



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

Processo n° 10920.002421/2010-27
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-002.684 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de junho de 2018
Matéria IRPJ e Reflexos
Recorrente ROGER LOCADORA DE VEICULOS LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2005, 2006, 2007

DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA DE FRAUDE.

Havendo fraude na atividade do contribuinte, em oferecer à tributação os fatos geradores ocorridos, desloca-se o prazo de decadência da norma geral dos tributos sujeitos à homologação, para a norma específica prevista no Art. 173, I, do Código Tributário Nacional. Nos casos de dolo, fraude ou simulação não ocorre homologação tácita e a decadência do direito de lançar ocorre depois de transcorridos cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido lançado.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não ocorreu nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no RPAF. Ao contribuinte foram assegurados o direito ao contraditório e ampla defesa.

PROVA EMPRESTADA - VALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

É válida a utilização, em processo administrativo tributário, de provas colhidas no curso de investigação policial, desde que a autoridade administrativa extraia suas próprias conclusões das provas emprestadas. É lícito ao Fisco Federal valer-se de informações colhidas por outras autoridades, administrativas ou judiciais, para efeito de lançamento, quando o contraditório é ofertado no processo para o qual são transportadas.

OMISSÃO DE RECEITA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições referidos na Lei nº 9.317, de 1996, desde que

apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas. Inteligência do Art. 18 da Lei 9.317/96 c/c Art. 199 do Decreto 3.000/99 (RIR/99).

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS E VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA.

A Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, estabeleceu a presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta corrente ou de investimento.

FRAUDE. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Constatada a prática reiterada de atos praticados com o intuito de ocultar a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, é cabível a exigência do tributo, acrescido de multa qualificada, conforme o art. 44, inciso II da Lei nº. 9.430, de 1996.

LANÇAMENTO DECORRENTE DA MESMA MATÉRIA FÁTICA - CSLL, COFINS E PIS.

A tributação reflexa é matéria consagrada na jurisprudência administrativa e amparada pela legislação de regência, devendo o entendimento adotado em relação ao imposto de renda acompanhar o lançamento da contribuição social a partir da mesma matéria fática.

APLICAÇÃO DO ART. 57 § 3º DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. FACULDADE DO JULGADOR. Plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que a Recorrente não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Livia de Carli Germano (Vice-Presidente), Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa,

Abel Nunes de Oliveira Neto, Cláudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva e Letícia Domingues Costa Braga.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro - (RJ) que julgou improcedente a impugnação administrativa apresentada pelo contribuinte.

Os autos de infração foram lavrados em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização nº 9.2.02.00-2009-001345-3, “referentes ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, Contribuição para o PIS/PASEP - PIS, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL e Contribuição para Seguridade Social – INSS , relativo às infrações à legislações do SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), no período de janeiro de 2005 a junho de 2007, cujo crédito tributário monta em R\$ 71.425,65”, conforme valores discriminados na tabela abaixo:

Tributo	Principal	Juros de Mora	Multa	Total
IRPJ - SIMPLES	495,13	252,82	742,67	1.490,62
PIS - SIMPLES	455,29	236,56	682,90	1.374,75
CSLL - SIMPLES	3.129,34	1.649,62	4.605,70	9.384,66
COFINS - SIMPLES	7.993,69	4.178,93	11.725,74	23.898,36
INSS - SIMPLES	11.967,32	5.888,38	17.421,56	35.277,26

As exigências fiscais basicamente decorrem de Omissão de receita - Depósitos bancários não escriturados e ocorrência de fraude, conforme Termo de Constatação e Verificação Fiscal – TCVF.

Ciente da autuação, o interessado apresentou IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA em 26/06/2010 (fls. 893/951), na qual alegou:

PRELIMINARMENTE:

DA NULIDADE POR OFENSA AO ART. 10, IV, DO DECRETO 70.235/72: LANÇAMENTO FUNDADO EM NORMA MERAMENTE REGULAMENTAR E INDICAÇÃO GENÉRICA DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS: Diz que “a fundamentação legal foi feita de forma tão vaga e genérica que torna impossível a compreensão exata do fundamento jurídico do lançamento. A autoridade fiscal simplesmente cita os dispositivos

legais, de forma imprecisa e genérica, sem indicar especificamente quais e em que extensão estavam sendo violados”.

DA NULIDADE POR OMISSÃO QUANTO À QUESTÃO APRESENTADA PELA DEFESA: OFENSA AO DEVER LEGAL DE MOTIVAÇÃO EXPLÍCITA E ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA: Aduz que “parte considerável da conclusão de que a contribuinte sonegou receita é sustentada em documentos amealhados no bojo do inquérito penal relativo à ação penal 2007.72.00.004190-8, remetidos ao Fisco pela Polícia Federal. (...) E que “a contribuinte apresentou à Receita Federal arrazoado em que sustentava a imprestabilidade e ilicitude de tais provas. Apresentou cópia das razões de defesa dos réus na ação penal acima. Requereu a apreciação delas pelo Fisco. A autoridade fiscal ignorou esse apelo e efetuou o lançamento sem analisar integralmente tais questões de imprestabilidade e invalidade da prova. Violação do Art. 5º, LIV da Constituição da República e Art. 31 do Decreto 70.235/72. Afirma que faltou motivação explícita para a recusa”.

DA NULIDADE POR FALTA DE MOTIVAÇÃO QUANTO AO LANÇAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES: Afirma que “ Diz que “a lei exige que o lançamento seja devidamente fundamentado. A mera fórmula sintética de indicar dispositivos, a titulação do tributo e a planilha de cálculos não satisfaz essa exigência. Em relação às contribuições sociais, a autoridade lançadora simplesmente contentou-se com a referência à “apuração feita de forma reflexa”. As contribuições guardam especificidades que devem ser abordadas na motivação do lançamento. Fala das deduções diferenciadas e bases de cálculo”.

DA NULIDADE POR FALTA DE MOTIVAÇÃO QUANTO À APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA SOBRE OS TRIBUTOS APURADOS: Diz que “a aplicação da multa de ofício no percentual qualificado de 150% não se justifica somente na omissão de declaração. Exige-se a comprovação da fraude/dolo. Há falta de motivação, ensejando sua nulidade nos moldes do art. 10 e do art. 59, II, do Decreto 70.235/72”.

DA AUSÊNCIA DE JUNTADA DA DOCUMENTAÇÃO QUE RETRATARIA — EM TESE — A “ESCRITURAÇÃO PARALELA: Afirma que “parte considerável dos tributos apurados assenta-se na premissa de que a empresa mantinha “escrituração paralela”, demonstrada diante de balancetes” e “relatórios de caixa” que teriam sido apreendidos pela Polícia Federal. (...) Esta prova - que, segundo a autoridade fiscal, teria sido produzida no processo criminal mencionado no termo de verificação - sequer foi autuada neste procedimento fiscal. A Fiscalização Federal não estará isenta do dever de realizar sua própria avaliação de prova”.

DA DECADÊNCIA:

Diz que houve “Decadência do período anterior a 25/06/2005, visto que o lançamento foi efetivado em 25/06/2010”.

DA NULIDADE DA PROVA:

Afirma que “a conclusão do procedimento fiscal de que a contribuinte teria sonegado receita, mantendo-a depositada junto a uma

instituição financeira clandestina, está sustentada em supostos extratos — na verdade, meras planilhas impressas. Tece uma série de considerações quanto aos defeitos de formação das provas coligidas pelo Inquérito Policial Federal, atacando as decisões judiciais, tanto as relativas à Representação Criminal 2005.72.00.013479-3 - Mandado de Busca e Apreensão, como a sentença do processo 2007.72.00.004190-8. Ataca as interceptações telefônicas, telegráficas e telemáticas”.

DO MÉRITO:

DAS SUPOSTAS RECEITAS, CUJA ORIGEM FOI COMPROVADA, DEPREENDIDAS DA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA: Diz que “só fato de que os valores seriam oriundos de “operadoras de cartões de crédito e cobranças bancárias” não permite presumir que sejam ligados à prestação de serviços pela contribuinte. Impossibilidade de apuração das receitas supostamente ligadas movimentação bancária. Que os valores que “se referem ao recebimento da venda de veículos do imobilizado da empresa”, não justificam a incidência dos tributos apurados. A autuação fiscal não esclarece, diante do montante global de valores que transitaram nas contas bancárias do contribuinte, qual o exato valor que teria sido obtido a partir do exercício das normais atividades da empresa”.

DA INCIDÊNCIA DE ALÍQUOTA DISTINTA: Demonstra a “inexistência de receitas omitidas, está automaticamente refutada a tese de que alíquota incidente é distinta daquela utilizada no cálculo dos tributos recolhidos”.

DA MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA: Diz que “o lançamento aplicou a multa de ofício em seu percentual agravado de 150%. Contrariedade à Súmula 14 do 1º CC, que diz: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo”.

Da Nulidade dos relatórios da policia (autos circunstanciados): Diz que “as deficiências apontadas pelo próprio juízo, na citada decisão de fl. 319, estio presentes em todos os relatórios apresentados até então. Isto demonstra que tais deficiências estão presentes justamente nos elementos mais remotos, de que descende toda a prova acusatória e que, por isso, necessariamente a contamina. Assim, toda esta prova é nula, por falta do requisito de validade previsto no art. 6º, § 2º, da lei 9.246 de 1996. Logo, os vícios citados caracterizam afronta a este dispositivo legal, assim como ao art. 5º, incisos LIV e LV, da CF”.

DA INDEVIDA CUMULAÇÃO DA MULTA ISOLADA COM A MULTA DE OFÍCIO: Afirma que “o Fisco aplicou à impugnante, cumulativamente, a multa isolada (de que trata o art. 44, §1º, IV, da Lei 9.430/96) e a multa pelo lançamento de ofício (definida no inciso II daquele mesmo dispositivo). Essa cumulação vem sendo reiteradamente rejeitada pela jurisprudência do CARF.

DA INDEVIDA INCIDÊNCIA DA MULTA DE OFÍCIO SOBRE A TOTALIDADE DO VALOR DEVIDO: Diz que “a multa de ofício deve incidir somente sobre a parcela do tributo que foi omitida. É a falta do pagamento ou declaração. A multa de ofício foi calculada pela multiplicação dos percentuais pelo total do imposto devido, sem subtrair aquilo que já havia sido pago”.

DOS REQUERIMENTOS:

a anulação do auto de infração, com fundamento em qualquer das diversas causas listadas no capítulo referente às questões "preliminares";

o reconhecimento da imprestabilidade ou nulidade dos documentos recebidos da policia federal, assim como dos documentos (demonstrativos, tabelas, etc.) que decorrem desta investigação, com a consequente reforma do lançamento a fim de Se excluir toda e qualquer tributação realizada sobre os valores lá informados;

o reconhecimento da decadência dos créditos tributários ligados A existência de supostas receitas havidas antes de 25/06/2005;

No mérito: - a reforma integral do lançamento a fim de Suprimir todos os supostos créditos tributários apurados, tendo em vista:

(i) a inexistência de "receita omitida"— seja aquela depreendida (erroneamente) a partir da movimentação em conta bancária, seja aquela supostamente ligada à alegada existência de "escrituração paralela"; e

(ii) a completude dos tributos recolhidos a partir das declarações referentes aos exercícios de 2005, 2006 e 2007;

a reforma do lançamento para excluir a multa qualificada no percentual de 150%;

a reforma do lançamento de forma a reduzir o percentual da multa de ofício de seu patamar agravado de 150%, para o ordinário de 75%;

a reforma do lançamento a fim de se excluir a indevida cumulação dos percentuais relativos à multa isolada e à multa de ofício;

a reforma do lançamento para determinar que a multa de ofício deixe de incidir indevidamente sobre a totalidade dos tributos apurados como devidos, e passe a incidir somente sobre o saldo obtido pela diferença entre tal valor e o efetivamente recolhido;

a improcedência total da pretensão tributária, seja diante das nulidades que trespasam este procedimento, seja diante da inexistência dos créditos perseguidos.

O Acórdão ora Recorrido (12-59.352 - 13ª Turma da DRJ/RJ1) recebeu a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

OMISSÃO DE RECEITA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições referidos na Lei nº 9.317, de 1996, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas. Inteligência do Art. 18 da Lei 9.317/96 c/c Art. 199 do Decreto 3.000/99 (RIR/99).

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS.

A Lei nº 9.430, de 1996, em seu Art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza lançar o imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento. A mesma presunção está no Art. 287 do Decreto 3.000/99 (RIR/99).

FRAUDE. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Constatada a prática reiterada de atos praticados com o intuito de ocultar a ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, é cabível a exigência do tributo, acrescido de multa qualificada, conforme o art. 44, inciso II da Lei nº. 9.430, de 1996.

LANÇAMENTO DECORRENTE DA MESMA MATÉRIA FÁTICA - CSLL, COFINS E PIS.

A tributação reflexa é matéria consagrada na jurisprudência administrativa e amparada pela legislação de regência, devendo o entendimento adotado em relação ao imposto de renda acompanhar o lançamento da contribuição social a partir da mesma matéria fática.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA DE FRAUDE.

Havendo fraude na atividade do contribuinte, em oferecer à tributação os fatos geradores ocorridos, desloca-se o prazo de decadência da norma geral dos tributos sujeitos à homologação, para a norma específica prevista no Art. 173, I, do Código Tributário Nacional. Nos casos de dolo, fraude ou simulação não ocorre homologação tácita e a decadência do direito de lançar ocorre depois de transcorridos cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido lançado.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

A negativa de pedido de retirada dos autos da repartição para a apresentação da impugnação não caracteriza cerceamento de defesa se foi facultada à interessada vista do processo no órgão preparador dentro do prazo fixado, inclusive com o fornecimento de cópia integral dos autos.

PROVA EMPRESTADA - VALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

É válida a utilização, em processo administrativo tributário, de provas colhidas no curso de investigação policial, desde que a autoridade administrativa extraia suas próprias conclusões das provas emprestadas. É lícito ao Fisco Federal valer-se de informações colhidas por outras autoridades, administrativas ou judiciais, para efeito de lançamento, quando o contraditório é ofertado no processo para o qual são transportadas.

INCOMPETÊNCIA DA DRJ PARA DESCONSIDERAR PROVAS ADMITIDAS JUDICIALMENTE.

A Administração Pública em geral, e a DRJ em especial, não tem competência para desconsiderar decisão judicial, sendo, assim, incabível a acolhida das alegações que o contribuinte tenha expandido repetindo razões de apelação contra condenação criminal e que visem à invalidação das provas admitidas judicialmente.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Isto porque, segundo entendimento da Turma, “o fato de o AFRFB utilizar-se de subsídios colhidos na investigação policial e seu consectário, o processo penal e a condenação, não induz ao raciocínio de que o servidor Fiscal não tenha efetivado suas próprias conclusões. Por outra banda, o que desejava o patrono? Que o Auditor-Fiscal refizesse todo o trabalho da Polícia e do judiciário para chegar à conclusão diversa? Fere o princípio da economia de esforços públicos e salvaguarda do dinheiro do contribuinte, inserto no caput do Art. 37 da atual Constituição da República, através da Emenda 19/98, com o nome de Eficiência. Por outro lado, não poderia o Fisco desconsiderar a existência de uma IFC e os correlatos depósitos, visto a própria condenação, tanto em primeiro, como em segundo grau de jurisdição”.

Em relação à omissão de receita, concluiu a turma julgadora, que “não percebeu o contribuinte que houve o confronto dos depósitos com a movimentação na contabilidade, bem como que, “através dos balancetes e dos comprovantes de lançamento no caixa de Itajaí apreendidos, verificou-se que a empresa transferia dinheiro em espécie e cheques pré-datados recebidos de prestação de serviços da Filial para a Matriz.” Novamente o contribuinte alega sem provar, através de argumentação genérica, descuidando-se do dever de especificar os pontos de discordância, de forma clara e precisa”.

Ciente da decisão do Acórdão, o contribuinte interpõe **Recurso Voluntário** em 23/10/2013 - (fls. 1000/1048), alegando as mesmas razões trazidas em sede de Impugnação Administrativa, modificando-se apenas no seguinte tópico:

4. DA NULIDADE POR OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO: Requereu o reconhecimento da nulidade que julgou a impugnação administrativa, por ofensa ao art. 13 do

Decreto 70.235/72, conforme solução preconizada pelo art. 59, II. Defende o Recorrente que o Acórdão é nulo por não ter enfrentado todos os argumentos levantados quanto à ilegalidade da quebra de sigilo e da utilização da prova emprestada.

É o relatório do essencial.

Voto

Conselheiro Daniel Ribeiro Silva - Relator.

Observo que as referências a fls. feitas no decorrer deste voto se referem ao e-processo.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade por isto dele conheço.

Como já acima exposto, da análise dos autos é fácil constatar que o Recurso Voluntário apresentado, a exceção da preliminar já analisada, constitui-se de repetição dos argumentos utilizados em sede de impugnação e, em verdade, acabam por repetir e reafirmar a tese sustentada pelo contribuinte, as quais foram detalhadamente apreciadas pelo julgador *a quo*.

Nestes termos, cumpre ressaltar a faculdade garantida ao julgador pelo § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF:

Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

I - verificação do quórum regimental;

II - deliberação sobre matéria de expediente; e

III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017).

Da análise do presente processo, entendo ser plenamente cabível a aplicação do respectivo dispositivo regimental uma vez que não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida.

Assim, desde já proponho a manutenção da decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, considerando-se como se aqui transcrito integralmente o voto da decisão recorrida:

A Impugnação é tempestiva, visto que apresentada dentro do trintídio legal do Art. 15 do Decreto 70.235/72. Além disso, estão reunidos os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dela conheço.

Da Preliminar

Infrutíferos foram os esforços do patrono, neste passo, conforme adiante será demonstrado e decidido.

DO CUMPRIMENTO DO ART. 10 DO Decreto 70.235/72 E DA CORRETA MOTIVAÇÃO

Em primeira linha, vê-se que a argumentação do defendente, neste passo, é vazia. Fala da fundamentação em dispositivo regulamentar, mas não diz qual é. Falha neste ponto e o que não está nos autos, não está no mundo.

Quanto à motivação, a mesma não foi genérica, não dizendo o contribuinte onde estaria a verdadeira comorbidade jurídica do lançamento.

Trata-se de clara defesa protelatória. A fundamentação legal está separada por tributo, por competências mensais, por percentuais de receita, percentuais de multa e juros. Argumentação improcedente e ineficaz.

DA PROVA EMPRESTADA

É alegação comum de vários contribuintes autuados que seria vedada a utilização das provas obtidas durante investigações da Polícia Federal para instrução do presente processo administrativo. Quando não optam por este caminho, aduzem que as conclusões do Fisco são mera repetição do que consta no corpo do inquérito policial ou da sentença penal condenatória. Não foi o caso, conforme será visto mais adiante.

Antes, façamos um breve esclarecimento a respeito do assunto.

Segundo a posição adotada pelos contribuintes, tal vedação estaria exposta no art. 5º, XII da Constituição Federal e nos artigos 1º e 10º da Lei nº 9.296/1996:

“XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”

“Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar sigredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.”

A Constituição Federal e a Lei nº 9.296/1996 exigem que a quebra do sigilo de dados e comunicações seja feita com autorização judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Os dois requisitos para a quebra do sigilo foram respeitados.

O que se questiona então é se, posteriormente à regular quebra do sigilo, tais dados poderiam ser utilizados como prova emprestada para instrução do presente processo administrativo fiscal.

No entendimento deste relator, não há restrição legal para essa posterior utilização das provas.

Nesse sentido, filio-me ao determinado pela Juíza responsável, à época, pelo deferimento das medidas excepcionais investigatórias (fls. 273/292 do processo 10920.000958/2010-52, Representação Criminal nº 2005.72.00.013479-3):

MANDA E AUTORIZA à autoridade Policial Federal da Superintendência do

Departamento da Polícia Federal/SC, nesta Capital, ou a quem este for apresentado, que em seu cumprimento, realize a BUSCA e APREENSÃO, observadas as cautelas legais e constitucionais,

(...)

*AUTORIZA, ainda, à Autoridade Policial Federal a quebra de sigilo, telemático e de informática, com base no art. 1º, parágrafo único da Lei 9.296 de 1986, para que submeta à perícia, computadores, servidores, mídias ou qualquer outro ambiente computacional/telemático que venha a ser apreendido no(s) endereço(s) em que procedidas as buscas, **bem como o***

compartilhamento com a Receita Federal, dos objetos apreendidos que contenham informações fideis na apuração de ilícitos fiscais.

(...)

A interceptação telefônica, segundo a Constituição Federal (artigo 5º, inciso XII), é exclusivamente admitida para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. No caso de uso desta prova pela Receita Federal para fins de instauração de procedimento administrativo-fiscal, entendo, na linha do que tem si do feito até agora, que este procedimento não viola a Constituição Federal. Primeiramente, porque o processo administrativo fiscal possui finalidade também criminal. O Supremo Tribunal Federal considera que fundamental haver o lançamento do crédito tributário para que também se consolide a redução ou supressão do tributo previsto no artigo 1º da Lei nº. 8.137/1990, que é crime de resultado, isto é, crime material. (Pleno, HC 81.611 - DF. DJ 13/05/2005, Pág. 06). Segundo, porque "a intimidade, valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas, já teria sido violada de forma lícita. Não haveria razão, então para se impedir a produção da prova, sob o argumento de que, por via oblíqua, seria desrespeitado o texto constitucional" (Antônio Scarance Fernandes, Processo Penal Constitucional, págs. 110/111, citado por Guilherme de Souza Nucci, em Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, '2006, pág.. 356).

*(...) Por fim, está se deferindo nesta decisão, porque este é o objeto do pedido da autoridade policial, o **compartilhamento das provas obtidas a partir da busca e apreensão deferida nestes autos, bem como a participação deste órgão no procedimento e execução de busca.** (...) **Permite-se desde já, o acompanhamento na execução dos mandados de busca e apreensão, pela Receita Federal, bem como o compartilhamento com este órgão, dos objetos apreendidos que contenham informações úteis na apuração de ilícitos fiscais.***

(Grifos nossos).

Corroborando essa tese, cita-se jurisprudência do STF:

“EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem.

Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96.

Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos. (Grifos nossos) Inq 2424 QO / RJ - RIO DE JANEIRO

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 25/04/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno”.

Pacífico o entendimento sobre a utilização de prova emprestada no processo administrativo fiscal:

*“Contribuição para o PIS/Pasep. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. REVENDA DE CARTÕES TELEFÔNICOS. O produto da revenda de cartões telefônicos, adquiridos por contrato de compra e venda de empresa de telefonia, integra a base de cálculo da contribuição como receita de vendas. COFINS. OMISSÃO DE RECEITA. PROVA. INFORMAÇÕES FORNECIDAS POR SECRETARIA DE ESTADO. A omissão de receita apurada com base em informações fornecidas por Secretaria de Estado, referentes a declarações prestadas pelo contribuinte ao Fisco Estadual, faz PROVA das operações comerciais e financeiras do contribuinte, mormente quando, na fase impugnatória, o interessado não apresentar provas suficientes para descaracterizar a autuação, devendo ser mantida a exigência tributária. **Não se pode negar valor probante à PROVA EMPRESTADA**, coligida mediante a garantia do contraditório. Precedentes. Recursos de ofício e voluntário negados. Acórdão CARF Nº 201-81083 de 2008 (Grifos nossos) “Classificação de Mercadoria CLASSIFICAÇÃO FISCAL DE MERCADORIAS. O produto denominado comercialmente ZINTEK 200 é uma preparação anticorrosiva, constituída de composto inorgânico à base de zinco e alumínio, disperso em composto inorgânico à base de formaldeído e 70,4% de solvente, classificando-se no código NCM 3824.90.41. **PROVA EMPRESTADA. LAUDO TECNICO. Não há impedimento à aplicação no processo administrativo do instituto da PROVA EMPRESTADA**, a teor da norma contida no art. 30, § 3º, do Decreto nº 70.235/1972, alterado pelo art. 67 da Lei nº 9.532/1997. RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO Acórdão CARF Nº 301-34304 de 2008.*

É esclarecedora a redação do Art. 29 do Decreto 70.235/72:

Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

Admitem-se, portanto, as provas emprestadas juntadas pelos Auditores-Fiscais responsáveis pelo lançamento. O que a jurisprudência do CARF veda, em relação à prova emprestada, é que as conclusões do Fisco sejam também emprestadas. Não foi o caso, na medida em que o AFRFB usou as provas para início de apuração. Tanto assim é, que emitiu vários TIF para prestação de esclarecimentos, bem como apurou fato gerador, dentre outros, diverso do constante do Inquérito Policial, como é o caso das comissões sobre representação pagas pelas cias aéreas. Além disto, emitiu TIF específico para esclarecimento dos lançamentos individualizados, tanto das contas mantidas em IFC e sua contrapartida em instituições oficiais e a ausência de trânsito pelos demonstrativos de receitas e correlação com o caixa da empresa.

DOS REFLEXOS DA CONDENAÇÃO PENAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL:

Erra de forma contundente o contribuinte ao dizer que “A autoridade fiscal efetuou lançamento tomando emprestado ao presente processo as conclusões proferidas na ação penal 2007.72.00.004190-8”. Uma acurada vista ao Relatório de Atividade Fiscal, mais especificamente às fls. 883/886 e nos extratos bancários juntados pela fiscalização, seria o suficiente para desnaturar tal assertiva. O fato de o AFRFB utilizar-se de subsídios colhidos na investigação policial e seu consectário, o processo penal e a condenação, não induz ao raciocínio de que o servidor Fiscal não tenha efetivado suas próprias conclusões. Por outra banda, o que desejava o patrono? Que o Auditor-Fiscal refizesse todo o trabalho da Polícia e do judiciário para chegar à conclusão diversa? Fere o princípio da economia de esforços públicos e salvaguarda do dinheiro do contribuinte, inserto no caput do Art. 37 da atual Constituição da República, através da Emenda 19/98, com o nome de Eficiência.

Por outro lado, não poderia o Fisco desconsiderar a existência de uma IFC e os correlatos depósitos, visto a própria condenação, tanto em primeiro, como em segundo grau de jurisdição. Não poderia a Administração Tributária, em seu mister, simplesmente afastar as conclusões do Poder Judiciário para, ao alvedrio da lei, desconsiderar as condutas efetivadas que deram origem ao nascimento das obrigações tributárias lançadas.

Eis as condenações:

Ante o exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, julgo parcialmente procedente a denúncia para:

*a) condenar Rogério Luiz Gonçalves como incurso no artigo 16 da Lei nº.7.492/1986 por **operar ilegalmente instituição***

financeira; artigo 22, parágrafo único, primeira parte da Lei nº. 7.492/1986; artigo 288 do Código Penal e Artigo 1º, incisos VI e VII, da Lei nº. 9.613/1998, na forma do § 4º do

mesmo artigo, todos em concurso material, as penas de 19 (dezenove) anos, 06 (seis) meses e 05 (cinco) dias de reclusão e ao pagamento de 540 (quinhentos e

quarenta) dias-multa, no valor unitário de 10 salários mínimos no valor vigente em março de 2007;

*b) condenar Clóvis Marcelino Gonçalves como incurso no artigo 16 da Lei nº. 7.492/1986 por **operar ilegalmente instituição financeira; artigo 22, parágrafo único, primeira parte da Lei nº. 7.492/1986; artigo 288 do Código Penal e Artigo 1º, incisos VI e VII, da Lei nº. 9.613/1998, na forma do § 4º do mesmo artigo, todos em concurso material, as penas de 17 (dezesete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 390 (trezentos e noventa) dias-multa, de 05 (cinco) salários mínimos no valor vigente em março de 2007; Tal entendimento foi confirmado na Apelação Criminal, conforme o trecho da ementa a seguir.***

*EMENTA PENAL E PROCESSO PENAL. RESOLUÇÃO Nº 20/2003 DO TRF/4º REGIÃO. LEGALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. VALIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. LEGALIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE POLICIAL. **OPERAÇÃO ILEGAL DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ARTIGO 16 DA LEI Nº 7.492/86. EVASÃO DE DIVISAS. ARTIGO 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. LAVAGEM***

DE DINHEIRO. ARTIGO 1º, INCISOS VI E VII, DA LEI Nº 9.613/98. CRIME DE QUADRILHA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS.

(...)

*Demonstrado nos autos que os réus proprietários e administradores das empresas do grupo, fizeram **operar ilegalmente instituição financeira**, mediante a realização de operações de câmbio **sem prévia autorização do Banco Central**, bem como pelas atividades de banco comercial, tendo os demais réus conscientemente concorrido para a prática do delito, é de ser mantida a condenação pelo crime de operação irregular de entidade financeira.*

Pondo uma pá de cal neste tópico, para demonstrar a existência das conclusões próprias do Fisco, cabe observar a passagem relata às fls. 886, do Relatório de Atividade Fiscal, que reproduz parte do TVCF:

Na análise dos créditos realizados na conta corrente n 0 2704 ROGER LOCADORA, na IFC, verificamos que tais créditos têm origem na venda de veículos que compõem o ativo imobilizado

da empresa. Observamos que aquelas contas são devedoras, isto é, a empresa utiliza para pagamentos de despesas, valores tomados da IFC ROGER a título de empréstimos. Por ocasião das vendas de veículos, alguns valores foram transferidos daquela instituição financeira diretamente dos adquirentes de veículos, principalmente da empresa CARAGUA VEICULOS, maior adquirente dos veículos usados, e também mediante a entrega de cheques pré-datados, recebidos de adquirentes dos veículos usados. Observamos também, que alguns valores da conta 2704-ROGER LOCADORA, foram transferidos para contas correntes da empresa mantidas em instituições financeiras oficiais, conforme planilha demonstrativa dos depósitos/créditos bancários. Portanto, os depósitos efetuados nesta conta 2704-ROGER LOCADORA, não têm repercussão fiscal sujeita à tributação.

Estas passagens jogam suficiente luz sobre a metodologia própria utilizada pelo Fisco, bem como fulminam todas as assertivas da empresa que dizem que os dispositivos magnéticos encontrados com pessoa estranha aos seus quadros são desprovidos de conteúdo probatório. Não tendo se pronunciado sobre tal ponto, incide a regra do Art. 17 do Decreto 70.235/72.

DA TRIBUTAÇÃO REFLEXA

Uma vez que os lançamentos de PIS, COFINS e CSLL decorreram dos mesmos elementos de prova que nortearam o do IRPJ, evidencia-se o caráter reflexivo, impondo-se a eles a mesma decisão firmada no lançamento principal.

É o que se depreende da leitura do § 2º do art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, abaixo transcrito:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão. § 1º No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela a que corresponder o percentual mais elevado. § 2º O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para a seguridade social - COFINS e da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP. (grifos acrescentados)

Nesse sentido, constatada a omissão de receitas em qualquer modalidade que seja (por presunção ou por via direta), os valores correspondentes integrarão a base de cálculo do PIS e da COFINS.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA

Esta questão será decidida em sede de mérito, mas já se adianta que a fundamentação, tanto fática, como jurídica, está completamente efetivada, bastando, para tanto, verificar as fls. 891/893 do Relatório de Atividade Fiscal.

DA ESCRITURAÇÃO PARALELA

*A existência de escrituração paralela é decorrência natural da ocorrência de omissão de receitas. Efetivamente, não esperava o Fisco que o contribuinte ofertasse a documentação que comprovasse o escape tributário, mantida em registros à margem da contabilidade oficial. É justamente por isto que o cargo que o servidor ocupa não é o de Fiscal, mas sim de **AUDITOR-Fiscal**. As conclusões são alcançadas através de um trabalho de auditoria e não de simples conferência documental.*

Através da comparação entre extratos bancários, informações sobre a IFC, análise das vendas e prestações de serviços, fluxo de caixa e contas de ativo, procedeu-se à aferição da receita bruta, que era inferior à efetiva, frente ao que estava na contabilidade oficial. O que sugere o contribuinte é que o Fisco comprove um não fato, ou seja, efetive a prova de um fato negativo: a não existência de registros contábeis paralelos. “Negativa non sunt probanda”.

Sobre o tema, o artigo 16, inciso III, do Decreto nº 70.235/72, assim estabelece:

Art.16 A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III- os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993);(grifos nossos)

8.24. No mesmo sentido, há mandamento expreso na Lei 9.784/99, quanto ao ônus probatório, conforme segue: Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

Não é diferente o Código de Processo Civil, o qual, em seu artigo 333, impõe ao sujeito passivo o ônus da prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos por ele alegados, nos seguintes termos:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe: (...) II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Embora o processo administrativo tenha a busca pela verdade material como princípio norteador, é sabido que o resultado da instrução probatória condiciona a formação da convicção do julgador. Assim, e com fundamento na legislação acima, conclui-se que o ônus de provar a insubsistência do lançamento é atribuído à impugnante. É o que se depreende também da doutrina de Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martinez López, in “Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado”, Dialética, 2002, p. 207:

“A palavra ônus, do latim onus, significa carga, peso, encargo, obrigação. Quando se indaga a quem cabe o ônus da prova, quer se saber a quem cabe a obrigação de prover os elementos probatórios suficientes para formação do convencimento do julgador. No processo administrativo fiscal federal, tem-se como regra que aquele que alega algum fato é quem deve provar. Então, o ônus da prova recai a quem dela se aproveita. Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência. Se, por outro lado, o interessado aduz a inexistência da ocorrência do fato gerador, igualmente, terá que provar a falta dos pressupostos de sua ocorrência ou a existência de fatores excludentes”(grifamos).

Segundo Alberto Xavier, in “Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário, p. 337: “compete indiscutivelmente ao autor a prova dos fatos constitutivos do direito alegado, isto é, do direito à anulação, e, portanto, a prova dos fatos que se traduzem em vícios do lançamento impugnado”.

Por fim, Luis Eduardo Schoueri, in “Processo Administrativo Fiscal”, leciona que: “também no direito tributário prevalece as regras do ônus objetivo da prova, que – excetuados os casos em que a lei dispuser diferentemente – impõem caber o dever de provar o alegado à parte em favor de quem a norma corre. (grifei)

DA HIGIDEZ DO LANÇAMENTO

Além de não ter ocorrido nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no Art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, todos os requisitos previstos no art. 10 do mesmo diploma legal foram observados, senão vejamos: a) os autos de infração qualificaram e identificaram inequivocamente o autuado: b) constaram local e data da lavratura; c) o Termo de descrição dos fatos traz descrição da infração, e o auditor aí faz referência ao Relatório de Atividade Fiscal, o qual descreve perfeitamente os fatos apurados, bem assim a base de cálculo dos tributos e

contribuições; d) no campo “Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal” estão elencados os dispositivos infringidos; e) todos os autos de infração apresentam um Demonstrativo de multa e juros de mora, no qual são expressamente apresentadas as sanções aplicadas, bem como os respectivos enquadramentos legais; f) consta a determinação das exigências fiscais, bem como a intimação para recolhimento ou impugnação no prazo de trinta dias; g) os autos de infração estão acompanhados de todos os elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

Os diversos diplomas legais citados como enquadramento da infração apontada prestam-se precisamente a consagrar o princípio da estrita legalidade, os quais juntamente com a descrição dos fatos não deixam dúvidas quanto à infração apontada no auto de infração, permitindo, assim, ao contribuinte, amplo conhecimento do que lhe foi imputado, de modo que não se pode cogitar de ter tido sua defesa prejudicada, nem que o auto de infração carece de motivação suficiente. Houve acerto no procedimento, uma vez que a contribuinte demonstrou pleno conhecimento da matéria e pode se defender das imputações feitas pelo fisco. Não houve qualquer prejuízo para a defesa. Uma vez finalizado o procedimento administrativo de lançamento, foi permitido o contraditório que consiste na faculdade da parte se manifestar sobre os fatos e documentos trazidos ao processo. A autuada possuía a prerrogativa de rebater as acusações, utilizando-se de todos os meios lícitos de provas que julgasse relevantes para elidir o lançamento. Assim, não há que se falar que o lançamento foi efetuado com preterição do direito de defesa do contribuinte, mesmo porque esta só se refere à possibilidade de impugnar o lançamento feito, e esta possibilidade foi dada a interessada, cuja contestação está sendo objeto de apreciação. Somente há sentido em falar em devido processo legal após a apresentação da impugnação, que instaura o contraditório, quando passam a serem aplicáveis os princípios da ampla defesa e do contraditório. Antes, não há litígio, não há contraditório, o procedimento é levado a efeito, de ofício, pelo Fisco. O ato do lançamento é privativo da autoridade, e não uma atividade compartilhada com o sujeito passivo (CTN, art. 142). Em suma, verifica-se que a formalização da presente exigência decorreu de ação fiscal perfeitamente regular, com as peças impositivas tendo sido lavradas rigorosamente nos termos da lei, no caso, o art. 142 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), observando ainda todos os requisitos constantes do artigo 10 do Decreto nº 70.235, de 1972. Evidente também que não se configurou nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972. Nessas circunstâncias esvai-se qualquer argumentação no sentido de questionar a validade do rito processual que foi implementado, razões pelas quais é de se rejeitar as preliminares suscitadas. Assim sendo, estabelecida fica a higidez formal e material do lançamento e o declaro apto ao julgamento do mérito.

DAS PREJUDICAIS

Dentro deste campo, a única matéria que se enquadra necessariamente como prejudicial é a decadência, visto que todas as outras nele classificadas pelo causídico fizeram parte da preliminar, dada a intimidade com os reflexos da área penal e lá foram afastadas.

Eis a regra para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (...)

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ao operar IFC, não escriturar receitas e efetivar todas as outras condutas apontadas com fraude pelo Fisco e ratificadas por este órgão Julgador, fez o contribuinte que o prazo de deslocasse do Art. 150, §4º acima, para o Art. 173,I, do mesmo códex:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Improcedentes as alegações do contribuinte neste tema.

DO MÉRITO

As matérias afetas ao mérito da questão aqui serão decididas. Antes, deve-se ressaltar que as questões referentes à falta de provas e os reflexos penais já foram decididas na preliminar, sendo repetidas (em parte) pelo contribuinte, ainda que por via oblíqua, na sede meritória.

DAS OMISSÕES DE RECEITAS

Dizer que “o só fato de que os valores seriam oriundos de operadoras de cartões de crédito e cobranças bancárias não permite presumir que sejam ligados à prestação de serviços pela contribuinte”, que “os valores que se referem Ao recebimento da venda de veículos do imobilizado da empresa, não justificam a incidência dos tributos apurados” e que “a autuação fiscal não esclarece, diante do montante global de valores que transitaram nas contas bancárias da contribuinte” é tentar fazer vista grossa às planilhas Demonstrativo da Apuração da Receita Omitida — Vinculada a Depósitos Bancários - Anexo II e Demonstrativo da Apuração da Receita Omitida com Base nos Balancetes Regime de Caixa Analítico - Anexo III.

Não percebeu o contribuinte que houve o confronto dos depósitos com a movimentação na contabilidade, bem como que, “através dos balancetes e dos comprovantes de lançamento no caixa de Itajaí apreendidos, verificou-se que a empresa transferia dinheiro em espécie e cheques pré-datados recebidos de prestação de serviços da Filial para a Matriz.” Novamente o contribuinte alega sem provar, através de argumentação genérica, descuidando-se do dever de especificar os pontos de discordância, de forma clara e precisa. Aplicadas aqui as razões de decidir, ínsitas no tópico ESCRITURAÇÃO PARALELA.

DA ALÍQUOTA DISTINTA

Comprovadas as omissões de receitas e julgado procedente o lançamento relativo às mesmas, deve haver a alteração de faixa dos percentuais aplicados à receita bruta realinhada, na forma do Art. 23 da Lei 9.317/96, na redação vigente à época.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA

Diz o contribuinte que o lançamento, ao conter a multa de ofício em seu percentual agravado de 150%, contraria a Súmula 14 do CARF, que diz: “A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo”.

Dispõe a redação vigente à época, do Art. 44 da Lei 9.430/96, na forma do Art. 144 do Código Tributário Nacional:

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

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - 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.

Por sua vez, assim são os comandos do Arts. 71, 72 e 73, da Lei 4.502/64:

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.

Pelos elementos constantes, tanto no Relatório de Análise Financeira da Polícia federal, como no Relatório de Atividade Fiscal, dívidas não restam quanto à perfeita subsunção da conduta da empresa ao disposto nos Arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, já exaustivamente abordada tanto nesta decisão, como na sentença penal, lembrando que lavagem de dinheiro e operação de instituição financeira clandestina estão umbilicalmente ligados à evasão fiscal e aos crimes definidos na Lei 8.137/90, Arts. 1º e 2º, importando na aplicação da multa qualificada.

DA APLICAÇÃO DAS MULTAS

Não houve, como quer fazer parecer o contribuinte, a indevida cumulação da multa isolada com a multa de ofício. A aplicação do percentual de 150% foi a única efetivada e repetem-se, aqui, as razões de decidir constante no item 10.7.

DA MULTA DE OFÍCIO SOBRE O VALOR DEVIDO

Diz o contribuinte que a multa de ofício deve incidir somente sobre a parcela do tributo que foi omitida e que o pressuposto é a falta do pagamento ou declaração. Assevera ainda que a multa de ofício foi calculada pela multiplicação dos percentuais pelo total do imposto devido, sem subtrair aquilo que já havia sido pago.

Atrai, por via reflexa, o mesmo questionamento sobre o imposto retido na fonte, já devidamente decidido em sede própria.

Se não foi esta a intenção, tem a Administração Tributária a dizer que o percentual de multa, seja ele de 75% ou 150% incide sobre o que deixou de ser recolhido e declarado, como diz o causídico. O lançamento é suplementar e só traz à cobrança aquilo que não foi escriturado ou foi omitido. A própria natureza da ação fiscal é desta natureza. Diz o Art. 44 da Lei 9.430/96, em sua redação vigente à época:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição: I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte; II - 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.

Inepta a proposição. Correto o Fisco.

Indeferidos todos os requerimentos pelos motivos expostos neste decisum.

Da decisão recorrida, entendo que não há o que ser modificado, não tendo sido argüido nada novo pela Recorrente.

Assim como a decisão recorrida, entendo que não há nada que inquine de nulidade o lançamento, não restando presentes as hipóteses previstas do RPAF para nulidade.

Ademais, o contraditório e ampla defesa foram respeitados. Neste particular, cumpre ressaltar que o trabalho do agente fiscal foi absolutamente irretocável. Veja que além de insistentemente intimar a recorrente para apresentar documentos, ele a intimou, antes de lavrar o presente lançamento, de um termo de constatação fiscal para apresentar defesa prévia e, assim, dar uma última oportunidade ao contribuinte de apontar vícios ou erros no procedimento fiscal. E o contribuinte não se desincumbiu do ônus de afastar a presunção legal de omissão de receitas.

Dos elementos dos autos, é possível constatar que, em verdade, o presente lançamento constitui-se em parte quase insignificante de toda a operação criminosa desenvolvida pelo sócios da recorrente.

A Recorrente foi alvo de uma ação simultânea da Polícia Federal no Rio Grande do Sul e em Santa Catarina, denominada Operação Ouro Verde, que prendeu 36 pessoas ligadas a um sistema bancário paralelo, com tentáculos no Uruguai, Estados Unidos, China e diversos paraísos fiscais. Os investigadores concluíram que o esquema era operado por

diretores da agência de viagens Roger Tur, de Jaraguá do Sul (SC), e da financeira Portocred, de Porto Alegre (RS), tinha como clientes empresários importadores e exportadores de áreas como comércio e indústria de pneus, têxteis e calçados, e pode ter movimentado R\$ 5 bilhões nos últimos 20 anos.

O grupo oferecia quase todos os serviços bancários, inclusive manutenção de conta corrente e investimentos abastecidos com dinheiro de caixa 2 de empresas, compra e venda de moeda estrangeira e remessa de valores para o exterior por meio de canais financeiros ilegais.

No estado catarinense, foram presas 16 pessoas, entre elas dois empresários que são os sócios da Recorrente, e acusados de chefiar a organização criminosa que agia instalando um "sistema bancário" paralelo. Rogério Luiz Gonçalves e Clóvis Marcelino Gonçalves foram presos em Jaraguá do Sul.

Os dois são os proprietários da RogerTur, empresa que segundo a PF seria a principal articuladora deste esquema. Somente nos escritórios da RogerTur, a PF apreendeu R\$ 1 milhão de reais em cédulas de dólares, euro e reais, além de barras de ouro. Os agentes também apreenderam U\$S 140 milhões em ações ao portador.

No que se refere à alegação de inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário, a qual analiso como preliminar, cumpre ressaltar que dispõe a Súmula CARF nº 2, a qual é de aplicação vinculante: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

Assim, não cabe a este colegiado exercer qualquer função de controle de constitucionalidade com redução de texto.

Outrossim, mesmo que assim não fosse, em que pese este Relator não concorde com o seu resultado, o STF no julgamento da ADI 2390 em 18.02.2016 entendeu ser constitucional a lei que permite ao Fisco o acesso aos dados bancários dos contribuintes.

Ademais, diante da ausência de documentos hábeis, face o descumprimento das intimações realizadas, a solicitação de movimentação bancária do contribuinte foi meio absolutamente adequado e que se demonstrou eficaz.

O contribuinte se omitiu perante a fiscalização.

Como bem ressaltado na decisão recorrida, a partir de 1º de janeiro de 1997, com a edição da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 42, a existência dos depósitos bancários cuja origem não seja comprovada, foi erigida à condição de presunção legal de omissão de receita, conforme dispositivo legal já transcrito.

Com essa nova previsão legal, sempre que o titular de conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento, está o Fisco autorizado/obrigado a proceder ao lançamento do imposto correspondente, não mais havendo a obrigatoriedade de se estabelecer o nexo causal entre cada depósito e o fato que represente omissão de receita. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente tão-somente a inquestionável observância do novo diploma.

Ao fazer uso de uma presunção legalmente estabelecida, o Fisco fica dispensado de provar no caso concreto a omissão de rendimentos. Trata-se de presunção *iuris*

tantum, que admite prova em contrário, cabendo ao contribuinte a sua produção. O que não o fez de forma adequada.

Não trouxe o contribuinte nenhuma outra prova capaz de desconstituir a presunção legal, razão pela qual o crédito lançado é devido e legítimo, tendo agido bem a Delegacia de Julgamento.

A prática reiterada durante o exercício, bem como a grande desproporção do valor declarado e o omitido comprova o seu dolo e a justificativa da qualificação da penalidade.

Restou sobejamente demonstrado que o Recorrente possuía uma contabilidade paralela, movimentando diversas contas não declaradas.

Assim, face a tudo o quanto exposto nego provimento ao Recurso Voluntário, bem como nos termos do faculdade garantida ao julgador pelo § 3º do Art. 57 do Regimento Interno do CARF, proponho que a decisão recorrida seja mantida pelos seus próprios fundamentos, com os acréscimos aqui expostos, que apenas a ratificam.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Daniel Ribeiro Silva