

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

Processo nº 10865.002743/2007-82
Recurso nº 166.204 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.185 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de março de 2010
Matéria IRPJ - e OUTROS - ANOS-CALENDÁRIO: 2005 a 2006
Recorrente SALTORELLI TINTURARIA TÊXTIL LTDA.
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. DECISÃO LIMINAR DE AGRAVO DE INSTRUMENTO COM SUPERVENIÊNCIA E SENTENÇA DENEGATÓRIA DO MANDAMUS.

Tendo havido a publicação de sentença denegatória, no mérito, do mandado de segurança, tornou-se sem efeito a decisão liminar outrora proferida em sede de agravo de instrumento, pelo que o julgamento de primeira instância não ofendeu ordem judicial posto que a mesma já havia perdido seus efeitos.

OMISSÃO DE RENDIMENTO.

Basta ao fisco demonstrar a existência de depósitos bancários de origem não comprovada para que se presuma, até prova em contrário, a cargo do contribuinte, a ocorrência de omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção (relativa), o que transfere o ônus probatório ao contribuinte, vez que este deve evidenciar a origem de todos os depósitos para que seja afastada a presunção.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS.

Considerando que as informações coletadas durante o procedimento de fiscalização estão protegidas por sigilo fiscal, não há falar-se em quebra de sigilo quando da requisição de informações financeiras do contribuinte perante as instituições financeiras, conforme permissivo da LC 105. Para que ocorra a quebra de sigilo, é necessário que as informações sigilosas se tornem públicas, o que não ocorre quando os dados são trabalhados no curso de fiscalização.

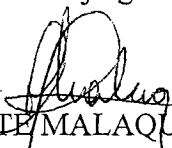
MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Deve ser aplicada a multa de ofício qualificada quando configurado o evidente intuito de fraude e nos casos em que o contribuinte, por meio de condutas pró-ativas, tente impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em afastar as preliminares e, no mérito, em negar provimento ao recurso, no termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO – Presidente


ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA – Relator

EDITADO EM: 21 MAI 2010

Participaram, da presente sessão de julgamento os Conselheiros: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Antônio Bezerra Neto, Fernando Luiz Gomes de Mattos, André Ricardo Lemes da Silva, Alexandre Antônio Akmim Teixeira e Maurício Pereira Faro.

Relatório

Trata o presente feito de auto de infração lavrado em desfavor da Recorrente, tendo em vista a identificação, durante procedimento de fiscalização, de infrações à legislação do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, nos anos calendário de 2003, 2004 e 2005.

O auto de infração em evidência trata, basicamente, do arbitramento do lucro tendo em vista a movimentação financeira que não fora declarada, no entanto evidenciada pelos extratos das contas-correntes tituladas pela Recorrente.

De acordo com o Relatório de Fiscalização (fl. 53), ficou constatado que a Recorrente “ao prestar as informações fiscais à Receita Federal, relativamente aos anos-calendário 2003 e 2004 apresentou DIPJ – Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa jurídica com a opção pela tributação com base no lucro presumido sem nenhuma informação, isto é, em branco; em relação ao ano-calendário 2005, declarou-se inativa, com a entrega da Declaração Simplificada de Pessoa Jurídica – Inativa, conforme folhas 61/101”.

No decorrer da fiscalização, ficou constatado, ainda, que a ora Recorrente também apresentou em branco as DCTF's referentes aos períodos trimestrais de 2003 e 2004 e deixou de apresentar as dos trimestres de 2005.

No que concerne à escrituração contábil e fiscal da Recorrente, esta se mostrou imprestável tanto para identificar a efetiva movimentação financeira, quanto para determinar o lucro real, uma vez que foram detectadas as seguintes deficiências (fl. 53):

- Livros de Registro de Entradas 06, 07 e 08, Registros de Saídas 06, 07 e 08, em branco, sem movimento;

- Livro Diário Geral nº 07, com poucos registros nos meses de janeiro, fevereiro, maio e dezembro de 2003, referentes à conta Caixa. Não há nenhum lançamento em conta de Receitas e nem sobre as operações financeiras realizadas nas contas-correntes bancárias;

- Livro Diário Geral nº 08, abrangendo os anos-calendário 2004 e 2005, totalmente em branco.

Diante das circunstâncias descritas, a Recorrente foi intimada a comprovar a origem dos recursos depositados em suas contas-correntes, bem como a apresentar as declarações determinadas pela legislação, no caso de a movimentação financeira apurada ser proveniente da atividade operacional da empresa.

Em atendimento à intimação acima, a Recorrente apresentara apenas a DIPJ dos anos calendários de 2002 e 2003. Em relação à origem dos recursos depositados nas contas-correntes, nenhum documento foi apresentado.

Não logrando êxito em comprovar o requerido pela fiscalização, e tendo em vista o artigo 42 da Lei nº 9.430/96, a fiscalização lavrou o presente auto de infração exigindo

IRPJ, CSLL, PIS e COFINS incidentes sobre a receita omitida, os dois primeiros com base no lucro arbitrado.

O lançamento, ainda, foi efetuado com aplicação de multa qualificada por entender o autuante que a conduta da ora Recorrente caracterizara sonegação fiscal, o que enseja a multa de lançamento de ofício de 150%, prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96.

Notificada do lançamento em 27/09/2007, conforme auto de infração, a interessada, por seu representante legal, ingressou, em 26/10/2007, com a impugnação de fls. 784/831, alegando, em suma, conforme se verifica do relatório elaborado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto:

- Preliminarmente, nulidade formal do auto de infração, tendo em vista que este não está instruído com o termo de início de ação fiscal, formalidade essencial e obrigatória, nos termos do Código Tributário Nacional (CTN), art. 196;

- Nulidade do auto de infração, pois, embora a autuação descreva em planilha as quantias depositadas em conta bancária, não discrimina o que constituiria receita, rendas e proventos, e não considera variação (diferença) anual de movimentação bancária, aproveitando o montante geral como base de cálculo aos lançamentos tributários, acarretando o cerceamento indireto do seu direito de defesa;

- No mérito, ilegitimidade de lançamento tributário com base em depósitos ou extratos bancários, como já pacificado na jurisprudência do Egrégio Conselho de Contribuintes e consolidado pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, hoje Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da Súmula nº 182;

- Não é dado ao legislador ou ao intérprete tributar ou supor seja tributável evento jurídico distinto da previsão normativa, assim presunção de renda não é renda e presunção de proventos não é provento;

- Os agentes fiscais não trataram de elucidar se os depósitos nas contas da contribuinte e discriminados na planilha que acompanha o auto de infração efetivamente constituíram receita, renda ou proventos auferidos pela empresa;

- Cumpria à fiscalização demonstrar, por meio de rastreamento, que cheques emitidos por clientes da impugnante tenham efetivamente sido creditados em suas contas;

- A fiscalização sequer tratou de apurar a existência de operação inversa, consistente no pagamento de obrigação contraída pela empresa com cheques cujo fundo provinha das contas bancárias referidas;

- Há quantias depositadas nas contas bancárias da contribuinte cujos ingressos provieram do recebimento de mútuos realizados em seu favor, os quais foram firmados e quitados dentro de um mesmo exercício fiscal, sendo certo que a ausência de escrituração respectiva não pode resultar na consideração

simplista de que a movimentação bancária representa omissão de receitas;

- Múltiplas razões podem concorrer para lançamentos bancários na conta de uma pessoa sem que representem percepção de renda;

- A inexistência de escrituração contábil não pode servir de pretexto para que a fiscalização se arvore no direito de entender que todos os depósitos realizados em contas bancárias constituem receita, renda ou proventos;

- Tivesse o Fisco detectado e apontado pormenorizadamente realização de despesas pela contribuinte incompatíveis com a renda oferecida à tributação ou apontado incremento patrimonial da sociedade não condizente com aquela renda, poderia, em tese, haver indícios que fundassem o lançamento tributário com lastro nos depósitos bancários realizados, embora ainda restassem condicionados à previsão legislativa de presunção da espécie;

- “prova” de omissão de receitas mediante suprimento de caixa não tem sido aceita pelo Conselho de Contribuintes, consoante Acórdão n° 108-03.798, da 8ª Câmara;

- não é possível, legal e juridicamente, que a Administração imponha ao contribuinte o ônus de produzir prova negativa, senão impossível e impraticável, para comprovar que os depósitos não configuram receitas, rendas ou proventos;

- é juridicamente insustentável que a dúvida seja resolvida em desfavor do contribuinte;

- a fiscalização reuniu todos os depósitos sob a rubrica de receita, rendas e proventos, sem qualquer discriminação que possibilitasse a incidência tributária lógica e legal, além de configurar como receita valores resultantes de aplicações financeiras, cujo ganho já tivera sofrido incidência, na fonte, da dedução fiscal do imposto de renda, o que configura bi-tributação;

- o montante aproveitado pela fiscalização como base de cálculo das incidências tributárias foi somado anualmente, o que significa dizer que uma determinada quantia depositada em conta bancária num mês, após saída e posterior retorno, foi aproveitada como base de cálculo para nova incidência, embora seja absolutamente certo e evidente que não representou nem tampouco realizou conceito de receita líquida, renda ou proventos;

- hoje não mais se outorga crédito à tese de que o ônus da prova, em matéria fiscal, seja de incumbência do contribuinte, eis que prevalece o truísmo de que a administração tem de provar as ocorrências que afirma terem existido para legitimar o lançamento fiscal;



- a própria lei exige que o ato jurídico administrativo seja devidamente fundamentado, o que demonstra que deve haver prova concludente de que efetivamente sucedeu, no plano dos acontecimentos, a situação prevista abstratamente na norma jurídica;
- as presunções somente afastam diligências e providências probatórias quando previstas em lei, caso contrário não haverá campo para utilização da técnica de presunções à configuração do fato gerador;
- o fato gerador não admite presunção;
- a presunção legal não é aceita no direito tributário brasileiro para comprovação da materialidade, salvo raríssimas exceções previstas em lei de forma expressa e sobejamente circunstanciada e detalhada;
- ilegitimidade do lançamento tributário, eis que fundado apenas em indícios;
- impossibilidade de presunção ante a ausência de lei expressa autorizando-a na hipótese;
- os valores movimentados nas suas contas jamais pertenceram à impugnante;
- ilegalidade quanto à quebra do sigilo bancário, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do STJ exige a participação do Poder Judiciário para a decretação da quebra do sigilo, entendimento que merece ser mantido, ainda após a publicação da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e da Lei nº 10.174, de 9 de janeiro de 2001, tendo em vista as inúmeras incompatibilidades desta permissão legislativa com os valores e princípios máximos da Constituição Federal (CF), conflitantes com o ordenamento jurídico vigente no país;
- o princípio constitucional tributário da irretroatividade das leis proíbe a aplicação da LC nº 105, de 2001, sobre fatos ocorridos em período anterior a janeiro de 2001;
- no que tange aos anos anteriores a 2001, há ineficácia técnica da LC nº 105, de 2001, para a constituição de créditos tributários oriundos de fiscalização exercida por meio do cruzamento de dados da CPMF com a receita, renda ou provento declarados ao Fisco, à medida que se verifica vigente o comando normativo do § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, que proíbe a constituição do crédito tributário por meio da utilização dos dados obtidos com a arrecadação da CPMF;
- aflora evidente a inconstitucionalidade da LC nº 105, de 2001;
- descurou a fiscalização de apurar a renda líquida anual para incidência do tributo, aproveitando como base de cálculo renda bruta;



- a fiscalização supôs que os depósitos bancários realizados nas contas da impugnante constituíam faturamento, supondo, assim, fosse o faturamento, por si considerado, elemento idôneo para presumir riqueza, o que juridicamente não é verdadeiro;

- o critério de periodicidade do imposto sobre a renda devido pela pessoa jurídica impõe que sua base de cálculo incida somente sobre o acréscimo patrimonial verificado ao final do exercício fiscal, significando dizer que a base de cálculo do IRPJ somente poderia incidir sobre a diferença positiva verificada em relação ao exercício fiscal imediatamente pretérito;

- a fiscalização sequer tipificou, de forma específica e pormenorizada, qual a figura delitiva que teria sido perpetrada pela impugnante, cingindo-se a descrever dispositivos legais sem proceder à subsunção do fato à hipótese normativa, deficiência bastante para inquinar de vício formal o agravamento da multa;

- não há se falar em fraude porque não restou configurada ação ou omissão dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária;

- se há suspeita de que a movimentação bancária da contribuinte veicule valores cuja origem não foi demonstrada, o lançamento tributário deve voltar-se contra aquela pessoa física, jamais contra a impugnante, à qual não pertencem os lançamentos bancários;

- o art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, exige para configuração da fraude e agravamento da multa a prova da ocorrência do núcleo do tipo, que não se faz senão com a demonstração do dolo específico, ou seja, a vontade deliberada de fraudar, sonegar, ocultar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária;

- para comprovação desse desiderato, não bastam indícios, porque a norma do dispositivo legal referido, bem assim as normas dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, não se satisfazem com a existência de indícios, de todo inaptos à comprovação da fraude.

- Requereu sejam acolhidas as preliminares, para o fim de ser anulado, por vício forma, o procedimento fiscal, ou que seja provida a impugnação, a fim de que seja declarado ilegítimo o lançamento tributário, nulificando o auto de infração. Protestou provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto decidiu, por unanimidade, rejeitar as preliminares e considerar procedente o lançamento, conforme acórdão DRJ/RPO nº 14-18.157 (fls.850/857), cujas ementas seguem transcritas abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005



DEPÓSITOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

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

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. OBTENÇÃO.

Válida é a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

Mantém-se a multa por infração qualificada quando reste inequivocamente comprovado o evidente intuito de fraude.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

Inconformada, a Contribuinte aviou recurso para este Conselho, aduzindo o seguinte:

1) Ser nulo o julgamento da DRJ realizado em 17 de janeiro de 2008, uma vez que a decisão fora fruto do descumprimento de ordem judicial, a qual determinou a não utilização de dados financeiros em 30/11/2007. Portanto, argumenta a Recorrente, “*cumpria à Administração estancar o processo administrativo e via de consequência, o julgamento contra o qual se interpõe o presente recurso*”;

2) Ser nulo o auto de infração, uma vez que este não está instruído com o referido Termo de Início de Fiscalização;



3) Ser nulo o auto de infração tendo em vista que *“embora descreva em planilhas quantias depositadas em conta bancária, não discrimina o que constituiria receita, rendas e proveitos”* (fl. 864);

4) Ilegitimidade do lançamento com base em ou extratos bancários, como já pacificado na jurisprudência do Egrégio Conselho de Contribuintes e consolidado pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, hoje Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da Súmula nº 182;

5) A fiscalização não comprovou que a situação específica que retrata a materialidade do fato gerador do imposto efetivamente ocorreu;

6) Cumpria à fiscalização demonstrar, por meio de rastreamento, que cheques emitidos por clientes da ora Recorrente tenham efetivamente sido creditados em suas contas;

7) Há quantias depositadas nas contas bancárias da contribuinte cujos ingressos provieram do recebimento de mútuos realizados em seu favor, os quais foram firmados e quitados dentro de um mesmo exercício fiscal, sendo certo que a ausência de escrituração respectiva não pode resultar na consideração simplista de que a movimentação bancária representa omissão de receitas;

8) A inexistência de escrituração contábil não pode servir de pretexto para que a fiscalização se arvore no direito de entender que todos os depósitos realizados em contas bancárias constituem receita, renda ou proventos;

9) “Prova” de omissão de receitas mediante suprimento de caixa não tem sido aceita pelo Conselho de Contribuintes, consoante Acórdão nº 108-03.798, da 8ª Câmara;

10) Impossibilidade de produção de prova negativa;

11) Ser juridicamente insustentável que a dúvida seja resolvida em desfavor do contribuinte;

12) O montante aproveitado pela fiscalização como base de cálculo das incidências tributárias foi somado anualmente, o que significa dizer que uma determinada quantia depositada em conta bancária num mês, após saída e posterior retorno, foi aproveitada como base de cálculo para nova incidência, embora seja absolutamente certo e evidente que não representou nem tampouco realizou conceito de receita líquida, renda ou proventos;

13) Atualmente, não mais se outorga crédito à tese de que o ônus da prova, em matéria fiscal, seja de incumbência do contribuinte, eis que prevalece o truísmo de que a administração tem de provar as ocorrências que afirma terem existido para legitimar o lançamento fiscal;

14) A presunção legal não é aceita no direito tributário brasileiro para comprovação da materialidade, salvo raríssimas exceções previstas em lei de forma expressa e sobejamente circunstanciada e detalhada;

15) Impossibilidade de presunção ante a ausência de lei expressa autorizando-a na hipótese;



16) Os valores movimentados nas suas contas jamais pertenceram à impugnante;

17) Ilegalidade quanto à quebra do sigilo bancário, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do STJ exige a participação do Poder Judiciário para a decretação da quebra do sigilo, entendimento que merece ser mantido, ainda após a publicação da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e da Lei nº 10.174, de 9 de janeiro de 2001, tendo em vista as inúmeras incompatibilidades desta permissão legislativa com os valores e princípios máximos da Constituição Federal (CF), conflitantes com o ordenamento jurídico vigente no país;

18) O princípio constitucional tributário da irretroatividade das leis proíbe a aplicação da LC nº 105, de 2001, sobre fatos ocorridos em período anterior a janeiro de 2001;

19) Aflora evidente a inconstitucionalidade da LC nº 105, de 2001;

20) Descurrou a fiscalização de apurar a renda líquida anual para incidência do tributo, aproveitando como base de cálculo renda bruta;

21) A fiscalização sequer tipificou, de forma específica e pormenorizada, qual a figura delitiva que teria sido perpetrada pela impugnante, cingindo-se a descrever dispositivos legais sem proceder à subsunção do fato à hipótese normativa, deficiência bastante para inquinar de vício formal o agravamento da multa;

22) Não há se falar em fraude porque não restou configurada ação ou omissão dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária;

23) O art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, exige para configuração da fraude e agravamento da multa a prova da ocorrência do núcleo do tipo, que não se faz senão com a demonstração do dolo específico, ou seja, a vontade deliberada de fraudar, sonegar, ocultar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária;

24) Para comprovação desse desiderato, não bastam indícios, porque a norma do dispositivo legal referido, bem assim as normas dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, não se satisfazem com a existência de indícios, de todo inaptos à comprovação da fraude.

25) Requereu sejam acolhidas as preliminares, para o fim de ser anulado, por vício forma, o procedimento fiscal, ou que seja provida a impugnação, a fim de que seja declarado ilegítimo o lançamento tributário, nulificando o auto de infração.

Voto

Conselheiro ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, Relator

O recurso é tempestivo e, atendidos os demais requisitos legais, dele conheço.



PRELIMINAR: NULIDADE DO JULGAMENTO DA DRJ

O contribuinte aduz, em sede de preliminar, a nulidade do julgamento da DRJ por este ter sido realizado em 17 de janeiro de 2008, sendo, pois, fruto do descumprimento de ordem judicial, uma vez que em 30 de novembro de 2007 fora proferida decisão (fls. 908 e 909) na qual determinou-se que a Fazenda Nacional se abstivesse de utilizar para quaisquer fins as informações derivadas dos extratos bancários.

Ocorre que, em consulta ao sítio da Justiça Federal de São Paulo, verificou-se que no dia 11 de janeiro de 2008 fora publicada a sentença de 1ª instância que julgou improcedente o pedido postulado pela ora Recorrente, e, por conseguinte, derogando a ordem do Tribunal Regional Federal.

Tal informação foi devidamente conferida no Diário Oficial de 11 de janeiro de 2008, página 124, o que a torna pública e oficial.

Verifica-se nos autos que a decisão da DRJ se deu em 17 de janeiro de 2008 (fl. 850), ou seja, quando já havia cessado os efeitos da decisão que determinava que a Fazenda Nacional se abstivesse de utilizar as informações dos extratos bancários da Recorrente.

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

PRELIMINAR: AUSÊNCIA DO TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO

A Recorrente argumenta ser nulo o auto de infração, uma vez que este não está instruído com o referido Termo de Início de Fiscalização.

Tal argumento já havia sido julgado pela DRJ, que dispôs (fl. 853):

“Sem entrar no mérito se tal ausência seria motivo de nulidade do lançamento, é de se ressaltar que o termo reclamado encontra-se às fls. 58/59 do processo e foi entregue, via postal, no endereço da fiscalizada, conforme aviso de recebimento de fl. 60.”

Basta abrir os autos nas folhas citadas e verificar que o Termo de Início de Fiscalização lá se encontra.

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

PRELIMINAR: AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO DAS RENDAS, RECEITAS E PROVEITOS

Aduz a Recorrente ser nulo o auto de infração tendo em vista que “*embora descreva em planilhas quantias depositadas em conta bancária, não discrimina o que constituiria receita, rendas e proveitos*” (fl. 864).

Ocorre que o presente auto de infração está calcado na presunção legal, decorrente do art. 42 da Lei nº 9.430/96, o qual permite à fiscalização presumir que constituem omissão de receita os créditos efetuados em contas de depósito ou investimento que não tiverem sua origem comprovada.



Portanto, somente a comprovação dos depósitos nas contas bancárias mantidas pela Recorrente já é suficiente para a presunção de receitas, não havendo a necessidade de a Autoridade Fiscal discriminar no que constitui cada depósito.

MÉRITO

De início, é importante salientar que o auto de infração fundamentado no seguinte dispositivo legal – art. 42 da Lei nº 9.430/96:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou 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.

Partindo deste pressuposto, analisa-se os argumentos aventados pela Recorrente.

A contribuinte alega a ilegitimidade do lançamento com base em extratos bancários, citando jurisprudência do Egrégio Conselho de Contribuintes e consolidada pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, hoje Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da Súmula nº 182.

É importante esclarecer que até a edição da Lei nº 9.430/96, que no artigo 42, citado acima, trouxe a presunção de omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada, os lançamentos relativos à matéria eram feitos com base no art. §5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90.

Durante o período de vigência da Lei nº 8.021/90, firmou-se o entendimento de que a presunção da omissão de receitas só se dava se a autoridade fiscal estabelecesse um nexo de causalidade entre os valores depositados e manifestações concretas de consumo da renda – ou seja, não bastava a evidenciação de depósitos de origem não comprovada.

Entretanto, com a superveniência do art. 42 da Lei nº 9.430/96 tal entendimento fora modificado, uma vez que a lei trouxe a previsão de uma presunção mais sumária, apenas necessitando que a autoridade fiscal evidencie a existência de depósitos que o contribuinte não elucida a origem.

Este é o entendimento da jurisprudência atual:

IRPF - LANÇAMENTO COM BASE EM MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA - A Lei nº 9.430/96 (art. 42 e §§) operou uma significativa mudança no tratamento tributário conferido à movimentação bancária dos contribuintes de imposto de renda. Inverteu o ônus da prova ao atribuir ao contribuinte o ônus de provar que valores creditados não se referem a receitas omitidas, sob pena de se sujeitar a autuação por acréscimo patrimonial a descoberto. A presunção criada a favor do fisco não afasta a tese de que, em princípio, depósitos bancários não representam, por si só, disponibilidade econômica de rendimentos. Faz-se mister, porém, um mínimo de esclarecimentos por parte do contribuinte e, na espécie, o

Recorrente deixou transcorrer em branco as reiteradas oportunidades a ele concedidas para tanto. (Acórdão nº 102-45.740, de 16.10.2002)

OMISSÃO DE RECEITA – EXISTÊNCIA DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS e SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM – A partir da vigência da Lei nr. 9.430/96, os valores creditados em conta de depósito ou investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física u jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, caracterizam, também, omissão de receitas ou de rendimentos. (Acórdão nº 101-93.924, de 22.08.2002)

IRPJ – OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM – ÔNUS DA PROVA – Cabe ao contribuinte comprovar a origem, com documentos hábeis e idôneos, de depósitos relacionados pela fiscalização, sob pena de serem considerados tais valores omissão de receita, por expressa presunção legal (art. 42 da Lei 9430/96). Desse modo, não é ônus da fiscalização promover cruzamento de depósitos bancários e operações que não estariam reportadas nos livros contábeis ou fiscais. (Acórdão nº 108-07.355, de 16.04.2003)

Neste contexto, verifica-se que norma estabeleceu a presunção legal de que os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, não comprovados com documentação hábil e idônea, constituem receita omitida.

Portanto, não prospera os argumentos fundados na premissa de que a fiscalização não comprovou a materialidade do fato, nem mesmo que não fora realizado o rastreamento dos cheques, vez que o ônus da prova é do contribuinte.

Em relação à afirmação da Recorrente de que há quantias depositadas nas suas contas bancárias que provieram do recebimento de mútuos realizados em seu favor, os quais foram firmados e quitados dentro de um mesmo exercício fiscal, não há provas nos autos que permitem tal comprovação.

Em suma, o lançamento seguiu estritamente a legislação que rege matéria, não havendo razões para ser questionado com base na ausência de produção de provas pela autoridade fiscal, uma vez que o ônus da prova, neste caso, é da contribuinte. Não se trata de produzir prova negativa, mas de manter escrituração, na forma da legislação fiscal e comercial, que reflita sua movimentação financeira, inclusive bancária.

Assim descabido qualquer questionamento acerca da possibilidade de utilização dos valores dos depósitos como base de cálculo dos tributos lançados.

Alegou a Recorrente a ilegalidade quanto à quebra do sigilo bancário, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do STJ exige a participação do Poder Judiciário para a decretação da quebra do sigilo, entendimento que merece ser mantido, ainda após a publicação da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e da Lei nº 10.174, de 9 de janeiro de 2001, tendo em vista as inúmeras incompatibilidades desta permissão



legislativa com os valores e princípios máximos da Constituição Federal (CF), conflitantes com o ordenamento jurídico vigente no país.

Contudo, a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que regulou, com mais detalhes, a solicitação de informações às instituições financeiras, assim determina:

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

(...)

§3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

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

(...)

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

(...)

§2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão 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.

(...)

§4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

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

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



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

Assim, uma vez presente tal autorização em lei complementar, autorizando o exame de informações bancárias, cumpre acatá-lo, uma vez que não é da competência deste Conselho se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei.

Em relação à alegação de impossibilidade de aplicação retroativa da Lei Complementar nº 105/01 a fatos geradores ocorridos antes de 2001, é de se ressaltar que o presente lançamento se refere a fatos geradores ocorridos nos anos de 2003 em diante, portanto inaplicável o presente argumento.

No tocante à alegação de que a fiscalização se descurou de apurar a renda líquida anual para incidência de tributo, aproveitando como base de cálculo renda bruta, destaca-se que a tributação se deu pelo lucro arbitrado, uma vez que ela não possui escrituração. Portanto, também, não prospera a alegação.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA

No que tange à multa de ofício aplicada, a Recorrente alega que não foi comprovado nos autos o seu evidente intuito de fraude.

Pois bem. A multa de ofício qualificada encontra-se prevista no art. 44, II, da Lei nº. 9.430/96, abaixo reproduzido:

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

(...)

II – 150% (cento e cinquenta por cento), nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº. 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Antes de analisar a legalidade da aplicação da referida multa é importante analisar as definições legais de dolo, fraude e sonegação estabelecidas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº. 4.502/64. Dispõem os referidos artigos:

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

I- da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

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

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato



gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

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

Na exegese dos supracitados artigos, estará configurado o evidente intuito de fraude, passível de punição com multa de ofício qualificada, nos casos em que o contribuinte, por meio de condutas pró-ativas, tente impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

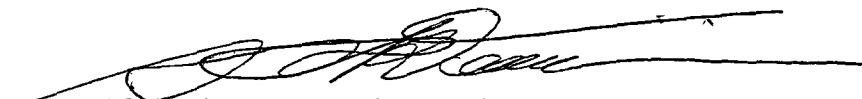
No caso dos autos, o evidente intuito de fraude restou comprovado pela entrega da Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – Inativa, o que se revelou inexato, pois ela teve movimentação bancária em 2005, afastando a inatividade.

Dessa forma, demonstrada a subsunção da conduta da Recorrente ao tipo legal, mostra-se correta a aplicação da multa de ofício qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento).

Assim, pelos argumentos expostos, mantenho a multa de ofício qualificada.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, rejeito as preliminares arguidas e, no mérito, nego provimento ao recurso. É como voto.


ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA