



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

Processo nº 10930.721555/2011-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-001.534 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de outubro de 2014
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente ÁGUA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA ME.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não se configura nulidade por cerceamento de defesa quando foi oportunizada ao recorrente a apresentação de defesa, inclusive com juntada de documentação necessária a provar o direito alegado.

REQUISIÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA (RMF).
NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL. INOCORRÊNCIA

Estando preenchidos os requisitos legais trazidos pelo Decreto nº 3.724/2001 para obtenção das informações financeiras do contribuinte, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal por causa da existência de RMF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferido pelo relator.

(assinado digitalmente)

ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR - Presidente.

(assinado digitalmente)

MARCIO RODRIGO FRIZZO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior (Presidente), Eduardo de Andrade, Marcio Rodrigo Frizzo, Waldir Veiga Rocha, Helio Eduardo de Paiva Araujo e Guilherme Pollastri Gomes da Silva.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado por ÁGUIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA ME. contra o Acórdão nº 06-37.813, de 16/08/2012, da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado por ocasião do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

O presente processo trata dos seguintes atos a serem analisados:

a) Manifestação de inconformidade ao conteúdo do Ato Declaratório Executivo DRF/LON nº 33 (fl.1.869), de 02/06/2011, que determinou a exclusão da contribuinte ao Simples Federal, desde 01/01/2007; b) Manifestação de inconformidade ao conteúdo do Ato Declaratório Executivo DRF/LON nº 34 (fl.1.870), de 02/06/2011, que determinou a exclusão da contribuinte ao Simples Nacional, desde 01/07/2007, em face da extrapolação do limite de receitas; c) A impugnação aos autos de infração lavrados na sistemática do Simples, relativos aos fatos geradores ocorridos nos meses de abril a dezembro do ano calendário de 2006 e; a impugnação aos autos de infração lavrados pela sistemática do Lucro Arbitrado, relativos aos fatos geradores ocorridos nos anos calendário de 2007, 2008 e 2009.

Dos atos de Exclusão

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 33, DE 02/06/2011

1. O ADE nº 33, de 02/06/2011 foi expedido em face da Representação Fiscal de fls. 1.861/1.863, onde restou demonstrado que a contribuinte em análise, auferiu no ano calendário de 2006 receita no importe de R\$11.808.927,58, com base na escrituração por ela mantida e na movimentação bancária, sendo que deste montante, ofereceu à tributação apenas R\$2.317.694,20, tendo sido omitido o importe de R\$9.491.233,38. A autuação, contudo, se limita ao montante de R\$6.618.089,07, posto que o primeiro trimestre de 2006 já havia sido atingido pela decadência.

A fundamentação para a emissão do ato foi afronta ao disposto no artigo 9º, inciso II e artigo 13, inciso II, ambos da Lei nº 9.317, de 1996, com efeitos a partir de 01/01/2007.

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 34, DE 02/06/2011

2. O ADE nº 34, de 02/06/2011 foi expedido em face da Representação Fiscal de fls. 1.864/1.866, tendo em vista a ocorrência da hipótese de exclusão obrigatória do Simples Nacional, prevista no artigo 12, inciso I da Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007 e artigo 5º, inciso XI da Resolução

CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, por excesso de receita bruta em relação ao limite de R\$2.400.000,00 no ano-calendário de 2006. A fundamentação para a emissão do ato foi afronta ao disposto no inciso I do artigo 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, combinado com os já mencionados artigo 12, inciso I da Resolução CGSN nº 04, de 30 de maio de 2007 e artigo 5º, inciso XI da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, sendo que os efeitos obedecem ao disposto no artigo 6º, inciso VII da Resolução CGSN nº 15, de 2007.

3. Cientificada das exclusões em **07/06/2011**, fl.1.875, não apresentou manifestação de inconformidade.

Das autuações DO LANÇAMENTO PELO SIMPLES

4. Dando prosseguimento à ação fiscal, em **26/10/2011**, foram lavrados os autos de infração de fls. 1.973/2.043, onde se exige o crédito tributário de R\$71.289,08 a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica Simples (fl.1.994), R\$52.201,57 de Contribuição ao PIS Simples (fl.2.003), R\$71.289,08 de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido Simples (fl.2.012), R\$209.302,11 de Cofins Simples (fl.2.021), R\$40.693,29 de IPI Simples (fl.2.030) e, R\$606.122,74 de Contribuição ao INSS Simples (fl.2.039), referente aos fatos ocorridos nos meses de abril a dezembro de 2006, todos acrescidos de multa de ofício à razão de 75% e juros de mora, totalizando R\$2.398.786,77.

5. As infrações que estão sendo imputadas ao sujeito passivo estão minuciosamente descritas no Termo de Verificação Fiscal de fls. 459/464 e qualificam-se por omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários não declarados e, insuficiência de recolhimentos decorrente da alteração da faixa de tributação.

6. O enquadramento legal das exigências ficou assim estabelecido:

a) para o IRPJ, art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995; § 2º do art. 2º, alínea “a” do § 1º do art. 3º, inciso II, § 1º do art. 5º e, §1º do art. 7º, todos da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e, art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, art. 42 da Lei nº 9.430 de 1996, e; art. 186, 188 e 199 do RIR/99; b) para o PIS, a alínea “b” do art. 3º da Lei Complementar nº 07, de 07 de julho de 1970, art. 1º e parágrafo único da Lei Complementar nº 17 de 1970, art. 2º, inciso I, 3º e 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 1995 e suas reedições e art. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea “b”, 5º e 7º § 1º, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998; c) para a Contribuição Social, o art. 1º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988; .o § 2º do art. 2º, alínea “c” do § 1º do art. 3º, inciso II, § 1º, do art. 5º, art. 5º, 7º, 17, 18, 19 e 23 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998; d) para a Cofins, o art. 1º da Lei Complementar nº 70, de 1991; o § 2º do art. 2º, alínea “d” do § 1º do art. 3º, inciso II e § 1º do art. 5º, art. 6º, 7º, 17, 18, 19 e 23 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998; e) para o IPI, artigos 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea “e”, 5º, § 2º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317, de 1996, artigo 3º da Lei nº 9.732, de 1998 e artigos 2º, 3º, 34, 35, 122 e 127 do RIPI

de 2002 e; f) para a Contribuição ao INSS, o § 2º do art. 2º, alínea “f” do § 1º do art. 3º, inciso II e § 1º do art. 5º, art. 6º, 7º, 17, 18, 19 e 23 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, combinado com o art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

7. A razão utilizada para o cálculo da multa de ofício é 75% e está amparada no art. 44, inciso I da Lei nº 9.430, de 1996, combinado com o art. 19 da Lei nº 9.317, de 1996.

DO ARBITRAMENTO

8. Também foram lavrados os autos de infração de fls. 2.044/2.089, onde se exige o crédito tributário de R\$434.692,06 a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fl.2.049), R\$157.123,24 de contribuição ao PIS (fl.2.062), R\$730.482,03 de Cofins (fl.2.076) e, R\$264.290,33 de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (fl.2.85), com base no arbitramento do lucro, acrescidos de multa de ofício à razão de 75% e juros de mora, totalizando R\$3.314.851,90.

9. O suporte legal para a exigência dos tributos obedece ao seguinte:

a) IRPJ – artigos 27, inciso I e 42 da Lei nº 9.430, de 1996 e artigos 532 e 537 do RIR/99; b) PIS base legal os artigos 1º e 3º da Lei Complementar nº 7 de 07/09/1970, art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249, de 1995 e, artigos 2º, inciso I, alínea “a” e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 17/12/2002; c) COFINS artigos 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524, de 17/12/2002 e; d) CSLL – artigo 2º e §§ da Lei nº 7.689, de 1988, art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995, art. 29 da Lei nº 9.430 de 1996, artigo 37 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002 e art. 3º da Lei nº 7.689, de 1988, com as alterações introduzidas pelo artigo 17 da Lei nº 11.727, de 2008.

10. Aqui, está sendo imputada omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada.

11. O sujeito passivo foi cientificado da exigência em 31/10/2011, conforme AR de fl. 2.190.

Encerrada a fiscalização, a recorrente teve ciência do auto de infração em 04/11/2011 (fl. 92). Na sequência, apresentou impugnação em 25/11/2011 (fl. 2.199/2.253), a qual foi julgada totalmente improcedente, nos termos da ementa do acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamentos (DRJ) que adiante segue transcrita (fl. 2.266/2.286):

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES Data do fato gerador: 01/01/2007 EXCLUSÃO AO SIMPLES. EXCESSO DE RECEITAS.

Considera-se definitivo o ADE que determinou a exclusão do contribuinte ao Simples e que não foi contestado no prazo estabelecido pela legislação de regência.

SIMPLES. LANÇAMENTO. OMISSÃO DE RECEITAS
Configuram omissão de receita, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito do sujeito passivo mantida em instituição financeira, quando, regularmente intimado, deixa de comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados. A presunção legal de omissão de receita tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o sujeito passivo, que, por sua vez, pode afastá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL Data do fato gerador: 01/07/2007 EXCLUSÃO AO SIMPLES NACIONAL. EXCESSO DE RECEITAS.

Considera-se definitivo o ADE que determinou a exclusão do contribuinte ao Simples Nacional e que não foi contestado no prazo estabelecido pela legislação de regência.

EXCLUSÃO AO SIMPLES. CONSEQUÊNCIAS.

A legislação da Simples prevê que ao ser excluído do benefício o sujeito passivo fica sujeito às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Exercício: 2007, 2008, 2009 LUCRO ARBITRADO.

À falta da escrituração regular para adoção do lucro real, no ano em que operados os efeitos da exclusão do Simples Federal, ou para opção pelo lucro presumido, no ano em que operados os efeitos da exclusão do Simples Nacional, impõe-se o arbitramento do lucro.

OMISSÃO DE RECEITA DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de receita com base nos valores depositados em conta bancária para os quais a contribuinte titular, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2006, 2007, 2008, 2009 NULIDADE Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbram nos autos quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. FALTA DE COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

Publicada uma lei, pressupõe-se que os princípios constitucionais estão nela contemplados pelo controle a priori da constitucionalidade das leis. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, que cuida do controle a posteriori, não pode deixar de ser aplicada estando em vigor. Ademais,

ressalta-se que as autoridades administrativas, incluídas as que julgam litígios fiscais, não têm competência para decidir sobre arguição de inconstitucionalidade de lei, já que tal competência está adstrita à esfera judicial.

SÚMULA 182 DO TFR. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM LANÇAMENTOS RELATIVOS A FATOS GERADORES OCORRIDOS SOB A ÉGIDE DE LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE.

A Súmula 182 do TFR, tendo sido editada antes do ano de 1988 e por reportar-se à legislação então vigente, desserve como parâmetro para decisões a serem proferidas em lançamentos fundados em lei editada após aquela data.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. VIOLAÇÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA A utilização de informações e documentos alusivos a operações e serviços de instituições financeiras não constitui violação do dever de sigilo quando prestados à Administração Tributária com observância de dispositivos previstos no ordenamento jurídico.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGUIÇÃO.

A declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis e atos normativos é prerrogativa do Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pela Administração Pública.

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.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Intimada da decisão supratranscrita em 03/09/2012 (fl. 2.297), a recorrente apresentou, então, recurso voluntário em 19/09/2012 (fl. 2.298/2.332), no qual ventila as seguintes razões, em resumo:

- i) Preliminarmente, a declaração de ilegalidade do lançamento tributário por se fundamentar apenas em extratos bancários requisitados diretamente às instituições financeiras por RMF;
- ii) Cerceamento do direito de defesa pela recusa do fiscal em conceder o prazo requerido;
- iii) No mérito, que a administração tributária interpreta pelos artigos 197 e 198, ambos do CTN, com base no §1º, do art. 145, da CF, a possibilidade de quebra do sigilo bancário do contribuinte, o que seria ilegal segundo entendimento do STF;

- iv) Que através de seu enunciado sumulado de n.º 182, o STJ objetivou findar com a possibilidade de quebra do sigilo bancário por iniciativa da autoridade administrativa, reduzindo a força do art. 197, II, do CTN;
- v) Que segundo a doutrina, o sigilo bancário e fiscal não pode ser quebrado pelas autoridades administrativas, mas tão somente com autorização judicial, sendo ilegal o lançamento combatido;
- vi) Que o procedimento da autoridade fazendária contraria o art. 5º, da CF, caracterizando-se como ato arbitrário e inconstitucional;
- vii) Que a exceção do parágrafo único (vigente à época), do art. 198, do CTN, refere-se aos casos em que há processo judicial instaurado, através de decisão judicial de quebra de sigilo;
- viii) Que o ato arbitrário no procedimento fiscal fere os princípios constitucionais, como o da legalidade e de segurança jurídica, entre outros;
- ix) Que se deve aplicar ao caso a súmula n.º 473/STF, a fim de que seja anulado todo o procedimento devido sua ilegalidade, conforme a súmula 182/STJ;
- x) Que segundo o art. 5º, LVI, da CF, deve também ser declarado nulo o lançamento tributário, pois se fundamentou em prova ilícita;
- xi) Que o STF, em controle difuso, já decidiu pela necessidade de autorização judicial para que seja possível proceder a quebra do sigilo bancário;
- xi) Que os conceitos de receita e renda são distintos e que, por isto, não poderia a recorrente ser penalizada por omissão de receitas por pela análise dos extratos bancários, pois existiriam valores de terceiros que apenas transitaram em suas contas;
- xii) Que a autoridade fiscal apresentou duas matrículas durante o procedimento fiscalizatório (n.º 0953969; n.º 00877246), o que causa incerteza sobre sua competência e nulidade do lançamento;
- xiii) Que se deve observar o que já foi decidido no RE n.º 389.808.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcio Rodrigo Frizzo

O recurso voluntário apresentado é tempestivo e apresenta todos os requisitos de admissibilidade, então dele conheço.

1. DAS PRELIMINARES

No tocante ao argumento de ilegalidade do lançamento tributário, pois este se fundamentou em extratos bancários requisitados às instituições financeiras pela autoridade fiscal através de RMF, irei tratar a matéria na análise de mérito, pois as razões de defesa se confundem.

Outrossim, quanto ao alegado cerceamento de defesa da recorrente durante o procedimento fiscalizatório, porquanto supostamente existiu recusa da autoridade fiscal a conceder prazos maiores para entrega de documentos solicitados, há de ser fazer uma breve análise fática dos autos.

Observa-se que a recorrente foi intimada do início do procedimento fiscal em 20/10/2010, através do TIFP juntado aos autos às fls. 61/62, quando ficou intimada a apresentar em 20 dias seus documentos constitutivos, fiscais, contábeis, dentre outros, relativo aos anos-calendário de 2006 a 2010.

Por consequência, em 11/11/2010, a recorrente realizou a solicitação de prorrogação de prazos para apresentação dos documentos solicitados (fls. 63), pois os teria requerido às instituições bancárias e ao contador, mas ainda não os tinha recebido integralmente.

A autoridade fiscal atendeu ao pedido da recorrente, concedendo a prorrogação por mais 20 dias para apresentação dos documentos solicitados através do TIFP, consoante se observa do Termo constante às fls. 64/65, cientificado à recorrente em 22/11/2010.

Vencido o prazo acima, mais especificamente, em 22/12/2010, não havendo a recorrente se manifestado ou apresentado quaisquer documentos a autoridade fiscal, esta foi intimada da lavratura do TIF 01 (fls. 66/67), através do qual se concedeu o prazo de mais 20 dias para entrega da documentação solicitada pelo TIFP e a cientificou que a falta de seu cumprimento poderia ensejar a requisição direta de sua movimentação bancária às instituições financeiras.

Foi então que a recorrente, em 06/01/2011, apresentou parcialmente a documentação solicitada (fls. 68), apenas quanto ao ano-calendário de 2010. Desta maneira, frisa-se, sem qualquer justificativa ou nova solicitação de prorrogação, não foi entregue

nenhuma documentação relativa aos períodos de 2006 a 2009, bem como nenhum extrato bancário.

Ademais, como narrou a autoridade fiscal através do TVF (fls. 2.175/2.184), mesmo os poucos documentos entregues pela recorrente não puderam ser aproveitados, pois estavam em desacordo com as normas contábeis e fiscais, ensejando inclusive medidas fiscais através de outros lançamentos tributários.

Logo, não há que se falar em cerceamento de defesa ou qualquer prejudicialidade em desfavor da recorrente neste ponto, pois esta foi reiteradamente intimada a apresentar a documentação necessária ao deslinde do procedimento fiscal, sendo-lhe concedido por mais de uma vez prazo complementar.

Ressalta-se, ainda, que quando da entrega dos poucos documentos disponibilizados espontaneamente à fiscalização, a recorrente sequer apresentou justificativa ou solicitação de novo pedido de prorrogação de prazo, deixando ao menos a impressão que não tinha a intenção ou possibilidade de disponibilizar os documentos faltantes.

Tal circunstância se evidencia ainda mais ao se verificar que tanto em sua impugnação quanto no recurso voluntário a recorrente não apresentou qualquer novo documento ou argumentos convincentes sobre a falta de oportunização de tempo hábil para apresenta-los.

Outrossim, não fosse tais fatos suficientes, é amplamente reconhecido por este Conselho que a fase de fiscalização que se desenrola até a lavratura do auto de infração constitui procedimento inquisitorial, de forma que não há de se falar em contraditório ou ampla defesa antes da apresentação de impugnação. Vejamos:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa só se manifestam com o processo administrativo, iniciado com a impugnação do auto de infração. Não existe cerceamento do direito de defesa durante o procedimento de fiscalização, procedimento inquisitório que não admite contraditório. LEI Nº 10.174/2001. APLICAÇÃO RETROATIVA. 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 (Súmula CARF nº 35). DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO JUSTIFICADOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO FATO GERADOR. A presunção legal de omissão de rendimentos, prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo. Em se tratando de imposto de renda com base em depósitos bancários não justificados, o fato gerador não se dá pela constatação de depósitos bancários creditados em conta corrente do contribuinte, mas pela falta de comprovação da origem dos valores ingressados no sistema financeiro. (CARF. Acórdão nº. 2201-002.402, processo nº. [10640.001765/2002-55](#). Relator: FRANCISCO MARCONI DE OLIVEIRA. Data da Publicação: 17/07/2014). (grifo não original).

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NA ETAPA QUE ANTECEDE LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO Só se discute cerceamento do direito de defesa a partir do momento em que tal direito pode ser exercido. Ou seja, a partir da etapa de impugnação. Não se fala em violação aos direitos A ampla defesa e ao contraditório na fase de investigação que antecede A lavratura do auto de infração. (...) (CARF. Acórdão n.º. 3302-002.291, processo n.º. [11968.000793/2007-30](#). Relator: ALEXANDRE GOMES. Data da Publicação: 16/07/2014). (grifo não original).

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa só se manifestam com o processo administrativo, iniciado com a impugnação do auto de infração. Não existe cerceamento do direito de defesa durante o procedimento de fiscalização, procedimento inquisitório que não admite contraditório. (...). DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO JUSTIFICADOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO FATO GERADOR. DESNECESSIDADE DE O FISCO COMPROVAR RENDA CONSUMIDA. A presunção legal de omissão de rendimentos, prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo. Em se tratando de imposto de renda com base em depósitos bancários não justificados, o fato gerador não se dá pela constatação de depósitos bancários creditados em conta corrente do contribuinte, mas pela falta de comprovação da origem dos valores ingressados no sistema financeiro. A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada. (Súmula CARF nº 26). (CARF. Acórdão n.º. 2201-002.395, processo n.º. [10215.720627/2009-65](#). Relator: LUCIVALDO MOURAO CAVALCANTE. Data da Publicação: 30/07/2014). (grifo não original).

Ademais, ainda que assim não fosse, pela análise dos documentos que instruíram a fiscalização, carreados ao presente processo, nota-se que não houve qualquer obscuridade quanto à fundamentação que deu gênese ao auto de infração imposto, sendo que o AFRFB procedeu, em todos os momentos, com a devida diligência, detalhando todos os aspectos fiscalizados no TVF de fls. 2.175/2.184.

Também nesse sentir, note-se que é firme a posição deste Conselho no sentido de que não ocorre cerceamento de defesa quando a autoridade fiscalizadora cumpre com os requisitos legais exigidos para a lavratura do auto de infração, descrevendo de maneira inteligível os fatos e fundamentos que lhe embasam:

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Não pode ser acolhida a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa se foi adotado, pelo Fisco, critérios legal e normativo adequados no cálculo do tributo os quais foram descritos na autuação permitindo ao autuado compreender as

acusações que lhe foram formuladas no auto de infração, de modo a desenvolver plenamente suas peças impugnatória e recursal. NULIDADE DO LANÇAMENTO. VÍCIO FORMAL. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. INOCORRÊNCIA. A ausência do MPF ou a falta da prorrogação do prazo nele fixado não se constitui ato essencial à validade do lançamento e não retira a competência do auditor fiscal que é estabelecida em lei. (CARF. Acórdão n°. 2102-002.837, processo n°. [18471.000061/2007-71](#). Relator: RUBENS MAURICIO CARVALHO. Data da Publicação: 02/06/2014). (grifo não original).

Dessa maneira, por ter o AFRFB agido com a devida diligência na exposição dos motivos que deram gênese à exação combatida, não se verifica qualquer cerceamento de defesa, conforme previsto em artigo 59, do Decreto 70.235/72, em relação à recorrente.

Por esse motivo, voto por negar provimento às alegações preliminares apresentadas pela Recorrente.

2. DO MÉRITO

2.1. Da inexistência de nulidade do procedimento fiscal por se embasar em informações advindas de RMF

Alegam os recorrentes vício formal no auto de infração, o que culmina em sua nulidade, por ter-se o AFRFB utilizado de prova ilícita para embasar a investigação fiscal, qual seja, a utilização de extratos de movimentação bancária solicitados por RMF, protegidos por sigilo bancário.

Contudo, em que pese todo o arrazoado pela recorrente, é certo que a autoridade fazendária está adstrita à aplicação do comando legal sob pena de responsabilidade funcional.

Neste sentir, a Lei Complementar n.º 105/2001, em seu art. 6º, possui o seguinte texto:

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.

Dessa maneira, ao tratarmos da conformidade dos procedimentos realizados pela autoridade fiscal quando do procedimento administrativo ora em tela, vê-se que a realização da Requisição de Movimentação Financeira (RMF) é regulada pelo Decreto n.º 3.724/2001, o qual, de maneira específica, determina uma série de requisitos à regular obtenção das informações financeiras do contribuinte.

Neste sentido, o artigo 4º, do mencionado Decreto, especialmente em seus §§5º e 6º, impõe procedimentos específicos que devem ser observados pelos entes da administração pública, nos termos seguintes:

Art. 4º Poderão requisitar as informações referidas no § 5º do art. 2º as autoridades competentes para expedir o TDPF (...)

§2º A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do procedimento fiscal. (...)

§5º A RMF será expedida com base em relatório circunstanciado, elaborado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil encarregado da execução do procedimento fiscal ou pela chefia imediata.

§ 6º No relatório referido no parágrafo anterior, deverá constar a motivação da proposta de expedição da RMF, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no artigo anterior, observado o princípio da razoabilidade. (grifos não originais)

Note-se que o § 6º determina a necessidade de demonstrar que o RMF se trata de medida indispensável à realização da fiscalização. Indispensabilidade essa que, nos termos do próprio § 6º, deve ser aferida pelas situações descritas no artigo 3º do mesmo Decreto, o qual determina, *in verbis*:

Art. 3º. Os exames referidos no §5º do art. 2º somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses:

I - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

II - obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;

III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal de que tratam os [art. 24 e art. 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#)

IV - omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;

V - realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;

VI - remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;

VII - previstas no [art. 33 da Lei no 9.430, de 1996](#);

VIII - pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais:

a) cancelada;

b) inapta, nos casos previstos no

IX - pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;

X - negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira;

XI - presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato; e

XII - intercâmbio de informações, com fundamento em tratados, acordos ou convênios internacionais, para fins de arrecadação e fiscalização de tributos.

Assim, pela leitura dos dispositivos legais acima, fica claro que a quebra do sigilo financeiro, mediante RMF, carece de anterior intimação do contribuinte para apresentação dos documentos bancários, bem como a comprovada caracterização de uma das hipóteses de indispensabilidade descritas no artigo 3º, a qual deve ser demonstrada e fundamentada por meio de relatório circunstanciado a ser elaborado pelo AFRFB, tratando-se de expediente regido por estritos critérios materiais e formais.

Analisando os autos, verifico estarem preenchidos os requisitos legais nas RMFs expedidas, razão pela qual não há que se falar em ilegalidade na obtenção das informações de movimentações bancárias da recorrente.

Isto porquanto a recorrente foi intimada diversas vezes para apresentação da documentação bancárias (fls. 61/61; 64/65; 64/67). Posteriormente, ante a falta de atendimento às intimações quanto à apresentação dos extratos bancários, o AFRFB elaborou a Solicitação de Emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF) (fls. 286/289), onde consta a caracterização de uma das hipóteses de indispensabilidade da medida, conforme art. 3º, do Dec. nº 3.724/2001, bem como a fundamentação por relatório circunstanciado, demonstrando a estrita observância aos requisitos para emissão das RMFs (fls. 290/341).

A constitucionalidade do dispositivo legal é discutível, sendo inclusive objeto de análise em ADI no Supremo Tribunal Federal, entretanto, até que haja a manifestação definitiva daquele tribunal quanto à matéria, não compete a esse Conselho se manifestar sobre tal desiderato, em respeito ao entendimento já sumulado transcrito abaixo:

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

No mesmo sentido, é incabível a análise de constitucionalidade de dispositivo legal, por previsão expressa do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, senão vejamos:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

A decisão proferida no RE nº 389.808/PR, utilizada na argumentação da recorrente, ainda não preenche o requisito da definitividade exigido pelo art. 62-A do RICARF (Portaria MF nº 256/2009):

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos

artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Resta consignar, ainda, não ser possível considerar a alegação da recorrente de que houve confusão com os conceitos de renda e receita, uma vez que ao considerar sua movimentação bancária estar-se-ia se considerando receitas de terceiros que apenas transitavam em sua conta.

Isto pois, a recorrente meramente argumenta de forma genérica e em poucas linhas, além de não instruir devidamente seu recurso a fim de demonstrar de maneira cabal quais seriam as receitas consideradas como base de cálculo do lançamento tributária que não lhe pertenciam, possibilitando os devidos ajustes acaso fosse possível.

Por derradeiro, quanto à arguição de suposta incompetência da autoridade fiscal e, por consequência nulidade do lançamento, tendo em vista ter apresentado duas matrículas durante o procedimento fiscal, melhor sorte não lhe assiste.

Bastaria a recorrente consultar o MPF (09.1.02.00-2010-01621-0) no sítio eletrônico da Receita Federal, com o código de acesso informado através das intimações fiscal (fls. 69, por exemplo), para verificar que os auditores possuem duas matrículas distintas, denominadas SIPE e SIAPE, pelo que não prosperam os argumentos da recorrente.

Assim sendo, voto por negar provimento ao recurso voluntário, pois não há vício ou nulidade no lançamento tributário por ter o AFRFB utilizado de RMF durante o procedimento fiscalizatório.

3. DA CONCLUSÃO

Ante ao exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário interposto, mantendo-se integralmente o crédito tributário.

(assinado digitalmente)

Marcio Rodrigo Frizzo - Relator