



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

**Processo nº** 10882.002151/2009-14  
**Recurso nº** 000.000 Voluntário  
**Acórdão nº** **1802-000.835 – 2ª Turma Especial**  
**Sessão de** 29 de março de 2011  
**Matéria** SIMPLES - IRPJ E REFLEXOS  
**Recorrente** AVP INFLÁVEIS PROMOCIONAIS LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004

DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITA. PRESUNÇÃO LEGAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Configura omissão de receita, por presunção legal, a existência de valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem desses recursos.

SIGILO BANCÁRIO. ACESSO AOS DADOS DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DAS CONTAS CORRENTES. TRANSFERÊNCIA DIRETA DE DADOS AO FISCO. DESNECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL.

As autoridades fiscais somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo tributário instaurado ou procedimento fiscal em curso contra o contribuinte e os dados de movimentação financeira bancária sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente, cujo acesso será mediante Requisição de Movimentação Financeira dirigida ao dirigente da instituição financeira, na forma da legislação de regência

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

O direito de a Fazenda Pública rever lançamento por homologação em que o sujeito passivo tenha se utilizado de dolo, fraude ou simulação, extingue-se no prazo de 5 (cinco) anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

**OMISSÃO DE RECEITAS. FRAUDE. DOLO. MULTA QUALIFICADA.**

Restando comprovada o dolo de fraude contra o fisco pela falta reiterada de escrituração contábil e fiscal da movimentação financeira bancária, é cábivel a exigência dos tributos e contribuições com aplicação da multa qualificada.

**JUROS DE MORA.FLUÊNCIA.**

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 04).

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral. (Súmula CARF nº 05).

**DILIGÊNCIA FISCAL E PROTESTO GENÉRICO PELA PRODUÇÃO DE PROVAS. DESNECESSIDADE PARA RESOLUÇÃO DA LIDE. PEDIDOS MERAMENTE PROTELATÓRIOS.**

Indefere-se os pedidos de diligência e protesto genérico pela produção de provas quando desnecessários à resolução da lide.

**JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. SIGILO BANCÁRIO. ACESSO DIRETO SEM ORDEM JUDICIAL. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE / ILEGALIDADE.**

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF nº 2).

**LANÇAMENTOS REFLEXOS: CSLL, PIS, COFINS, IPI E INSS.**

Os lançamentos decorrentes seguem a sorte do lançamento principal (IRPJ), em face da conexão dos fatos e das provas.

**Recurso Voluntário Negado**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros André Almeida Blanco e Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior que reduziam a multa para 75% e, por consequência, reconheciam a decadência em relação aos fatos geradores de janeiro a agosto de 2004. Ausente momentaneamente o Conselheiro Gilberto Baptista.

*(documento assinado digitalmente)*

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

*(documento assinado digitalmente)*

Nelso Kichel - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, André Almeida Blanco, José de Oliveira Ferraz, Nelso Kichel e Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior. Ausente, momentaneamente, o Conselheiro Gilberto Baptista.

## **Relatório**

Trata-se de Recurso Voluntário de fls. 817/909 interposto contra decisão da 3ª Turma da DRJ/Ribeirão Preto (fls. 820/837) que julgou improcedente a impugnação do sujeito passivo, mantendo integralmente a exigência fiscal ora guerreada (Auto de Infração do IRPJ e reflexos no âmbito do Simples dos anos-calendário 2004).

A decisão recorrida tem a seguinte ementa (fls. 820/821):

*(...)*

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

*Ano-calendário: 2004*

*DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITA.*

*Evidencia omissão de receita a existência de valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

*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: 2004*

*DECADÊNCIA. DOLO COMPROVADO. SIMPLES.*

*O direito de a Fazenda Pública rever lançamento por homologação em que o sujeito passivo tenha se utilizado de dolo, fraude ou simulação, extingue-se no prazo de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

*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.*

*JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE / ILEGALIDADE.*

*Às instâncias administrativas não compete apreciar vícios de inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.*

*JUROS DE MORA.FLUÊNCIA.*

*A suspensão da exigibilidade do crédito tributário não suspende a fluência dos juros moratórios .*

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Ano-calendário: 2004*

*DILIGÊNCIA. PEDIDO NEGADO.*

*Indefere-se o pedido de diligência quando for considerada desnecessária ao deslinde da questão.*

*Impugnação Improcedente*

*Crédito Tributário Mantido*

*(...)*

A exigência fiscal decorre dos autos de infração do IRPJ-Simples e reflexos (CSLL, PIS, Cofins, IPI e INSS), ano-calendário 2004, cujo crédito tributário perfaz o montante de **R\$ 973.423,18** (exações fiscais apuradas no âmbito do regime de tributação do SIMPLES), estando inclusos multa de ofício qualificada (150%) e juros de mora calculados até 31/08/2009 (fls. 557/599).

Infrações imputadas:

1 - Omissão de receitas - depósitos bancários de origem não comprovada e não registrados na escrituração contábil e fiscal (Lei nº 9.430/96, art. 42);

2 – Insuficiência de recolhimentos de exações fiscais quanto às receitas declaradas, em face da mudança de faixa de alíquota pelo cômputo das receitas omitidas, recálculo dos valores dos tributos declarados.

Integra, ainda, o lançamento fiscal, o Termo de Verificação Fiscal de fls. 545/555.

Quanto aos fatos, e por resumi-los adequadamente até então, transcrevo o relatório da decisão recorrida (fls.821/826):

(...)

*Em ação fiscal procedida na empresa supra, segundo consta da descrição dos fatos, foi apurada omissão de receitas, no ano-calendário de 2004, caracterizada por depósitos bancários não escriturados, e insuficiência de valor recolhido, apurada em decorrência de alteração do valor da base mensal, por recálculo oriundo do acréscimo de receita omitida, resultando na lavratura de autos de infração relativos ao descumprimento da legislação de regência do Simples (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte).*

*O crédito tributário lançado totalizou R\$ 973.423,18 (novecentos e setenta e três mil e quatrocentos e vinte e três reais e dezoito centavos), conforme demonstrativo de fl.1, tendo sido lavrados os seguintes autos de infração:*

*I - Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) - Simples - fls.580/583.*

(...)

*II- Contribuição para o PIS/Pasep - Simples - fls. 589/592.*

(...)

*III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) - Simples - fls.598/603.*

(...)

*IV - Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) - Simples - fls.609/612.*

(...)

*V - Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) - Simples - fls.628/621.*

(...)

*VI- Contribuição para Seguridade Social (INSS) - Simples - fls.627/630.*

(...).

*O Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 545/555 descreve em detalhes a ação fiscal, ressaltando que os dados constantes do dossiê da contribuinte revelam movimentação financeira completamente incompatível com o enquadramento tributário proposto por ela (Simples), nos anos de 2004 e 2005.*

*Considera que, na apuração dos créditos sujeitos a tributação, foram levados em conta tão-somente os presumivelmente decorrentes de receitas omitidas, tais como depósitos, transferências, liquidações de cobrança e TED recebidos, e*

*excluídos os valores coincidentes entre movimentações financeiras entre contas da própria contribuinte, bem como de empréstimos da CEF creditados em conta-corrente. Que as demais alegações da contribuinte não foram comprovadas de maneira inequívoca, com documentos coincidentes em datas e valores, não sendo consideradas na eventual exclusão de outros créditos bancários.*

*Consta no TVF que o lançamento foi efetuado com aplicação de multa qualificada de 150%, uma vez demonstrada a inequívoca intenção da contribuinte de fraudar o recolhimento de tributos.*

*Foi elaborada, ainda, Representação Fiscal para Fins Penais, bem como representação fiscal para exclusão do Simples Federal a partir de 01/01/2005.*

*Notificada do lançamento em 08/09/2009, conforme autos de infração, a interessada, por seu representante legal, ingressou, em 02/10/2009, com a impugnação de fls.638/741, alegando, em suma:*

***Decadência*** — *afastada a imputação da multa qualificada, é de se questionar o direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário com base em fatos geradores ocorrido nos meses de janeiro a agosto de 2004, "ex vi" do disposto no Código Tributário Nacional (CTN), art. 150, § 4º;*

***Quebra do sigilo bancário — inexistência de autorização judicial — ilegalidade das provas — inviolabilidade do direito à intimidade*** — *é inconstitucional e ilegal o levantamento efetuado pela fiscalização, com base em extratos bancários obtidos sem a devida autorização judicial, bem assim nulo o produto dessa "investigação": o auto de infração.*

***Improcedência da multa qualificada*** — *o autuante imputou à impugnante multa agravada de 150% sem qualquer justificativa plausível e fundamentada, conforme se pode vislumbrar na análise percuciente do TVF, e presumiu existir na ação da impugnante o dolo ou a fraude, conforme disposto na Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, arts. 71 e 72.*

*No curso da auditoria, o atual responsável pelos atos negociais da impugnante, Sr. Rodrigo Lopes Almeida, deixou claro e patente que, no período fiscalizado, embora participasse do quadro societário da empresa, nunca exerceu qualquer atividade gerencial, cuja responsabilidade cabia ao sócio-quotista André Rocha de Almeida, daí sua dificuldade em dar pleno e cabal cumprimento aos esclarecimentos solicitados pela fiscalização, principalmente no que pertine à origem dos depósitos bancários que transitaram em suas contas bancárias.*

*É defeso à autoridade fazendária presumir a existência de um crime, devendo o fato delituoso estar provado de forma contundente, insofismável e inatacável; não há como se presumir a existência do dolo, da fraude ou da simulação, merecendo destaque a Súmula nº 14, do Conselho de Contribuintes.*

*A presunção de omissão de receitas decorrente de movimentação bancária de origem não comprovada não é motivo caracterizador da existência de crime contra a ordem tributária.*

**Depósitos bancários — origem — procedência** — conforme se deduz dos valores constantes no "Demonstrativo de Percentuais Aplicáveis sobre a Receita Bruta", a autoridade fiscal deixou de considerar que, dentro das movimentações bancária submetidas a exame pela fiscalização, indubitavelmente constavam as receitas já declaradas pela impugnante e oferecidas à tributação em sua declaração.

*Não é crível supor que a impugnante tenha declarado somente receitas advindas de vendas à vista no montante de R\$ 765.363,00 e em moeda corrente, sem que o valor dessas receitas tenha transitado por suas contas bancárias. Admitir-se tal hipótese é deparar-se com autêntico bis in idem, o que poderia ter sido perfeitamente identificado pela Autoridade Fiscal autuante, confrontando a movimentação bancária e os documentos fiscais que lhe foram ofertados para exame.*

*Ainda, injustificada e incompreensivelmente, o autuante não aceitou os esclarecimentos e provas carreados aos autos por meio dos expedientes a ela encaminhados em 17 e 21 de agosto de 2009, em que ficou comprovado de forma incontestada as operações realizadas entre a impugnante e a empresa Thor Industrial Ltda.*

*Junta à impugnação o Termo de Declarações que o atual sócio-gerente prestou à Delegacia de Polícia de Cotia, de onde se extraíram os pontos relevantes relatando as operações havidas entre as citadas empresas.*

*Encaminhou à fiscalização Termo de Declarações prestados pelo sócio-gerente da Thor, Sr. Gabriel Ganme Elias, atestando que aquela empresa efetivamente promoveu diversos empréstimos à impugnante, no curso dos anos-calendário de 2004 a 2007, e está buscando reaver, junto aos órgãos competentes, parcelas dos empréstimos efetuados e que ainda não foram honrados.*

*Está claro que houve empréstimos entre a Thor e a impugnante, conforme provado e comprovado, e o fato de eles não terem sido objeto de registro contábil não invalida a comprovação da origem dos depósitos efetuados nas contas bancárias da autuada.*

*Se dúvidas houvesse por parte da fiscalização quanto à legitimidade dos esclarecimentos prestados pela impugnante e pelas declarações prestadas pelo sócio gerente da Thor, deveria ela ter realizado diligência junto à citada empresa a fim de atestar a veracidade dos fatos relatados.*

*Requer seja excluída do montante dos depósitos bancários a quantia de **R\$ 505.654,95**, oriunda dos mútuos realizados entre*

*a impugnante e a Thor, conforme consta do Anexo I acostado aos esclarecimentos prestados em 17/08/2009 (fls.469/475).*

*É inaceitável a decisão tomada pelo autuante em não aceitar que o sócio Rodrigo Lopes Almeida, embora afastado de toda e qualquer função gerencial na empresa, tenha feito aporte de recursos financeiros a título de suprimentos de caixa no curso do ano calendário de 2004.*

*É evidente que a quantia de **R\$ 17.096,01** foi entregue à empresa a título de suprimento de caixa, e assim deve ser acolhida a fim de justificar a origem de parte dos depósitos bancários.*

*A AVP realizou diversos empréstimos junto à Caixa Econômica Federal em Cotia, que foram atestados pela gerente daquela instituição financeira, e foram aceitos como procedentes todos os empréstimos realizados no curso do ano-calendário de 2005 e considerado injustificado o realizado no ano-calendário de 2004, no valor de **R\$16.417,98**.*

*Os empréstimos foram efetivamente realizados e atestados pela instituição financeira cedente, assim não há como deixar de acolhê-lo como procedente, justificando a origem do depósito efetuado no Banco Bradesco em 19/11/2004.*

**Juros moratórios e Taxa Selic** — *não se pode utilizar os juros remuneratórios como instrumento de sanção pelo inadimplemento do crédito tributário, dado que estão sujeitos a variação de um mercado específico, que possui regras e objetivos próprios totalmente dissociados da tributação. Da forma como aplicados, ditos juros chegam a ultrapassar as raías da usura, o que é inadmissível em se tratando de sanção.*

*O CTN, art. 161, é claro ao estabelecer juros de mora sobre os créditos tributários em atraso, acrescentando que, na ausência de lei que os determine, serão eles de 1% ao mês.*

*A Constituição Federal (CF) de 1988 categoricamente veda a utilização de tributo com efeito de confisco, e no caso em apreço a quantia pretendida pela Receita Federal a título de juros calculados com base na Taxa Selic caracteriza manifesto confisco.*

**Juros moratórios — suspensão de sua incidência e exigibilidade no curso do contencioso fiscal** — *não se pode carrear para o contribuinte os encargos financeiros decorrentes da demora no julgamento dos procedimentos administrativos fiscais.*

*Enquanto não for regulamentado o parágrafo único do art. 27 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, incluído por força do disposto na Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, não há que se falar em imputar os juros moratórios compreendidos entre a data da interposição da impugnação até a decisão final da lide instalada.*

**Diligência — Solicitação** — *considerando que a autoridade fiscal não acolheu as justificativas da impugnante no que pertine aos mútuos realizados entre a AVP e a Thor, desconsiderando*

*inclusive o Termo de Declarações prestadas pelo sócio-gerente desta última, perante a Delegacia de Polícia de Cotia, atestando a existência dos referidos mútuos, sem explicar ou esclarecer as razões que levaram a fiscalização a rejeitá-las, com fundamento no disposto no art. 16, IV, do Decreto nº 70.235, de 1972, requer seja realizada diligência junto à empresa Thor, a fim de que sejam esclarecidos os quesitos descritos na impugnação.*

*Requeru sejam acolhidas as preliminares interpostas, a fim de se declarar a decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário referente aos meses de janeiro a agosto de 2004, bem como da quebra do sigilo bancário sem a prévia autorização da autoridade judicial, declarando-se improcedente e extinta a exigência fiscal; seja afastada a multa qualificada; sejam acolhidas todas as razões de fato e de direito expendidas na impugnação, para declarar a improcedência da autuação fiscal; seja afastada a cobrança de juros moratórios com base na Taxa Selic; que não incidam os juros moratórios durante o trâmite do processo administrativo fiscal; por se tratar de tributações reflexas, seja dado o mesmo tratamento a todos os autos de infração.*

*Protestou, com base na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, arts. 2º, 30, III, e 69, pela produção de novos argumentos de fato e de direito, provas admitidas em direito, diligências e perícias, se necessárias.*

*(...)*

Em que pese as razões aduzidas pela contribuinte, a decisão *a quo*, manteve, integralmente, o lançamento do IRPJ –SIMPLES e reflexos.

Inconformada com a decisão recorrida, da qual tomou ciência em 04/03/2010 (fl. 816), a recorrente apresentou Recurso Voluntário em 31/03/2010 de fls. 817/909, reprisando as razões já deduzidas na instância *a quo*.

Por fim, a recorrente pediu que seja reformada a decisão recorrida (fls. 907/908), *in verbis*:

33. (...)

*> sejam acolhidas as preliminares interpostas na exordial impugnatória e neste recurso, a fim de se declarar a decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário constituído na suposta omissão de rendimentos decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada, referente aos meses de Janeiro, Fevereiro, Março, Abril, Maio, Junho, e Agosto de 2004, bem como, da quebra do sigilo bancário sem a prévia autorização da autoridade judicial, declarando-se improcedente e extinta a exigência fiscal consubstanciada nos Autos de Infração impugnados;*

*> seja afastada a multa qualificada por ser improcedente e incabível e se acolha a preliminar de decadência tornando insubsistente a exigência do crédito constituído com base nos*

*atos geradores ocorridos nos meses de Janeiro, Fevereiro, Março, Abril, Maio, Junho, Julho e Agosto de 2004;*

*> se ultrapassadas as preliminares interpostas, o que se admite apenas por hipótese, no mérito se acolha todas as razões de fato e de direito expendidas nesta exordial impugnatória e no presente recurso, para declarar a improcedência da Autuação fiscal, posto que fundada em bases inconsistentes e insustentáveis, conforme provado;*

*> se mantido o lançamento, ainda que parcialmente, se afaste a cobrança dos juros moratórios com base na Taxa SELIC;*

*> sucessivamente requer que não incida os juros moratórios durante o trâmite do processo administrativo fiscal, desde a data da protocolização da impugnação até decisão final deste contencioso na esfera administrativa;*

*> sejam realizadas as diligências solicitadas na fase impugnatória e nesta exordial recursal, visando a busca da verdade material sobre os fatos ali elencados;*

*> por se tratarem de tributações reflexas, seja dado o mesmo tratamento aos Autos de Infração referente a Contribuição para o PIS/PASEP - SIMPLES; a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - SIMPLES; a Contribuição para o Mandamento da Seguridade Social - COFINS - SIMPLES; ao Imposto sobre Produtos Industrializados - SIMPLES e a Contribuição para Seguridade Social - INSS - SIMPLES'.*

*34. Protesta, finalmente, com base no disposto na Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, Arts. 2º, 3º, III e 69, pela produção de novos argumentos de fato e de direito, provas admitidas em direito, diligências e perícias, se necessárias.*

*(...)*

*É o relatório.*

## Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos para sua admissibilidade. Portanto, dele conheço.

A lide versa acerca da exigência de crédito tributário, apurado no âmbito do regime de tributação do SIMPLES (Auto de Infração do IRPJ – SIMPLES e reflexos), quanto ao ano-calendário 2004, em face de:

a) omissão de receitas, caracterizada por depósitos bancários a crédito não registrados na escrituração contábil/fiscal e de origem não comprovada;

b) insuficiência de recolhimentos de exações fiscais quanto à receita escriturada/declarada, em decorrência de alteração da faixa de alíquota aplicável mensalmente (alíquotas apuradas e aplicadas com base na receita bruta mensal: receitas declaradas + receitas omitidas).

De plano, a recorrente suscitou a ilegalidade/inconstitucionalidade da legislação que autoriza quebra do sigilo bancário sem autorização judicial.

### **QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM ORDEM JUDICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO QUE AUTORIZA O ACESSO DIRETO DO FISCO AOS DADOS DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DAS CONTAS CORRENTES BANCÁRIAS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. MATÉRIA NÃO CONHECIDA NO MÉRITO**

Não compete ao órgão de julgamento administrativo conhecer, no mérito, de arguição de inconstitucionalidade de legislação vigente, editada pelo Poder Público, a qual goza de presunção de legitimidade, legalidade e constitucionalidade.

Nesse sentido, a matéria está pacificada neste Egrégio Conselho, *in verbis*:

*Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Apenas para argumentar, não houve tecnicamente quebra do sigilo bancário, mas sim mera transferência direta, pelas instituições financeiras para o fisco, de dados de movimentação financeira das contas correntes bancárias da recorrente, via Requisição de Movimentação Financeira – RMF, na forma da legislação pertinente.

O acesso direto do fisco aos dados da movimentação bancária do contribuinte, por transferência via RMF, é autorizado pela legislação de regência (LC nº 105/2001, Lei nº 9.311/96, Lei nº 10.174/2001 e Decreto nº 3.724/2001).

O procedimento de fiscalização teve início em 21/05/2008, com intimação pessoa l– nessa data - para apresentação de livros contábeis/fiscais e documentos no prazo de 20 dias, conforme Termo de Início de Fiscalização (fl. 03).

A contribuinte apresentou cópia dos Livros Diário e Razão sem escrituração da movimentação financeira bancária, em 10/06/2008 (fls. 06/332).

Além disso, em 10/06/2008 a contribuinte aduziu que o fisco deveria solicitar de ofício cópias dos extratos bancários diretamente junto às instituições financeiras, para evitar que os bancos cobrassem pela emissão dos extratos, caso o pedido fosse efetuado diretamente pela contribuinte (fl. 04).

No caso, a emissão da RFM deu-se no curso de procedimento de fiscalização, a partir de 17/07/2008 (fls. 333/392 e 393/415).

A contribuinte foi intimada a justificar a origem dos depósitos bancários a crédito em suas contas correntes bancárias, conforme intimação e demonstrativos de créditos, em 12/05/2009 (fls. 416/438).

A jurisprudência dos nossos tribunais admite, pacificamente, o acesso direto do fisco – sem ordem judicial – à movimentação bancária, com base em Requisição de Movimentação Financeira – RMF dirigida às instituições financeiras/Bancárias.

A propósito, transcrevo ementas de decisões de nossos tribunais que reconhecem a legalidade e legitimidade do acesso direto do fisco aos dados de movimentação financeira/bancária.

Senão vejamos:

**TRF/4ª Região:**

*“TRIBUTÁRIO. REQUISICÃO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. LC nº 105/01. PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO. INOCORRÊNCIA.*

*1. A Lei nº 10.174/01, que deu nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, permitindo o cruzamento de informações relativas à CPMF para a constituição de crédito tributário pertinente a outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, disciplina o procedimento de fiscalização em si, e não os fatos econômicos investigados, de forma que os procedimentos iniciados ou em curso a partir de janeiro 2001 poderão valer-se dessas informações, inclusive para alcançar fatos geradores pretéritos, (CTN, art. 144, § 1º). Trata-se de aplicação imediata da norma, não se podendo falar em retroatividade.*

*2. O art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/01, autoriza a autoridade fiscal a requisitar informações acerca da movimentação financeira do contribuinte, desde que já instaurado o procedimento de fiscalização e o exame dos documentos seja indispensáveis à instrução, preservado o caráter sigiloso da informação.*

3. *O acesso a informações junto a instituições financeiras, para fins de apuração de ilícito fiscal, não configura ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo bancário, desde que cumpridas as formalidades exigidas pela Lei Complementar nº 105/01 e pelo Decreto nº 3.724/01”*

(Ac. 1ª Turma do TRF da 4ª Região – mv – ag 2002.04.01.003040-0/PR – Rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria – Julgamento 02.05.02 – Agte.: Joaquim Costa; Agdas.: União Federal/Fazenda Nacional – DJU 05.06.02, p. 164).

**TRF/3ª Região:**

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. IRRETOATIVIDADE DA LEI. CONSTITUCIONALIDADE.

1. *O alegado SIGILO bancário não pode ser interpretado como direito absoluto, desvinculado de outras garantias constitucionais, havendo de compatibilizar-se, pois, com os demais princípios, voltados à consecução do interesse público.*

2. *É plenamente legítimo que a AUTORIDADE competente (Fisco), uma vez detectados indícios de falhas, incorreções, omissões, ou de cometimento de ilícito FISCAL, requisite as informações e documentos de que necessita para consecução de seu dever legal de constituir crédito tributário.*

3. *Não há que se falar em ofensa ao princípio da irretroatividade da lei tributária, porquanto a Lei Complementar nº 105/01, bem como a Lei nº 10.174/01 não criaram novas hipóteses de incidência, a albergar fatos econômicos pretéritos, mas apenas dotaram a Administração Tributária de instrumentos legais aptos a promover a agilização e o aperfeiçoamento dos procedimentos fiscais.*

4. *Precedentes desta Turma.*

5. *Apelação improvida.* (Acórdão da Sexta Turma, Juíza Consuelo Yoshida, DJU de 25/11/2002, pág. 603).

**Superior Tribunal de Justiça – STJ:** (precedentes)

RECURSO ESPECIAL ALÍNEA 'A'. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENDIDA SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE TERMO DE PROCEDIMENTO FISCAL. REQUERIMENTO DE INFORMAÇÕES AO CONTRIBUINTE RELATIVAS AO ANO-BASE DE 1998, A PARTIR DE DADOS INFORMADOS PELOS BANCOS À SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL SOBRE A CPMF. PRETENDIDA COBRANÇA DE CRÉDITOS RELATIVOS A OUTROS TRIBUTOS. ARTIGO 6º DA LC 105/01 E 11, § 3º, DA LEI N. 9.311/96, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.174/01. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL.

**APLICAÇÃO RETROATIVA. EXEGESE DO ART. 144, § 1º, DO CTN.**

*À luz do que dispõe o artigo 144, § 1º, do CTN, infere-se que as normas tributárias que estabeleçam 'novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas', aplicam-se ao lançamento do tributo, mesmo que relativas a fato gerador ocorrido antes de sua entrada em vigor. Diversamente, as normas que descrevem os elementos do tributo, de natureza material, somente são aplicáveis aos fatos geradores ocorridos após o início de sua vigência (cf. "Código Tributário Nacional Comentado"). Vladimir Passos de Freitas (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 566). Nesse contexto, forçoso reconhecer que os dispositivos (arts. 6º da LC n. 105/01 e 11, § 3º, da Lei n. 9.311/96, na redação dada pela lei n. 10.174/01) que autorizam a utilização dos dados da CPMP pelo Fisco para a apuração de eventuais créditos tributários relativos a outros tributos são normas (...) meramente procedimentais, acerca das quais não prevalece a irretroatividade defendida pelo v. acórdão da Corte a quo. É de se observar, tão-somente, o prazo de que dispõe a Fazenda Nacional para constituição do crédito tributária. Tanto o art. 6º da Lei Complementar 105/2001, quanto o art. 1º da Lei 10.174/2001, por ostentarem natureza de normas tributárias procedimentais, são submetidas ao regime intertemporal do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, permitindo sua aplicação, utilizando-se de informações obtidas anteriormente à sua vigência' (REsp 506.232/PR, Relator Min. Luiz Fux, DJU 16/02/2004). No mesmo sentido: REsp 479.201/SC, Relator Min. Francisco Falcão, DJU 24/05/2004. Recurso especial provido para denegar a segurança requerida" (Segunda Turma - REsp 505.493/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 08.11.04);*

**TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN.**

- 1. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.*
- 2. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.*
- 3. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações*

*bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.*

*4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "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."*

*5. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.*

*6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.*

*7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.*

*8. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.*

*9. Recurso Especial desprovido, para manter o acórdão recorrido" (Primeira Turma - REsp 685.708/ES, Rei. Min. Luiz Fux, DJU de 20.06.05).*

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEFICIÊNCIA RECURSAL. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. ARTIGO 6º DA LC 105/01 E 11, § 3º DA LEI Nº 9.311/96, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.174/2001. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA.*

*POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 144, § 1º DO CTN.*

*1. Não enseja conhecimento a pretensão recursal sem a indicação do dispositivo de lei federal tido como violado e sem a exposição dos motivos pelos quais pugna pela reforma do julgado, ante o disposto na Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.*

*2. O artigo 38 da Lei nº 4.595/64 que autorizava a quebra de sigilo bancário somente por meio de requerimento judicial foi revogado pela Lei Complementar nº 105/2001.*

*3. A Lei nº 9.311/96 instituiu a CPMF e no § 2º do artigo 11, determinou que as instituições financeiras responsáveis pela retenção dessa contribuição prestassem informações à Secretaria da Receita Federal, especificamente, sobre a identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações efetuadas, vedando, contudo, no seu § 3º a utilização desses dados para constituição do crédito relativo a outras contribuições ou impostos.*

*4. A Lei 10.174/2001 revogou o § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311/91, permitindo a utilização das informações prestadas para a instauração de procedimento administrativo-fiscal a fim de possibilitar a cobrança de eventuais créditos tributários referentes a outros tributos.*

*5. Outra alteração legislativa, dispondo sobre a possibilidade de sigilo bancário, foi veiculada pela o artigo 6º da Lei Complementar 105/2001.*

*6. O artigo 144, § 1º do CTN prevê que as normas tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao contrário daquelas de natureza material que somente alcançariam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.*

*7. Os dispositivos que autorizam a utilização de dados da CPMF pelo Fisco para apuração de eventuais créditos tributários referentes a outros tributos são normas procedimentais e por essa razão não se submetem ao princípio da irretroatividade das leis, ou seja, incidem de imediato, ainda que relativas a fato gerador ocorrido antes de sua entrada em vigor. Precedentes.*

*8. Ressalvado o prazo que dispõe a Fazenda Nacional para a constituição do crédito tributário.*

*9. Recurso especial conhecido em parte e provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 757.956 - RS (2005/0095707-4), RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA, 2ª Turma).*

Ainda, no âmbito deste Egrégio Conselho Administrativo é admitida, pacificamente, a utilização de informações da CPMF para constituição de crédito tributário, sendo, inclusive, matéria objeto de Súmula, *in verbis*:

*Súmula CARF nº 35: O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente.*

Portanto, o acesso aos dados de movimentação financeira/bancária, no caso, deu-se na forma da legislação de regência.

### **DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAMENTO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA**

Prosseguindo, a recorrente suscitou decadência parcial do crédito tributário objeto dos autos, com base no art. 150, § 4º, do CTN, quanto ao período de janeiro a agosto/2004, em relação ao IRPJ – Simples e reflexos.

A pretensão da recorrente não tem respaldo legal.

O termo *a quo* do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, no caso, não é a data do fato gerador de que trata o art. 150 do CTN, mas sim o do art. 173, I, desse mesmo diploma legal, em face da caracterização de fraude (dolo) na conduta de omissão de receitas, infração apurada e imputada pelo fisco, como será cabalmente demonstrado, na seqüência, quando da análise da qualificadora da multa de ofício.

Sendo assim, o termo inicial do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Destarte, estando a autuada sujeita à apuração dos impostos e contribuições pela sistemática do SIMPLES para os fatos geradores do ano-calendário 2004 objeto dos autos, cujo período de apuração é mensal, o prazo decadencial iniciou-se em 01/01/2005 (CTN, art. 173,I), tendo seu termo final em 31/12/2009.

Como a ciência pessoal dos autos de infração deu-se em **08/08/2009** (fls. 580/632), incorreu a alegada decadência parcial.

Por conseguinte, rejeito a decadência suscitada.

### **FRAUDE. DOLO. MULTA QUALIFICADA**

No que concerne à multa qualificada, a recorrente alegou que a fiscalização imputou tal gravame de 150% sem qualquer justificativa plausível ou fundamentada; que a fiscalização presumiu existir conduta dolosa (fraude); que é defeso à autoridade fazendária presumir a existência de um crime, devendo o fato delituoso estar provado de forma contundente, insofismável e inatacável; que, no caso, não estaria caracterizado o dolo de fraude; que a presunção de omissão de receitas decorrente de movimentação bancária de origem não comprovada não é motivo caracterizador da existência de crime contra a ordem tributária; que a motivação exposta no auto de infração, quanto à presença de empresa *off shore* com sede no Uruguai em seus atos constitutivos, não implicou a prática de qualquer conduta tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; que não haveria no ordenamento jurídico pátrio norma que vede a possibilidade de empresa estrangeira integrar a constituição de uma empresa nacional.

As razões da recorrente contra a imputação da multa qualificada não merecem guarida.

Diversamente do alegado pela recorrente, o Termo de Verificação Fiscal (TVF), parte integrante do lançamento fiscal, relata a conduta dolosa contra o fisco, quanto aos anos-calendário 2004 e 2005 (fls. 545/555), *in verbis*:

(...)

**DAS REQUISIÇÕES DE INFORMAÇÃO SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA (RMF)**

*Tendo em vista a correspondência do contribuinte, demonstrando a não entrega dos extratos bancários, este Auditor-Fiscal promoveu a obtenção das RMF's para os bancos abaixo citados, todas outorgadas em 17/07/2008, com data de resposta e contas bancárias informadas pelos requisitados:*

(...)

**DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA**

*Os dados constantes do dossiê revelam movimentação financeira completamente incompatível com o enquadramento tributário proposto pelo contribuinte, ou seja, integrante do SIMPLES.*

*No demonstrativo abaixo apresentamos a correlação entre a receita bruta declarada no ano, com a movimentação financeira apurada pela CPMF junto aos Bancos:*

| <b>Ano-calendário</b> | <b>Receita bruta declarada</b> | <b>movimentação financeira – CPMF</b> |
|-----------------------|--------------------------------|---------------------------------------|
|                       |                                |                                       |
| 2004                  | 765.363,00                     | 3.330.236,79                          |
| 2005                  | 1.289.110,95                   | 6.691.419,58                          |
|                       |                                |                                       |
| <b>Total</b>          | 2.054.473,95                   | 10.021.656,37                         |

*Como se infere do quadro comparativo, desnecessário se faz qualquer outro comentário ou apuração da absoluta desproporcionalidade entre os elementos apresentados.*

(...)

**DA OMISSÃO DE RECEITAS, DECORRENTE DE CRÉDITOS BANCÁRIOS**

*A Lei 9.430/96, de 27/12/1996, tipificou a omissão de receitas para as pessoas jurídicas em decorrência de valores creditados em contas bancárias não esclarecidos e comprovados, com o seguinte teor:*

*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 individualizadamente, observado que não serão considerados:*

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

*DA MULTA AGRAVADA*

*Tendo em vista os elementos acima alinhados, demonstrando a inequívoca intenção de fraudar o recolhimento de tributos por parte do contribuinte, o presente lançamento tributário está sendo feito com qualificação da multa de ofício, com agravamento de percentual de 75% para 150%, em virtude de caracterização de fraude fiscal, conforme artigo abaixo transcrito:*

*Lei 4.502/64*

*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.*

*Lei nº 9.430/96, com a nova redação que foi dada pela Lei 11.488/2007:*

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;*

*§1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos 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.*

(...)

#### *DA CONCLUSÃO FISCAL*

*Pelos fatos tributários elencados no presente ficou o contribuinte sujeito à imposição tributária, relativa ao SIMPLES, com multa de ofício em percentual de 150% conforme acima, e com enquadramento legal mencionado no corpo do Auto de Infração respectivo.*

*Fica ressalvado a continuidade do procedimento, no que se refere ao ano-calendário de 2005, em respeito ao contido no Mandado de Procedimento Fiscal outorgado em 22/04/2008.*

(...)

(Grifos meus)

No caso, o dolo de fraude está sobejamente caracterizado pela conduta reiterada de omissão de receitas, pela apresentação de declaração simplificada do SIMPLES com receita bruta, anualmente, muito aquém da efetivamente auferida, conforme restou demonstrado pela movimentação financeira nas suas contas correntes nos anos-calendário 2004 e 2005 (depósitos bancários não registrados na escrituração contábil e de origem não comprovada).

Essa ação ou omissão dolosa visou a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante dos tributos devidos no âmbito do SIMPLES, regime simplificado de apuração de tributos federais.

Além disso, intimada a apresentar os extratos bancários dos períodos de 2004 e 2005, a empresa não os forneceu, tendo a fiscalização que requisitar, via RMF, os dados de movimentação financeira juntos aos Bancos: Bradesco, Caixa Econômica Federal – CEF, Itaú e Unibanco que os forneceram, conforme demonstrativo resumo constante do Termo de Verificação fiscal (fls. 545/555).

Assim, diversamente do alegado pela recorrente, a fiscalização justificou suficientemente a imputação da qualificadora da multa nos autos de infração e no Termo de Verificação Fiscal, o qual é parte integrante e indissociável do lançamento fiscal.

Ainda, compulsando os autos, é flagrante, salta aos olhos, os problemas graves de gestão da empresa, quanto aos períodos objeto do procedimento de fiscalização.

Em face de alternância na gestão da empresa, um sócio-quotista atribuiu desconhecimento dos atos praticados pelo outro sócio-quotista quanto aos anos-calendário 2004 e 2005, revelando existência, no mínimo, de gestão temerária, para não dizer fraudulenta, pela falta de controle dos atos de gestão de um sócio pelo outro, conforme informações prestadas à fiscalização em 17/07/2009 pelo sócio **Rodrigo Lopes de Almeida** em resposta à intimação fiscal (fl. 469), *in verbis*:

(...)

*Assim, anteriormente a data de 21 de maio de 2007, a gerência da empresa era exercida com exclusividade pelo sócio ANDRÉ ROCHA ALMEIDA, conforme prescrito na Cláusula Quarta do Instrumento Particular de Alteração de Contrato Social, datado de 05 de outubro de 2000, arquivado na Junta Comercial do Estado de São Paulo sob o n.º 35216585804— Anexo VI..*

*Portanto, todos os atos gerenciais praticados até 20 de maio de 2007, envolvendo todas as operações comerciais, financeiras, patrimoniais, fiscais e contábeis da sociedade AVP INFLÁVEIS PROMOCIONAIS LTDA — EPP, são de inteira e integral responsabilidade do sócio ANDRÉ ROCHA DE ALMEIDA, pois este detinha todos os poderes de gestão da sociedade.*

*Dai, Senhor Auditor Fiscal, decorre a dificuldade do atual responsável pelos negócios da empresa AVP INFLÁVEIS PROMOCIONAIS LTDA —EPP, em identificar as operações que deram origem às movimentações bancárias que estão sendo objeto de auditoria por parte dessa fiscalização.*

*(...)*

Os problemas de gestão da empresa desse período, inclusive, são objeto do Inquérito Policial, conforme Inquérito Policial – IP nº 47/2009 – DELPOL DE COTIA. (fl. 774).

Nos autos desse IP, o próprio sócio Rodrigo Lopes de Almeida narra com riqueza de detalhes os problemas de gestão da empresa pelo outro sócio, em vários depoimentos dado à polícia, e que foram reduzidos a termo.

A propósito, consta do depoimento do sócio Rodrigo Lopes de Almeida de 04/07/2009, colhido na Delegacia de Polícia, o qual foi juntado aos presentes autos (fls. 774/786):

*(...)*

*1) No final do ano de 2000 fui procurado por meu sobrinho, ANDRÉ ROCHA DE ALMEIDA, que me pediu ajuda financeira para montar um negócio de balões gigantes infláveis promocionais. A empresa já existia anteriormente desde 01/02/1999, sob a denominação de AVP INFLÁVEIS PROMOCIONAIS LTDA, conforme se verifica pelo INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (doc. 01), registrada sob nº 129335 no RCPJ/BARUERI, e suas quotas eram detidas pelo próprio ANDRÉ ROCHA DE ALMEIDA (50%) e sua esposa, PATRICIA CORREA DOMINGUES DE ALMEIDA (50%). Meu grande erro foi em vez de emprestar o dinheiro ao meu sobrinho, ter aceito figurar na qualidade de sócio da empresa, uma vez que eu não tinha qualquer intenção de participar da administração ou ter qualquer retorno financeiro da referida empresa, uma vez que eu já trabalhava há mais de 15 anos na mesma empresa, na qual*

*ainda trabalho, e não tinha a menor intenção ou vocação para virar empresário ou empreendedor por conta própria.*

- 2) *Assim, foi registrado o INSTRUMENTO PARTICULAR DE ALTERAÇÃO DE CONTRATO SOCIAL, datado de 05/10/2000, registrado no RCPJ/BARUERI sob nº 140976 (doc. 02), onde foi promovida a cessão dos 50% das quotas então detidas por PATRICIA CORREA DOMNGUES DE ALMEIDA para mim, RODRIGO LOPES ALMEIDA, observando que, de acordo com o disposto no próprio instrumento, a administração da sociedade ficou exclusivamente com o sócio ANDRÉ ROCHA DE ALMEIDA, detentor de 50% das quotas, na qualidade de gerente, com poderes e autoridade para executar as funções de direção da Sociedade e a denominação da sociedade era então exercida por ele isolada, indistinta e individualmente.*
- 3) *Jamais tive qualquer interferência ou participação na gestão da empresa, até porque todas as vezes que tentei saber notícias da empresa ou tomar ciência de sua contabilidade, o ANDRÉ mostrava-se sempre muito arredo e desconfortável com a minha intromissão e, de qualquer forma, eu confiava ingenuamente (para não dizer estupidamente) no meu sobrinho, acreditando firmemente que este jamais faria qualquer coisa que pudesse me prejudicar, uma vez que eu era o único na família que sempre o ajudou e confiou nele quando ele então quis montar seu negócio, e que ele era na época um mero vendedor que morava com a esposa e dois filhos de aluguel em bairro humilde de Osasco. Destaque-se que o ANDRÉ não podia contar nem mesmo com a confiança ou ajuda de seu próprio pai, meu irmão, que sempre lhe negou qualquer ajuda (...)*
- 4) *Por volta do início do ano de 2006, o ANDRE decidiu ampliar a linha de produtos e passar a comercializar também mini infláveis, o que demandou a compra de novas máquinas, quando fiz novo aporte de dinheiro para a empresa, e a contratação de mais pessoal, já que o produto demandava muito mais mão de obra.*

*(...)*

- 7) *Antes de 21 de março de 2007, jamais tomei ciência de que a empresa estivesse enfrentando efetivas dificuldades econômicas e tão sérias, até porque o ANDRÉ já há algum tempo, demonstrava sinais evidentes de rápido enriquecimento, como a compra de terreno e a construção de forma rapidíssima de uma excelente casa em condomínio fechado em Itapevi, com piscina, churrasqueira com inúmeros acessórios modernos, presença de TV Digital na área da churrasqueira, aparelhos eletrônicos, compra de carros novos de alto padrão, celebrações de festas de aniversário seu, de sua esposa e filhos em salões de festa de excelente padrão, viagem internacional aos Estados Unidos, churrascos e celebrações semanalmente junto com amigos, ocupava-se após o expediente comercial em jogar tênis no seu condomínio, hábitos estes que não coincidem ou guardavam*

*qualquer relação com alguém que está enfrentando situação econômica desfavorável.*

*8) A data de 21 de março de 2007 foi então o divisor de águas.*

*(...)*

*18) Desde maio de 2007 até outubro de 2008 fizemos o possível e o quase impossível para manter a empresa em funcionamento. Todo o dinheiro que eu e minha esposa recebemos de nosso trabalho foi usado para pagar contas da AVP, o que podemos comprovar pois mantemos todos os comprovantes de pagamento feitos por nós, sem exceção. Inclua-se aqui, folha de pagamento, pagamento a bancos, fornecedores, impostos, tributos, etc.*

*(...)*

*20) Em outubro de 2008, depois de vários aborrecimentos com o ANDRÉ, e a total convicção de que ele não era uma pessoa confiável e que estava sempre se imiscuindo em atividades prejudiciais à AVP e nos enganando pelas costas, especialmente a questão que envolvia a emissão de duplicatas simuladas e por consequência, vendas inexistentes (doc. 06) decidimos finalmente encerrar as atividades operacionais da empresa.*

*(...)*

*25) Assim, por aconselhamento legal e para proteger os direitos da AVP e de outros efetivos credores, tomei a decisão de entrar com a representação legal contra André, sob a capitulação de apropriação indébita, visto tratar-se de valor jamais registrado na contabilidade da AVP e não ter esta qualquer relacionamento comercial com a THOR, na qualidade de fornecedora de mercadorias ou serviços à AVP.*

*26) Novamente para nossa surpresa, quando da intimação para prestar depoimento e comparecimento dos representantes da THOR, oficialmente Sr. GABRIEL GANME ELIAS, estes apresentaram diversos comprovantes de créditos feitos à AVP, mais precisamente elencados numa lista de 27 (vinte e sete) créditos,*

*(...)*

*29) A partir de então, eu e minha esposa iniciamos uma empreitada no sentido de descobrir o que havia se passado na AVP durante todos aqueles anos em que o ANDRÉ esteve gerindo a empresa de forma absolutamente livre e sob sua exclusiva responsabilidade.*

*(...)*

*36) Qual não foi a nossa surpresa ao verificar o enorme montante de cheques emitidos para a THOR de várias formas dissimuladas, o que indica que o ANDRÉ emitia os cheques para pagamento dos créditos da THOR sem obviamente colocar o beneficiário (cheques não nominais), entregava-os para a THOR*

*e esta os usava para pagamentos a terceiros, os mais diversos possível, sendo estes terceiros pessoas físicas ou jurídicas. Com um detalhe absolutamente interessante, alguém grafava no verso de muitos dos cheques, o nome THOR na grande maioria dos cheques) ou FELIPE, o que nos ajudou a identificar muitos dos cheques.*

*37) Encontramos vários cheques emitidos a várias indústrias metalúrgicas ou eletroeletrônicas, entre outras, inegavelmente fornecedores da THOR já que a AVP, como uma empresa da área de balões plásticos, não tinha qualquer fornecedor que envolvesse metalurgia, fiação elétrica ou eletrônicos. Já a THOR, fabricante de bicicletas e motos, e respectivas peças de reposição para esses equipamentos, certamente têm essas empresas entre seus fornecedores. Listo abaixo alguns dos nomes e alguns respectivos cheques para exemplificar. A totalidade dos cheques, por beneficiário, e valor total emitido pela AVP em favor de terceiros por conta e ordem da THOR, que remonta a um valor total efetivamente significativo, serão apresentados em momento oportuno, listados todos os beneficiários que não tem qualquer relação com a AVP.*

*(...)*

*40) Assim, a conclusão a que se chega é que a THOR estava usando a AVP como "caixa 2" para "esquentar dinheiro", sob a concordância total do ANDRE.*

*(...)*

O dolo de fraude contra o fisco, como demonstrado, é patente, pois toda a movimentação financeira das contas correntes bancárias da recorrente não foi registrada na escrituração contábil e não foi objeto de declaração ao fisco.

Portanto, restando demonstrado o dolo de fraude (Lei nº 4.502/64, art. 72), deve ser mantida a multa qualificada.

## **PROTESTO GENÉRICO PELA PRODUÇÃO DE PROVAS E DILIGÊNCIA FISCAL**

Quanto ao pedido de realização de diligência fiscal na Thor Industrial Ltda, e protesto genérico pela produção de provas, são pretensões incabíveis, no caso.

As provas devem ser juntadas aos autos, juntamente, com peça impugnatória na primeira instância de julgamento, sob pena de preclusão se não provado motivo de força maior (Decreto nº 70.235/72, art. 16, § 4º).

A recorrente não comprovou motivo de força maior que não permitiu a produção de provas anteriormente.

Mas, se isso não bastasse, o ônus de provar, de afastar a presunção de omissão de receitas (art. 42 da Lei nº 9.430/96), é da recorrente.

Incabível, destarte, a conversão de julgamento em diligência para produzir prova cujo ônus probatório é da recorrente, em face da presunção legal de omissão de receitas – depósitos bancários de origem não comprovada – inversão do ônus da prova (Lei nº 9.430/96, art. 42).

A recorrente pretende fazer prova via diligência fiscal, mediante redução a termo de declarações de supostos envolvidos, de pretensas operações de mútuo entre a autuada e a empresa Thor no ano-calendário 2004 cujas operações não foram registradas na sua escrituração contábil e fiscal, e cujas notas promissórias de tal suposta dívida somente foram emitidas anos depois, a partir de 2007.

A recorrente, por conseguinte, pretende ver excluídas, do montante de receitas omitidas, a quantia de R\$ **R\$ 505.654,95**, conforme mera planilha (demonstrativo) de fls. 473, a título de pretensas operações de mútuos contraídos da Thor Industrial Ltda.

Aliás, o próprio sócio da empresa autuada Rodrigo Lopes de Almeida, em depoimento no Inquerito Policial, contestou a existência de tais supostas operações de mútuos, ora alegadas, declarando que a recorrente foi utilizada pela empresa Thor para “esquentar” dinheiro de “caixa 2” com a conivência do sócio André (fl. 785 ), *ipsis litteris*:

(...)

*25) Assim, por aconselhamento legal e para proteger os direitos da AVP e de outros efetivos credores, tomei a decisão de entrar com a representação legal contra André, sob a capitulação de apropriação indébita, visto tratar-se de valor jamais registrado na contabilidade da AVP e não ter esta qualquer relacionamento comercial com a THOR, na qualidade de fornecedora de mercadorias ou serviços à AVP.*

(...)

*40) Assim, a conclusão a que se chega é que a THOR estava usando a AVP como "caixa 2" para "esquentar dinheiro", sob a concordância total do ANDRE.*

(...)

Pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96, que encerra presunção legal de omissão de receitas, o ônus da prova de que incorreu omissão de receitas é da recorrente.

O pedido de produção de provas, nesta instância de julgamento, é desnecessário para resolução da lide, e tem caráter meramente protelatório.

A diligência fiscal não se presta para produzir prova cujo ônus é da recorrente.

Portanto, rejeito os pedidos de diligência fiscal e de protesto pela produção de provas, pois, além de desnecessários para a resolução da lide (pedidos meramente protelatórios), foram formulados em dissonância com disposto no art. 16, IV e § 4º, do Decreto nº 70.235/72.

### **DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA**

No mérito, quanto aos depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada – Omissão de Receitas por presunção legal -, a recorrente, novamente, não

comprovou a origem, não produziu provas hábeis ou idôneas, limitando-se a repetir as mesmas razões já deduzidas na instância *a quo*.

Como a matéria foi adequadamente enfrentada pela decisão recorrida, e inexistindo razão para decidir diversamente, adoto - como razão de decidir - a mesma fundamentação - do voto condutor da decisão *a quo* (fl. 833/835):

(...)

*Ainda, no mérito, a contribuinte expende extenso arrazoado para defender a comprovação da origem de parte dos depósitos bancários que deram suporte ao lançamento.*

*O lançamento da omissão de receitas baseou-se na Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, que diz:*

*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.*

*Trata-se de uma **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.*

*Em relação às presunções de omissão de receita, destaca-se que essas são classificadas pela doutrina como espécies de provas indiretas. A doutrina do Direito Tributário identifica duas espécies distintas: as legais e as simples (comuns). As presunções legais se subdividem em absolutas (*jure et de jure*) e relativas (*jures tantum*). As presunções absolutas não admitem prova em contrário ao fato presumido, já as relativas admitem prova contrária, **reputando-se verdadeiro o fato presumido até que a parte interessada prove o contrário.***

*As presunções legais relativas provocam a chamada "inversão do ônus da prova", cabendo ao contribuinte provar que o Fisco está equivocado.*

(...)

*A comprovação da origem dos valores depositados em conta-corrente bancária deve ser detalhada, coincidente em data e valores. Deve ficar claro que o numerário teve origem em valores já tributados pela empresa ou em valores não tributáveis ou tributáveis exclusivamente na fonte.*

*No caso presente, a fiscalização intimou a empresa a esclarecer e comprovar adequadamente a origem dos recursos depositados em suas contas-corrente, incompatíveis com suas receitas declaradas, levando em conta aqueles que foram comprovados e desconsiderando outros que considerou não comprovados de maneira inequívoca, com documentos coincidentes em datas e valores.*

*Vejam os valores de depósitos que a impugnante quer ver reconhecidos como comprovados, para que sejam afastados da base de cálculo dos tributos lançados.*

### ***I. Receitas já declaradas.***

*A impugnante afirma que dentro das movimentações bancárias constariam as receitas já declaradas e que não seria crível supor que ela tenha declarado somente receitas advindas de vendas à vista e em moeda corrente, sem que o valor dessas receitas tenha transitado em suas contas bancárias. Acrescentou que o autuante poderia ter identificado essa hipótese, confrontando a movimentação bancária e os documentos fiscais que lhe foram ofertados para exame.*

*Ora, como relatado acima, o ônus da prova, no caso é da empresa fiscalizada. Caberia a ela, quando intimada, demonstrar quais depósitos correspondem a receitas já declaradas e ofertadas à tributação. E essa comprovação teria que ser pormenorizada, por depósito, e coincidente em datas e valores. Nenhum documento foi apresentado nesse sentido. Portanto, há que se manter a presunção de omissão de receitas sobre tais valores.*

### ***II. Operações de mútuo com a empresa Thor Industrial Ltda.***

*Nesse caso, a impugnante quer que se aceite como prova das supostas operações de mútuo com a empresa Thor Industrial Ltda o Termo de Declarações prestadas pelo sócio-gerente daquela empresa à Delegacia de Polícia de Cotia, no qual ele afirma que efetivamente teria promovido diversos empréstimos à AVP, no curso dos anos-calendário de 2004 a 2007.*

*Inadmissível aceitar essa declaração como prova de operações de mútuo que sequer foram registradas na contabilidade da impugnante e cujas notas promissórias só foram emitidas em 2007, ainda mais quando o próprio responsável pela autuada (Rodrigo Lopes de Almeida) contesta a existência dos referidos empréstimos, em declaração prestada à mesma Delegacia de Polícia (fls. 774/786), chegando a afirmar que "a THOR estava usando a AVP como 'caixa 2' para 'esquentar dinheiro', sob a concordância total do ANDRE".*

*Como já visto, também anteriormente, o ônus da prova, no presente caso, é da fiscalizada, não cabendo à fiscalização a obrigação de efetuar diligências na Thor, a fim de atestar a veracidade dos fatos relatados.*

*Do mesmo modo, indefiro o pedido de diligência, uma vez que em nada contribuiria para o deslinde da questão. Ainda que os "mútuos" estivessem registrados na contabilidade da Thor, não haveria como se aceitar esse registro como prova de que se trata de empréstimos.*

### **III. Suprimentos de caixa**

*A impugnante reclamou ser inaceitável a não aceitação de que o sócio Rodrigo Lopes Almeida tenha feito aporte de recursos financeiros a título de suprimentos de caixa no curso do ano-calendário de 2004. Afirmou que a quantia de **R\$ 17.096,01** foi entregue à empresa a título de suprimento de caixa, e assim deve ser acolhida a fim de justificar a origem de parte dos depósitos bancários.*

*Ora, como se verifica à fl. 475 (Anexo III da resposta da fiscalizada à intimação para comprovar os depósitos bancários), os supostos suprimentos de caixa se referem ao ano-calendário de 2005.*

*Como o presente processo trata do lançamento relativo ao ano-calendário de 2004, não cabe sua análise neste julgamento.*

### **IV. Empréstimos junto à Caixa Econômica Federal**

*A interessada queixou-se que o autuante aceitou como procedentes todos os empréstimos realizados junto à Caixa Econômica Federal no curso do ano-calendário de 2005 e considerou injustificado o realizado no ano-calendário de 2004, no valor de **R\$ 16.417,98**. Afirmou que os empréstimos foram efetivamente realizados e atestados pela instituição financeira cedente, assim não há como deixar de acolhê-lo como procedente, justificando a origem do depósito efetuado no Banco Bradesco em 19/11/2004.*

*No entanto, os únicos documentos constantes no processo que dizem respeito ao referido depósito são: o demonstrativo de fl. 474, elaborado pela própria fiscalizada em resposta à intimação da fiscalização para comprovar a origem dos depósitos bancários na conta-corrente mantida no Bradesco; a carta da Gerente de Relacionamento da CEF de Cotia, fazendo referência a contratos assinados a partir de 2005 (fl. 476); e o extrato de fl. 477, que não guarda qualquer relação (em matéria de data e valor) com o depósito em questão.*

*Assim, não há como se afastar esse valor da tributação.*

*(...)*

Por conseguinte, a infração omissão de receitas deve ser mantida, pois não há reparo a fazer na sua base de cálculo.

### **INADIMPLÊNCIA. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. EXIGÊNCIA, INCLUSIVE, DURANTE A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR IMPUGNAÇÃO/RECURSO ADMINISTRATIVO**

No que tange aos juros de mora, a matéria já está sumulada por este Egrégio Conselho Administrativo:

*Súmula CARF nº 4:*

*A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da*

---

*Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

*Súmula CARF nº 5:*

*São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.*

**LANÇAMENTOS REFLEXOS: CSLL, PIS, COFINS, IPI E INSS.**

Os lançamentos decorrentes seguem a sorte do lançamento principal (IRPJ), em face da conexão dos fatos e das provas.

Por tudo que foi exposto, voto para NAGAR provimento ao recurso.

*(documento assinado digitalmente)*

Nelso Kichel