



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

Processo nº 10240.001744/2007-57
Recurso nº 1 Voluntário
Acórdão nº 1101-001.108 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Seção de 7 de maio de 2014
Matéria IRPJ
Recorrente Chicão Automóveis Ltda
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

OMISSÃO DE RECEITA. APURAÇÃO DO IMPOSTO ATRAVÉS DA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DECISÃO DEFINITIVA DE MÉRITO PROFERIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSOS REPETITIVOS. REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelo do art. 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil (recursos repetitivos), devem ser reproduzidas pelos Conselheiros, conforme art.62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF. Reprodução do entendimento firmado no REsp 1134665/SP, representativo da controvérsia, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, julgado pela Primeira Seção, em 25/11/2009, DJe 18/12/2009), sobre a utilização da movimentação bancária pelo Fisco para a apuração da omissão de receita, sem prévia autorização judicial, desde que em sede de procedimento administrativo em curso e quando absolutamente necessário, como ocorreu no caso. Aplicação do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

IRPJ - EXCLUSÃO DO SIMPLES - INEXISTÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL - ARBITRAMENTO DOS LUCROS - É inteiramente procedente o arbitramento dos lucros por falta de escrituração contábil para empresa excluída do SIMPLES que não se sujeita às normas legais pertinentes.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE - CSLL - PIS - COFINS. Tratando-se de tributação reflexa, o decidido com relação ao principal (IRPJ) constitui prejudgado às exigências fiscais decorrentes, no mesmo grau de jurisdição administrativa, em razão de terem suporte fático em comum.

Recurso Improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento, divergindo o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior, e, por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencido o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior, quanto à preliminar de nulidade.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa no exercício da Presidência

(documento assinado digitalmente)

Antônio Lisboa Cardoso Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Antônio Lisboa Cardoso (relator), José Sérgio Gomes, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Luiz Tadeu Matosinho Machado. Ausente temporariamente o Presidente Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente).

Relatório

Contra o contribuinte em epígrafe foi emitido o auto de infração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ referente aos exercícios 2003/2005, anos-calendário de 2002/2004, tendo em vista que o contribuinte, regularmente intimado, não apresentou sua escrituração contábil, nem comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados em contas de depósito, caução ou investimento, mantidas em instituições financeiras, sendo e os seguintes tributos correspondentes, inclusive com a consequente exclusão do SIMPLES:

Imposto de Renda da Pessoa Jurídica — IRPJ — SIMPLES (fls.177/190)

Imposto	13.513,97
Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	10.955,51
Multa Proporcional (passível de redução)	10.135,42
Total do Crédito Tributário	34.604,90

SIMPLES(fl.191/195)

Multa Regulamentar	2.747,15
--------------------	----------

Contribuição para o PIS/Pasep - SIMPLES (fls.196/201)

Imposto	13.513,97
Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	10.955,51

Multa Proporcional (passível de redução)	10.135,42
--	-----------

Total do Crédito Tributário	34.604,90
-----------------------------	-----------

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - SIMPLES (fls.202/207)

Imposto	23.810,30
---------	-----------

Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	19.586,24
--	-----------

Multa Proporcional (passível de redução)	17.857,68
--	-----------

Total do Crédito Tributário	61.254,22
-----------------------------	-----------

Contribuição para o Financ. da Seguridade Social — SIMPLES (fls.208/213)

Imposto	47.620,59
---------	-----------

Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	39.172,55
--	-----------

Multa Proporcional (passível de redução)	35.715,39
--	-----------

Total do Crédito Tributário	122.508,53
-----------------------------	------------

Contribuição para a Seguridade Social — INSS —SIMPLES (fls.214/220)

Imposto	86.976,87
---------	-----------

Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	70.566,15
--	-----------

Multa Proporcional (passível de redução)	65.232,60
--	-----------

Total do Crédito Tributário	222.775,62
-----------------------------	------------

Imposto de Renda da Pessoa Jurídica — IRPJ (fls.221/229)

Imposto	149.531,50
---------	------------

Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	76.094,24
--	-----------

Multa Proporcional (passível de redução)	112.148,59
--	------------

Total do Crédito Tributário	337.774,33
-----------------------------	------------

Contribuição para o PIS/Pasep (fls.230/238)

Imposto	52.602,61
---------	-----------

Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	27.801,89
--	-----------

Multa Proporcional (passível de redução)	39.451,87
--	-----------

Total do Crédito Tributário	119.856,37
-----------------------------	------------

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fls.239/246)

Imposto	87.401,38
---------	-----------

Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	44.939,79
--	-----------

Multa Proporcional (passível de redução)	65.551,00
Total do Crédito Tributário	197.892,17
Contribuição para o Financ. da Seguridade Social (fls.247/255)	
Imposto	242.308,49
Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	128.054,20
Multa Proporcional (passível de redução)	181.731,27
Total do Crédito Tributário	552.093,96

A ciência do lançamento ocorreu em 18/10/2005, conforme Termo de Ciência de fls. 177(verso). O valor do crédito tributário apurado está assim constituído: (em Reais).

Observa-se que no ano-calendário 2002, a receita omitida foi tributada de acordo com os percentuais progressivos fixados em relação a receita bruta acumulada, conforme previsto na sistemática de apuração do SIMPLES.

Em relação aos anos-calendário 2003 e 2004, a receita omitida foi tributada já considerando-se a exclusão em 2002 da empresa do sistema do SIMPLES, existindo no presente processo 10 autos de infração, dos quais 6 são relacionados ao período em que a empresa estava incluída no SIMPLES e relacionados ao período posterior à sua exclusão.

Inconformado com a autuação o contribuinte apresentou sua impugnação em 13/11/2007, fl.295, alegando o seguinte:

1. Que estava com sua inscrição estadual inativa/paralisada, até a presente data;
2. Que em relação aos depósitos bancários não escriturados, informa que simplesmente entram e saem em forma de recebimento e pagamento dos veículos, uma vez que os veículos são de clientes que os deixam para vender;
3. Que a forma de calcular os autos de infração está irregular, sendo o correto calcular somente sobre as diferenças das vendas dos veículos;
4. iv. Diz como exemplo que se um veículo é vendido por R\$15.500,00, é repassado ao cliente que deixou na garagem R\$15.000,00, sendo portanto o valor real para tributação somente R\$500,00, e não o valor total da venda do veículo, como consta nos demonstrativos de apuração.
5. Solicita a impugnação dos valores apresentados nos autos de infração.

A decisão recorrida julgou improcedente a impugnação, mantendo a exigência constante do auto de infração, conforme sintetiza a ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Exercício: 2003, 2004, 2005

Ementa:

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. PRESUNÇÃO LEGAL. A Lei nº 9.430, de 1996, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza lançar o imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Lançamento Procedente

De acordo com a decisão recorrida, consta que o lançamento promovido com base nos depósitos bancários, encontra-se em conformidade o artigo 42 da Lei 9.430/1996, com as modificações do artigo 4º da Lei 9.481, de 13 de agosto de 1997, base do lançamento:

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.

Desta forma, a presunção legal de omissão de rendimentos com base os depósitos bancários está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do sujeito passivo, em instituições financeiras, ou seja, pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, tem-se a autorização para considerar ocorrido o "fato gerador" quando o contribuinte no logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária.

Cientificada em 16/05/2008 (AR fls. 315), a Recorrente interpôs o recurso voluntário de fls. 310 de seguintes, em síntese, reiterando as alegações constantes de sua impugnação, nos seguintes termos:

Informa ser uma empresa que realiza a compra e venda de veículos automotores estabelecida na cidade de Porto Velho, Estado de Rondônia, há mais de quinze anos.

Tem-se que, em levantamento efetuado nas contas bancárias da empresa, nos anos de 2002 a 2004, a Fazenda Pública apurou receitas "omitidas" pela recorrente e, com base no levantamento efetuado, apurou os tributos devidos em face de tais rendimentos.

Ocorre que, a tentativa de reduzir a sonegação fiscal, bem como para elucidar práticas criminosas, considerou na apuração da base dos tributos devidos pela recorrente a receita obtida pela análise da CPMF.

Erroneamente, a empresa adotava o procedimento de receber das empresas financeiras os valores liberados no momento do financiamento de um veículo pelo comprador e, logo em seguida, repassar tal valor ao vendedor, descontando apenas a comissão decorrente do negócio.

Tal comissão é de um percentual máximo de 8% (oito por cento) e mínimo de 4% (quatro por cento), perfazendo a média de 6% (seis por cento) sobre a movimentação como remuneração da empresa, ou seja, a receita real da recorrente.

Assim, oferecer à tributação o montante total de receitas transitadas pela conta corrente da recorrente não encontra suporte legal, posto não representar receita nos termos do que dispõe o art. 43 do CTN.

Veja-se que somente esse percentual é que representa a renda da recorrente, passível de tributação pelo imposto de renda, contribuição social, PIS e COFINS.

Alega que os valores que passam pela conta bancária da empresa - e que resultam no pagamento da CPMF - não podem servir de base de cálculo para o recolhimento do imposto de renda e demais tributos. Isso porque, a movimentação da conta corrente não representa, como restou demonstrado, a renda de fato da empresa.

Tem-se que a movimentação bancária não corporifica fato gerador do Imposto de Renda e demais tributos devidos, posto que representa apenas "estoque" e não "fluxo", e não sendo fluxo não tipifica renda. E, juridicamente, só o fluxo tem a conotação de acréscimo patrimonial.

Em favor de sua tese transcreve os seguintes arestos deste colendo CARF:

"IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTO - LANÇAMENTO COM BASE EXCLUSIVAMENTE EM DEPÓSITO BANCÁRIO - Os depósitos bancários não constituem, por si só, fato gerador do imposto de renda pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos. O lançamento baseado em depósitos bancários só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre o depósito e o fato que representa omissão de rendimento". (Acórdão 104-17.494, da 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes)

No mesmo sentido:

"IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS – Os depósitos bancários, embora possam refletir indícios de auferimento de renda, não caracterizam, por si só, disponibilidade de rendimentos, não podendo ser considerados como 'aplicações' no fluxo de 'entradas' e 'saídas' para apuração de variação patrimonial, cabendo à fiscalização aprofundar seu poder investigatório a fim de demonstrar que os depósitos representam efetivamente gastos suportados pelo contribuinte."

(Acórdão CSRF/01-02.741)

Com efeito, no auto de infração combatido, o procedimento de somar os depósitos e exigir da recorrente a o pagamento do crédito tributário de montante estratosférico, não corresponde a verdade dos fatos e, com toda certeza, acarretará no fechamento das portas da empresa.

Tem-se que após a edição da Lei Complementar 105/2001, permite-se a quebra de sigilo bancário e fiscal sem prévia autorização judicial, por meio da instauração de procedimento administrativo, sem a prévia autorização do Poder Judiciário, conforme prescreve o artigo 62 desta norma.

Todavia, tal dispositivo, data máxima vênia, é inconstitucional, pois afrontam o princípio basilar do ordenamento jurídico, o Princípio do Devido Processo Legal.

Por todo o exposto, a quebra do sigilo da empresa, por meio da apuração de "receita" com base na movimentação da conta corrente da recorrente não pode prevalecer.

Do contrário, estar-se-ia premiando o procedimento ilegal da autoridade fazendária que apurou os tributos com base em dados sigilosos.

Às fls. 337/341, consta que o processo foi sobrestado através da Resolução nº 1103-00.055, de 08/05/2012, nos termos do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, posto que a questão deduzida nos autos ser objeto do RE nº 601.314RG/SP com reconhecimento de repercussão geral, nos termos do art. 543B do CPC (quebra de sigilo bancário).

Com a revogação do parágrafo primeiro do art. 62-A do RICARF, através da Portaria Ministerial nº 545, de 18/11/2013 (publicada no DOU, Seção I, de 20/11/2013, pág. 19), ponto fim ao sobrestamento, o processo retorna a pauta para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, Relator

O recurso é tempestivo e encontra-se revestido das demais formalidades legais pertinentes, devendo por isso ser conhecido.

Conforme relatado, o presente recurso envolve a questão da exigência do IRPJ/SIMPLES e contribuições correspondentes, do IRPJ, CLSS, PIS e COFINS, dos exercício de 2003 a 2005, cujo lançamento foi promovido com base nos depósitos bancários, em conformidade o artigo 42 da Lei 9.430/1996, com as modificações do artigo 4º da Lei 9.481, de 13 de agosto de 1997, sendo a base de cálculo apurada através do arbitramento da receita, em conformidade com o art. 530, I, do RIR/99.

Desse modo, o recurso envolve basicamente duas questões, a possibilidade de utilização de dados bancários sem autorização judicial, como preliminar, e a base de cálculo utilizada.

Em relação à utilização dos dados bancários para a apuração da receita omitida, em conformidade com o art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, e especialmente com a aplicação da Lei Complementar nº 105, de 2001, é sabido que o assunto encontra-se aguardando pronunciamento definitivo do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do RE nº 601.314RG/SP com reconhecimento de repercussão geral, nos termos do art. 543-B do CPC, o que motivou, inclusive, o sobrestamento do presente processo, pela Resolução nº 1103-00.055, em 08/05/2012 (fls. 337/341).

Entretanto, com a revogação do parágrafo primeiro do art. 62-A do RICARF, através da Portaria Ministerial nº 545, de 18/11/2013 (publicada no DOU, Seção I, de 20/11/2013, pág. 19), ponto fim ao sobrestamento, ensejou a continuidade do julgamento.

O art. 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/09, com a redação da Portaria MF 586/10, assim dispõe:

Art. 62A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Incluído pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

Com efeito, a despeito de ainda não haver decisão definitiva pelo STF, com repercussão geral, o assunto foi objeto de julgamento definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, o que, igualmente, determina a reprodução da decisão nos julgamentos deste colendo CARF.

Nesse sentido peço vênica para transcrever o Boletim Informativo nº 0417 Período: 23 a 27 de novembro de 2009, da Primeira Seção do STJ, informando que o assunto foi julgado em sede de recurso repetitivo, inclusive no que se refere à possibilidade de aplicação retroativa dos efeitos da Lei Complementar nº 105/2001, in verbis:

RECURSO REPETITIVO. SIGILO BANCÁRIO. AUTORIZAÇÃO.

No recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ), a Seção reiterou que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei n. 8.021/1990 e pela LC n. 105/2001, normas procedimentais de aplicação imediata. Com efeito, o art. 145, § 1º, da CF/1988 faculta à administração tributária, nos termos da lei, criar instrumentos ou mecanismos que lhe possibilitem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente para conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva. Destarte, o sigilo bancário não tem caráter absoluto, cedendo ao princípio da moralidade, aplicável, de forma absoluta, às relações de direito público e privado e, ainda, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias denotam ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Em que pese o direito adquirido de obstar a fiscalização tributária, ele não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto. No caso, a autoridade fiscal pretende utilizar dados da CPMF para apuração do imposto de renda (1998), tendo instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional. Precedentes

citados: EREsp 806.753-RS, DJe 1º/9/2008; EREsp 726.778-PR, DJ 5/3/2007; EREsp 608.053-RS, DJ 4/9/2006; AgRg nos EREsp 863.702-RN, DJe 27/5/2009; AgRg no Ag 1.087.650-SP, DJe 31/8/2009; AgRg no REsp 1.078.878-SP, DJe 6/8/2009; AgRg no REsp 1.084.194-SP, DJe 26/2/2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223-RS, DJe 24/11/2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637-MG, DJe 21/5/2008, e AgRg nos EDcl no REsp 970.580-RN, DJe 29/9/2008. REsp 1.134.665-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2009

Transcrevo, a seguir, a ementa do recurso representativo da controvérsia:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. **ARTIGO 543-C, DO CPC**. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.

4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das

operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: "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." 8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato impositivo, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Conseqüentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos impositivos a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJe 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. In casu, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001." 17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1134665/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

Logo, enquanto o STF não julgar o mérito do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, nenhum recurso subirá à Egrégia Corte, e consequentemente a questão constitucional envolvida no REsp 1134665/SP (discutida no RE correspondente) ficará sobrestada no STJ, vigorando assim o efeito repetitivo atribuído ao mesmo.

Assim sendo, em razão do disposto no art. 62-A do RICARF, e considerando que o STJ ao julgar o REsp 1134665/SP, submeteu o v. Acórdão ao regime do art. 543-C do CPC, e da Resolução STJ 08/2008, deve ser reputada válida a utilização de dados bancários para a apuração da omissão de receita, quando aplicada nos limites da LC 105 e do repetitivo do STJ, quando absolutamente necessário, como ocorreu no presente caso.

A outra questão que merece ser analisada no presente processo diz respeito à base de cálculo utilizada para a apuração dos tributos exigidos, levando-se em consideração,

inclusive a atividade empresarial desenvolvida pela Recorrente, prevista na CLAUSULA SEXTA do contrato social (fls. 323 e seguintes) quais sejam: “a) Comércio Varejista de Automotores”; b) Venda de Veículos por Consignação; c) Locação de Veículos Automotores, e d) Estacionamento de Veículos”.

Conforme o demonstrativo de apuração do IRPJ/Lucro Arbitrado de fls. 225/227, o arbitramento se deu a partir de depósitos bancários não contabilizados, sendo utilizado o coeficiente (9,6%), previsto no art. 532, do RIR/99, aplicado às atividades em geral, em conformidade com a reiterada jurisprudência deste colendo CARF, especialmente no caso em que o arbitramento se deu em virtude de inexistência de escrituração contábil hábil e idônea, em conformidade com a reiterada jurisprudência deste colendo CARF, senão vejamos pela transcrição das seguintes ementas:

IRPJ - EXCLUSÃO DO SIMPLES - INEXISTÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL - ARBITRAMENTO DOS LUCROS - É inteiramente procedente o arbitramento dos lucros por falta de escrituração contábil para empresa excluída do SIMPLES que não se sujeita às normas legais pertinentes. TRIBUTAÇÃO DECORRENTE - CSLL Tratando-se de tributação reflexa, o decidido com relação ao principal (IRPJ) constitui prejudgado às exigências fiscais decorrentes, no mesmo grau de jurisdição administrativa, em razão de terem suporte fático em comum. - PUBLICADO NO DOU Nº 54 DE 20/03/06, FLS. 42 A 45 , RETIFICADO NO DOU Nº 55 DE 21/03/06. (Ac. 107-08199, julgado na sessão de 10/08/2008, rel. Com. Luiz Martins Valero).

No mesmo sentido:

NULIDADE DO LANÇAMENTO – SIGILO BANCÁRIO – RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174/2001. A obtenção de informações da CPMF está prevista na Lei Complementar nº 105/2001 e no art. 1º da Lei nº 10.174/2001 que deu nova redação ao art. 11, § 3º da Lei nº 9.311/96. Por se tratar de norma formal ou procedimental que amplia o poder de fiscalização, sua aplicação é imediata, alcançando fatos pretéritos, nos termos do art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional. Os extratos bancários foram fornecidos pelo contribuinte, após o início da ação fiscal. Não há que se falar em nulidade do lançamento. NULIDADE DO LANÇAMENTO – INFORMAÇÕES DA CPMF OBTIDAS ANTES DA CIÊNCIA DO INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL. Não há nada de ilegal no fato das informações da CPMF terem sido obtidas antes do início da ação fiscal. Primeiro, porque conforme o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311/96, as instituições financeiras responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da CPMF devem prestar à SRF as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nas condições e prazos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda, e segundo, porque o início de uma ação fiscal pode se dar após o levantamento dos vários indícios de irregularidades existentes no órgão fiscalizador, em nome de um determinado contribuinte. Esse procedimento torna os procedimentos mais objetivos e eficazes e não causa cerceamento do direito de defesa. EQUIPARAÇÃO DE

PESSOA FÍSICA A PESSOA JURÍDICA – INSCRIÇÃO DE OFÍCIO NO CNPJ – Constatado pela fiscalização, que a pessoa física exercia atividade mercantil, correta a sua consideração como pessoa jurídica e a sua inscrição de ofício no CNPJ, nos termos do art. 127 do RIR/94, de forma a buscar a sua exata qualificação e possibilitar o adequado lançamento dos tributos cabíveis. OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA – INEXISTÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO - ARBITRAMENTO DO LUCRO. Constatado pela fiscalização que a movimentação bancária da pessoa física provém da exploração de atividade mercantil e uma vez equiparada a pessoa jurídica, correta a consideração dos depósitos bancários de origem não comprovada, de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430/96, como receita, para fins de arbitramento do lucro, por inexistência de escrituração. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Aplica-se à exigência reflexa da CSLL, o mesmo tratamento dispensado ao lançamento da exigência principal, em razão de sua íntima relação de causa e efeito. - PUBLICADO NO DOU Nº 54 DE 20/03/06, FLS. 42 A 45. RETIFICADO NO DOU Nº 55 DE 21/03/06. (Ac. nº 107-08.228, sessão de 11/08/2005, rel. Conselheira Albertina Silva Santos de Lima).

Em face do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento pela utilização de dados bancários e quanto ao mérito negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 7 de maio de 2014

(documento assinado digitalmente)

Antônio Lisboa Cardoso Relator



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

Processo nº 10240.001744/2007-57
Recurso nº 1 Voluntário
Acórdão nº 1101-001.108 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Seção de 7 de maio de 2014
Matéria IRPJ
Recorrente Chicão Automóveis Ltda
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003

OMISSÃO DE RECEITA. APURAÇÃO DO IMPOSTO ATRAVÉS DA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DECISÃO DEFINITIVA DE MÉRITO PROFERIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSOS REPETITIVOS. REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelo do art. 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil (recursos repetitivos), devem ser reproduzidas pelos Conselheiros, conforme art.62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF. Reprodução do entendimento firmado no REsp 1134665/SP, representativo da controvérsia, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, julgado pela Primeira Seção, em 25/11/2009, DJe 18/12/2009), sobre a utilização da movimentação bancária pelo Fisco para a apuração da omissão de receita, sem prévia autorização judicial, desde que em sede de procedimento administrativo em curso e quando absolutamente necessário, como ocorreu no caso. Aplicação do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

IRPJ - EXCLUSÃO DO SIMPLES - INEXISTÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL - ARBITRAMENTO DOS LUCROS - É inteiramente procedente o arbitramento dos lucros por falta de escrituração contábil para empresa excluída do SIMPLES que não se sujeita às normas legais pertinentes.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE - CSLL - PIS - COFINS. Tratando-se de tributação reflexa, o decidido com relação ao principal (IRPJ) constitui prejudgado às exigências fiscais decorrentes, no mesmo grau de jurisdição administrativa, em razão de terem suporte fático em comum.

Recurso Improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento, divergindo o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior, e, por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencido o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior, quanto à preliminar de nulidade.

(documento assinado digitalmente)

Edeli Pereira Bessa no exercício da Presidência

(documento assinado digitalmente)

Antônio Lisboa Cardoso Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Antônio Lisboa Cardoso (relator), José Sérgio Gomes, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Luiz Tadeu Matosinho Machado. Ausente temporariamente o Presidente Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente).

Relatório

Contra o contribuinte em epígrafe foi emitido o auto de infração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ referente aos exercícios 2003/2005, anos-calendário de 2002/2004, tendo em vista que o contribuinte, regularmente intimado, não apresentou sua escrituração contábil, nem comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados em contas de depósito, caução ou investimento, mantidas em instituições financeiras, sendo e os seguintes tributos correspondentes, inclusive com a consequente exclusão do SIMPLES:

Imposto de Renda da Pessoa Jurídica — IRPJ — SIMPLES (fls.177/190)

Imposto	13.513,97
Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	10.955,51
Multa Proporcional (passível de redução)	10.135,42
Total do Crédito Tributário	34.604,90

SIMPLES(fl.191/195)

Multa Regulamentar	2.747,15
--------------------	----------

Contribuição para o PIS/Pasep - SIMPLES (fls.196/201)

Imposto	13.513,97
Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	10.955,51

Multa Proporcional (passível de redução)	10.135,42
--	-----------

Total do Crédito Tributário	34.604,90
-----------------------------	-----------

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - SIMPLES (fls.202/207)

Imposto	23.810,30
---------	-----------

Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	19.586,24
--	-----------

Multa Proporcional (passível de redução)	17.857,68
--	-----------

Total do Crédito Tributário	61.254,22
-----------------------------	-----------

Contribuição para o Financ. da Seguridade Social — SIMPLES (fls.208/213)

Imposto	47.620,59
---------	-----------

Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	39.172,55
--	-----------

Multa Proporcional (passível de redução)	35.715,39
--	-----------

Total do Crédito Tributário	122.508,53
-----------------------------	------------

Contribuição para a Seguridade Social — INSS —SIMPLES (fls.214/220)

Imposto	86.976,87
---------	-----------

Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	70.566,15
--	-----------

Multa Proporcional (passível de redução)	65.232,60
--	-----------

Total do Crédito Tributário	222.775,62
-----------------------------	------------

Imposto de Renda da Pessoa Jurídica — IRPJ (fls.221/229)

Imposto	149.531,50
---------	------------

Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	76.094,24
--	-----------

Multa Proporcional (passível de redução)	112.148,59
--	------------

Total do Crédito Tributário	337.774,33
-----------------------------	------------

Contribuição para o PIS/Pasep (fls.230/238)

Imposto	52.602,61
---------	-----------

Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	27.801,89
--	-----------

Multa Proporcional (passível de redução)	39.451,87
--	-----------

Total do Crédito Tributário	119.856,37
-----------------------------	------------

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fls.239/246)

Imposto	87.401,38
---------	-----------

Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	44.939,79
--	-----------

Multa Proporcional (passível de redução)	65.551,00
Total do Crédito Tributário	197.892,17
Contribuição para o Financ. da Seguridade Social (fls.247/255)	
Imposto	242.308,49
Juros de Mora (cálculo até 28/09/2007)	128.054,20
Multa Proporcional (passível de redução)	181.731,27
Total do Crédito Tributário	552.093,96

A ciência do lançamento ocorreu em 18/10/2005, conforme Termo de Ciência de fls. 177(verso). O valor do crédito tributário apurado está assim constituído: (em Reais).

Observa-se que no ano-calendário 2002, a receita omitida foi tributada de acordo com os percentuais progressivos fixados em relação a receita bruta acumulada, conforme previsto na sistemática de apuração do SIMPLES.

Em relação aos anos-calendário 2003 e 2004, a receita omitida foi tributada já considerando-se a exclusão em 2002 da empresa do sistema do SIMPLES, existindo no presente processo 10 autos de infração, dos quais 6 são relacionados ao período em que a empresa estava incluída no SIMPLES e relacionados ao período posterior à sua exclusão.

Inconformado com a autuação o contribuinte apresentou sua impugnação em 13/11/2007, fl.295, alegando o seguinte:

1. Que estava com sua inscrição estadual inativa/paralisada, até a presente data;
2. Que em relação aos depósitos bancários não escriturados, informa que simplesmente entram e saem em forma de recebimento e pagamento dos veículos, uma vez que os veículos são de clientes que os deixam para vender;
3. Que a forma de calcular os autos de infração está irregular, sendo o correto calcular somente sobre as diferenças das vendas dos veículos;
4. iv. Diz como exemplo que se um veículo é vendido por R\$15.500,00, é repassado ao cliente que deixou na garagem R\$15.000,00, sendo portanto o valor real para tributação somente R\$500,00, e não o valor total da venda do veículo, como consta nos demonstrativos de apuração.
5. Solicita a impugnação dos valores apresentados nos autos de infração.

A decisão recorrida julgou improcedente a impugnação, mantendo a exigência constante do auto de infração, conforme sintetiza a ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Exercício: 2003, 2004, 2005

Ementa:

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. PRESUNÇÃO LEGAL. A Lei nº 9.430, de 1996, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza lançar o imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Lançamento Procedente

De acordo com a decisão recorrida, consta que o lançamento promovido com base nos depósitos bancários, encontra-se em conformidade o artigo 42 da Lei 9.430/1996, com as modificações do artigo 4º da Lei 9.481, de 13 de agosto de 1997, base do lançamento:

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.

Desta forma, a presunção legal de omissão de rendimentos com base os depósitos bancários está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do sujeito passivo, em instituições financeiras, ou seja, pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, tem-se a autorização para considerar ocorrido o "fato gerador" quando o contribuinte no logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária.

Cientificada em 16/05/2008 (AR fls. 315), a Recorrente interpôs o recurso voluntário de fls. 310 de seguintes, em síntese, reiterando as alegações constantes de sua impugnação, nos seguintes termos:

Informa ser uma empresa que realiza a compra e venda de veículos automotores estabelecida na cidade de Porto Velho, Estado de Rondônia, há mais de quinze anos.

Tem-se que, em levantamento efetuado nas contas bancárias da empresa, nos anos de 2002 a 2004, a Fazenda Pública apurou receitas "omitidas" pela recorrente e, com base no levantamento efetuado, apurou os tributos devidos em face de tais rendimentos.

Ocorre que, a tentativa de reduzir a sonegação fiscal, bem como para elucidar práticas criminosas, considerou na apuração da base dos tributos devidos pela recorrente a receita obtida pela análise da CPMF.

Erroneamente, a empresa adotava o procedimento de receber das empresas financeiras os valores liberados no momento do financiamento de um veículo pelo comprador e, logo em seguida, repassar tal valor ao vendedor, descontando apenas a comissão decorrente do negócio.

Tal comissão é de um percentual máximo de 8% (oito por cento) e mínimo de 4% (quatro por cento), perfazendo a média de 6% (seis por cento) sobre a movimentação como remuneração da empresa, ou seja, a receita real da recorrente.

Assim, oferecer à tributação o montante total de receitas transitadas pela conta corrente da recorrente não encontra suporte legal, posto não representar receita nos termos do que dispõe o art. 43 do CTN.

Veja-se que somente esse percentual é que representa a renda da recorrente, passível de tributação pelo imposto de renda, contribuição social, PIS e COFINS.

Alega que os valores que passam pela conta bancária da empresa - e que resultam no pagamento da CPMF - não podem servir de base de cálculo para o recolhimento do imposto de renda e demais tributos. Isso porque, a movimentação da conta corrente não representa, como restou demonstrado, a renda de fato da empresa.

Tem-se que a movimentação bancária não corporifica fato gerador do Imposto de Renda e demais tributos devidos, posto que representa apenas "estoque" e não "fluxo", e não sendo fluxo não tipifica renda. E, juridicamente, só o fluxo tem a conotação de acréscimo patrimonial.

Em favor de sua tese transcreve os seguintes arestos deste colendo CARF:

"IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTO - LANÇAMENTO COM BASE EXCLUSIVAMENTE EM DEPÓSITO BANCÁRIO - Os depósitos bancários não constituem, por si só, fato gerador do imposto de renda pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos. O lançamento baseado em depósitos bancários só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre o depósito e o fato que representa omissão de rendimento". (Acórdão 104-17.494, da 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes)

No mesmo sentido:

"IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS – Os depósitos bancários, embora possam refletir indícios de auferimento de renda, não caracterizam, por si só, disponibilidade de rendimentos, não podendo ser considerados como 'aplicações' no fluxo de 'entradas' e 'saídas' para apuração de variação patrimonial, cabendo à fiscalização aprofundar seu poder investigatório a fim de demonstrar que os depósitos representam efetivamente gastos suportados pelo contribuinte."

(Acórdão CSRF/01-02.741)

Com efeito, no auto de infração combatido, o procedimento de somar os depósitos e exigir da recorrente a o pagamento do crédito tributário de montante estratosférico, não corresponde a verdade dos fatos e, com toda certeza, acarretará no fechamento das portas da empresa.

Tem-se que após a edição da Lei Complementar 105/2001, permite-se a quebra de sigilo bancário e fiscal sem prévia autorização judicial, por meio da instauração de procedimento administrativo, sem a prévia autorização do Poder Judiciário, conforme prescreve o artigo 62 desta norma.

Todavia, tal dispositivo, data máxima vênia, é inconstitucional, pois afrontam o princípio basilar do ordenamento jurídico, o Princípio do Devido Processo Legal.

Por todo o exposto, a quebra do sigilo da empresa, por meio da apuração de "receita" com base na movimentação da conta corrente da recorrente não pode prevalecer.

Do contrário, estar-se-ia premiando o procedimento ilegal da autoridade fazendária que apurou os tributos com base em dados sigilosos.

Às fls. 337/341, consta que o processo foi sobrestado através da Resolução nº 1103-00.055, de 08/05/2012, nos termos do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, posto que a questão deduzida nos autos ser objeto do RE nº 601.314RG/SP com reconhecimento de repercussão geral, nos termos do art. 543B do CPC (quebra de sigilo bancário).

Com a revogação do parágrafo primeiro do art. 62-A do RICARF, através da Portaria Ministerial nº 545, de 18/11/2013 (publicada no DOU, Seção I, de 20/11/2013, pág. 19), ponto fim ao sobrestamento, o processo retorna a pauta para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, Relator

O recurso é tempestivo e encontra-se revestido das demais formalidades legais pertinentes, devendo por isso ser conhecido.

Conforme relatado, o presente recurso envolve a questão da exigência do IRPJ/SIMPLES e contribuições correspondentes, do IRPJ, CLSS, PIS e COFINS, dos exercícios de 2003 a 2005, cujo lançamento foi promovido com base nos depósitos bancários, em conformidade o artigo 42 da Lei 9.430/1996, com as modificações do artigo 4º da Lei 9.481, de 13 de agosto de 1997, sendo a base de cálculo apurada através do arbitramento da receita, em conformidade com o art. 530, I, do RIR/99.

Desse modo, o recurso envolve basicamente duas questões, a possibilidade de utilização de dados bancários sem autorização judicial, como preliminar, e a base de cálculo utilizada.

Em relação à utilização dos dados bancários para a apuração da receita omitida, em conformidade com o art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, e especialmente com a aplicação da Lei Complementar nº 105, de 2001, é sabido que o assunto encontra-se aguardando pronunciamento definitivo do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos do RE nº 601.314RG/SP com reconhecimento de repercussão geral, nos termos do art. 543-B do CPC, o que motivou, inclusive, o sobrestamento do presente processo, pela Resolução nº 1103-00.055, em 08/05/2012 (fls. 337/341).

Entretanto, com a revogação do parágrafo primeiro do art. 62-A do RICARF, através da Portaria Ministerial nº 545, de 18/11/2013 (publicada no DOU, Seção I, de 20/11/2013, pág. 19), ponto fim ao sobrestamento, ensejou a continuidade do julgamento.

O art. 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/09, com a redação da Portaria MF 586/10, assim dispõe:

Art. 62A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Incluído pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

Com efeito, a despeito de ainda não haver decisão definitiva pelo STF, com repercussão geral, o assunto foi objeto de julgamento definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, o que, igualmente, determina a reprodução da decisão nos julgamentos deste colendo CARF.

Nesse sentido peço vênica para transcrever o Boletim Informativo nº 0417 Período: 23 a 27 de novembro de 2009, da Primeira Seção do STJ, informando que o assunto foi julgado em sede de recurso repetitivo, inclusive no que se refere à possibilidade de aplicação retroativa dos efeitos da Lei Complementar nº 105/2001, in verbis:

RECURSO REPETITIVO. SIGILO BANCÁRIO. AUTORIZAÇÃO.

No recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ), a Seção reiterou que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei n. 8.021/1990 e pela LC n. 105/2001, normas procedimentais de aplicação imediata. Com efeito, o art. 145, § 1º, da CF/1988 faculta à administração tributária, nos termos da lei, criar instrumentos ou mecanismos que lhe possibilitem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente para conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva. Destarte, o sigilo bancário não tem caráter absoluto, cedendo ao princípio da moralidade, aplicável, de forma absoluta, às relações de direito público e privado e, ainda, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias denotam ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Em que pese o direito adquirido de obstar a fiscalização tributária, ele não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto. No caso, a autoridade fiscal pretende utilizar dados da CPMF para apuração do imposto de renda (1998), tendo instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional. Precedentes

citados: EREsp 806.753-RS, DJe 1º/9/2008; EREsp 726.778-PR, DJ 5/3/2007; EREsp 608.053-RS, DJ 4/9/2006; AgRg nos EREsp 863.702-RN, DJe 27/5/2009; AgRg no Ag 1.087.650-SP, DJe 31/8/2009; AgRg no REsp 1.078.878-SP, DJe 6/8/2009; AgRg no REsp 1.084.194-SP, DJe 26/2/2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223-RS, DJe 24/11/2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637-MG, DJe 21/5/2008, e AgRg nos EDcl no REsp 970.580-RN, DJe 29/9/2008. REsp 1.134.665-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2009

Transcrevo, a seguir, a ementa do recurso representativo da controvérsia:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. **ARTIGO 543-C, DO CPC**. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.

4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das

operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: "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." 8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato impositivo, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Conseqüentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos impositivos a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJe 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. In casu, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001." 17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1134665/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

Logo, enquanto o STF não julgar o mérito do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, nenhum recurso subirá à Egrégia Corte, e conseqüentemente a questão constitucional envolvida no REsp 1134665/SP (discutida no RE correspondente) ficará sobrestada no STJ, vigorando assim o efeito repetitivo atribuído ao mesmo.

Assim sendo, em razão do disposto no art. 62-A do RICARF, e considerando que o STJ ao julgar o REsp 1134665/SP, submeteu o v. Acórdão ao regime do art. 543-C do CPC, e da Resolução STJ 08/2008, deve ser reputada válida a utilização de dados bancários para a apuração da omissão de receita, quando aplicada nos limites da LC 105 e do repetitivo do STJ, quando absolutamente necessário, como ocorreu no presente caso.

A outra questão que merece ser analisada no presente processo diz respeito à base de cálculo utilizada para a apuração dos tributos exigidos, levando-se em consideração,

inclusive a atividade empresarial desenvolvida pela Recorrente, prevista na CLAUSULA SEXTA do contrato social (fls. 323 e seguintes) quais sejam: “a) Comércio Varejista de Automotores”; b) Venda de Veículos por Consignação; c) Locação de Veículos Automotores, e d) Estacionamento de Veículos”.

Conforme o demonstrativo de apuração do IRPJ/Lucro Arbitrado de fls. 225/227, o arbitramento se deu a partir de depósitos bancários não contabilizados, sendo utilizado o coeficiente (9,6%), previsto no art. 532, do RIR/99, aplicado às atividades em geral, em conformidade com a reiterada jurisprudência deste colendo CARF, especialmente no caso em que o arbitramento se deu em virtude de inexistência de escrituração contábil hábil e idônea, em conformidade com a reiterada jurisprudência deste colendo CARF, senão vejamos pela transcrição das seguintes ementas:

IRPJ - EXCLUSÃO DO SIMPLES - INEXISTÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL - ARBITRAMENTO DOS LUCROS - É inteiramente procedente o arbitramento dos lucros por falta de escrituração contábil para empresa excluída do SIMPLES que não se sujeita às normas legais pertinentes. TRIBUTAÇÃO DECORRENTE - CSLL Tratando-se de tributação reflexa, o decidido com relação ao principal (IRPJ) constitui prejudgado às exigências fiscais decorrentes, no mesmo grau de jurisdição administrativa, em razão de terem suporte fático em comum. - PUBLICADO NO DOU Nº 54 DE 20/03/06, FLS. 42 A 45, RETIFICADO NO DOU Nº 55 DE 21/03/06. (Ac. 107-08199, julgado na sessão de 10/08/2008, rel. Com. Luiz Martins Valero).

No mesmo sentido:

NULIDADE DO LANÇAMENTO – SIGILO BANCÁRIO – RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174/2001. A obtenção de informações da CPMF está prevista na Lei Complementar nº 105/2001 e no art. 1º da Lei nº 10.174/2001 que deu nova redação ao art. 11, § 3º da Lei nº 9.311/96. Por se tratar de norma formal ou procedimental que amplia o poder de fiscalização, sua aplicação é imediata, alcançando fatos pretéritos, nos termos do art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional. Os extratos bancários foram fornecidos pelo contribuinte, após o início da ação fiscal. Não há que se falar em nulidade do lançamento. NULIDADE DO LANÇAMENTO – INFORMAÇÕES DA CPMF OBTIDAS ANTES DA CIÊNCIA DO INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL. Não há nada de ilegal no fato das informações da CPMF terem sido obtidas antes do início da ação fiscal. Primeiro, porque conforme o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311/96, as instituições financeiras responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da CPMF devem prestar à SRF as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nas condições e prazos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda, e segundo, porque o início de uma ação fiscal pode se dar após o levantamento dos vários indícios de irregularidades existentes no órgão fiscalizador, em nome de um determinado contribuinte. Esse procedimento torna os procedimentos mais objetivos e eficazes e não causa cerceamento do direito de defesa. EQUIPARAÇÃO DE

PESSOA FÍSICA A PESSOA JURÍDICA – INSCRIÇÃO DE OFÍCIO NO CNPJ – Constatado pela fiscalização, que a pessoa física exercia atividade mercantil, correta a sua consideração como pessoa jurídica e a sua inscrição de ofício no CNPJ, nos termos do art. 127 do RIR/94, de forma a buscar a sua exata qualificação e possibilitar o adequado lançamento dos tributos cabíveis. OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA – INEXISTÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO - ARBITRAMENTO DO LUCRO. Constatado pela fiscalização que a movimentação bancária da pessoa física provém da exploração de atividade mercantil e uma vez equiparada a pessoa jurídica, correta a consideração dos depósitos bancários de origem não comprovada, de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430/96, como receita, para fins de arbitramento do lucro, por inexistência de escrituração. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Aplica-se à exigência reflexa da CSLL, o mesmo tratamento dispensado ao lançamento da exigência principal, em razão de sua íntima relação de causa e efeito. - PUBLICADO NO DOU Nº 54 DE 20/03/06, FLS. 42 A 45. RETIFICADO NO DOU Nº 55 DE 21/03/06. (Ac. nº 107-08.228, sessão de 11/08/2005, rel. Conselheira Albertina Silva Santos de Lima).

Em face do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento pela utilização de dados bancários e quanto ao mérito negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 7 de maio de 2014

(documento assinado digitalmente)

Antônio Lisboa Cardoso Relator