



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

Processo n° 10218.720247/2011-15
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1802-002.287 – 2ª Turma Especial
Sessão de 26 de agosto de 2014
Matéria SIGILO BANCÁRIO
Recorrente DISTRIBUIDORA SANTA MATILDE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS. ENTENDIMENTO DOMINANTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA

É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais, quando comprovado que o contribuinte não figurou como parte na referida ação judicial. A autoridade julgadora administrativa não se encontra vinculada ao entendimento dos Tribunais Superiores, pois não faz parte da legislação tributária de que fala o artigo 96 do Código Tributário Nacional, salvo quando tenha gerado uma súmula vinculante, nos termos da Emenda Constitucional n.º 45.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

São improficuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, pois tais decisões não constituem normas complementares do Direito Tributário, já que foram proferidas por órgãos colegiados sem, entretanto, uma lei que lhes atribuisse eficácia normativa, na forma do art. 100, II, do Código Tributário Nacional.

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE INOCORRENCIA

Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto n° 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.

PROVAS. UTILIZAÇÃO DE DADOS BANCÁRIOS.

A requisição às instituições financeiras de dados relativos a terceiros, com fulcro na Lei Complementar n° 105/2001, constitui simples transferência à RFB e não quebra de sigilo bancário dos contribuintes, não havendo, pois, que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações.

DIFERENÇAS DE BASE DE CÁLCULO ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS E OS VALORES DECLARADOS

Comprovado que as receitas escrituradas nos Livros Fiscais e Comerciais não foram declaradas, restam incontroversa a omissão de receitas e a consequente tributação.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

A omissão acintosa e reiterada da receita tributável revela o caráter doloso da conduta do sujeito passivo no sentido de impedir ou retardar o conhecimento da autoridade fazendária do fato gerador da obrigação tributária principal, sujeitando o tributo de incidente sobre essa omissão à penalidade de multa qualificada. Correta a aplicação da multa de ofício qualificada de 150% quando restar evidenciado nos autos os motivos da aplicação da referida multa.

LANÇAMENTOS REFLEXOS.

Decorrendo as exigências da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada a mesma decisão proferida para o imposto de renda, na medida em que não há fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar as preliminares e no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Gustavo Junqueira Carneiro Leão - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, Gustavo Junqueira Carneiro Leão, Luis Roberto Bueloni Santos Ferreira, José de Oliveira Ferraz Correa, Nelso Kichel. Ausente justificadamente o conselheiro Marciel Eder Costa.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém (PA), que por unanimidade de votos considerou improcedente a impugnação da contribuinte.

Por economia processual, a seguir passo a adotar o relatório de DRJ para resumir a lide:

“I – DO LANÇAMENTO

Trata-se de auto de infração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), referente aos anos-calendário de 2006, 2007, com os lançamentos discriminados no quadro 1 a seguir (principal, multa e juros, calculados até 30.06.2006).

AUTO DE INFRAÇÃO – LUCRO ARBITRADO– ANO CALENDÁRIO DE 2007 (FLS. 976/999)

TRIBUTO	IMPOSTO - R\$	JUROS DE MORA R\$	MULTA – R\$	TOTAL
IRPJ	99.190,44	49.182,75	148.785,65	297.158,84
CSLL	62.455,10	30.251,39	93.682,62	186.389,11
TOTAL				483.547,95

A impugnante tomou ciência do auto de Infração em 30/07/2011. (fls. 1000).

II– DAS INFRAÇÕES LANÇADAS

A Empresa foi autuada pelas seguintes infrações à legislação tributária, a saber:

2 – INFRAÇÕES APURADAS – ANO-CALENDÁRIO DE 2006

DIFERENÇAS DE BASE DE CÁLCULO ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS E OS VALORES DECLARADOS – LUCRO ARBITRADO.

Como a RECEITA BRUTA MENSAL AUFERIDA, é a RECEITA DECORRENTE DA VENDA DE MERCADORIAS (VALOR TOTAL DE R\$ 3.740.771,55) e tal receita é maior que a receita declarada (VALOR TOTAL R\$ 0,00), há necessidade de se lançar de ofício a diferença entre o valor escriturado e valor declarado.

3 – INFRAÇÕES APURADAS – ANO-CALENDÁRIO DE 2007

DIFERENÇAS DE BASE DE CÁLCULO ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS E OS VALORES DECLARADOS – LUCRO ARBITRADO.

Como a RECEITA BRUTA MENSAL AUFERIDA, é a RECEITA DECORRENTE DA VENDA DE MERCADORIAS (VALOR TOTAL DE R\$ 2.042.111,15) e tal receita é maior que a receita declarada (VALOR TOTAL DE R\$ 0,00), há necessidade de se lançar de ofício a diferença entre o valor escriturado e o valor declarado.

4 – MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA DE 150%

A Fiscalizada e a empresa Distribuidora de alimentos Santa Marta, ambas sob a administração da família ALCICI ASSAF, não escrituravam suas receitas, além de prestar informações falsas à Receita Federal do Brasil, objetivando impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais. Resta, desta forma, caracterizado o evidente intuito de sonegação fiscal por parte da fiscalizada.

III - DA IMPUGNAÇÃO

3 - Em 25/08/2011, a Empresa apresentou impugnação ao Auto de infração (fl. 1007/1042), e alega em síntese:

3.1 – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO – AFASTAMENTO ARBITRÁRIO DE SIGILO BANCÁRIO – RESERVA DE JURISDIÇÃO

- O auto de infração é nulo, pois viola a reserva constitucional de jurisdição, para o afastamento do sigilo bancário do contribuinte.

- O que se vê, pois, é o fato de se ter realizado a autuação, tão só, com base em suposta discrepância entre os valores depositados em conta corrente e os valores expostos em DECLARAÇÕES FISCAIS ESTADUAIS, servindo tal discrepância para se dar o lançamento fiscal;

- A obtenção dos dados referentes aos depósitos não ocorreu por ato de informações pelo contribuinte;

- Sucede que, por ato forte da autoridade fazendária, houve a obtenção por esta, daqueles dados.

Tal ato, porém, macula o lançamento fiscal, pois o afastamento de sigilo bancário está no espectro da denominada “reserva constitucional da jurisdição”.

Apenas o magistrado pode afastar o sigilo bancário;

- Esta preliminar de nulidade do auto de infração deve ser conhecida, para anulá-lo, pois o lançamento fiscal baseou, única e exclusivamente, em levantamento realizado nas contas de depósitos e de investimento do contribuinte autuado, tendo cujos dados foram obtidos por ato próprio da autoridade fazendária autuante, violando, assim premissas básicas do estado de direito democrático. (grifamos)

3.2 – DO MÉRITO

3.2.1 DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS

- O auto de Infração se baseou na denominada “Pauta Fiscal”.

Fazendo o mero confronto entre valores declarados pela sociedade empresária que agora se defende, e aqueles obtidos na movimentação bancária do contribuinte, a autoridade fiscal desconsiderou a FIDEGNIDADE de quaisquer outros documentos.

Fez-se uma presunção de renda.

Não basta mero ingresso de numerário (depósitos) para se aferir ter ocorrido faturamento.

Diga-se, desde já, que o arbitramento é forma excepcionalíssima para se acertar a relação jurídica-tributária.

A regra é que se apurem os valores pelos documentos, necessariamente, ofertados pelo contribuinte.

Na impossibilidade, após instaurado o devido processo legal administrativo, é que se poderá da tal desiderato. Não se permite, por ser ilegítimo a mais não poder, determinar-se previamente, o arbitramento, dando a incumbência ao contribuinte “ônus da prova em contrário” Assim, o AUTO, POR TAL RAZÃO, É NULO.

CABE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA PROVAR A EXISTÊNCIA DE RENDA - NÃO EXISTE ÔNUS AO CONTRIBUINTE DE PROVAR SE O DEPÓSITO E, OU NÃO RENDA – ARTIGO 142 DO CTN.

Cabe ao AGENTE ADMINISTRATIVO , para lançar o TRIBUTO, demonstrar a existência de renda.

.....

De qualquer forma, a RENDA sujeita à tributação deve ser provada pelo agente fiscal, para ser autorizado o lançamento do tributo, sobre tal aspecto material.

.....

O FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA É A OBTENÇÃO ECONÔMICA OU JURÍDICA DE RENDA, E APENAS RENDA.

A autuação tem apenas um, e um só, fundamento. Houve o cotejo dos DEPÓSITOS BANCÁRIOS DO CONTRIBUINTE, sem que a autoridade fazendária se cuidasse de comprovar se eles eram, ou não, renda. É só disso que se trata a autuação.

A perspectiva mensurável do aspecto material da hipótese de incidência (matéria tributável) dos tributos lançados pela fiscalização não é o volume de recursos financeiros que ingressa no caixa do CONTRIBUINTE, mas, apenas e tão só, aquela espécie de ingressos que se classifica como RENDA DO CONTRIBUINTE.

3.2.2 DA PROVA EMPRESTADA - MEIO INDICIÁRIO

A fundamentação da autuação está lastreada, apenas, no cotejo entre O LIVRO DE APURAÇÃO DO TRIBUTO ESTADUAL – ICMS – e os depósitos em conta corrente.

A fiscalização, em posse dos livros do ora peticionário, sem analisar os pormenores do fato, sem realizar qualquer diligência ou mesmo qualquer trabalho fiscal, não investigado e nem demonstrado a verdade dos fatos, afrontando gravemente o princípio da verdade real.

Simplesmente carregou para o seu trabalho fiscal os valores contidos no livro de apuração do tributo estadual, na forma mais cômoda e arbitrária.

A prova emprestada pode ser utilizada tão somente como indicio de prova.

Da forma como foi utilizada a prova emprestada, o auto de infração está revestido de total irregularidade, conforme estabelecido na legislação vigente e na jurisprudência dominante.

3.3 – DA ILEGALIDADE DA MAJORAÇÃO DA MULTA DE 150% INEXISTÊNCIA DE DOLO OU FRAUDE – DESCONFIGURAÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA MULTA AGRAVADA DO ARTIGO 44, II, DA LEI 9.430, DE 1996

A conduta do contribuinte, no caso da autuação, não almejou o impedimento da ocorrência do fato geradorA acusação que lhe é feita e a de omitir dados da movimentação financeira, que pode ser aferida mediante PROGRAMA DA RECEITA FEDERAL.

O contribuinte, no caso, não agiu com intuito de impedir, retardar, excluir ou modificar as características essenciais do tributo.

O fato de a declaração de rendimentos não conter nenhum valor não impede a autoridade fazendária de a obter por outros meios.

Isso, por si só, descaracteriza o conceito de fraude, a evitar seja majorada a multa, da forma em que realizada pela autoridade fazendária.

3.4 – *Para consubstanciar a sua defesa, a Impugnante mencionou Julgados Administrativos e Judiciais de Tribunais superiores;”*

A DRJ de Belém (PA) julgou improcedente a impugnação, consubstanciando sua decisão na seguinte ementa:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS. ENTENDIMENTO DOMINANTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA.

É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais, quando comprovado que o contribuinte não figurou como parte na referida ação judicial. A autoridade julgadora administrativa não se encontra vinculada ao entendimento dos Tribunais Superiores, pois não faz parte da legislação tributária de que fala o artigo 96 do Código Tributário Nacional, salvo quando tenha gerado uma súmula vinculante, nos termos da Emenda Constitucional n.º 45, DOU de 31/12/2004.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

São improficuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, pois tais decisões não constituem normas complementares do Direito Tributário, já que foram proferidas por órgãos colegiados sem, entretanto, uma lei que lhes atribuisse eficácia normativa, na forma do art. 100, II, do Código Tributário Nacional.

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE INOCORRENCIA

Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.

SIGILO BANCÁRIO

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, 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. A obtenção de informações junto às instituições financeiras, por parte da administração tributária, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais por dever de ofício.

DIFERENÇAS DE BASE DE CÁLCULO ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS E OS VALORES DECLARADOS

Comprovado que as receitas escrituradas nos Livros Fiscais e Comerciais não foram declaradas, restam incontroversa a omissão de receitas e a consequente tributação.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

A omissão acintosa e reiterada da receita tributável revela o caráter doloso da conduta do sujeito passivo no sentido de impedir ou retardar o conhecimento da autoridade fazendária do fato gerador da obrigação tributária principal, sujeitando o tributo de incidente sobre essa omissão à penalidade de multa qualificada. Correta a aplicação da multa de ofício qualificada de 150% quando restar evidenciado nos autos os motivos da aplicação da referida multa.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Aplica-se à Contribuição Social sobre o Lucro, no que couber, o que foi decidido para a obrigação matriz, dada a íntima relação de causa e efeito que os une.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Inconformada com essa decisão, da qual tomou ciência em 16/03/2012, a Contribuinte apresentou recurso voluntário em 12/04/2012, onde questiona:

- a) a preliminar de quebra de sigilo bancário por autoridade fiscal, citando diversas decisões favoráveis em processos judiciais de outros contribuintes;
- b) a preliminar do dever da autoridade administrativa em provar a existência de renda, não podendo esse ônus ser repassado ao contribuinte;
- c) a preliminar de impossibilidade de se utilizar prova emprestada para lançamento tributário, se referindo ao cotejo de informações entre o Livro de apuração do ICMS e as informações obtidas através da quebra do sigilo bancário;
- d) o mérito de improcedência do lançamento fiscal;
- e) a multa abusiva.

Processo nº 10218.720247/2011-15
Acórdão n.º **1802-002.287**

S1-TE02
Fl. 44

Como a matéria diz respeito a quebra de sigilo bancário por autoridade administrativa, esta Turma em 11/09/2012, através da Resolução nº 1802-000.100 acordou que o processo deveria ser sobrestado, com base nos §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) .

Com o advento da Portaria MF nº 545, de 28 de novembro de 2013, que revogou os dispositivos que embasavam o sobrestamento o presente processo volta a pauta para prosseguimento do julgamento, em conformidade com as normas do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

Este é o Relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Junqueira Carneiro Leão, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, pelo que dele tomo conhecimento.

Trata-se a presente autuação fiscal, na origem do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF - de verificação do recolhimento de débitos tributários pelo sistema de pagamento simplificado de tributos SIMPLES, referentes aos anos de 2006 e 2007.

Nos referidos anos, a Recorrente apresentou as Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica – SIMPLES - DSPJ - fazendo, nelas, constar receita bruta zerada. Embora sucessivas vezes a Recorrente tivesse sido intimada a prestar suas informações bancárias, assim não procedeu, de acordo com sua defesa por falta de tempo hábil, recorrendo a fiscalização a utilização de Requisição de Movimentação Financeira (RMF) junto aos bancos. Cotejou essas informações com os livros fiscais, inclusive estaduais, lançando o crédito tributário.

Preliminarmente vale destacar que as inúmeras decisões colacionadas pela Recorrente em sua defesa não se dirigem a sua pessoa jurídica, mas a outros contribuintes sem o efeito *erga omnes*.

Isto porque a Carta Magna de 1988 estipula:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

E também:

Art. 103. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído na Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Por fim, o artigo 8º da Emenda Constitucional nº 45/04 preconiza que

“As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”.

Por essas normas constitucionais, apenas as súmulas vinculantes supramencionadas deverão ser observadas pela Administração Pública e aquelas decisões judiciais em que o contribuinte se configure como parte.

Os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo também não podem ser estendidos genericamente a outros casos, eis que somente se aplicam sobre a questão em análise e apenas vinculam as partes envolvidas naqueles litígios.

Neste sentido, o inciso II do artigo 100 do CTN determina que:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

[...]

II – as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

No mesmo sentido o Parecer Normativo CST n.º 390/1971:

Entenda-se aí que, não se constituindo em norma legal geral a decisão em processo fiscal proferida por Conselho de Contribuintes, não aproveitará seu acórdão em relação a qualquer outra ocorrência senão aquela objeto da decisão, ainda que de idêntica natureza, seja ou não interessado na nova relação o contribuinte parte no processo de que decorreu a decisão daquele colegiado.

Quanto ao pedido de nulidade alega a Recorrente:

- a) o auto de infração é nulo, pois viola a reserva constitucional de jurisdição, para o afastamento do sigilo bancário do contribuinte;
- b) o que se vê, pois, é o fato de se ter realizado a autuação, tão só, com base em suposta discrepância entre os valores depositados em conta corrente e os valores expostos em DECLARAÇÕES FISCAIS ESTADUAIS, servindo tal discrepância para se dar o lançamento fiscal;
- c) a obtenção dos dados referentes aos depósitos não ocorreu por ato de informações pelo contribuinte;
- d) sucede que, por ato forte da autoridade fazendária, houve a obtenção por esta, daqueles dados.

Tal ato macula o lançamento fiscal, pois o afastamento de sigilo bancário está no espectro da denominada “reserva constitucional da jurisdição”.

- e) Esta preliminar de nulidade do auto de infração deve ser conhecida, para anulá-lo, pois o lançamento fiscal baseou, única e

exclusivamente, em levantamento realizado nas contas de depósitos e de investimento do contribuinte autuado, tendo cujos dados foram obtidos por ato próprio da autoridade fazendária autuante, violando, assim premissas básicas do estado de direito democrático.

É notoriamente sabido que o auto de infração deve ser instruído com todos os elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito, com a descrição dos fatos apurados pelo Fisco e sua correspondente subsunção à norma jurídica tributária veiculada no enquadramento legal. O relato apresentado pelo representante do Fisco deve ser completo, de modo a não restringir o pleno conhecimento, pelo interessado, dos fatos que motivaram a ação fiscal e para que este, tomando ciência do que lhe está sendo exigido, possa se defender adequadamente.

Constam dos autos os demonstrativos da penalidade aplicada e dos juros de mora, os montantes dos tributos devidos, a identificação do sujeito passivo, o termo de intimação para o seu cumprimento ou oferecimento de impugnação, a identificação da autoridade fiscal, incluindo sua matrícula funcional, ou seja, o auto de infração foi lavrado contendo todos os requisitos exigidos pelo artigo 10 do Decreto nº 70.235/72.

Deste modo, apreciadas as questões suscitadas pelo sujeito passivo para declaração de nulidade do lançamento, verifica-se que não resta demonstrada a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 (PAF), *in verbis*:

“Art. 59 – são nulos:

I – Os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – Os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Verifica-se que, insito nesse artigo, encontram-se as exigências formais e materiais do lançamento tributário, extraídas da definição contida no art. 142 do Código Tributário Nacional:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Portanto, pela análise dos preceitos legais que regem a constituição e o lançamento tributário, o feito fiscal ora examinado consubstancia um ato administrativo perfeito, válido e eficaz, pois constituído e formalizado na estrita observância dos ditames legais.

Atende-se, assim, ao que dispõe o artigo 5º, inciso LV, da Contribuição Federal de 1988, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Apresentada a impugnação na Delegacia da Receita Federal de Julgamento – primeira instância administrativa – ela será apreciada pela autoridade julgadora, que verificará os fatos, as provas produzidas e o direito aplicável, proferindo decisão e solucionando a lide instaurada. A autuada, no presente caso, consciente do seu direito, utilizou-se desse expediente, apresentando sua impugnação ao feito fiscal, não se verificando, pois, qualquer ofensa ao princípio do contraditório.

A Recorrente alega ainda a ilegalidade/inconstitucionalidade da Requisição da Movimentação Financeira (RMF). De acordo com o entendimento externado em sua defesa a Administração Tributária não pode requisitar diretamente à instituição financeira a movimentação bancária do contribuinte, seguindo o entendimento que somente o Poder Judiciário poderia determinar que a instituição financeira fornecesse os extratos bancários considerados quando do lançamento fiscal. Não tendo havido esse permissivo, o lançamento deveria ser invalidado em razão da ilegalidade da prova em que se fundamentou.

A Lei Complementar nº 105, de 2001, reza que a Administração Pública pode solicitar informações amparadas pelo sigilo fiscal às instituições financeiras:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

(...)

Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

(...)

Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

(...)

Art. 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

(...)

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Com efeito, no caso em tela, por expressa disposição contida na Lei Complementar nº 105, de 2001 art. 1º, § 3º, VI, a prestação de informações, pelas instituições financeiras às autoridades fazendárias, não constitui violação do dever de sigilo.

A esse respeito:

a) Acórdão Nº 102-48998, de 23/04/2008 – 2ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL QUEBRA INDEVIDA DO SIGILO BANCÁRIO INOCORRÊNCIA

A Lei Complementar nº 105, de 2001, e o Decreto nº 3.724, também de 2001, permitem à autoridade administrativa requisitar informações às instituições financeiras, nos casos em que especifica. Pressupõe-se que os princípios constitucionais estejam nelas contemplados pelo controle a priori da constitucionalidade das leis.

b) Acórdão nº 105-17389, de 04/02/2009 5ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda

REQUISICÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA – INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE. A Administração Tributária pode requisitar informações bancárias do contribuinte às Instituições Financeiras quando este, após regular intimação, deixa de apresentá-las espontaneamente. A requisição de informações bancárias do contribuinte não configura quebra de sigilo, posto que as informações arrecadadas estão protegidas pelo sigilo fiscal.

c) Acórdão nº 04-00.456, de 13/12/2006 – Câmara Superior de Recursos Fiscais

SIGILO BANCÁRIO

Os agentes do Fisco podem ter acesso a informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes sem que isso se constitua violação do sigilo bancário, eis que se trata de exceção expressamente prevista em lei.

No que diz respeito a suposta inconstitucionalidade na obtenção dos extratos bancários, as considerações aventadas pela impugnante somente poderiam ser direcionadas ao Poder Judiciário, que detém a competência para a apreciação da constitucionalidade do dispositivo legal que deu azo ao lançamento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42). À Administração Pública, falece competência para o julgamento da matéria considerada, visto que o contencioso administrativo não se presta ao questionamento da constitucionalidade das normas jurídicas inseridas no ordenamento jurídico nacional de forma válida e eficaz, uma vez que a própria Carta Magna reservou dita atribuição ao Poder Judiciário.

Aos julgadores administrativos cumpre observar as disposições contidas nas normas formalmente inseridas no ordenamento jurídico, sendo-lhes vedada eventual apreciação quanto a sua validade. É o que determina o Decreto nº 70.235/72 (Processo Administrativo Fiscal - PAF) artigo 26-A:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei

Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Assim sendo, pretensas inconstitucionalidades de leis, que não tenham sido decretadas com efeito erga omnes pelo Poder Judiciário, não podem ser apreciadas na esfera administrativa, que se limita ao cumprimento das determinações legais.

Essa matéria já está sumulada no próprio Conselho, de modo que me reporto a Súmula 2 a seguir transcrita:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Na questão de mérito:

A – Em relação aos elementos de prova

O contribuinte recorrente contesta, em síntese:

- O auto de Infração se baseou na denominada “Pauta Fiscal”.

Fazendo o mero confronto entre valores declarados pela sociedade empresária que agora se defende, e aqueles obtidos na movimentação bancária do contribuinte, a autoridade fiscal desconsiderou a FIDEGNIDADE de quaisquer outros documentos.

Fez-se uma presunção de renda.

Não basta mero ingresso de numerário(depósitos) para se aferir ter ocorrido faturamento.

Diga-se, desde já, que o arbitramento é forma excepcionalíssima para se acertar a relação jurídica tributária.

A regra é que se apurem os valores pelos documentos, necessariamente, ofertados pelo contribuinte.

Na impossibilidade, após instaurado o devido processo legal administrativo, é que se poderá da tal desiderato. Não se permite, por ser ilegítimo a mais não poder, determinar-se previamente, o arbitramento, dando a incumbência ao contribuinte “ônus da prova em contrário” Assim, o AUTO, POR TAL RAZÃO, É NULO.

- CABE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA PROVAR A EXISTÊNCIA DE RENDA – NÃO EXISTE ÔNUS AO CONTRIBUINTE DE PROVAR SE O DEPÓSITO E, OU NÃO RENDA – ARTIGO 142 DO CTN.

Cabe ao AGENTE ADMINISTRATIVO , para lançar o TRIBUTO, demonstrar a existência de renda.

(...)

De qualquer forma, a RENDA sujeita à tributação deve ser provada pelo agente fiscal, para ser autorizado o lançamento do tributo, sobre tal aspecto material.

(...)

O FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA É A OBTENÇÃO ECONÔMICA OU JURÍDICA DE RENDA, E APENAS RENDA.

A autuação tem apenas um, e um só, fundamento. Houve o cotejo dos DEPÓSITOS BANCÁRIOS DO CONTRIBUINTE, sem que a autoridade fazendária se cuidasse de comprovar se eles eram, ou não, renda. É só disso que se trata a autuação.

A perspectiva mensurável do aspecto material da hipótese de incidência (matéria tributável) dos tributos lançados pela fiscalização não é o volume de recursos

financeiros que ingressa no caixa do CONTRIBUINTE, mas, apenas e tão-só, aquela espécie de ingressos que se classifica como RENDA DO CONTRIBUINTE.

A presunção de omissão de receitas também está calcada em texto legal, senão vejamos a Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, com as modificações introduzidas pela Lei 9.481, de 13 de agosto de 1997, art. 4º, *in verbis*:

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.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II – no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Vide Lei nº 9.481, de 1997)

§ 4º *Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.*

§ 5º *Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)*

§ 6º *Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)*

O texto legal estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Com isso, basta à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram na conta-corrente do contribuinte para que haja a presunção de omissão de receitas tributáveis. Assim, a Lei nº 9.430, de 1996, art 42, estabelece a presunção de que ocorreu o fato gerador, sempre que o contribuinte não conseguir comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária.

Desse modo, havendo indícios de depósitos bancários não comprovados, cabe a autoridade fazendária intimar o sujeito passivo para que demonstre sua origem, sob pena de caracterização de omissão de receitas com o lançamento dos créditos tributários

Nesse sentido cito julgamento da Câmara Superior de Recursos Fiscais, ao proferir o acórdão nº 0105.312, de 21 de setembro de 2005:

“OMISSÃO DE RECEITA – DEPÓSITO BANCÁRIO – LANÇAMENTO EM DEPÓSITO BANCÁRIO – PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO

O lançamento por presunção de omissão de receitas com base em depósito bancário de origem não comprovada somente tem lugar a partir do ano-calendário de 1997, por força do disposto no art. 42, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Assim como o questionamento anterior, essa matéria também encontra-se sumulada por esse Conselho, senão vejamos:

“Súmula CARF nº 26: A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda pelos depósitos bancários sem o

A conclusão que se impõe é que o Fisco examinar informações relativas ao contribuinte constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105 de 2001.

A Fiscalização intimou o Contribuinte a comprovar os créditos em sua conta corrente. Ao efetuar o lançamento, baseou-se nas receitas escrituradas em seus Livros de Saídas e Razão (fls. 959 e 962).

A movimentação financeira do Contribuinte consubstancia a certeza da omissão de receitas, verificadas pelas receitas levantadas nos seus livros fiscais e comerciais, comparadas com as não declaradas ao Fisco Federal, considerando que as DIPJ's foram entregues zeradas.

2 – Em relação a alegação de utilização de provas emprestadas

A fundamentação da autuação foi lastreada, apenas, no cotejo entre O LIVRO DE APURAÇÃO DO TRIBUTO ESTADUAL – ICMS – e os depósitos em conta corrente.

A fiscalização, em posse dos livros do ora peticionário, sem analisar os pormenores do fato, sem realizar qualquer diligência ou mesmo qualquer trabalho fiscal, não investigado e nem demonstrado a verdade dos fatos, afrontando gravemente o princípio da verdade real.

Simplesmente carregou para o seu trabalho fiscal os valores contidos no livro de apuração do tributo estadual, na forma mais cômoda e arbitrária.

A prova emprestada pode ser utilizada tão somente como indicio de prova.

Da forma como foi utilizada a prova emprestada, o auto de infração está revestido de total irregularidade, conforme estabelecido na legislação vigente e na jurisprudência dominante.

Como já mencionamos acima:

É importante ressaltar que, dos períodos fiscalizados anoscaletários de 2006 e 2007, somente as bases de cálculos dos meses de Janeiro a Abril de 2006 foram baseadas nos extratos bancários fornecidos pelo Contribuinte. As bases de cálculos dos demais períodos foram consideradas os valores escriturados, pelo Contribuinte, em seus livros fiscais, e não declarados.

Ora, a Recorrente, buscou se defender do lançamento a título de Receita da Atividade, escriturada e não declarada, ou melhor receitas escrituradas nos Livros fiscais Saídas e de apuração do ICMS e nos Livros Razão e Diário, e não declaradas ao Fisco Federal.

A prova emprestada pode e deve ser utilizada pelo Fisco, não havendo qualquer óbice, contudo não se configura o presente caso como prova emprestada, mas de utilização de livros fiscais.

3 – Em relação a multa qualificada

A recorrente alega em síntese:

A conduta do contribuinte, no caso da autuação, não almejou o impedimento da ocorrência do fato gerador (...) A acusação que lhe é feita e a de omitir dados da movimentação financeira, que pode ser aferida mediante PROGRAMA DA RECEITA FEDERAL.

(...)

O contribuinte, no caso, não agiu com intuito de impedir, retardar, excluir ou modificar as características essenciais do tributo.

O fato de a declaração de rendimentos não conter nenhum valor não impede a autoridade fazendária de a obter por outros meios.

Isso, por si só, descaracteriza o conceito de fraude, a evitar seja majorada a multa, da forma em que realizada pela autoridade fazendária.

Conforme Enquadramento Legal aposto no auto de infração, a multa de lançamento de ofício foi aplicada nos termos do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96.

O art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, em sua redação original, dispõe que, nos casos de lançamento de ofício deve ser aplicada a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo devido, nos casos de evidente intuito de fraude. É este o teor do referido artigo:

Art.44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II – cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Hoje, é o § 1º do artigo 44 que trata da multa qualificada:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

Cumpra-se explicitar que os fundamentos na legislação fiscal para a imputação da fraude *latu sensu* vinculam-se às hipóteses previstas nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, *in verbis*:

Art. 71 – Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;(grifei).

II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72 – Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73 – Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

A aplicação da multa qualificada tem fundamento fático nas receitas informadas na DIPJ, e na DSPJ (zeradas) e receita efetivamente recebida, vejamos o relato da Fiscalização:

Conforme itens 4, 5, 6 e 7 o sujeito passivo não entregou DCTF e apresentou DSPJ e DIPJ zeradas (sem valor), ou seja, sem nenhuma informação pertinente a fatos geradores e aos tributos devidos pela empresa, agindo de modo a impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador, configurando a prática dolosa, se enquadrando, portanto na hipótese prevista no art. 71 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Portanto, aplicamos a multa prevista no art. 44, § 1º da Lei nº 9.430, de 1996 (com as alterações da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

Não se trata de simples declaração inexata, ou de erro no preenchimento na DSPJ, pois no anos-calendário de 2006 e 2007 declarou a receita zerada e em todos os períodos de apuração, o que revela o caráter doloso da conduta da recorrente no sentido de impedir ou retardar, parcialmente, o conhecimento da autoridade fazendária do fato gerador da obrigação tributária principal (receita e lucro).

Nestes termos, pertinente a aplicação da multa de 150%, na forma do art. 44 da Lei nº 9.430/96 c/c art. 71, inciso I, da Lei nº 4.502/64.

5 – Em relação a tributação reflexa

Decorrendo as exigências da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada a mesma decisão proferida para o imposto de renda, para a CSLL, o PIS e a Cofins, na medida em que não há fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa.

Assim sendo voto no sentido de afastar as preliminares e no mérito NEGAR provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Gustavo Junqueira Carneiro Leão