



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

Processo nº 10882.000769/2009-40
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-00.841 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de janeiro de 2012
Matéria AUTO DE INFRACAO. IRPJ E REFLEXOS
Recorrente D W INFO COMERCIO DE INFORMATICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

RECURSO VOLUNTÁRIO. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. O prazo para apresentação de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), é de trinta dias a contar da ciência da decisão de primeira instância; recurso apresentado após o prazo estabelecido, dele não se toma conhecimento, visto que a decisão já se tornou definitiva.

Recurso Voluntário Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso em razão de ter sido interposto após o prazo de 30 dias estabelecido no *caput* do art. 33 do Decreto nº.70.235 de 1972 (recurso intempestivo), nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente

(assinado digitalmente)

Antônio José Praga de Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Albertina Silva Santos de Lima. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

D W INFO COMERCIO DE INFORMATICA LTDA recorre a este Conselho contra a decisão de primeira instância administrativa, que julgou procedente a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Transcrevo e adoto o relatório da decisão recorrida:

Trata-se dos autos de infração, de empresa optante pelo Simples, relativos ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica-IRPJ, à Contribuição para o PIS/Pasep, à Contribuição Social sobre o Lucro – CSLL, à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins e à Contribuição para a Seguridade Social – INSS, cientificados à contribuinte em 02/04/2009, no valor total de R\$ 10.161.178,11, devido às irregularidades assim descritas no auto de infração do IRPJ, fls. 529/531:

“..... 001 – OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

Valor apurado conforme Termo de Verificação Fiscal anexo.

[Demonstrativo com fatos geradores de 31/01/2005 a 31/12/2005, valor tributável ou imposto e percentual de multa (75%)]

Enquadramento Legal: Art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2, §2º, 3º, §1º, alínea “a”, 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96; art. 42 da Lei nº 9.430/96. Art. 3º da Lei nº 9.732/98. Art. 186, 188 e 199, do RIR/99.

002 – INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Insuficiência de valor recolhido apurada conforme....

[Demonstrativo com fatos geradores de 28/02/2005 a 31/12/2005, valor tributável ou imposto e percentual de multa (75%)]

Enquadramento Legal: Art. 5º da lei nº 9.317/96 c/c art. 3º da Lei nº 9.732/98. Arts. 186 e 188, do RIR/99.

A autoridade fiscal elaborou o “Termo de Verificação e Constatação Fiscal”, fls. 505/507, que se transcreve:

“1. A Descrição da Fiscalização:

O contribuinte fiscalizado foi intimado no Termo de Início de Ação Fiscal (fls. 02), em 10/04/2008, a apresentar os documentos constitutivos da empresa, livros contábeis, fiscais e os extratos bancários de todas as contas-correntes, de aplicações, de empréstimos e de investimentos do ano fiscalizado de 2005.

Em 24/04/2008, foram apresentados pelo fiscalizado os extratos dos bancos Fibra, ABC e Unibanco. Apresentou extrato do Banco Industrial, no qual não constava qualquer movimentação financeira. Também

apresentou solicitações protocoladas nos bancos do Brasil, Citibank, Safra, Bradesco, Real e Itaú (fls. 05 a 60).

Vencido o prazo para atendimento sem que todos os extratos esperados fossem apresentados, haja vista que outras instituições financeiras haviam prestado informação de movimentação financeira de titularidade da fiscalizada, solicitamos Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF para obtenção dos extratos faltantes do período;

Em 20/05/2008, lavramos o Termo de Intimação Fiscal (fls. 61), recepcionado na data de 28/05/2008, no qual reiteramos as solicitações contidas no Termo de Início de Ação Fiscal;

Em 04/08/2008, foram apresentados pela fiscalizada a cópia da Consolidação do Contrato da empresa, cópia dos livros de entradas e saídas, assim como extrato da sua conta-corrente mantida no Banco do Brasil (fls. 69 a 246);

De posse dos extratos das movimentações financeiras apresentados pela fiscalizada e complementados pelas informações obtidas diretamente das instituições financeiras através de RMF, conciliamos esses extratos bancários com o intuito de eliminar as transferências entre contas do próprio titular e os lançamentos de origem justificada, não representativos de ingressos de receitas, tais como créditos de empréstimos e estornos de débitos;

Os lançamentos a crédito nas contas da fiscalizada, depósitos, após conciliação, foram relacionados anexo ao Termo de Intimação Fiscal as fls. 446 a 479, do qual solicitamos a comprovação da sua origem na data de 04/11/2008, nos seguintes termos:

"Comprovar a origem dos recursos depositados nas contas bancárias da empresa relacionados no Anexo a este Termo que totalizam R\$ 46.435.418,58 no ano de 2005, acompanhados de documentos comprobatórios de terem sido regularmente oferecidos à tributação, se for o caso. A não comprovação da origem dos recursos caracterizará omissão de receita operacional da empresa, conforme artigo 42 da Lei nº 9.430/96."

Em 25/11/2008, foi solicitado pelo contribuinte Prorrogação de Prazo de 20 dias para atendimento, sob a alegação de que os registros reclamam análise contábil; extração e expedição de documentos bancários concernente a cada dado contido no anexo, sobretudo para verificação de eventual impropriedade do seu conteúdo (fls. 480 e 481).

Em 15/12/2008, foi apresentada pelo contribuinte resposta ao Termo de Intimação Fiscal (fls. 482 a 498) na qual, em resumo, se alegou inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário e também elencou depósitos com os históricos de "DEPOSITO INTERAGENCIA", "TRANSF ENTRE AGENC DINH", "LIQ. COBR.LIB", "TRANSFERENCIA INTERCONTA", "LIBERAÇÃO CONTRATO DE CREDITO", "CRD LIQUIDACAO DE GARANTIAS", os quais alegou não configurar fato gerador de qualquer tributo federal.

Salientamos que os lançamentos com o histórico "LIBERAÇÃO CONTRATO DE CREDITO", relativos ao Unibanco, foram esclarecidos pela própria instituição financeira, as fls. 499, que disse se tratar de "Crédito de Desconto de Duplicatas. Trata-se de uma Operação, na qual o Unibanco

(cessionário), compra duplicatas junto ao fornecedor de um bem ou serviço (cedente), provenientes de venda mercantil ou prestação de serviços faturados a prazo". Os referidos lançamentos "LIBERAÇÃO CONTRATO DE CREDITO" totalizaram R\$ 9.871.106,16, conforme extrato.

Nenhum documento comprobatório acompanhou as suas alegações de que tais créditos não configurariam fato gerador de qualquer tributo federal, de modo que, no presente auto de infração, todos os lançamentos constantes do anexo ao Termo de Intimação Fiscal de fls. 445 foram considerados como sua receita operacional, tal como previsto no artigo 42 da Lei no 9.430/96 que a seguir se reproduz:

"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

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

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

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

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

.....”

Quanto à alegada inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário, sendo da alçada do Poder Judiciário, não cabe a esta fiscalização manifestar-se sobre o seu mérito, haja vista que a sua atividade é administrativa e plenamente vinculada.

2. A Irregularidade:

OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

No presente caso, o contribuinte movimentou recursos em suas contas bancárias, sendo que o volume de depósitos no ano de 2005 atingiu o montante de R\$46.435.418,58. Optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte - SIMPLES, o fiscalizado informou em sua DSPJ - Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - receita total de R\$ 1.194.515,70. Foi-lhe dada a oportunidade esclarecer e comprovar a origem dos recursos depositados em suas contas-correntes, porém, deixou de fazê-lo.

Verificamos a existência de lançamentos de estornos e devoluções de créditos nos extratos bancários, conforme relação de fls. 502 e 503. Esses valores totalizaram R\$ 535.013,50 no ano e foram diminuídos da omissão total identificada.

A situação encontrada resume-se da forma detalhada na tabela abaixo:

(...)

A receita omitida acima indicada em bases mensais foi obtida considerando-se o valor dos depósitos não comprovados diminuído dos estornos e devoluções constantes dos extratos e também dos valores declarados em sua DSPJ.

O presente auto de infração faz a exigência dos impostos e contribuições devidos em razão da omissão de receitas acima apurada e também, relativamente à receita declarada, da diferença decorrente entre o percentual utilizado na DSPJ e o percentual correto quando considerada a receita real apurada. Esta diferença é chamada, no decorrer do auto de infração, de "valores não recolhidos".

Haja vista que, conforme constatado no presente trabalho fiscal, a receita acumulada do ano-calendário 2005 superou o limite para que a empresa mantenha-se no Simples, levamos este fato a conhecimento superior através de Representação com proposta de exclusão da empresa do Sistema Integrado De Pagamento De Impostos E Contribuições Das Microempresas E Empresas De Pequeno Porte - SIMPLES, com efeitos a partir de 01/01/2006.

3. O Encerramento

Para constar e surtir os efeitos legais,

Inconformada com a exigência fiscal, a contribuinte por meio de seu representante legal apresentou em 04/05/2009 a impugnação de fls. 580/602, acompanhada dos documentos de fls. 603/617, com as seguintes razões de defesa.

- De início, resume os fatos.

- A seguir, discorre acerca da: 1) "*legitimidade da administração para reconhecer a inconstitucionalidade de disposições legais*" bem como, tece considerações sobre o que intitulou de 2) "*levantamento invasivo de sigilo bancário. Matéria de reserva jurisdicional violada. Impossibilidade de levantamento de dados bancários sem autorização judicial*", para, em suma, defender a tese de que é possível à administração pública reconhecer a inconstitucionalidade de lei no âmbito administrativo e, quanto ao segundo tema acima destacado, "*reconhecer a impossibilidade da Administração colher informações resguardadas, sem a autorização do Poder Judiciário*". A corroborar sua defesa, cita doutrinadores e jurisprudência do STF.

Na sequência, ainda quanto ao primeiro tópico acima, alega que, em cumprimento ao Princípio da Legalidade, a Administração Pública há que se subordinar às leis, porém, àquelas corretamente elaboradas e não às inconstitucionais, pelo simples fato de que estas vão de encontro com a regra que emana da Lei Superior. Em suas palavras:

"Como é sabido, os Estados de Direito são regidos pelo princípio da legalidade, de modo que a Administração e os administrados só se subordinam à vontade da lei, mas a lei corretamente elaborada. Nesse passo, leis inconstitucionais não são normas jurídicas atendíveis, pela notória razão de que colidem com o mandamento de uma lei superior. Cotejando a lei ordinária e a Constituição Federal devem ser observadas as disposições desta, e não o daquela, que lhe é subordinada. Quem descumpre lei

inconstitucional não comete ilegalidade, porque está cumprindo a Constituição.”

No que tange ao levantamento dos dados bancários da defendente, afora o artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, apóia seus argumentos, basicamente, nos artigos 3º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001 bem como, no artigo 2º, parágrafo 5º, do Decreto nº 3.724, de 2001, para desenvolver o raciocínio de que a fiscalização, ao menoscabo das restrições constitucionais de reserva jurisdicional, efetuou levantamento da movimentação financeira da impugnante, sem autorização judicial, pelo que, prossegue: “*não há como reconhecer a validade dos documentos acostados no Termo de Verificação Fiscal*”, devendo “*a vinculação a que se refere o auditor fiscal estar em consonância com as proteções constitucionais, sob pena de nulidade*”. Cita jurisprudência.

No tópico que se segue, aborda o mérito da questão.

“ As liberações de contrato de crédito, as antecipações de crédito, mesmo mediante desconto, implicam na transferência do título à entidade bancária, mediante a disponibilidade do valor nele contido ao mutuário. Nessa operação imperativamente devem ser deduzidos do valor nominal os juros, as despesas e a tributação sobre ele incidente.

Nesse passo, ao transmitir o título com valor nominal à entidade bancária, a incidência da tributação haverá de recair sobre esta, sob pena de haver duplo pagamento pelo devedor, tal como prescreve o artigo 15 da Lei nº 9.249/94.

[.....]

É que a operação mencionada pelo Sr. Auditor importa na transferência de titularidade do crédito e a entidade bancária há de responder pela exação incidente sobre o valor nele contido. Em vista disto, indaga-se como seria possível exigir do contribuinte a exação sobre um crédito que transferiu a terceiros?

Ainda, sob outra óptica, mesmo se desconsiderássemos a transferência da titularidade dos títulos, a entidade bancária haveria de figurar responsável tributária pelo débito e, no momento apropriado realizar eventual desconto da exação fiscal, à luz do que dispõem os dispositivos do Código Tributário Nacional, mais de perto os artigos 128 e 131...

Prosseguindo, revela que a mera movimentação financeira não há que servir de única base para caracterização de acréscimo patrimonial ou fato gerador do tributo exigido. Reputa irregular, considerar que toda a movimentação bancária represente acréscimo patrimonial, posto que, seria, tal fato, mera presunção de Receita. Acrescenta que dentre os registros elencados pelo Fisco, acham-se “*transferência de conta-corrente*”, situação que não dá ensejo à incidência tributária pelo imposto de renda, porquanto não representativa de acréscimo patrimonial, este sim, fato gerador do tributo. E arremata:

“ O depósito bancário configura estoque e não fluxo econômico. Ora, se não é fluxo não justifica a incidência tributária.”

A reforçar seu entendimento, cita Acórdãos do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, além da Súmula nº 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos – TFR, segundo a qual, é ilegítimo o lançamento arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários.

Noutro ponto da defesa, revela que os depósitos bancários, por si sós, não são suficientes para que se tenha a caracterização do sinal de riqueza, o qual depende de vários requisitos, a saber: “*perfeita identificação do sinal; fixação da renda tributável relacionada com o sinal; demonstração da natureza tributável do rendimento; demonstração de que tal renda já não foi tributada*”.

Por fim reforça seus argumentos de que é possível e necessário, sob pena de reforma da decisão em instância judicial, reconhecer a ilegalidade e inconstitucionalidade no âmbito administrativo.

A decisão recorrida está assim ementada:

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.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA. A Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

DESCONTO DE TÍTULOS DE CRÉDITO. A alegação de que os valores depositados correspondem a descontos de título de crédito não exonera o contribuinte de comprovar a origem do crédito e o regular oferecimento à tributação do valor recebido.

TRANSFERÊNCIAS ENTRE CONTAS. Tendo a fiscalização consignado a exclusão de créditos bancários provenientes de contas de mesma titularidade, a alegação de ocorrência de outras transferências entre contas, sem demonstração das saídas e ingressos respectivos, com identidade de datas, valores e forma da operação, em contas de mesma titularidade, não é capaz de justificar a origem dos recursos.

DEDUÇÃO DE DESPESAS. Não prospera a pretensão de deduzir, da base de cálculo da exigência, valores de despesas e encargos de descontos de títulos de crédito, se adotada a sistemática do SIMPLES para apuração dos valores devidos.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. A apreciação de argumentos relacionados à inconstitucionalidade da legislação tributária não é de competência da autoridade administrativa, mas sim exclusiva do Poder Judiciário.

Lançamento Procedente

Cientificada da aludida decisão em 9/06/2009 (A.R. as fls. 647), a contribuinte apresentou recurso voluntário em 15/07/2010 (fls. 650 e seguintes), no qual contesta as conclusões do acórdão recorrido, repisa as alegações da peça impugnatória e, ao final, requer o provimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza, Relator.

Início verificando os pressuposto de admissibilidade do recurso voluntário.

O artigo 33 do Decreto 70.235 de 1972, estabelece que *“Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.*

Vejamos a transcrição do art. 5º. do Decreto nº 70.235, de 1972:

“Art. 5º. Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.”

A expressão “prazos contínuos” prevista no artigo 5º do Decreto 70.235, de 6 de março de 1972, quer dizer em dias corridos, sem interrupção pelos domingos e feriados.

O prazo recursal de trinta dias previsto no artigo 33 do Decreto nº 70.235, de 1972 começa a fluir no primeiro dia útil subsequente a intimação do interessado, sendo que esta pode ser pessoal, via postal ou por meio eletrônico.

No caso dos autos, a recorrente tomou ciência do Acórdão de primeira instância em 09/06/2009 (terça-feira), via postal (AR de fl. 647). Protocolou o recurso voluntário em 15/07/2009 (quarta-feira), fl. 650 e seguintes, ou seja, 6 dias após o termino do prazo, quando já havia precluído seu direito de recorrer, sem apresentar qualquer justificativa (art. 67 da Lei nº 9.784, de 2001).

Verifica-se que no início da peça recursal está registrado que foi elaborada em 15/09/2009 (fl. 651), corroborando com o termo de recepção (fl. 649). Todavia, não há qualquer justificativa da recorrente quanto a perda do prazo recursal.

Por oportuno, registre-se o teor da Sumula 9 do CARF: *É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.*

Diante do exposto voto no sentido de não conhecer do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)
Antônio José Praga de Souza