

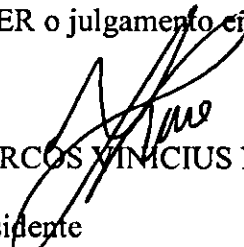


MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10280.002230/2004-08
Recurso nº 157.152
Resolução nº 1401-00.010 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de maio de 2009
Matéria IRPJ e OUTROS - Ex.: 2000
Recorrente ENGARRAFADORA NOBRE LTDA
Recorrida 1ª TURMA/DRJ-BELÉM/PA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara, Primeira Turma Ordinária da Primeira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, nos termos do voto da relatora.


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA

Presidente


ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA

Relatora

Formalizado em: 19 JUN 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Hugo Correia Sotero, Valmar Fonseca de Menezes, Marcos Shigueo Takata, Silvia Bessa Ribeiro Biar, Silvana Rescigno Guerra Barretto (Suplente Convocada) e Caros Alberto Gonçalves Nunes.

Relatório

A recorrente se insurge contra o acórdão nº 01-11229, de 12.06.2008, da 1ª Turma Julgadora da DRJ em Belém que considerou o lançamento procedente.

Esse julgamento ocorreu após ter sido anulada a decisão de primeira instância, em 05.12.2007 (acórdão 107-09.238) por determinação deste colegiado, em julgamento de recurso voluntário, em razão da primeira decisão da Turma Julgadora não ter apreciado a maior parte dos argumentos relativos à aplicação da Lei 9.718/98 e por omissão quanto à cobrança de juros com base na taxa selic.

I – DA AUTUAÇÃO

A infração refere-se a omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários não contabilizados, cuja origem dos recursos não foi comprovada. A receita declarada é de R\$ 18.682,50 e a movimentação financeira supera R\$ 6,7 milhões.

O lançamento do IRPJ, CSLL, contribuição para o PIS e COFINS refere-se ao ano-calendário de 2001. A ciência do lançamento se deu em 21.12.2005.

O lucro foi arbitrado. Destacou o autuante na descrição dos fatos constante do auto de infração, que em 02.12.2005 foi registrado no CNPJ a exclusão da empresa no SIMPLES, com efeitos a partir de janeiro de 2001, em virtude do tipo de atividade exercida “industrialização por conta própria de bebidas”. Por essa razão, a contribuinte foi intimada a apresentar os livros e documentos de sua escrituração contábil e fiscal (Diário, Razão, Lalur, comprovantes de despesas, custos e receitas, etc.). A contribuinte respondeu que não possuía a documentação, o que justificou o arbitramento do lucro, nos termos do art. 530, I, do RIR/99.

O autuante observou na descrição dos fatos:

Os valores relativos ao faturamento/receita bruta declarada são quantias que foram declaradas pelo SIMPLES. Considerando que o contribuinte está sendo arbitrado, sugiro ao contribuinte que solicite compensação ou restituição do imposto pago pelo Simples.

Além dos valores declarados pelo SIMPLES anos-calendário de 2000 e 2001, nenhum elemento de prova apresentou a esta fiscalização que justificasse seus argumentos.

Por outro lado, havíamos solicitado “de ofício” a exclusão da empresa da opção do SIMPLES, com base no inciso XIX do art. 9º da Lei 9.317/96, com efeitos a partir de 01.01.2001, em virtude do tipo de atividade exercida “industrialização por conta própria de bebidas classificadas na TIPI capítulo 22”, sujeita ao regime de tributação de que trata a Lei 7.798/99, mantidas até 31/12/2000 as opções já exercidas.

Em 02.12.2005 foi registrada no CNPJ a exclusão da empresa a partir de janeiro de 2001.

(...).

A ciência da nova decisão da Turma Julgadora foi dada em 25.07.2008 e o recurso foi protocolizado em 20.08.2008.

II - DA SEGUNDA DECISÃO DA TURMA JULGADORA

Sobre a decadência e sobre o enquadramento legal do IPI, a Turma Julgadora afirmou que não houve lançamento para o ano-calendário de 2000 neste processo e que o

 2

lançamento do IPI foi formalizado por meio de outro processo e que tal fato inviabilizou a apreciação desses argumentos.

Rejeitou os demais argumentos da recorrente, concluindo pela procedência do lançamento, tendo sido proferidas as seguintes ementas:

OMISSÃO DE RENDIMENTOS PROVENIENTES DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro do Ano-calendário de 1997, a Lei 9.430/96, no seu art. 42 autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos.

OMISSÃO DE RECEITA. PRESUNÇÃO. COBRANÇA DO PIS E DA COFINS.

Equipara-se ao conceito de receita bruta, sujeita ao pagamento do PIS e da COFINS, a omissão presumida de receita, oriunda de suprimento de caixa cuja origem e entrega dos recursos não foi comprovada.

INCONSTITUCIONALIDADE LEI Nº 9.718/98 E DA TAXA SELIC. APRECIÇÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

É incabível a apreciação, por autoridade julgadora da esfera administrativa, de arguição de inconstitucionalidade de lei, por tratar-se de matéria inserta na competência privativa do Poder Judiciário.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.

As decisões administrativas proferidas por Conselhos de Contribuintes não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais, quando comprovado que o contribuinte não figurou como parte na referida ação judicial.

DECADÊNCIA.

Mister a rejeição dos argumentos referentes à decadência do direito de lançar o tributo e contribuições se o Ano-calendário a que se refere o sujeito passivo é diverso daquele em que ocorreram os lançamentos tributários e o período abrangido pelos autos de infração não foi alcançado pela decadência.

LEGISLAÇÃO REVOGADA.

Rejeita-se a arguição de utilização de legislação revogada se os argumentos referem-se ao lançamento do IPI, que não está em julgamento.

LANÇAMENTO REFLEXO. PIS. COFINS. CSLL.

As questões sujeitas às mesmas regras adotadas para o lançamento do principal submetem-se a idêntico entendimento.

A ciência da decisão se deu em 25.07.2008 e o recurso foi apresentado 20.08.2008.

III - DO RECURSO VOLUNTÁRIO

No recurso argumenta que deve ser reconhecida a nulidade da autuação referente ao período anterior a dezembro de 2000, uma vez que foi efetuada apenas em 21.12.2005, tendo ocorrido a decadência, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. Cita jurisprudência judicial e administrativa.

Afirma que o acórdão recorrido não apreciou a matéria com o argumento de que para o ano de 2000 houve o lançamento do IPI que teria sido formalizado em outro processo, entretanto, diz não ter sido intimada de qualquer desmembramento e que desconhece o número do processo administrativo relativo a esse lançamento, bem como, a situação atual de julgamento.

Aduz que no ano-calendário de 2000 era optante do SIMPLES, e assim os tributos incluídos nesse regime estariam fulminados pela decadência no que tange aos 11 primeiros meses do ano de 2000. Afirmo que a decisão da Turma Julgadora está eivada de erro de fato, pois teria sido lavrado auto de infração referente ao ano-calendário de 2000, face à omissão de receitas e insuficiência de recolhimentos do IRPJ e que da mesma forma, o Termo de Encerramento da ação fiscal (MPF 0210100/00116/04) aponta como crédito tributário o IRPJ Simples do ano de 2000.

Argumenta que depósito bancário não pode ser utilizado como base para tributação por omissão de rendimentos, por entender que a movimentação bancária não corporifica fato gerador do imposto de renda, já que depósito bancário é estoque (patrimônio) e não fluxo (renda) e que juridicamente somente a renda tem a conotação de acréscimo patrimonial. Cita a súmula nº 182 do TRF. Cita doutrina, jurisprudência judicial e administrativa (acórdão CSRF/01-02.741). Pede a aplicação do DL 2.471/88, art. 9º, VII; por esse dispositivo legal entende que devem ser extintos os lançamentos de imposto de renda baseados exclusivamente em depósitos bancários.

Aduz que os extratos bancários podem funcionar como indícios de que há desconhecimento entre a renda declarada e a de fato recebida, ou ainda para sustentar uma ação fiscal que vise por meio dessas informações, demonstrar a omissão de receitas. Acrescenta que à administração fiscal cabe diligenciar, com os meios que lhe são lícitos para que reste provada e incontestada a irregularidade tributária; destaca que não cabe à administração fiscal distribuir presunções e falsas afirmações sem base fática que as sustente.

Discute a impossibilidade da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, o que no seu entendimento contraria o art. 5º, XII, da CF/88. Afirmo que o STF, na ADIN 939-DF considerou o sigilo bancário como direito individual, colocando-a na condição de cláusula pétrea e inafastável por emenda constitucional ou qualquer outro dispositivo, conforme dispõe o art. 60, § 4º, IV da CF/88. Conclui que a quebra do sigilo bancário não poderá ser feita por requisição de movimentação financeira. Cita jurisprudência judicial.

Também menciona o disposto no art. 197, II, do CTN e na Lei 4.595/64, art. 28. Entende que as informações protegidas pelo sigilo bancário não podem ser prestadas pelas instituições financeiras e que seria legítimo, a elas a recusa no atendimento às requisições de movimentação financeira.

Diz que o julgador fundou-se no art. 197 do CTN, mas que omitiu o § único; que se baseou na lei 9.311/96 e que esse dispositivo longe de tornar livre a quebra de sigilo bancário pela administração fazendária, apenas dispõe sobre a CPMF.

Arguiu que mesmo que o envio de informações privilegiadas e sigilosas das instituições financeiras à SRF significasse simples transferência de sigilo, ainda assim, essa transferência teria que se dar com autorização judicial; ainda que admitindo-se que a autoridade administrativa tivesse o poder de exigir os extratos bancários, teriam que ser respeitados os limites observados pelo Judiciário e Legislativo: a prévia e necessária fundamentação da necessidade da quebra do sigilo.

Cita jurisprudência judicial (MS 25668/DF, DJ de 04.08.2006), para concluir que a quebra de sigilo bancário, praticada pela SRF, nulifica plenamente todo o procedimento administrativo já que não consta nos autos qualquer justificação, indicação de fato concreto ou indicação de causa provável.

Acrescenta, que ainda que a Receita Federal pudesse quebrar o sigilo bancário, com base na Lei 10.174/2001 e LC 105/2001, ambas de janeiro de 2001, não poderiam retroagir para alcançar fatos geradores ocorridos antes de sua vigência, em função do princípio da irretroatividade (art. 5º, XXXIX e 150, III, "a" e "b", da CF/88). Cita jurisprudência judicial. Conclui que a quebra do sigilo bancário de todo o ano de 2000 é ilegal.

Também discute a inconstitucionalidade da exigência da contribuição para o PIS e COFINS, com fundamento na Lei 9.718/98.

Discorda quanto a ser vedado ao julgador administrativo se manifestar sobre a constitucionalidade das leis, porque o ato administrativo deve se ater aos ditames legais e constitucionais, razão pela qual entende ser plenamente cabível que seja afastada a aplicação do dispositivo contestado, por entender inaplicável ao caso em tela, com base nos princípios da ampla defesa e da legalidade. Transcreve trecho de voto proferido no julgamento do recurso voluntário 133330 da 1ª Câmara. A seguir traz argumentos em que pretende demonstrar a inconstitucionalidade da Lei 9.718/98 (alargamento da base de cálculo).

Afirma que a jurisprudência é amplamente favorável à sua tese, e que seus argumentos não estão fundados em julgados superficiais e individuais. Aduz que nem se argumente que as razões do Supremo Tribunal são irrelevantes porque não há competência de declaração de inconstitucionalidade na via administrativa, uma vez que independentemente de haver ou não essa competência, a inconstitucionalidade incidentalmente declarada mostra à autoridade que o dispositivo legal viola o sistema jurídico pátrio, e por isso, não deve ser aplicado.

Argumenta ser inconstitucional a utilização da taxa selic como parâmetro para a cobrança de juros sobre débitos tributários.

Por fim, arguiu que a decisão administrativa menciona que não apreciou a parte da defesa que se refere ao IPI, porque o lançamento foi formalizado por meio de outro

processo. Destaca que não foi intimada de qualquer desmembramento da defesa por si apresentada e que é desconhecido até o momento o número do processo administrativo referente ao IPI. Conclui que a negativa de apreciação dos argumentos implica violação do art. 27 e seguintes do Decreto 70.235/72, devendo ser sanada.

Na impugnação, argumentou em relação ao IPI, a nulidade do auto de infração por descumprimento de requisitos formais, por fundamentação em legislação revogada.

Pede ao final:

- Seja recebido o recurso, por preencher os requisitos de admissibilidade;
- Seja julgado totalmente improcedente o lançamento em face da ilegitimidade do procedimento adotado, que se funda meramente em extratos bancários, que não comprovaria a existência do fato gerador;
- Seja declarada a nulidade da autuação, por violar princípios básicos da privacidade/intimidade, quando da quebra do sigilo bancário, estando absolutamente ausente qualquer justificação que autorize tal medida de ruptura.

Em respeito ao princípio processual da eventualidade caso não sejam acolhidas tais razões pede:

- Que seja reconhecida a decadência operada no caso concreto, impossibilitando a cobrança de créditos tributários do período de janeiro a novembro de 2000;
- Que sejam afastados do lançamento todos os valores referentes ao ano de 2000 e de parte do ano de 2001, visto que só houve lei formal garantindo o requerimento de dados bancários por autoridade administrativa no ano de 2001, não podendo os efeitos retroagir;
- Que sejam retirados da autuação os valores oriundos da indevida majoração da base de cálculo dos tributos PIS e COFINS;
- Que seja afastada a incidência dos juros Selic.

É o relatório.

VOTO

Conselheira – ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, Relatora

O recurso atende às condições de admissibilidade e deve ser conhecido.

No auto de infração consta que a contribuinte foi excluída do Simples, a partir de 01.01.2001. O MPF de nº 02.1.01.00-2004-00116-0 abrangeu os anos de 2000 e de 2001. O Termo de Início de Fiscalização também abrangeu esses períodos.

A contribuinte na impugnação menciona o demonstrativo do crédito tributário do ano de 2000 (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IPI no regime do Simples) e do ano de 2001



(lançamento consubstanciado neste processo). Discute a decadência e nulidade do auto de infração do IPI, que também volta a discutir no recurso voluntário.

Apenas a título de esclarecimento registro que pelo doc. de fls. 222 se verifica que a autoridade preparadora extraiu cópia da impugnação para juntada ao processo 10280.006025/2005-94, uma vez que a contribuinte apresentou impugnação relativa ao MPF 0210100-2004-/00116/0-1, embora não tenha mencionado na mesma os números dos processos administrativos. Portanto, certamente esse processo refere-se ao crédito tributário constituído relativo ao ano-calendário de 2000.

O recurso não está em condições de ser julgado por uma outra razão.

Trata-se de lançamento do IRPJ, CSLL, contribuição para o PIS e COFINS, do ano-calendário de 2001, cuja ciência do lançamento se deu em 21.12.2005. A infração refere-se a omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários não contabilizados, cuja origem dos recursos não foi comprovada.

A recorrente, entre outros argumentos, argüiu que mesmo que fosse admitido que a autoridade administrativa tivesse o poder de exigir os extratos bancários, teriam que ser respeitados os limites observados pelo Judiciário e pelo Legislativo: a prévia e necessária fundamentação da necessidade da quebra do sigilo. Cita jurisprudência judicial (MS 25668/DF, DJ de 04.08.2006), para concluir que a quebra de sigilo bancário que foi praticada pela SRF nulifica plenamente todo o procedimento administrativo já que não consta nos autos qualquer justificação, indicação de fato concreto ou indicação de causa provável.

Constato que no Termo de Início de Fiscalização constou que a contribuinte foi intimada, em 20.04.2004, a apresentar os extratos bancários, dos anos de 2000 e 2001. Em 09.12.2004 foi expedida Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira, por meio da qual são requisitadas as informações bancárias dos anos de 2000 e 2001. Em 26.04.2005, a contribuinte foi intimada a comprovar a origem dos valores creditados em suas contas correntes bancárias.

O Decreto nº 3.724/2001 regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas. O *caput* do art. 2º, assim dispõe:

Art.2ºA Secretaria da Receita Federal, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

Portanto, o art. 2º transcrito estabelece que o AFRF somente poderá examinar as informações relativas a contas de depósitos e de aplicações financeiras quando houver procedimento de fiscalização em curso (o que efetivamente havia), sendo que tais exames devem ser considerados indispensáveis.

O art. 3º do mesmo Decreto estabelece as hipóteses em que os exames previstos no art. 2º são considerados indispensáveis. O parágrafo 5º do art. 4º dispõe que a RMF será

expedida com base em relatório circunstanciado, elaborado por AFRF encarregado da execução do MPF ou por seu chefe imediato, e o parágrafo 6º estabelece que nesse relatório deverá constar a motivação da proposta de expedição da RMF, que demonstre com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no artigo anterior.

Do exposto, considerando que a motivação para uso das informações sobre a movimentação financeira é objeto da discussão, entendo que o julgamento deve ser convertido em diligência para que seja juntado aos autos referido relatório.

Do resultado da diligência deve ser providenciado relatório conclusivo, que deve ser cientificado à recorrente que poderá se manifestar se entender necessário.

Do exposto, oriento meu voto para converter o julgamento em diligência, nos termos acima expressos.

Sala das Sessões - DF, em 13 de maio de 2009.


ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA