



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10235.720006/2013-20
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-005.946 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de julho de 2023
Recorrente L.M.S. VIGILÂNCIA E SEGURANÇA PRIVADA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2011

LANÇAMENTO - CRITÉRIO JURÍDICO

Lançamento tributário é 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. No caso, não houve modificação dos critérios do lançamento, que deve ser mantido.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011

PROCESSO ADMINISTRATIVO - PROVAS

No âmbito do processo administrativo fiscal, no que concerne às provas, temos que no caso de auto de infração ou notificação de lançamento, o ônus da prova é do fiscal “autuante”; por outro lado, quando o contribuinte apresenta impugnação, o ônus da prova é deste quanto à existência do direito alegado.

COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. FORMA DEFINIDA EM LEI

A extinção do crédito tributário mediante compensação deve obedecer à forma definida em lei, ainda que contribuinte detenha o direito frente ao fisco.

CITAÇÃO. EDITAL

Far-se-á a intimação por via: pessoal, pelo autor do procedimento, por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, ou quando resultar infrutífero um dos meios previstos acima, ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado.

INCORREÇÕES NO MPF. O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) é instrumento de controle administrativo e de informação ao contribuinte, o que implica dizer que seu vencimento não constitui, por si só, causa de nulidade do lançamento e nem provoca a reavaliação de espontaneidade por parte do

sujeito passivo, e que eventuais omissões ou incorreções em seu teor não ocasionam nulidade do auto de infração.

PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM*. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FATO INDICIÁRIO

A presunção legal *juris tantum* inverte o ônus da prova. Nesse caso, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário não comprovado (fato indiciário) corresponde, efetivamente, ao aferimento de rendimentos (fato jurídico tributário), nos termos do art. 334, IV, do Código de Processo Civil. Cabe ao contribuinte provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2011

LUCRO ARBITRADO

A não apresentação dos livros e da documentação contábil e fiscal, apesar de reiteradas e sucessivas intimações, impossibilita ao fisco a apuração do lucro real, restando como única alternativa o arbitramento da base tributável.

MULTA DE OFÍCIO - PERCENTUAL

No caso de lançamento de ofício, será aplicada a multa 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.

PERÍCIA. NÃO REALIZAÇÃO

Deve ser indeferido o pedido de perícia, não procedendo a alegação de cerceamento do direito de defesa, quando o exame de um técnico é desnecessário à solução da controvérsia, que só depende de matéria contábil e argumentos jurídicos ordinariamente compreendidos na esfera do saber do julgador.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Ano-calendário: 2011

SIGILO BANCÁRIO

Havendo procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados, não constitui quebra do sigilo bancário, mas mera transferência de dados a serem mantidos no âmbito do sigilo fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Viviani Aparecida Bacchmi - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, Fabio de Tarsis Gama Cordeiro, Fredy José Gomes de Albuquerque, Jose Eduardo Genero Serra, Viviani Aparecida Bacchmi, Thais de Laurentiis Galkowicz e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Em procedimento fiscalizatório, a autoridade fiscal autuou a empresa em razão de encontrar depósitos bancários de origem não comprovada no ano de 2011. Houve arbitramento do lucro pela falta de entrega de livros fiscais que permitissem a apuração precisa do resultado. O valor do crédito tributário apurado foi:

Imposto de Renda Pessoa Jurídica.....	R\$ 10.842.383,79
Programa Integração Social.....	R\$ 740.566,11
Contribuição p/Financiamento S. Social.....	R\$ 3.417.998,19
Contribuição Social s/Lucro Líquido.....	R\$ <u>3.266.182,67</u>
	R\$ 18.267.130,76

Em razão à falta de resposta a diversas intimações da RFB e por existir indício de movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível declarada, foi necessário realizar uma Requisição de Movimentação Financeira (RMF). Isso se deu, pois a DIPJ entregue em 28/06/2012, estava com todos os valores zerados e a DCTF com valores abaixo de mil reais, sendo que a DIMOF apontava um valor superior a sessenta milhões de reais de créditos.

Na forma do art. 42, da Lei nº 9.430/1996, já com extratos bancários, a fiscalizada foi intimada a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos depósitos efetuados em suas contas-correntes, no total de R\$ 60.769.136,45, no ano-calendário de 2011.

O contribuinte deixou de apresentar, à autoridade tributária, os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal depois de reiteradas intimações fiscais (002, 003 e 004), inclusive no Termo de Intimação Fiscal 006, o qual, além de outras coisas, fez a constatação desse fato. Esse motivo culminou na absoluta impossibilidade de apuração do lucro real, com isso houve o arbitramento do lucro do IRPJ e CSLL, conforme inciso III do artigo 530 do RIR/99.

Às e-fls. 383, a empresa apresenta sua Impugnação, em que alega, preliminarmente, nulidade do procedimento por infringência à Portaria RFB nº 3.014/2011. A Recorrente alega que deveria ter sido cientificada das prorrogações do prazo do MPF e de suas alterações. Pelo fato de não ter sido, o procedimento seria nulo. Isso porque, ao não cientificar a

Recorrente, a autoridade teria violado garantia instituída e agido de forma desvinculada, em afronta ao princípio da legalidade.

Também invoca nulidade do procedimento por cerceamento de defesa. Isso porque os Editais por meio dos quais se convocou a empresa teriam sido afixados em pequeno mural em que a menos que vá todos os dias checar, não seria possível tomar ciência das intimações.

Por isso, não há como considerar que a empresa tenha sido realmente intimada a apresentar os documentos solicitados.

A autoridade não tentou intimar a empresa pessoalmente. E haveria incongruências na forma de citação postal. Há anos a empresa estaria no mesmo endereço e nunca recusou nenhum documento dos Correios.

Isso tudo resultaria em inegável ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa e ainda de garantia do devido processo legal, pois a parte não poderia reagir às intimações que tiveram contra si.

Outro item abordado foi a invalidade do mandado de procedimento fiscal por ter excedido ao prazo. Isso porque a fiscalização foi iniciada em 29/03/12 e finalizada em 25/02/2013, enquanto o prazo do MPF é de 120 dias, podendo ser prorrogado por igual período quantas vezes forem necessárias, desde que o contribuinte seja cientificado. Isso não teria ocorrido.

E também houve encerramento do prazo de um mandado que demorou 11 dias para ser prorrogado, além do prazo.

Partindo para a defesa de mérito, inicia a Recorrente com a questão da quebra de sigilo bancário, porque a autuação tomou por base extratos bancários da Recorrente.

Os lançamentos seriam improcedentes por terem tomado por base depósitos bancários. A existência de lançamentos nas contas bancárias não seria suficiente para se concluir que houve renda omitida, sendo necessários outros elementos de convicção e certeza para se constituir o crédito tributário. Deveria restar comprovada a utilização dos valores dos extratos como renda consumida demonstrando sinais exteriores de riqueza.

Sobre a comprovação da origem dos depósitos, a empresa afirma possuir Livro Caixa (juntado à Impugnação), onde haveria clara referência à origem dos depósitos tomados como receita omitida.

O Fiscal teria utilizado apenas as informações dos extratos bancários para aferir omissão de receitas. Teria autuado com base em indícios, suspeitas ou suposições. A Fiscalização não teve acesso a nenhum outro documento que lhe desse suporte e por isso, sua autuação teria sido equivocada e, conseqüentemente, deveria ser anulada.

Seria, ainda, improcedente o arbitramento ante a possibilidade de apuração pelo lucro presumido.

A Fiscalização quis fazer crer, também, que incumbia a Fiscalizada fazer prova da origem dos depósitos bancários e afastar a presunção legal. Deixou com isso de observar o princípio da verdade material e a existência de depósitos bancários seria prova indiciária que apenas indica a ocorrência de ilícito.

A Fiscalização teria ignorado valores retidos na fonte. Caso mantida a autuação, pede o abatimento desses valores retidos que somam R\$ 6.247.086,44. Também pretende compensar a dívida com crédito de INSS no montante de R\$ 7.271.740,84.

Protesta contra a multa de 75% aplicada. E alega que o auto tem falhas incorrigíveis, por isso deve ser anulado.

Pede perícia e elabora quesitos.

O processo foi encaminhado à unidade de origem para verificação dos tributos retidos na fonte (e-fls. 681). A empresa se manifesta sobre a verificação (e-fls. 732) alegando aguardar o termo de encerramento e o termo circunstanciado, o que jamais ocorreu. Por isso, a manifestação deveria ser tida como tempestiva mesmo tendo sido entregue posteriormente. Quanto ao resultado, a diligência constatou nas DIRFs a existência de retenções na fonte no valor de R\$ 126.474,45.

Assim, o auto deveria ser anulado, porque se reconhece que havia retenções desconsideradas no momento do lançamento. Além disso, há desconpasso entre o lucro bruto arbitrado pela Fiscalização e o lucro considerado nas retenções. Isso mostraria inúmeras falhas na autuação.

Menciona novamente quebra de sigilo.

Às fls. 762, a DRJ expõe sua decisão, contendo a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF Ano-calendário: 2011

LANÇAMENTO. CRITÉRIOS JURÍDICOS. Lançamento tributário é 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.

PROCESSO ADMINISTRATIVO.PROVAS. No âmbito do processo administrativo fiscal, no que concerne às provas, temos que no caso de auto de infração ou notificação de lançamento, o ônus da prova é do fiscal "autuante"; por outro lado, quando o contribuinte apresenta impugnação, o ônus da prova é deste quanto à existência do direito alegado.

COMPENSAÇÃO.POSSIBILIDADE. FORMA DEFINIDA EM LEI. A extinção do crédito tributário mediante compensação deve obedecer à forma definida em lei, ainda que contribuinte detenha o direito frente ao fisco.

CITAÇÃO.EDITAL.. Far-se-á a intimação por via: pessoal, pelo autor do procedimento, por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, ou quando resultar improficuo um dos meios previstos acima, ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado. INCORREÇÕES NO MPF. O Mandado

de Procedimento Fiscal (MPF) é instrumento de controle administrativo e de informação ao contribuinte, o que implica dizer que seu vencimento não constitui, por si só, causa de nulidade do lançamento e nem provoca a reaquisição de espontaneidade por parte do sujeito passivo, e que eventuais omissões ou incorreções em seu teor não ocasionam nulidade do auto de infração.

PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FATO INDICIÁRIO. FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO. A presunção legal juris tantum inverte o ônus da prova. Nesse 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), nos termos do art. 334, IV, do Código de Processo Civil. Cabe ao contribuinte provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

LUCRO ARBITRADO. A não apresentação dos livros e da documentação contábil e fiscal, apesar de reiteradas e sucessivas intimações, impossibilita ao fisco a apuração do lucro real, restando como única alternativa o arbitramento da base tributável.

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL. No caso de lançamento de ofício, será aplicada a multa 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 inexistente.

PERÍCIA NEGAÇÃO. Deve ser indeferido o pedido de perícia, não procedendo a alegação de cerceamento do direito de defesa, quando o exame de um técnico é desnecessário à solução da controvérsia, que só depende de matéria contábil e argumentos jurídicos ordinariamente compreendidos na esfera do saber do julgador. **SIGILO BANCÁRIO.** Havendo procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados, não constitui quebra do sigilo bancário, mas mera transferência de dados a serem mantidos no âmbito do sigilo fiscal.

Impugnação Procedente em Parte

Primeiramente, a DRJ demonstra as várias tentativas de citação via AR, as quais, frustradas, transformaram-se em citação via edital, previstas no Decreto nº 70.235/72 como meio de citação a ser utilizado quando frustrados os demais. As citações via edital não foram atendidas nem se apontou erro sobre elas. São válidas, portanto.

Pontuou que eventuais correções ou omissões no MPF não seriam causa de nulidade do auto de infração. A Recorrente teria sido intimada a apresentar livros contábeis e ainda, foi notificada que toda alteração no MPF poderia ser consultada pela internet, o que afasta erros do MPF.

Quanto ao sigilo bancário, citou a legislação que rege o acesso às informações bancárias aos agentes fiscais da União, dos Estados e do DF, que “poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive 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.” (LC nº 105/2001)

Os seguintes fatos autorizaram o Fisco a ter acesso às informações relativas à movimentação financeira da fiscalizada: a incompatibilidade entre a movimentação financeira e a renda disponível declarada pela fiscalizada, ou seja, sua movimentação foi superior a 10 (dez) vezes a renda disponível declarada para o ano-calendário 2011, o total da movimentação financeira foi acima de 60 milhões de reais, conforme DIMOF, enquanto o total da renda disponível declarada à Receita Federal foi de R\$ 0,00, conforme DIPJ.

Em relação à improcedência dos lançamentos com base em depósitos bancários, caberia a presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430/96, pois, ao não identificar a origem dos depósitos bancários solicitados pela fiscalização, a empresa fiscalizada autorizou a inversão do ônus da prova.

Sobre o arbitramento, presentes as situações previstas em lei para que ocorra, a DRJ entende que a autoridade fiscal deverá assim proceder. A escrita comercial, exibida em fase recursal, não pode ser admitida para desconstituir o lançamento. E deixar de apresentar livros e documentos da escrituração comercial e fiscal é uma hipótese que autorizam o arbitramento.

As retenções na fonte serão observadas quando da liquidação do valor final resultante do processo.

Quando à compensação com créditos de INSS, dever-se-ia observar as regras da IN/RFB 210/02. A seqüência que deveria ter sido seguida pelo contribuinte consistia em:

- 1- apurar os tributos devidos na DIPJ do ano calendário respectivo;
- 2- nesta apuração em DIPJ, utilizar o valor retido, e, então, apurar valor a pagar ou saldo a compensar; e
- 3- se da apuração fosse verificado saldo a compensar, utilizar a Declaração de Compensação (DCOMP) para efetivação desta compensação.

Finalizado o processo em curso, a Recorrente deve efetivar a extinção do crédito tributário lançado através de compensação a ser pleiteada por ela, da forma acima descrita.

Eis os principais aspectos combatidos pela DRJ (os demais estão na ementa acima).

O Recurso Voluntário da empresa foi apresentado às e-fls. 788 repisando argumentos trazidos na Impugnação, a saber:

1. nulidade do procedimento por infringência à Portaria 3.014/2011;
2. nulidade por cerceamento do direito de defesa por ciência ter ocorrido via edital
3. nulidade do lançamento por inconstitucionalidade/ilegalidade da quebra de sigilo bancário;
4. improcedência do lançamento meramente com base nos depósitos bancários;
5. improcedência do lançamento ante a comprovação de origem dos depósitos bancários;
6. improcedência do lançamento ante o não esgotamento do campo probatório;
7. improcedência do arbitramento ante a possibilidade de apuração pelo lucro presumido;

8. inobservância das retenções na fonte;
9. do direito de compensar com crédito de INSS
10. do cancelamento da multa;
11. incorrigibilidade das falhas na autuação;
12. da improcedência dos lançamentos reflexos;
13. do pedido de perícia – cerceamento do direito de defesa

Voto

Conselheiro Viviani Aparecida Bacchmi, Relator.

O recurso é tempestivo e contém todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Tratarei o recurso voluntário de acordo com os tópicos relacionados pela Recorrente.

1. Nulidade do procedimento por infringência à Portaria 3.014/2011

Neste aspecto, a Recorrente entende que o MPF sofreu alterações no curso do procedimento de verificação e que em nenhum caso ela foi cientificada nos termos do artigo 9º da Portaria 3.014/2011, o que tornaria nulo o procedimento.

A DRJ defendeu que o MPF é tão somente instrumento de controle administrativo e de informação ao contribuinte e que seu vencimento não constitui por si só causa de nulidade do lançamento.

O MPF tem caráter meramente instrumental, servindo de meio que facilita o acesso às informações do fiscalizado, propiciando o trânsito de informações que podem interessar ao procedimento.

Já é pacífico que o mero fato de o MPF vencer, perder o prazo para continuidade ou não ter observado a intimação da parte não são fatores que invalidam o procedimento fiscal.

Vejam decisões abaixo:

Numero do processo: 35405.001427/2004-99, de 13/03/2013

Ementa: Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/01/2004 a 31/01/2004 CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS A CARGO DA EMPRESA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DECORRENTE DE EMISSÃO DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL FORA DO PRAZO. INOCORRÊNCIA. Da interpretação dos dispositivos atinentes à matéria (arts. 11 a 15, Portaria RFB nº 3.014/11),

conclui-se que: i) O MPF possui prazo de validade; ii) este prazo de validade pode ser prorrogado ilimitadamente, desde a prorrogação seja determinada quando ainda válido o MPF a ser prorrogado; **iii) que o decurso do prazo sem prorrogação não implica na nulidade dos atos praticados; iv) que se ocorrido o decurso do prazo sem a prorrogação, deve a autoridade emitir novo MPF.** No caso em tela, observa-se que todos os MPF emitidos durante a ação fiscal em comento obedeceram aos prazos estabelecidos em lei, sendo prorrogados nos exatos termos em que a legislação prevê. Ou seja, não há que se falar em nulidade do procedimento.

Numero da decisão: 2402-003.489

Nome do relator: THIAGO TABORDA SIMOES

Numero do processo: 10855.722611/2014-19, de 10/05/2017, 1ª Turma, 2ª Câmara 2ª Seção

Ementa: Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/12/2011 a 31/08/2012 MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. O Mandado de Procedimento Fiscal constitui simples elemento de controle da Administração, de sorte que eventual irregularidade nele detectada não enseja a nulidade do auto de infração lavrado por Auditor-Fiscal competente para proceder ao lançamento, atividade vinculada e obrigatória. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. INSTAURAÇÃO. O contencioso administrativo é instaurado a partir da impugnação tempestiva do contribuinte, não havendo, antes da autuação, que se falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. MULTA ISOLADA. FALSIDADE DA DECLARAÇÃO EM GFIP. A ausência de comprovação do recolhimento da contribuição previdenciária ensejador dos créditos declarados em GFIP demonstra a falsidade da declaração.

Numero da decisão: 2201-003.634 **Nome do relator:** ANA CECILIA LUSTOSA DA CRUZ

Assim, nem mesmo a Portaria 3.014/2011 nesse aspecto teria o condão de tornar nulos atos praticados com alguma mácula no MPF. Até mesmo porque, no caso em tela, não houve equívoco algum. Ainda que não tivesse sido intimado de algum procedimento ou da prorrogação do MPF, o procedimento fiscal continuaria vivo e produziria seus efeitos normalmente.

Por fim, vale lembrar a Súmula 171 do CARF:

Súmula CARF nº 171

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

Irregularidade na emissão, alteração ou prorrogação do MPF não acarreta a nulidade do lançamento. (Vinculante, conforme [Portaria ME nº 12.975](#), de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Fica claro, portanto, que possíveis irregularidades no MPF não invalidam o lançamento.

Assim afasto essa nulidade.

2. Nulidade por cerceamento do direito de defesa por ciência ter ocorrido via edital

O art. 23 do Decreto nº 70.325/72 determina que:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I -pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

II -por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado:

I - no endereço da administração tributária na internet;

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local.

Depreende-se que a intimação infrutífera feita diretamente à pessoa, via postal e por meio eletrônico será realizada via edital.

O fiscal demonstrou a sua dificuldade em intimar a parte diretamente no seu endereço, juntando correspondência rasurada inclusive, para provar erros na cientificação da empresa. Assim, seguindo a legislação, o auditor fiscal utiliza o edital como meio de cientificar a empresa dos atos processuais.

A intimação por edital é legalmente prevista e supre essa etapa do procedimento fiscal, portanto, nenhuma ilegalidade existe na adoção desse método.

Afasto, pois, mais essa preliminar.

3. Nulidade do lançamento por inconstitucionalidade/ilegalidade da quebra de sigilo bancário

Conforme já pontuou a DRJ, o acesso a informações bancárias pelas autoridades fazendárias não representa quebra de sigilo bancário, mas mera transferência desse sigilo ao Fisco.

Nos termos da Lei Complementar nº 105, *“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.”* (art. 6º).

Assim sendo, havendo processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso – como é o caso - as autoridades fiscais podem examinar livros e registros de instituições financeiras.

No presente caso, não há qualquer irregularidade no acesso a dados bancários por parte do Fisco na fase de fiscalização. É legalmente prevista e respeitou os limites da lei, servindo de base às suas análises e às conclusões a que chegou.

O STF, no RE 601.314, em sede de repercussão geral, consolidou esse entendimento de que a LC 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário.

O CARF compactua desse entendimento:

Numero do processo: 13839.723064/2015-66, de 25/07/2018, 1ª Turma, 2ª Câmara, 1ª Seção

Ementa: Assunto: Simples Nacional Ano-calendário: 2011 INCONSTITUCIONALIDADE E VALIDADE DA LEI. COMPETÊNCIA. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, conforme sua Súmula n.º 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. Não cabe apreciar questões relativas a ofensa a princípios constitucionais, tais como do não confisco ou da proporcionalidade, dentre outros, competindo, no âmbito administrativo, tão somente aplicar o direito tributário positivado. NULIDADE. Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbram nos autos quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972. Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2011 SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. A Lei n.º 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de receita com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. PROVAS. SIGILO BANCÁRIO. A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente pela autoridade fiscal não caracteriza violação de sigilo bancário. REQUISICÃO E UTILIZAÇÃO DE DADOS BANCÁRIOS. A requisicão às instituições financeiras de dados relativos a terceiros, com fulcro na Lei Complementar n.º 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.

Numero da decisão: 1201-002.300 **Nome do relator:** RAFAEL GASPARELLO LIMA

Numero do processo: 19515.001226/2007-31, 10/07/2019, 2ª Turma, 4ª Câmara, 2ª Seção

Ementa: Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF Ano-calendário: 2002, 2003, 2004 SIGILO BANCÁRIO. O acesso às informações bancárias pela Administração Tributária não configura quebra do sigilo bancário, haja vista ser imposto às autoridades administrativas seu resguardo durante todo o procedimento. Há, na verdade, mera transferência do sigilo, que antes vinha sendo assegurado pela instituição financeira, e passa a ser mantido também pelas autoridades administrativas. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. A Lei n.º 9.430/1996, que teve vigência a partir de 01/01/1997, estabeleceu, em seu art. 42, uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente quando o titular da conta bancária não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados em sua conta de depósito ou investimento. RECURSO VOLUNTÁRIO. AUSÊNCIA DE PRE-QUESTIONAMENTO. NÃO CONHECIMENTO. Não serão conhecidas, em sede de recurso voluntário, matérias não pré-questionadas na impugnação.

Numero da decisão: 2402-007.443

Destarte, seja a legislação ou a própria jurisprudência, há autorização para que as autoridades fiscais vasculhem documentação bancária que seja de interesse em uma fiscalização em andamento, sem que isso venha a ferir as regras de sigilo bancário.

Afastada, pois, essa alegação.

4. Improcedência do lançamento meramente com base nos depósitos bancários

Nos dizeres da Recorrente, toda a atuação fiscal ocorreu somente com base em informações colhidas nos extratos bancários, sendo insuficientes para se concluir que houve renda omitida, sendo necessários outros elementos de convicção e certeza à constituição do crédito tributário.

Deveria restar comprovada a utilização dos valores constantes dos extratos bancários como renda consumida, evidenciando sinais exteriores de riqueza.

Os depósitos bancários sozinhos não constituiriam fato gerador do imposto de renda, por não caracterizarem disponibilidade econômica de renda. O lançamento só poderia ser

admitido se comprovasse nexos causais entre os depósitos e o fato que representasse omissão de rendimentos.

A DRJ entendeu que a situação estaria enquadrada no art. 42 da Lei nº 9.430/96, dispensando outros elementos de convicção. E isso ocorreu porque a empresa não identificou a origem dos depósitos bancários, o que enquadrou a situação na presunção legal.

Caso a empresa tivesse, nas diversas oportunidades que teve, juntado documentos que demonstrassem a origem dos recursos bancários, não teria o Fisco enquadrado no art. 42 citado, afastando a presunção legal de omissão de receita.

Assim posiciona-se o CARF acerca do tema:

Numero do processo: 16024.000806/2008-25, 10/04/2018, 2ª Turma, 4ª Câmara, 1ª Seção

Ementa: Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2006 OMISSÃO DE RECEITA; DEPÓSITOS BANCÁRIOS. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. ÔNUS DA PROVA. Por presunção legal contida na Lei 9.430, de 27/12/1996, art. 42, os depósitos efetuados em conta bancária, cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pelo contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, caracterizam omissão de receita. Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários, que não pode ser substituída por meras alegações.

Numero da decisão: 1402-002.995 **Nome do relator:** LEONARDO LUIS PAGANO GONCALVES

Numero do processo: 10932.000251/2009-73, 14/01/2021, 1ª Turma, 3ª Câmara, 2ª Seção.

Ementa: ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF) Exercício: 2006 ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF 2. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. SÚMULA CARF 26 Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. A sistemática de apuração de omissão de rendimentos por meio de depósitos bancários determinada pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 prevê que os créditos sejam analisados individualmente, não se confundindo em absoluto com a verificação de variação patrimonial. Assim, não há fundamento na utilização genérica de rendimentos declarados. A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS. Para a caracterização de omissão de receita a partir dos valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, o titular deve ser regularmente intimado para comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. APLICABILIDADE DA SÚMULA CARF 38 “O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário”

Numero da decisão: 2301-008.646 **Nome do relator:** MAURICIO DALRI TIMM DO VALLE

A Súmula nº 26 do CARF reforça esse entendimento:

Súmula CARF nº 26 Aprovada pelo Pleno em 08/12/2009

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Isto posto, é perfeitamente factível que o Fisco considere como omissas as receitas advindas de movimentação bancária sem explicação.

5. Impropriedade do lançamento ante a comprovação de origem dos depósitos bancários e Impropriedade do lançamento ante o não esgotamento do campo probatório

De acordo com as informações dos autos, todos os movimentos de pesquisa feitos pelo Fiscal com o fito de encontrar justificativas para as movimentações na conta bancária da Recorrente foram acompanhados de solicitações de explicações e documentos que justificassem os trânsitos bancários.

No entanto, apesar das insistentes investidas do Fiscal na busca de provas, nenhuma ressonância tiveram na Recorrente, que não forneceu a documentação necessária a lhe exonerar do ônus fiscal do art. 42 da Lei n.º 9.430/96.

Quando a Recorrente fala que apresentou provas da origem dos depósitos, nada mais fez do que dar a certeza ao Fisco da não existência de explicações plausíveis para aqueles lançamentos. Não houve a apresentação de um livro contábil ou fiscal sequer, a despeito das diversas intimações publicadas para a empresa.

Oportunidade de se defender ela teve. Faltou presteza e agilidade na entrega das informações. Agora alega que não se esgotou o campo probatório, sem trazer elementos que justifiquem uma análise mais aprofundada sobre o tema.

6. improcedência do arbitramento ante a possibilidade de apuração pelo lucro presumido

O Fisco e a DRJ deixaram claro que a opção de apuração do imposto pelo lucro arbitrado decorreu do fato de omissão da empresa na entrega de documentos contábeis ou fiscais.

No caso de não serem entregues documentos pela empresa, a legislação permite que se arbitre o lucro. O art. 530, III, do RIR/99 traz essa possibilidade:

Art.530.O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

- a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou
- b) determinar o lucro real;

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do [art. 527](#)

A legislação não deixa margem à dúvidas sobre o procedimento a adotar no caso de o contribuinte não apresentar livros ou documentos contábeis e fiscais: a fiscal deve arbitrar o lucro. A legislação não fala em “poderá arbitrar”, mas diz que o imposto “será determinado” com base nos critérios do lucro arbitrado. É um imperativo do qual o Fiscal não pode fugir na sua função de atendente da lei e mantenedor da ordem tributária.

Por isso, diante da atitude da LMS Vigilância de não entregar, por diversas vezes, os documentos contábeis e fiscais a que estava obrigada, viu-se o fiscal diante da obrigatoriedade de dar cumprimento à legislação então vigente e arbitrar o lucro. Simples assim.

7. Inobservância das retenções na fonte

As retenções na fonte foram devidamente levantadas pela RFB e serão utilizadas ao final da lide para compensação com o saldo devido pela empresa.

O fato de não terem sido compensadas, de ofício, pela fiscalização em nada macula o procedimento fiscal. No momento em que levantada a existência desse saldo, pela Recorrente, foi checado o seu real montante que está aguardando o momento oportuno à utilização, ao final desse processo.

8. Do direito de compensar com crédito de INSS

O crédito de INSS devido pela Recorrente deve ser utilizado para compensação como qualquer outro crédito de tributo a compensar: seguindo os trâmites legais e apresentando o competente pedido de compensação.

A DRJ delineou, em sua decisão, o caminho a seguir para a compensação, que deve ser adotado pela empresa no momento oportuno.

9. Do cancelamento da multa

A multa é penalidade prevista no artigo 44, I:

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.

Portanto, no ato do lançamento, o fiscal está obrigado a atender ao comando legal e a aplicar a multa, no mínimo, de 75%.

O agente fiscal está vinculado ao ditame legal e não pode a ele se furtar, por isso, a aplicação da multa de 75% é o atendimento de um mandamento legal e demonstra o cumprimento da lei.

Nenhum retoque a se fazer nesse aspecto.

10. Incurribilidade das falhas na autuação

Na visão da Recorrente, tentar corrigir as falhas do lançamento seria alterar o fundamento jurídico dele, por isso, os autos de infração deveriam ser considerados nulos.

Ocorre que tais falhas não existiram. Conforme bem pontuou a DRJ: “*No caso em análise, todas as nuances do lançamento foram determinadas, assim como a impugnação não logrou êxito em identificar onde haveria erro nos critérios jurídicos do lançamento.*” (e-fls. 779).

Mesmo as retenções na fonte, que a Recorrente alega deveriam ter composto o valor do débito, sendo descontadas deste, só foram apontadas posteriormente, no curso do

processo administrativo e já se determinou que servirão para abater o valor da dívida, oportunamente.

No mais, o lançamento seguiu os critérios legais e deve prevalecer, nos termos deste voto.

11. da improcedência dos lançamentos reflexos

Os lançamentos reflexos são uma decorrência da pertinência do lançamento de IRPJ e devem acompanhá-lo. A Recorrente não apontou razão plausível para afastar esses lançamentos.

12. do pedido de perícia – cerceamento do direito de defesa

A perícia só deve acontecer em caso de se verificar que ainda há dúvidas plausíveis relativas aos fatos e documentos colacionados ao processo. No caso, a Recorrente teve chance de apresentar documentos e não o fez.

Não é agora, após o final da fase instrutória, que apresentará provas ou juntará os documentos que deveria ter juntado durante o procedimento fiscal.

Com o que há no processo, foi possível, à Fiscalização, concluir pelo arbitramento e apontou, com base nos dados que tinha até o momento, os valores a recolher. Portanto, não cabe nova verificação de documentos ou de outras provas.

Não cabe a perícia, pois já formada a livre convicção da fiscalização e dos julgadores.

DISPOSITIVO

Diante do exposto nego provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Viviani Aparecida Bacchmi