



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

Processo nº 10183.004322/2007-65
Recurso nº 520.591 Embargos
Acórdão nº **1103-00.733 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 08 de agosto de 2012
Matéria SIMPLES
Embargante COELHO AUTO PEÇAS LTDA ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2003, 2004

Ementa: EMBARGOS

Não havendo omissão os embargos devem ser rejeitados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade, rejeitar os embargos.

(assinado digitalmente)

Aloysio José Percínio da Silva - Presidente

(assinado digitalmente)

Mário Sérgio Fernandes Barroso - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mário Sérgio Fernandes Barroso, Marcos Shigueo Takata, Eduardo Martins Neiva Monteiro, Cristiane Silva Costa, Hugo Correia Sotero e Aloysio José Percínio da Silva.

Relatório

Trata o presente processo de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO da
COELHO AUTO PEÇAS LTDA ME

COELHO AUTO PEÇAS LTDA ME, acima qualificada, foi lançada no valor total do crédito tributário de R\$ 99.302,05 relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) - Simples, conforme Auto de Infração e demonstrativos (fls. 03-40, vol. 01).

O lançamento ocorreu em virtude dos seguintes fatos: omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários, liquidações de cobranças e transferências entre agências, não escriturados, realizados junto ao Banco Bradesco S/A, Agência 1289-0, conta corrente nº 3.839-3, em relação aos quais a contribuinte foi regularmente intimada e não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações correspondentes aos anos-calendário de 2003, 2004. Enquadramento: art. 24 da Lei nº 9.249/1995; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea “a”, 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96; art. 42 da Lei nº 9.430/96; art. 3º da Lei nº 9.732/98; arts. 1860 188 e 199 do RIR/1999 (fls. 04-08);

Foi à empresa lançada, em procedimentos decorrentes, a recolher: a Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) - Simples, no total do crédito tributário de R\$ 99.302,05 (fls. 41-55); a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) - Simples, no total do crédito tributário de R\$ 324.357,75 (fls. 71-85); a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) – Simples, no valor total do crédito tributário de R\$ 162.178,76 (fls. 56-70); e a Contribuição para Seguridade Social (INSS) – Simples, no valor total do crédito tributário de R\$ 638.225,44 (fls. 86-102) conforme a fundamentação legal constante das referidas autuações. O total do crédito tributário no processo é de R\$ 1.323.366,04 (fls. 02).

Foram juntados os demonstrativos que acompanham os autos de infração às fls. 105-200 (vol. 01). Os demais documentos constam do volume 02.

A contribuinte foi intimada em 18/09/2007 (fls. 272, vol. 02). Foi lavrado Termo de Revelia (fls. 343). A interessada apresentou impugnação em 22/11/2007 (fls. 354-373, vol. 02) alegando, em síntese, o seguinte:

a) preliminarmente, tempestividade da impugnação, pois seu procurador requereu que todas as intimações lhe fossem endereçadas ao escritório profissional, mas tal pleito não foi atendido, o que contribuiu para que não tivesse ciência do auto, e mesmo constando no aviso de recebimento o seu domicílio tributário, é desconhecida a pessoa que o recebeu, muito menos que tal correspondência tenha sido repassada ao representante legal da empresa; e somente tomou conhecimento da autuação por ocasião da devolução de seus livros fiscais e documentos utilizados na fiscalização, em 13/11/2007 (fls. 345), e o fato dos livros não terem sido restituídos em tempo hábil evidencia o cerceamento de defesa;

b) é de ser declarada a nulidade do lançamento tendo em vista que houve violação de seu sigilo bancário, que exige autorização judicial, tendo sido utilizada sua movimentação financeira como base de cálculo para constituição do crédito tributário, o que infringe o art. 5º, X e XII da Constituição e conforme doutrina e decisões de nossos tribunais, que transcreveu;

c) há ilegalidade na utilização da movimentação financeira como base de cálculo para constituição do crédito tributário, já tendo o extinto TFR editado a Súmula nº 182 dispondo que é ilegítimo o lançamento do imposto de renda com base apenas em extratos ou depósitos bancários e, no caso, a autoridade ignorou os arts. 43 e 44 do Código Tributário Nacional na medida em que as transações financeiras, por si só não são capazes de provar a aquisição de disponibilidade econômica, daí porque violou-se tais dispositivos, conforme decisões do Conselho de Contribuintes e CSRF que citou, restando ser declarada a nulidade do auto de infração.

A DRJ decidiu (ementa):

“Inconstitucionalidade E Ilegalidade.

É defeso em sede administrativa discutir-se sobre a constitucionalidade e legalidade das leis em vigor.

Nulidade. Quebra Do Sigilo Bancário.

A utilização, pela fiscalização, de documentos e extratos bancários fornecidos pelas instituições financeiras, face à quebra do sigilo bancário do contribuinte, não configura nulidade, vez que a prova foi obtida nos termos legais.

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 2003, 2004

irpj. omissão de receita. depósitos bancários.

Nos termos da legislação de regência, inexistente sigilo bancário para o Fisco.

Caracteriza omissão de receita os valores creditados em contas bancárias, em relação aos quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Autuações Reflexas Do Simples: Pis/pasep - CSLL - Cofins - CSS/INSS.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se ao lançamento reflexo o decidido no principal.”

A contribuinte, ora recorrente, alega (resumo):

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

A contribuinte Recorrente foi preterida no seu direito de defesa, pois, apesar de requerida a produção de outras provas na impugnação, o órgão julgador de primeira instância não oportunizou tal ato, prolatando a decisão atacada;

Dessa forma, nula se mostra a decisão atacada, pois, mesmo requerida a produção de prova pericial acerca da disponibilidade econômica para fins de lançamento tributário, o órgão julgador nem oportunizou a contribuinte fazer tal produção, nem mesmo as indeferiu em decisão fundamentada, como rege a norma;

Assim, requer o conhecimento da presente preliminar, declarando nula da decisão de fls. 383-389, oportunizando a parte Recorrente a produção da prova pretendida, qual seja, perícia sobre a movimentação financeira ante os documentos existentes nos autos;

PRELIMINAR DA NULIDADE PROCESSUAL POR NÃO OPORTUNIZAR À CONTRIBUINTE APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS

Segundo redação do artigo 2º, X, da Lei Federal nº 9.784/99, todo processo administrativo deverá assegurar, dentre outras, garantia "(...) á apresentação de alegações finais à produção de provas (...) nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio";

In casu, além de não ter havido dilação probatória em detrimento único e exclusivo da Recorrente, também não lhe foi oportunizada a apresentação de alegações finais, o que se infere pela simples análise dos autos, muito embora o dispositivo legal acima seja categórico neste sentido;

PRELIMINAR DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO ANTES DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO ILEGALIDADE

Mesmo que a legislação autorize a quebra do sigilo bancário do contribuinte, nesse procedimento deveria ter que ser observado alguns requisitos, os quais não foram pelo órgão fiscalizador.

Verifica-se, que no procedimento em curso, a quebra se deu antes mesmo da instauração da fiscalização, portanto, desrespeitando o que determina a legislação, bem como o entendimento do STF sobre o assunto;

A quebra se deu anteriormente a instauração do procedimento fiscalizatório, pois, diante dessas informações é que o órgão fiscalizador intimou a Contribuinte Recorrente para prestar esclarecimentos;

Veja-se às fls. 01/02 dos autos que embora tenham sido expedidos os Mandados de Procedimento Fiscal - MPF'S, conforme determina a lei, os mesmos não foram devidamente apresentados à Recorrente, tanto que o campo para ciência da contribuinte está "em branco";

DO ÔNUS DA PROVA DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL.COMPROVAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO CONTRIBUINTE

O ônus da prova caberia ao fisco.

DA ILEGALIDADE NA UTILIZAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DA CONTRIBUINTE COMO BASE DE CÁLCULO PARA A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A base, de cálculo para a apuração do crédito tributário, conforme a própria autoridade responsável pela lavratura dos autos de infrações, foi baseada nas transações bancárias e depósitos efetivados na conta corrente da recorrente perante o Banco Bradesco S.A;

A Jurisprudência que cruzam os nossos Tribunais Federais são no sentido da ilegalidade da base de cálculo seja feita desse modo, pois, é ilegítima o lançamento do imposto apenas em extratos ou depósitos bancários (súmula 182 do TFR).

A 3ª Turma por meio do acórdão n.º 1103-00.467 decidiu:

“NULIDADE CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA Só se cogita da nulidade do ato praticado pela autoridade administrativa, quando presentes os pressupostos dispostos no art. 59 do Decreto nº 70.235/72. Assim, em havendo no lançamento informações e justificativas que permitam ao contribuinte oferecer impugnação fundamentada e completa, não

há de se falar em nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa.

DEPÓSITOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Os depósitos em conta-corrente da empresa cujas operações que lhes deram origem restem incomprovadas presumem-se advindos de transações realizadas à margem da contabilidade.”

Em sede de embargos a contribuinte alega:

Não houvera por parte do acórdão embargado manifestação a respeito da nulidade do acórdão de 1ª instância que não se pronunciara a respeito de produção e prova testemunhal para comprovação da movimentação bancária da contribuinte.

Voto

Conselheiro Mário Sérgio Fernandes Barroso, Relator

Os embargos preenchem os requisitos de admissibilidade, assim, dele conheço.

A embargante alega que o acórdão embargado fora omissivo quanto a nulidade do acórdão de 1ª instância, que não enfrentara a questão das oitivas solicitadas pela contribuinte.

Na realidade o acórdão embargado enfrentou a questão da nulidade por cerceamento ao direito de defesa (produção de provas) como a seguir:

“PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA Não há, em absoluto, nulidade do acórdão recorrido, pois, a produção de provas, de acordo com o Decreto n.º 70.235, de 1972, se dá na impugnação, assim, tal pedido da recorrente não encontra amparo na legislação que rege o processo administrativo fiscal. grifado

Quanto à produção de provas periciais, elas tem a forma própria (Decreto n.º 70.235/72), que também não foi seguida pela contribuinte, assim, rejeito o pedido de perícia.”

Quanto especificamente a produção de provas testemunhais, no recurso voluntário, a recorrente não questiona a negativa ou a omissão deste tipo de prova, mas apenas cita como exemplo a questão a saber:

“Em que pese o poder discricionário da autoridade em julgar pela necessidade ou não das provas, como se sabe, não deve tal decisão ferir os direitos garantidos constitucional e

infraconstitucional, proporcionando a contribuinte comprovar suas alegações fáticas. Em razão disso, deve esse órgão julgador se manifestar pela nulidade da decisão de primeira instância que tolheu o direito da Recorrente na produção de outras provas, como exemplo a oitiva de testemunhas de seus clientes para provar a origem da movimentação financeira levada em consideração pelo fisco.”grifado

Assim, resta clara que o acórdão embargado se manifestou a respeito do alegado cerceamento no caso de “*produção de outras provas*”.

Em face do exposto, voto por rejeitar os embargos.

Sala das Sessões, em 08 de agosto de 2012

Mário Sérgio Fernandes Barroso