



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 11543.004594/2004-49
Recurso nº. : 148.329
Matéria : IRPJ e OUTROS – Ex: 2001
Recorrente : LORENZONI TRANSPORTES LTDA.
Recorrida : 5ª TURMA – DRJ – RIO DE JANEIRO – RJ I
Sessão de : 15 de junho de 2007
Acórdão nº : 101-96.230

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

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – ARGUIÇÃO
DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE -
APLICAÇÃO DA SÚMULA 1CC Nº 02.

SIGILO BANCÁRIO – TRANSFERÊNCIA –
AUTORIDADE ADMINISTRATIVA –
IRRETROATIVIDADE DE LEI – não há ilegalidade na
aplicação retroativa de lei que inova no caráter
procedimental da ação fiscal, tese confirmada pela
jurisprudência que se forma no Superior Tribunal de
Justiça.

PRESUNÇÃO LEGAL – OMISSÃO DE RECEITAS –
DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DE
ORIGEM - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - O artigo
42 da Lei nº 9.430/1996 estabeleceu a presunção legal de
que os valores creditados em contas de depósito ou de
investimento mantidas junto a instituição financeira, de
que o titular, regularmente intimado não faça prova de
sua origem, por documentação hábil e idônea, serão
tributados como receita omitida, mormente quando tais
valores não tiverem sido registrados na contabilidade da
pessoa jurídica.

MULTA QUALIFICADA – FALTA DE COMPROVAÇÃO
DO EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE

Súmula 1ºCC nº 14: 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.

JUROS DE MORA – TAXA SELIC

PROCESSO Nº. : 11543.004594/2004-49
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.230

Súmula 1º CC nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recursos interpostos por LORENZONI TRANSPORTES LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para reduzir o percentual da multa de ofício para 75%, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Caio Marcos Cândido que negou provimento ao recurso.



MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



PAULO ROBERTO CORTEZ
RELATOR

FORMALIZADO EM: 12 JUL 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros JOSÉ RICARDO DA SILVA, SANDRA MARIA FARONI, VALMIR SANDRI, JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR e MARCOS VINICIUS BARROS OTTONI (Suplente Convocado).

PROCESSO Nº. : 11543.004594/2004-49
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.230

Recurso nº. : 148.329
Recorrente : LORENZONI TRANSPORTES LTDA.

RELATÓRIO

LORENZONI TRANSPORTES LTDA., já qualificada nos presentes autos, interpõe recurso voluntário a este Colegiado (fls. 426/464), contra o Acórdão nº 7.573, de 11/05/2005 (fls. 384/412), proferido pela colenda 5ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro – RJ, que julgou parcialmente procedente o lançamento consubstanciado nos autos de infração de IRPJ, fls. 300, PIS, fls. 307; CSLL, fls. 314; e COFINS, fls. 323.

A irregularidade fiscal consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 289/299):

Omissão de receita em face de depósitos bancários de origem não comprovada nos valores informados às fls. 295. Em face da falta de comprovação dos depósitos bancários e da exclusão retroativa a 01/01/2000 da interessada do Simples, o autuante arbitrou o lucro com base nos valores apurados às fls. 295 e constantes na DIPJ do exercício 2001 (fls. 16). O lançamento está assim fundamentado: artigo 27, inciso I, e 42 da Lei n.º 9.430/1996; e arts 532 e 537 do RIR/1999.

Às fls. 275/284, a autoridade autuante informa que solicitou à interessada os seus extratos bancários, obtendo como resposta que não possuía escrituração bancária. Em função disso, foi emitida a RMF (Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira) nº 0720100.2004.00105-2, dirigida ao Banestes, que forneceu os extratos bancários da interessada.

Da análise dos extratos fornecidos com o livro Diário, o autuante observou que a contribuinte não havia escriturado movimentação bancária. Exames realizados nos extratos da conta corrente n.º 3.078.854 revelaram a existência de depósitos no montante de R\$ 1.627.396,85 em 1999 e R\$ 657.154,33 em 2000. O

PROCESSO Nº. : 11543.004594/2004-49
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.230

autuante, consoante fls. 132/139, intimou a interessada a apresentar a comprovação dos depósitos em questão.

A contribuinte apresentou, em síntese, as seguintes explicações, fls. 143/147: *“o sócio Nelson Lorenzoni movimentava a conta da empresa com a sua atividade de intermediação de venda de café. Diversos depósitos passaram pelas contas correntes da contribuinte. Isto ocorreu em decorrência do ingresso de crédito rotativo (empréstimos), que foram liberados na conta corrente n.º 3.078.854 e, posteriormente, amortizado, conforme comprova os extratos de empréstimos em conta corrente – conta garantida anexos (doc. 4). Grande parte dos depósitos efetuados nessa conta representa apenas a devolução de empréstimos efetuados. Tais grandezas obviamente não podem ser consideradas renda, lucro ou faturamento.”*

O autuante aceita em parte os argumentos da contribuinte, contrapondo que *“não há como justificar a amortização dos empréstimos com o mesmo numerário recebido – como parece pretender o contribuinte – visto que esses créditos rotativos, tão logo eram depositados na conta corrente, eram sacados, geralmente através de cheques emitidos, conforme se pode confirmar examinando os extratos bancários. Quanto à utilização da conta pelo Sr. Lorenzoni, os documentos apresentados apenas comprovam parte dos depósitos.”*

Às fls. 279/282, a relação dos depósitos que considera não comprovados.

Em decorrência dos depósitos bancários não escriturados e não comprovados, o autuante aplicou sobre os valores apurados o lançamento da multa de ofício qualificada, sob o entendimento que o procedimento da interessada tinha o objetivo de fraudar o Erário.

Às fls. 287, consta o Ato Declaratório que excluiu a interessada do Simples. Os efeitos da exclusão retroagiram a 01/01/2000.

PROCESSO Nº. : 11543.004594/2004-49
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.230

Inconformada, a interessada apresentou a impugnação de fls. 336/369.

A Colenda Turma de Julgamento de primeira instância decidiu pela manutenção parcial da exigência tributária, tendo excluído do lançamento, as parcelas dos tributos recolhidos espontaneamente pela recorrente, conforme acórdão citado, cuja ementa tem a seguinte redação:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Exercício: 2001

SIMPLES. EXCLUSÃO DE OFÍCIO. A exclusão de ofício de pessoa jurídica regularmente inscrita no Simples dar-se-á unicamente mediante ato declaratório da autoridade fiscal da Secretaria da Receita Federal que jurisdicione o contribuinte, observada a legislação relativa ao processo tributário administrativo.

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Exercício: 2001

SIMPLES. OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITO BANCÁRIO NÃO COMPROVADO. VEDADA A OPÇÃO AO SIMPLES. ARBITRAMENTO. É cabível o arbitramento do lucro quando a escrituração da interessada apresentar vícios, erros ou deficiências que a tornem emprestáveis conjugado com a verificação que o contribuinte não poderia optar pelo Simples.

DO CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA. Deve-se reduzir do imposto sobre a renda da pessoa jurídica apurado com base no lucro arbitrado, o imposto pago pelo contribuinte.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITO BANCÁRIO. PRESUNÇÃO LEGAL. A Lei 9.430/1996 autoriza a presunção de omissão de receitas a partir da existência de créditos bancários de origem não comprovada.

MULTA QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. Cabível a multa de 150% sobre a diferença ou totalidade dos tributos apurados de ofício, se comprovado que o contribuinte agiu com evidente intuito de fraude, como deixar reiteradamente de declarar a totalidade das receitas, visando a ocultar a ocorrência de fato gerador do imposto.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Exercício: 2001

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. COFINS. DECORRÊNCIA. Subsistindo a base de cálculo apurada no lançamento objeto

do processo matriz, igual sorte colhe o que tenha sido formalizado por mera decorrência daquele.

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Exercício: 2001

DECORRÊNCIA. Subsistindo em parte o lançamento objeto do processo matriz, igual sorte colhe o que tenha sido formalizado por mera decorrência daquele.

Lançamento Procedente em parte

Ciente da decisão de primeira instância em 20/07/2005 (fls. 425) e com ela não se conformando, a contribuinte recorre a este Colegiado por meio do recurso voluntário apresentado em 16/08/2005 (fls. 426), alegando, em síntese, o seguinte:

- a) que a fiscalização concorda que grande parte da movimentação da conta corrente em nome da recorrente, pertenceu ao sócio Nelson Lorenzoni. Toda essa movimentação foi devidamente tributada em nome da pessoa física do sócio, conforme DARFs em anexo. A utilização dessa conta da pessoa jurídica pelo sócio foi motivada pela menor taxa de juros nos empréstimos bancários (crédito rotativo) em comparação aos tomados por pessoas físicas. Contrariamente às provas juntadas aos autos, a fiscalização desconsiderou a verdade e adotou posição formalista (considerando a titular nominal da conta como devedora;
- b) que a conta referida serviu apenas como veículo para efetivação de contrato de mútuo bancário pelo sócio, como meio de efetivar uma de suas atividades econômicas: intermediação no comércio de café. Assim, não se pode simplesmente presumir que tais grandezas configurem receita bruta, renda ou lucro;
- c) que foi desconsiderado pela DRF que toda movimentação bancária da conta corrente foi tributada pelo seu efetivo titular, o Sr. Nelson Lorenzoni, que na época, era corretor de café. Infelizmente, por equívoco em algumas informações colhidas, não foram tributadas todas as receitas auferidas com a corretagem de café;
- d) que os depósitos relacionados no Termo de Constatação foram efetuados na conta da pessoa jurídica para liquidação dos empréstimos bancários (conta garantida), conforme comprovam os extratos fornecidos, relativos a conta garantida;
- e) que as provas obtidas por meios ilícitos e aquelas que delas derivarem geram nulidade se serviram de base para qualquer ato relevante do processo e, por consequência, devem ser extirpadas dos autos;

- f) que a SRF coloca como base, para início da ação fiscal, as supostas movimentações financeiras de 1999 e 2000, da pessoa jurídica, através das informações relacionadas à CPMF. Sua base legal é o art. 1º da Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001. Porém, antes da modificação ocorrida em 2001, era vedada a utilização das informações advindas dos recolhimentos da CPMF para o início do procedimento fiscalizatório. O ato da Receita Federal malferiu o princípio da irretroatividade, causando nulidade do procedimento fiscal;
- g) que são nulos os lançamentos relativos aos anos de 1999 e 2000, diante da violação do princípio da irretroatividade e da segurança jurídica, uma vez que esses atos administrativos basearam-se em provas obtidas por meios ilícitos;
- h) que é incabível a multa qualificada de 150%, pois o requisito de evidência de dolo não pode existir quando se tratar de lançamento baseado em presunção. Ora, foi presumida a existência de tributo a recolher, então, a fiscalização está também presumido a existência de fraude pelo recolhimento do tributo. Com efeito, a possibilidade de se presumir a omissão de rendimentos, feitas as devidas ressalvas, tem previsão legal, ao contrário, a presunção de fraude (dolo) não é possível em nosso ordenamento;
- i) que é pacífica a jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes, no sentido de que é inaplicável a multa qualificada na ocorrência de depósitos bancários não comprovados;
- j) que é ilegal a cobrança dos juros moratórios com base na taxa SELIC.

Às fls. 474, o despacho da DRF em Vitória - ES, com encaminhamento do recurso voluntário, tendo em vista o atendimento dos pressupostos para a admissibilidade e seguimento do mesmo, manifestando-se, inclusive, a respeito da tempestividade do mesmo.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro PAULO ROBERTO CORTEZ, Relator

O recurso é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

Como visto do relatório, trata-se de exigência fiscal levada a efeito a título de omissão de receitas, em face da falta de comprovação da origem dos recursos depositados em conta corrente bancária, conforme detalhado no Termo de Verificação Fiscal.

Tendo em vista que no ano-calendário de 1999, houve o lançamento com idêntica infração, bem como a exclusão da contribuinte do SIMPLES, a autoridade autuante procedeu ao arbitramento do lucro com base nos valores apurados às fls. 295 e declarados pela interessada na DIPJ do ano-calendário de 2000, fls. 16. O lançamento possui como enquadramento legal os artigos 27, inciso I, e 42 da Lei n.º 9.430/1996, e artigos 532 e 537 do RIR/1999.

Alega a recorrente que os recursos movimentados em sua conta corrente bancária decorrem de operações de corretagem de café realizadas por seu sócio Sr. Nelson Lorenzoni, o qual procurava os produtores de café interessados em vender seus produtos. O ganho da pessoa física nas transações correspondia a 1% sobre o valor da transação concretizada. Os valores que transitaram pela conta são, de um lado, empréstimos, e de outro, devoluções e juros decorrentes do dinheiro emprestado.

Insiste que grande parte dos depósitos efetuados na conta corrente mencionada representa apenas a devolução de empréstimos efetuados.

Referida matéria, relativa ao ano-calendário de 1999, já foi objeto de apreciação por parte deste Colegiado em sessão de maio do corrente ano,

PROCESSO Nº. : 11543.004594/2004-49
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.230

Relator o ilustre Conselheiro Caio Marcos Cândido, conforme o Acórdão nº 101-94.184, de 25 de maio de 2007, cuja ementa tem a seguinte redação:

Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Ano-calendário: 1999

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE - APLICAÇÃO DA SÚMULA 1CC Nº 02.

SIGILO BANCÁRIO – TRANSFERÊNCIA – AUTORIDADE ADMINISTRATIVA – IRRETROATIVIDADE DE LEI – não há ilegalidade na aplicação retroativa de lei que inova no caráter procedimental da ação fiscal, tese confirmada pela jurisprudência que se forma no Superior Tribunal de Justiça.

PRESUNÇÃO LEGAL – OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - O artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 estabeleceu a presunção legal de que os valores creditados em contas de depósito ou de investimento mantidas junto a instituição financeira, de que o titular, regularmente intimado não faça prova de sua origem, por documentação hábil e idônea, serão tributados como receita omitida, mormente quando tais valores não tiverem sido registrados na contabilidade da pessoa jurídica.

Peço vênia aos meus pares e ao nobre Relator Caio, para reproduzir seu brilhante voto, no que trata das preliminares suscitadas pela recorrente, bem como em relação ao mérito do lançamento, *verbis*:

Inicialmente cabe afirmar, em relação a todas as alegações de ilegalidade ou de inconstitucionalidade presentes no recurso voluntário interposto, inclusive aquelas referentes a possíveis transgressões aos Princípios Constitucionais, que o Conselho de Contribuintes, órgão administrativo de julgamento do Ministério da Fazenda, não detém competência para o afastamento de dispositivo legal, regularmente inserido no ordenamento jurídico brasileiro, sob a alegação de ilegalidade ou inconstitucionalidade. Tal competência é privativa do Poder Judiciário, conforme determina a Constituição da República em seu artigo 102, I, "a".

Tal matéria encontra-se, inclusive, sumulada pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, por meio da Súmula nº 02:

Súmula 1ºCC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Alega a recorrente que a autoridade administrativa não poderia ter procedido à quebra de seu sigilo bancário, nem aplicado retroativamente o disposto na Lei nº 10.174/2001.

Quanto a este tópico entendo que mesmo antes da existência da lei complementar nº 105/2001 o ordenamento jurídico pátrio já permitia a transferência do sigilo bancário das instituições financeiras detentoras das informações para a Secretaria da Receita Federal, senão vejamos.

Faz-se necessário procedermos a um breve histórico sobre a utilização de informações provenientes do sistema financeiro, nos procedimentos de fiscalização implementados pela Secretaria da Receita Federal, através de seus agentes públicos, a fim de que se possa, efetivamente, prestar as informações requeridas.

A lei nº 4.595/1964, denominada "Lei do Sistema Financeiro Nacional", dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, criou o Conselho Monetário Nacional, e deu outras providências. Essa lei encontra-se em vigor até hoje e rege o Sistema Financeiro Nacional. Seu artigo 38 trata da manutenção do sigilo de informações pelas instituições financeiras e da possibilidade de transferência de tais informações aos "agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda" (parágrafos 5º e 6º):

Art 38 As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documento em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso às partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

(...)

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames ser conservados em sigilo, não podendo ser utilizados se não reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

A disciplina contida nos parágrafos 5º e 6º do artigo 38 da lei nº 4.595/1964, acima transcritos, pode ser, também, verificado nas disposições contidas no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, os quais reproduzo para demonstrar que, apesar de revogado aquele dispositivo legal, permaneceu a mesma disciplina da matéria em estudo, por força do disposto no artigo 6º da LC nº 105/2001:

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

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

Assim, constata-se que, desde a criação do Sistema Financeiro Nacional, as autoridades fiscais já tinham assento legal para examinar documentos de instituições financeiras, quando houvesse processo administrativo instaurado e os mesmos fossem considerados, por essa autoridade, como indispensáveis, devendo o sigilo ser mantido quanto ao uso das informações, como é de praxe, por imposição legal, estando tal sigilo adstrito a um dos princípios que regem a administração, que é o princípio da moralidade.

Tendo claro o destinatário da competência para a realização do exame e a preservação do sigilo, na Lei nº 4.595/1964, já que textualmente está identificado, no artigo 38, §§ 5º e 6º, como sendo "os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados", não há o que se argüir quanto ao tipo de processo, administrativo ou judicial, ou quanto à autoridade, administrativa ou judiciária, uma vez que as disposições são diretas, textuais, e identificam a autoridade, que é a fiscal, administrativa, pois, somente podendo ser identificado o "processo" como administrativo, nessa situação. Houve interpretação jurisprudencial de que o processo seria o judicial e a autoridade, a judiciária, criando compreensão da existência de uma reserva judicial, que adviria da própria lei, e não, frise-se, da Constituição, chegando até a haver dúvidas, no STF, em relação à existência dessa "reserva judicial", levantada pelo então Min. Francisco Rezek, que questionava à Corte se o sigilo bancário seria garantia constitucional, sustentando ele que seria uma garantia legal, indagando ele, com muita propriedade, e em contraposição ao argumento da "intimidade da pessoa", se haveria uma "intimidade da pessoa jurídica". Todavia, a discussão não resultou em nenhuma Súmula do STF.

A seu turno, o artigo 6º da Lei Complementar mantém o mesmo disciplinamento contido nos parágrafos 5º e 6º do artigo revogado, em nada mudando a questão do sigilo bancário, desde os idos anos de 1964.

Em 25 de outubro de 1966 foi promulgada a Lei nº 5.172, o Código Tributário Nacional, que estabelece em seu artigo 197, II o dever de prestar informações. O parágrafo único daquele dispositivo, disciplina o impedimento de prestar informações por segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão, não se aplicando às instituições financeiras, que são obrigadas a prestar todas as informações, ao Fisco, como bem se constata através dos dispositivos legais que estão sendo trazidos à colação:

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

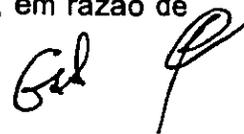
III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.



Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição Federal, que estabelece, no seu artigo 145, parágrafo 1º, a autorização à Administração Tributária para identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, e que está intimamente ligada à uma obrigação, também tributária, das instituições financeiras e dos entes a elas equiparados, esculpida no artigo 197, caput, II, do CTN, já transcritos.

Não poderia ser diferente. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do artigo 142 do CTN). Essa regra imposta por lei de natureza complementar, consagra o princípio da moralidade, não podendo outra disposição legal proibir o agente administrativo de fazer o que está obrigado, nem uma decisão judicial, porquanto a atividade é vinculada, sob pena de responsabilidade funcional.

Para serem desenvolvidas as atividades de fiscalização é obrigatória a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas dos contribuintes. Impedir o exame de quaisquer documentos, mesmo extratos bancários ou quaisquer outros documentos bancários, é determinar a extinção das funções de Estado, no combate ao crime de sonegação fiscal. Não haveria nenhum sentido para a União ter um corpo Fiscal se este fosse impedido de verificar documentos, sejam eles quais forem, e seria despiendo tecer ilações de como o Fisco calcularia os valores de omissão de receitas e de rendimentos, realizando uma fiscalização parcial, sem a cooperação dos órgãos públicos, das instituições financeiras, e das fontes pagadoras pessoa jurídicas e pessoas físicas.

Em 12 de abril de 1990, foi editada a lei nº 8.021, que dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, além de dar outras providências. Duas delas são as dispostas nos artigo 7º e 8º a seguir transcritos:

Art. 7º A autoridade fiscal do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento poderá proceder a exames de documentos, livros e registros das Bolsas de Valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como solicitar a prestação de esclarecimentos e informações a respeito de operações por elas praticadas, inclusive em relação a terceiros.

§ 1º As informações deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação. O não cumprimento desse prazo sujeitará a instituição à multa de valor equivalente a mil BTN Fiscais por dia útil de atraso.

§ 2º As informações obtidas com base neste artigo somente poderão ser utilizadas para efeito de verificação do cumprimento de obrigações tributárias.

§ 3º O servidor que revelar, informações que tiver obtido na forma deste artigo estará sujeito às penas previstas no art. 325 do Código Penal Brasileiro.

Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.

Constata-se, ainda, que àquela época, vinte e seis anos depois da edição da Lei nº 4.594/1964, o disciplinamento do sigilo bancário em relação ao poder fiscalizatório continuava sendo respeitado e mantido, sem alterações, da mesma forma que nos dias atuais.

O disciplinamento da matéria, como visto, sempre foi pacífico e antigo, desde a edição da lei nº 4.595/1964 até à edição da lei complementar nº 105/2001.

Havendo o devido processo administrativo, na verificação do movimento financeiro para se determinar os rendimentos tributáveis do contribuinte, a receita omitida, na jurídica, ou a omissão de rendimentos, na física, e, principalmente, na ausência de atendimento de apresentação de documentos pelo contribuinte, a autoridade fiscal pode e deve requisitar, às instituições financeiras, os extratos e documentos bancários necessários ao exame fiscal.

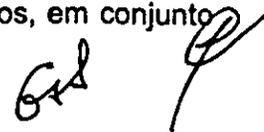
Constitui obrigação das instituições financeiras atender às intimações para apresentação dos extratos e dos documentos de vinculação dos lançamentos que efetua nas contas correntes, quando houver processo administrativo fiscal instaurado.

Sobre o poder fiscalizatório, restou claramente demonstrado, primeiramente pelo artigo 197, II, do CTN, combinado com o artigo 145 da Magna Carta, que os bancos e as instituições financeiras em geral devem obrigação de prestar todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros, quando intimados regularmente, e que é faculdade da administração tributária, especialmente para conferir efetividade a seus objetivos, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o que está adstrito aos princípios da moralidade e da legalidade administrativas.

É cristalino que no caso presente está se tratando dos dados não acobertados pelo sigilo absoluto, isto é, os dados das riquezas, do patrimônio, dos rendimentos, receitas, e das atividades econômicas do indivíduo e da pessoa jurídica, que se encontram disponíveis nas instituições financeiras e nas pessoas jurídicas a elas equiparadas, que devem manter sigilo sobre esses dados - sigilo bancário, assim como a Secretaria da Receita Federal deve manter sigilo sobre os dados dos contribuintes - o sigilo fiscal, ambos relativos, porquanto, no interesse público, podem ser quebrados.

A recorrente se insurge contra a lei nº 10.174/2001, que alterou o artigo 11 da Lei nº 9.311/1996, que instituiu a CPMF. Aduz que a lei nº 10.174/2001 está retroagindo para atingir situações jurídicas consolidadas. Sobre a invocação de irretroatividade da lei no 10.174/2001.

Não cabe razão à recorrente. O princípio da irretroatividade veda a criação de novos tributos, no particular, e, no caso, o Fisco só pode apurar impostos sobre os quais já havia a definição do fato gerador, como é o caso do Imposto sobre a Renda. Não há, portanto, ilicitude em se utilizar informações bancárias na apuração do tributo. Já está plenamente caracterizada que a utilização de extratos e outros documentos bancários, pelo Fisco, vem de longa data, desde a edição da Lei no 4.595/1964, cujos artigos, em conjunto



com as demais normas legais trazidas a lume e que tratam do mesmo assunto, foram aqui reproduzidos, não cabendo invocar, por conseguinte, irretroatividade da lei ou utilização da CPMF para justificar a realização da auditoria fiscal que está sendo levada a efeito.

Só invocar, ainda, mais uma vez, o Código Tributário Nacional, no sentido de sepultar de vez a arguição da recorrente de quebra do princípio de irretroatividade da lei. O Código Tributário Nacional é claro nesse ponto. O parágrafo único de seu art. 144 prevê, expressamente, que o lançamento será regido pela legislação que institua novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, mesmo que a edição de tais normas seja superveniente ao fato gerador:

Art. 144 – CTN - O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

É público que a legislação não retroage para punir, para alterar os elementos do lançamento, ou para atingir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ocorre que o caso em comento não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses. O que se tem é a ampliação do poder de fiscalização, sendo perfeitamente lícito que o Estado tenha sempre meios de verificar a regularidade fiscal dos contribuintes, em qualquer época, podendo ampliar seus poderes de investigação à medida que a criatividade dos contribuintes vá também ampliando os meios de incremento à sonegação fiscal.

Sobre o assunto, faz-se mister transcrever o Acórdão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, exarado em 03 de fevereiro de 2004, que cristalina e esclarece o tema e que tem sido reiterado em outros julgamentos daquela Corte:

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: MC - MEDIDA CAUTELAR - 6257

Processo: 200300391170 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Data da decisão: 03/02/2004 Documento: STJ000529251

Fonte DJ DATA:25/02/2004 PÁGINA:95

Relator(a) LUIZ FUX

Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar improcedente a medida cautelar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teófilo Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa: AÇÃO CAUTELAR. TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA

**A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS.
RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN.**

1. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que compõe a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.
2. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.
3. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.
4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente."
5. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.
6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata alcançando mesmo fatos pretéritos.
7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.
8. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.
9. Processo cautelar acessório ao processo principal.
10. Juízo prévio de admissibilidade do recurso especial.



11. Ausência de fumus boni juris ante à impossibilidade de êxito do recurso especial.

12. Ação Cautelar improcedente.

Data Publicação 25/02/2004

Na esteira da jurisprudência do STJ, não vejo configurada qualquer infração à lei pela utilização dos dados resultantes da Requisição de Informações da Movimentação Financeira - RMF.

Superada esta questão preliminar, tem-se que a autuação teve supedâneo na presunção legal de que os valores depositados em conta corrente de titularidade da pessoa jurídica, mantidos a margem de sua contabilidade e de origem não comprovada, devam ser considerados receita omitida, na forma da presunção legal incorporada ao ordenamento jurídico pátrio com a edição do artigo 42 da lei nº 9.430/1996, verbis:

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

Tal presunção legal é relativa, o que implica dizer que, ocorre neste caso a inversão do ônus da prova. A Fazenda Pública pode constituir o crédito tributário com base nos depósitos cuja origem não foi comprovada, mas o sujeito passivo pode desconstituir tal crédito, apresentando documentos comprobatórios da origem daqueles recursos financeiros, comprovando, por exemplo, que os mesmos não são de sua propriedade, são isentos de tributação ou já foram tributados.

Intimada a apresentar a origem dos recursos depositados na conta corrente de sua titularidade e que mantinha ao largo da escrituração de sua escrituração contábil e fiscal, a recorrente, ainda no curso da ação fiscal, apontou como origem, os seguintes fatos:

que o sócio Nelson Lorenzoni movimentava a conta da empresa com a sua atividade de intermediação de venda de café.

que diversos depósitos que passaram pelas suas contas correntes foram em decorrência do ingresso de crédito rotativo (empréstimos), que foram liberados na conta corrente nº 3.078.854 e, posteriormente amortizados, conforme comprova os extratos de empréstimos em conta corrente – conta garantida anexos (doc. 4).

que grande parte daqueles depósitos nessa conta representa apenas a devolução de empréstimos efetuados. Tais grandezas obviamente não podem ser consideradas renda, lucro ou faturamento.

A autoridade autuante, acatando parte da argumentação trazida pela contribuinte, excluiu da relação de depósitos de origem não comprovada, valores para os quais houve a apresentação de documentação hábil e idônea para comprovação de sua origem, conforme demonstrativo de fls. 279/282.

No entanto, não acatou a argumentação que dava conta de que parte dos depósitos de origem não comprovada era decorrente da amortização dos empréstimos com o mesmo numerário recebido.

Nas fases impugnatória e recursal a interessada apenas reapresenta os mesmos argumentos expendidos no curso da ação fiscal, que davam conta

de que "grande parte dos depósitos efetuados nessa conta (do BANESTES) representa apenas a devolução de empréstimos efetuados".

Ocorre que às fls. 132/134 o Auditor Fiscal encarregado da fiscalização juntou demonstrativo dos depósitos sem comprovação de origem, para que a contribuinte procedesse à comprovação de sua origem.

Da análise do histórico do contrato de Conta Garantida do BANESTES apresentado às fls. 149/155, conclui-se que não há correspondência de datas e valores entre os valores ali constantes e os depósitos relacionados no demonstrativo supra citado, o que demonstra que tais valores já haviam sido excluídos pela fiscalização, por entenderem não serem os mesmos receita da recorrente.

Como visto, a autoridade tributária acatou o argumento de que parcela dos depósitos efetuados na conta corrente da pessoa jurídica era decorrente da atividade de um de seus sócios, procedendo a exclusão dos valores correspondentes aos documentos apresentados pela contribuinte, coincidentes em data e valor com os depósitos a serem comprovados.

No entanto, em relação aos outros depósitos para os quais não foram apresentados documentos que comprovassem sua origem, tal argumentação ao pode ser acatada.

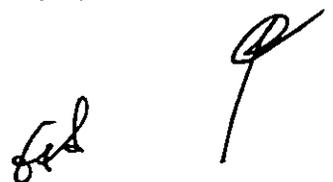
A recorrente não logrou afastar a presunção legal relativa de que os depósitos bancários mantidos a margem de sua escrituração era receita omitida de sua atividade, pelo quê há que ser mantido o lançamento em relação à este primeiro item da autuação.

Quanto ao segundo item o auto de infração, relativo à insuficiência de recolhimento, o mesmo é decorrente das omissões de receita apuradas com base em depósitos bancários não comprovados, pois somando a receita declarada com as omissões de receita apuradas houve acréscimo na alíquota aplicada aos tributos na sistemática do SIMPLES, ocasionando diferenças de tributos a serem recolhidos.

Diante do exposto e, tendo em vista que as preliminares foram rejeitadas à unanimidade e, quanto ao mérito, também por unanimidade, foi mantida a exigência, sou pela rejeição das preliminares, bem como pela manutenção do lançamento.

MULTA QUALIFICADA

No caso sob exame, a multa de ofício foi elevada para 150% porque a fiscalização entendeu que ficou configurado o evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964 (artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996).

Two handwritten signatures in black ink, one smaller and one larger, located in the bottom right corner of the page.

A autoridade lançadora entendeu que a omissão de receitas apurada no confronto entre os depósitos bancários e os valores informados na declaração de rendimentos configura evidente intuito de fraude a justificar a aplicação da penalidade qualificada.

Todavia, neste particular, entendo que não é cabível a aplicação da penalidade exasperada. A omissão de receitas já é infração tipificada e sujeita a contribuinte ao lançamento de ofício com aplicação de multa de 75%, que é cabível 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.

Logo, a contribuinte ao prestar declaração inexata e deixar de pagar tributo referente à infração de omissão de receitas provenientes de depósitos bancários não comprovados, sujeitou-se à aplicação da multa de 75%. Não ficou demonstrado nos autos que ela agiu com evidente intuito de fraude para ensejar à aplicação da multa agravada, pois somente foi comprovada a conduta acima descrita, que em si não representa ação dolosa.

Com efeito, esse entendimento é preconizado na farta jurisprudência desta Câmara, no sentido de que para a aplicação da multa qualificada de 150%, é imprescindível que se configure o evidente intuito de fraude. Nesse caso, deve-se ter como princípio o brocardo de direito que prevê que "fraude não se presume", "se prova". Ou seja, há que se ter provas sobre o evidente intuito de fraude praticado pela empresa. Não é razoável se querer, simplesmente, presumir a ocorrência de fraude, ainda mais quando se tratar de tributação com base em depósitos bancários cuja origem dos recursos não foi devidamente comprovada.

Registre-se que, no caso, a conta corrente bancária era de titularidade da própria pessoa jurídica, ou seja, não houve a utilização de interpostas pessoas, o que, aí sim, caracterizaria o evidente intuito de fraude.

PROCESSO Nº. : 11543.004594/2004-49
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.230

Dessa forma, a fiscalização aplicou incorretamente a multa de ofício qualificada, tendo em vista que na espécie de que se cuida, a infração não denota o evidente intuito de fraudar. A prova neste aspecto deve ser material, evidente, como diz a lei.

Aliás, referida matéria encontra-se pacificada no âmbito deste Primeiro Conselho de Contribuintes, tendo, inclusive, sido objeto de súmula (Súmula nº 03 do 1º CC), conforme publicação no DOU, Seção 1, dos dias 26, 27 e 28/06/2006, conforme abaixo:

MULTA QUALIFICADA – FALTA DE COMPROVAÇÃO DO EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE

Súmula 1º CC nº 14: 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.

Nessas condições, entendo que a multa qualificada deve ser reduzida para 75%.

JUROS DE MORA – TAXA SELIC

Com relação aos juros moratórios exigidos com base na taxa SELIC, também não mais cabe a apreciação por parte deste Colegiado, tendo em vista a existência da Súmula nº 04, *verbis*:

Súmula 1º CC nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

PROCESSO Nº. : 11543.004594/2004-49
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.230

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar e, quanto ao mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reduzir a multa de ofício para 75%.

Brasília (DF), em 15 de junho de 2007

PAULO ROBERTO CORTEZ

