | IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURIDICA |
| Recorrente | FAZENDA NACIONAL |
| Interessado | EMILYTEC COMÉRCIO DE TELEFONIA E INFORMÁTICA LTDA. |

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

SIGILO BANCÁRIO

É lícito ao Fisco requisitar dados bancários, sem autorização judicial, na vigência do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

ILEGITIMIDADE PASSIVA.

A certidão da Junta Comercial revela que a impugnante se retirou da sociedade em 07/04/2006. Não encontrando nenhum elemento que possa sugerir ter havido simulação daquele ato jurídico ou que demonstre que, a impugnante continuou a praticar atos de administração, a responsabilidade pelos créditos tributários deve ficar restrita às obrigações nascidas até àquela data.

DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

No caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, havendo pagamento antecipado, o prazo decadencial deve ser contado pelo disposto no §4º, do art. 150 do CTN.

MULTA AGRAVADA.

Se a impugnante não chegou a ser intimada a prestar esclarecimentos ou a exibir livros e documentos, não se lhe pode imputar nenhum comportamento obstativo da fiscalização que mereça o agravamento da multa.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Quando há harmonia entre as irregularidades que ampararam os lançamentos do IRPJ e das Contribuições Sociais, o que foi decidido em relação àquele é aproveitado nos lançamentos destas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Veiga Rocha, Gilberto Baptista, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Eduardo de Andrade, Helio Eduardo de Paiva Araujo e Alberto Pinto Souza Junior.

Relatório

Trata o presente processo, de lançamento decorrente de omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, no montante de R\$ 30.933.836,66, compreendendo IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, acrescidos de multa e juros.

Não tendo a fiscalização localizado a empresa nem os sócios, apesar de inúmeras intimações, feitas até por edital e verificado que o CNPJ da mesma se encontrava inapto junto a Receita Federal, solicitou RMF da contribuinte em relação a uma série de bancos com os quais possuía movimentação financeira.

De posse das informações solicitadas e após eliminar as transferências entre contas de mesma titularidade e demais depósitos considerados de terceiros, verificou a fiscalização, que apesar de sua condição de optante pelo simples nos anos-calendários de 2006 e 2007, teve uma movimentação financeira de R\$ 122.747.419,42.

Através do Ato Declaratório Executivo Dicat/Derat/SPO nº 246, de 26/11/07 a fiscalizada foi excluída do SIMPLES a partir de 01/01/2005, desta forma, a Receita Bruta declarada no período 01/01/2006 a 31/07/2007, através das PJSI foi incluída na apuração da Receita Bruta, apurada pela fiscalização, deduzidos os tributos recolhidos.

Em relação ao ano-calendário de 2008, a Contribuinte optou pelo lucro presumido e a fiscalização adotou o mesmo critério.

Considerando o fato de não ter sido atendida a fiscalização e não sendo disponibilizados os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, restou a fiscalização a apuração do valor tributável com base no lucro arbitrado.

Considerando ainda que a fiscalizada e seus sócios, foram intimados diversas vezes e não atenderam às intimações, bem como deixaram de apresentar qualquer esclarecimento solicitado ignorando totalmente a ação fiscal, em conformidade com os incisos I e II , do § 2º , do art. 44 da Lei 9.430/1996, foi agravada a multa de ofício em 50%.

A fiscalização ainda responsabilizou solidariamente as pessoas físicas que, ao tempo da infração, tinham participação no capital social da empresa colocando no pólo passivo, Isaías de Souza Azevedo, Antônio Cláudio Souza dos Santos, Rita Aparecida Kfouri, Chang Kwei Li e Alessandro de Lázaro.

Intimados do auto de infração, apenas Rita Aparecida Kfouri apresentou impugnação, alegando em síntese que:

- um dos fundamentos para lhe imputar a responsabilidade pelo crédito tributário era a situação cadastral da sociedade empresária, que, por não ter sido localizada, constava como inapta. No entanto, o documento que atesta tal situação é de 13/05/2009, cerca de quatro anos depois da retirada da impugnante do quadro societário da empresa. Assim, já não lhe competia à guarda de livros e documentos.

- quanto ao conteúdo do lançamento, alegou decadência parcial em relação ao ano de 2006, bem como erro no procedimento de fiscalização e na apuração da base de cálculo.

- que foram realizadas diversas operações de crédito para obtenção de capital de giro e como os bancos não concediam crédito, a empresa foi obrigada a buscar crédito junto a terceiros. Desta forma, houve grande movimentação financeira, não proveniente de receitas, mas sim de descontos de título.

- que o Auditor Fiscal deveria ter intimado a empresa a apresentar os livros comerciais ou a reconstituir a escrita na busca da verdade material. Não o fazendo, não foram computados na apuração da base de cálculo os custos de produção, as despesas operacionais e as outras deduções legais.

- no que diz respeito ao arbitramento do lucro, afirmou que o lançamento deve observar o princípio da razoabilidade e que, antes de arbitrar, deveria a empresa ter sido excluída do Simples.

- sustentou ainda que quando a receita bruta é conhecida, o arbitramento deve ser efetivado mediante a aplicação de um percentual sobre esse montante, jamais podendo ser considerado como lucro a totalidade dos depósitos no período.

- que as mesmas alegações articuladas contra o IRPJ aplicam-se ao lançamento da CSLL, e quanto ao PIS e à COFINS, disse que não houve sequer faturamento.

- quanto à multa, disse não ser cabível o agravamento já que não era responsável pela guarda de livros e documentos, não foi intimada a apresentá-los e porque a penalidade deve ser aplicada no percentual de 75%.

- finalmente, pugnou pelo cancelamento do auto de infração, da sua exclusão do pólo passivo por ilegitimidade, pela exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do IRPJ e da CSLL e a exclusão do ICMS da base de cálculo dos quatro tributos lançados.

A 2^a Turma da DRJ/Campo Grande, através do acórdão nº 04-26.650, por unanimidade de votos, deu parcial provimento a impugnação, conforme ementa a seguir:

ASSUNTO: IRPJ - CSLL

Ano-calendário: 2006, 2007

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SÓCIO ADMINISTRADOR. ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS.

A responsabilidade do sócio pelas obrigações tributárias da sociedade empresária cinge-se aos atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, limitada ao período em que a pessoa conservou a condição de sócio.

DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação é de cinco anos, contados do fato gerador, o prazo para lançamento suplementar.

LUCRO ARBITRADO. LIVROS E DOCUMENTOS DE ESCRITURAÇÃO COMERCIAL E FISCAL. FALTA DE APRESENTAÇÃO.

A falta de apresentação de livros e documentos de escrituração comercial e fiscal, quando requisitados pela autoridade tributária, é causa de arbitramento do lucro.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA.

Os valores creditados em contas bancárias geram presunção “*juris tantum*” de omissão de receitas, quando a pessoa, não tendo contabilizado, deixar de comprovar a origem dos recursos utilizados nas respectivas operações.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS VALORES DE PIS, COFINS E ICMS. FALTA DE AMPARO LEGAL.

A pretensão de excluir da base de cálculo do IRPJ os valores devidos à título de PIS, COFINS e ICMS não encontra amparo na legislação em vigor.

MULTA AGRAVADA. FATO PRATICADO AO TEMPO DA FISCALIZAÇÃO.

O agravamento da multa só é aplicável em razão de fato praticado ao tempo da fiscalização.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA A COFINS, PIS/PASEP

Ano-calendário: 2006, 2007

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SÓCIO ADMINISTRADOR. ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS.

A responsabilidade do sócio pelas obrigações tributárias da sociedade empresária cinge-se aos atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, limitada ao período em que a pessoa conservou a condição de sócio.

DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação é de cinco anos, contados do fato gerador, o prazo para lançamento suplementar.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA.

Os valores creditados em contas bancárias geram presunção “*juris tantum*” de omissão de receitas, quando a pessoa, não tendo contabilizado, deixar de comprovar a origem dos recursos utilizados nas respectivas operações.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS VALORES DO ICMS. FALTA DE AMPARO LEGAL.

A pretensão de excluir da base de cálculo do PIS os valores devidos à título de ICMS não encontra amparo na legislação em vigor.

MULTA AGRAVADA. FATO PRATICADO AO TEMPO DA FISCALIZAÇÃO.

O agravamento da multa só é aplicável em razão de fato praticado ao tempo da fiscalização.

Diante da decisão e para dar cumprimento ao disposto no art. 34, inciso I do Decreto nº 70325/72 o Presidente da Turma recorreu de ofício ao CARF.

Intimados da decisão, nem o contribuinte nem as pessoas físicas responsabilizadas ingressaram com recurso voluntário.

É o relatório.

Voto

Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator

Conheço do recurso de ofício por preencher os requisitos do Decreto nº 70.235/72.

O recurso de ofício das decisões de primeira instância é disciplinado pelo art. 34 do Decreto nº 70.235/1972, e Portaria MF nº 3, de 03/01/2008. Eis o dispositivo em comento:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

No caso em tela, ao somar os valores correspondentes aos tributos e multa afastados em primeira instância, verifico que superam o limite estabelecido pela norma de regência, razão porque dele conheço.

Em relação à quebra de sigilo bancário, esclareço que este processo já tinha sido sobrestado por esta Turma, através da Resolução nº 1302-000.223, em 05/03/13, por conta da determinação do art. 62-A do RICARF, diante de recurso repetitivo sobre a matéria estar pendente de julgamento no STF.

Porém com a publicação da Portaria nº 545, de 18/11/2013, o art. 62 do RICARF foi revogado e com ele o impedimento do julgamento de processos que envolvam a quebra de sigilo bancário. Com isso o processo retornou para minha relatoria para julgamento, e é o que faço. Colocar a decisão sobre quebra sigilo

Tenho que o ordenamento jurídico brasileiro de há muito vem estabelecendo, em caráter sempre excepcional e em determinadas condições previamente estabelecidas, o acesso a informações bancárias dos contribuintes pelos agentes do Fisco. A rigor, na transferência de dados dos bancos para a Receita Federal não existe violação de sigilo bancário, mas simples transferência dele. Esse também é o entendimento jurisprudencial, como se vê na ementa abaixo:

SIGILO BANCÁRIO. ACESSO ÀS INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial. (Acórdão nº 2801001.338, sessão de 07/02/2011)

Superado o impedimento, passo a analisar somente os pontos da decisão recorrida em que foi dado provimento à impugnação, já que os demais pontos transitaram em julgado, uma vez que, nem a Autuada nem as pessoas físicas responsabilizadas apresentaram recurso a este E. Conselho.

A DRJ em preliminar excluiu parcialmente a responsabilidade solidária de Rita Aparecida Kfouri, reconheceu a decadência do PIS e da COFINS, dos fatos geradores ocorridos até janeiro de 2006 e reduziu a multa de 112,50% para 75%.

Como os demais pontos não afastados pela decisão recorrida transitaram em julgado, uma vez que os Autuados não apresentaram peça recursal a este E. Conselho, passo a analisar a decisão recorrida da DRJ que a meu ver, restou irreparável, razão porque a acompanho pelos seguintes motivos.

O lançamento, colheu duas infrações, a primeira foi a omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, e a segunda, consistiu na adoção indevida do Simples, para o cálculo do tributo.

No aspecto subjetivo, a exigência foi dirigida contra a sociedade empresária e contra as pessoas físicas que tinham participação no capital social, entretanto, apenas Rita Aparecida Kfouri apresentou impugnação, alegando preliminarmente ilegitimidade passiva.

- Da Preliminar de ilegitimidade passiva de Rita Aparecida Kfouri:

A DRJ, como dito, corretamente, acolheu parcialmente a preliminar suscitada.

Segundo restou comprovado nos autos, Rita fez parte do quadro societário da Autuada, exercendo a função de administradora, praticando atos e negócios jurídicos em nome da sociedade empresária.

No entanto, a certidão emitida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo revela, que Rita se retirou da sociedade em 07/04/2006, e nestes autos não consta nenhum elemento que possa sugerir ter havido simulação daquele ato jurídico ou que demonstre que, mesmo tendo se retirado formalmente da sociedade, continuou a praticar atos de administração.

Assim sendo, corretamente entendeu a DRJ que a responsabilidade pelos créditos tributários daquela Impugnante deveria ficar restrita às obrigações anteriores a 07/04/2006, razão porque, excluiu Rita Aparecida Kfouri do polo passivo, relativamente aos créditos tributários cujos fatos geradores se deram depois daquela data.

- Da Decadência:

Em relação à decadência, arguiu-se a decadência parcial, que alcançaria os créditos tributários referentes ao ano de 2006, e a DRJ, corretamente, entendeu que houve efetivamente decadência de parte do crédito constituído.

Em relação à decadência, durante muitos anos, a jurisprudência predominante no CARF, foi no sentido de que, em se tratando de lançamento por homologação, como no caso em tela, o que definia se o termo inicial para contagem da decadência, era a data da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º do CTN), ou, no caso de ser

constatada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado (art. 173, I do CTN).

Na presença desses vícios, o termo inicial, sem voz dissonante, era fixado pelo art. 173, I do CTN.

A divergência que havia era apenas para os casos em que, não presente dolo, fraude ou simulação, não tivesse havido o pagamento antecipado. Nesses casos, havia uma corrente que afastava a aplicação do art. 150, § 4º, deslocando o termo inicial para o art. 173, I.

Com a alteração promovida pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010, que introduziu o art. 62-A ao Regimento Interno do CARF, determinando que *as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF*, essa questão não mais comporta discussões, eis que foi objeto de decisão do STJ na sistemática de recursos repetitivos, na apreciação do REsp nº 973.333-SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux, com a seguinte ementa:

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 RTIGOS 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).

(...)

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Assim a partir desse entendimento, se passou a adotar como termo inicial para a contagem do prazo fatal para a Fazenda promover o lançamento de ofício, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, da seguinte forma:

a) Na ocorrência de dolo, fraude ou simulação: primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado (art. 173, I, do CTN);

b) Não sendo o caso de dolo, fraude ou simulação:

b.1) Tendo havido pagamento (ou confissão em DCTF): data da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN),

b.2) Não tendo havido pagamento (ou confissão em DCTF): primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado (art. 173, I, do CTN).

No caso concreto, a DRJ verificou a existência de pagamento referente aos valores objeto do Auto de Infração, e, desta forma, corretamente aplicou como termo inicial da contagem do prazo decadencial o parágrafo 150, §4º do CTN.

Como a notificação do lançamento se deu em 05/02/2011, conforme AR de fls. 1.354, pode se inferir que, ao tempo da intimação, fevereiro de 2011, já haviam sido alcançados pela decadência os créditos cujos fatos geradores ocorreram até 31 de janeiro de 2006.

Portanto, em virtude da decadência parcial alcançada, devem ser excluídos os créditos relativos ao PIS e à COFINS de janeiro de 2006, respectivamente nos valores de R\$ 30.970,36 e R\$ 141.562,83, conforme decidiu a DRJ.

A decadência não atingiu os créditos de IRPJ, nem de CSLL, uma vez que, tendo sido tais tributos apurados trimestralmente, os respectivos fatos geradores se aperfeiçoaram após janeiro de 2006.

- Da Multa de 112,50%:

No presente caso a multa foi agravada, em virtude da falta de atendimento às intimações para prestar esclarecimentos.

Porém, embora a referida omissão seja causa de agravamento da multa, a Impugnante Rita, efetivamente não fora intimada. Além disso, já teria se retirado da sociedade desde de abril de 2006 e a guarda de livros e documentos, não lhe cabia.

Se a Impugnante não chegou a ser intimada a prestar esclarecimentos ou a exibir livros e documentos, não se lhe pode imputar nenhum comportamento obstátil da fiscalização que mereça o agravamento da multa e por essa razão se deve, apenas para ela, afastar o agravamento, aplicando-se a multa simples no percentual de 75%.

Dante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA em 10/06/2014 15:45:00.

Documento autenticado digitalmente por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA em 10/06/2014.

Documento assinado digitalmente por: ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR em 11/06/2014 e GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA em 10/06/2014.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 11/03/2022.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP11.0322.10208.PA9H

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

**Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:
A2EE9042A20228B4AD1D0803104DBBBB0141B2BA**