



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

Processo nº 13839.001482/2005-27
Recurso nº 168.045 Voluntário
Acórdão nº 1301-00.340 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de julho de 2010
Matéria SIMPLES
Recorrente BONDANÇA CASA E CONSTRUÇÃO LTDA.
Recorrida 4ª TURMA/DRJ CAMPINA/SP

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

Exercício: 2004

LANÇAMENTOS DISTINTOS PARA CADA TRIBUTO. REUNIÃO DOS AUTOS DE INFRAÇÃO EM UM MESMO PROCESSO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. Inexiste causa de nulidade quando, em cumprimento do art. 9º do Decreto nº 70.235/1972, o Fisco lavra autos de infração distintos para cada um dos tributos integrantes do SIMPLES e reúne todas as exigências em um mesmo processo administrativo fiscal, dado que os meios de prova são os mesmos.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. IRREGULARIDADES. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. O MPF é instrumento de controle administrativo, sendo que eventuais irregularidades nele contidas não podem ensejar a nulidade do lançamento, especialmente quando, como no caso concreto, as alegadas irregularidades não se verificaram.

SIGILO BANCÁRIO. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. É lícito ao Fisco requisitar dados bancários, sem autorização judicial - art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001. Inaplicável ao caso o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal/1988.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PROCEDÊNCIA. Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

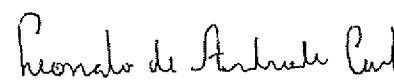
MULTA DE OFÍCIO. INCONSTITUCIONALIDADE. CONFISCO. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Súmula CARF nº 2.

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

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencido o Conselheiro Valmir Sandri que dava provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75%.


LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente


WALDIR VEIGA ROCHA - Relator

EDITADO EM: 12 NOV 2010

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Ricardo Luiz Leal de Melo, Paulo Jakson da Silva Lucas, Fábio Soares de Melo, Valmir Sandri e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

BONDANÇA CASA E CONSTRUÇÃO LTDA., já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 05-20.668, de 07/01/2008, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Trata o presente processo de autos de infração, lavrados em 19/07/2005, para constituição de crédito tributário referente aos tributos integrantes do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, quais sejam, Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) (fl. 558), Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) (fl. 567), Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) (fl. 576), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) (fl. 585) e Contribuição para Seguridade Social (INSS) (fl. 594), acrescidos de multa de ofício de 112,5%, além de juros de mora, perfazendo o crédito tributário de R\$ 1.344.466,66, tudo relativo ao ano-calendário 2003, conforme demonstrativo consolidado de fl. 06.

As infrações apuradas pelo Fisco, discriminadas na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 559/561) e no Termo de Constatação Fiscal (fls. 602/605), são, em apertada síntese: (i) omissão de receitas, apurada com base em depósitos bancários cuja origem a contribuinte, devidamente intimada, não logrou comprovar; e (ii) insuficiência de

recolhimento, por variação do percentual aplicável ao SIMPLES, decorrente da omissão de receitas apurada. Referido Termo de Constatação Fiscal traz, ainda, descrição detalhada dos procedimentos do Fisco, que tiveram início a partir de discrepâncias entre os valores informados à Administração Tributária por empresas administradoras de cartões de crédito e foram aprofundados na forma ali narrada, até resultar na autuação ora discutida.

Do relatório do processo por ocasião do julgamento em primeira instância extraio o seguinte excerto:

5. Em consequência da apuração de omissão de receitas, por depósitos bancários não escriturados, a receita bruta da fiscalizada extrapolou os limites relativos à empresa de pequeno porte (EPP), razão pela qual foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), conforme Ato Declaratório Executivo nº 27, de 31/08/2005, expedido pela DRF/Jundiá.

6. Contra essa exclusão, da qual foi cientificada em 09/11/2005, conforme AR de fls. 684, a contribuinte, por seu procurador legalmente habilitado, interpôs, em 23/11/2005, manifestação de inconformidade de fls. 685, apresentando, como contrapartida dos fatos elencados, cópia reprográfica da PJ-Simplificada 2004-SIMPLES, comprovando o faturamento anual de R\$555.975,12, demonstrado mês a mês, valor esse que se contém dentro do limite legal permitido para as empresas de pequeno porte, como condição para permanecer no sistema simplificado de pagamento de impostos e contribuições.

7. O processo de exclusão do sistema recebeu o nº 13839.001484/2005-16 e foi juntado, por anexação, ao citado feito de nº 13839.001482/2005-27, para julgamento conjunto, abrangendo a questão da omissão de receitas e exclusão do Simples.

8. No processo agora dito principal, de omissão de receitas, a contribuinte foi cientificada do lançamento em 21/07/2005, conforme assinatura aposta no auto de infração (fls. 558) do imposto de renda pessoa jurídica, assim como nos demais feitos (fls. 567, 576, 585 e 594), além do Termo de Encerramento de Ação Fiscal (fls. 598).

9. A autuada interpôs, em 19/08/2005, por sua representante legal, impugnação de fls. 608/613, com as razões de fato e de direito a seguir sintetizadas:

9.1 – faz um breve retrospecto da autuação fiscal e informa que, mesmo ciente de que goza do beneplácito legal do sigilo bancário, a empresa forneceu à fiscalização, além de seus livros empresariais, controles de contas, notas fiscais, alguns extratos bancários de contas nas quais foram movimentadas quantias oriundas de transações comerciais sujeitas à tributação;

9.2 – foi surpreendida com o recebimento do auto de infração, decorrente de incorreta quebra de sigilo bancário, sem autorização judicial, resultando em indevida e ilegal exação sobre transações financeiras não tributáveis;

9.3 – sendo contribuinte do Simples, a empresa vem promovendo os recolhimentos de tributos e contribuições, aplicando as alíquotas previstas na legislação sobre a receita bruta mensal auferida;

9.4 – a fiscalização, sem autorização dos titulares da empresa e por meio de contatos diretos com instituições financeiras, teve acesso a valores objeto de

financiamentos – e não provenientes de operações tributáveis –, promovendo a tributação sobre créditos não oriundos das atividades empresariais;

9.5 – destaca, novamente, que as contas correntes nas quais foram movimentadas as transações comerciais da empresa, tiveram os seus extratos fornecidos à fiscalização, sendo certo que as demais, embora no nome da impugnante, não contêm valores da atividade empresarial;

9.6 – essas contas destinavam-se a abrigar empréstimos e financiamentos concedidos por instituições financeiras, visando construção de sede própria, havendo movimentação de recursos entre elas;

9.7 – informa que não teve conhecimento da instalação de qualquer procedimento judicial específico, desencadeado pela fiscalização, para ter acesso às contas bancárias da empresa, enfatizando que a quebra de sigilo bancário foi ilegal, de modo a nulificar os procedimentos fiscalizatórios;

9.8 – transcreve jurisprudência, para corroborar sua tese de defesa, e requer, ao final, seja julgado improcedente o auto de infração, cancelando-se o lançamento e o débito fiscal respectivo, com observação das formalidades legais.

A 4ª Turma da DRJ em Campinas/ SP analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 05-20.668, de 07/01/2008 (fls. 709/718), considerou procedente o lançamento, bem assim a exclusão da empresa do SIMPLES, com a seguinte ementa:

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

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

OMISSÃO DE RECEITA DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei nº 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 o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações

OMISSÃO DE RECEITA INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Caracterizada a omissão de receita, segue-se a lavratura de auto de infração que trará a exigência dos tributos compreendidos no SIMPLES e não recolhidos, em função do necessário realinhamento das correspondentes alíquotas (à conta da omissão de receita), mais a exigência daquelas mesmas espécies tributárias incidentes sobre a omissão de receita identificada (excedente à declarada).

Ciente da decisão de primeira instância em 10/03/2008, conforme Aviso de Recebimento à fl. 725, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 24/03/2008 conforme carimbo de recepção à folha 726.

No recurso interposto (fls. 728/754), traz os argumentos a seguir sintetizados:



- A decisão de primeira instância seria nula, preterindo o direito de defesa da contribuinte, ao não abordar todas as razões de defesa invocadas na impugnação, especialmente no que toca à *“tributação de valores que não constituem ‘acréscimo patrimonial’, não sujeito à tributação pelo fisco”*.
- Haveria ofensa ao art. 9º do Decreto nº 70.235/1972, por ter sido a exigência do crédito tributário de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS formalizada em único auto de infração. Pela ótica da recorrente, tal procedimento implicaria a nulidade do procedimento, por cerceamento ao seu direito de defesa.
- Argui irregularidades no MPF, o qual teria sido extinto após o decurso do prazo de 120 dias, sem sua renovação. Aduz que o MPF se teria iniciado em 15/09/2004, dando-se a ciência do lançamento em 21/07/2005, muito após o prazo limite de 120 dias, que teria expirado em 15/01/2005. Afirma, então, a nulidade de pleno direito da autuação.
- Reitera os argumentos anteriormente aduzidos, acerca da inconstitucionalidade da quebra de seu sigilo bancário sem ordem judicial. Sustenta que a aplicação do poder outorgado à autoridade tributária mediante a Lei Complementar nº 105/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.274/2001, implicaria ofensa ao art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal em vigor, e que o sigilo bancário somente poderia ser quebrado sob ordem judicial. Colaciona jurisprudência que entende favorável à sua tese.
- Insiste em que os lançamentos tributários com base em depósitos bancários seriam ilegais. Invoca o conceito de renda como acréscimo de valor patrimonial, riqueza nova, e conclui que isto não ocorre com a mera movimentação financeira. Transcreve a Súmula nº 182 do extinto TFR e jurisprudência administrativa e judicial que entende favoráveis. Discorda do acórdão recorrido e afirma que *“não se trata de uma presunção legal, já que compete com exclusividade ao fisco a comprovação da efetiva renda obtida pela contribuinte (art. 142 do CTN)”*.
- Requer a realização de *“perícia econômico-financeira para se aquilatar corretamente o acréscimo patrimonial auferido pelo contribuinte”*, para o que nomeia seu perito contábil.
- Insurge-se contra as multas aplicadas, no percentual de 112,5%, as quais qualifica como absurdas e que podem induzir à violação ao princípio do não-confisco (art. 150, IV, da CF/88). Busca estabelecer a diferença entre declarar uma norma inconstitucional (o que seria reservado ao Poder Judiciário) e reputá-la inconstitucional sem o declarar, apenas afastando sua incidência (o que seria possível ao órgão administrativo). Pede, então, o cancelamento do auto de infração ou, quando muito, sejam as multas baixadas para o limite permitido pelo STF.
- Questiona a aplicação da taxa Selic para cálculo dos juros de mora, por ilegal e inconstitucional, pelos motivos que expõe, e pede o cancelamento do auto de infração.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro WALDIR VEIGA ROCHA

O recurso é tempestivo e dele conheço. Passo, então, a apreciar as preliminares suscitadas pela interessada.

Afirma a recorrente que a decisão de primeira instância seria nula, preterindo seu direito de defesa, ao não abordar todas as razões de defesa invocadas na impugnação, especialmente no que toca à *“tributação de valores que não constituem ‘acréscimo patrimonial’, não sujeito à tributação pelo fisco”*.

Não lhe assiste razão. A matéria foi abordada em primeira instância, quando restou demonstrado o entendimento da turma julgadora no sentido de que, em se tratando de presunção legal, o ônus da prova restaria invertido, ou seja, que caberia à interessada demonstrar que os valores movimentados em suas contas-correntes não corresponderiam a receitas tributáveis mas sim, como afirma, a *“valores que não constituem acréscimo patrimonial”*. Esclarecedores, nesse sentido, os parágrafos 58 e 59, abaixo transcritos:

58 Ressalte-se, ainda, que a única argumentação da autuada, em sua defesa, não foi acompanhada de qualquer documento probatório.

59 Com efeito, a alegação de que as contas-correntes, cujos extratos não foram por ela fornecidos à fiscalização, comportariam apenas lançamentos de empréstimos e financiamentos, não foi acompanhada de qualquer contrato ou mesmo de declaração de instituição financeira comprovando essa característica das aludidas contas-correntes.

Não vislumbro, assim, o cerceamento do direito de defesa alegado pela recorrente.

A seguir, sustenta a recorrente que haveria ofensa ao art. 9º do Decreto nº 70.235/1972, por ter sido a exigência do crédito tributário de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS formalizada em único auto de infração. Por sua ótica, tal procedimento implicaria a nulidade do procedimento, por cerceamento ao seu direito de defesa.

Eis o mencionado art. 9º e seu § 1º, com a redação vigente à época do lançamento:

Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 1º Quando, na apuração dos fatos, for verificada a prática de infrações a dispositivos legais relativos a um imposto, que impliquem a exigência de outros impostos da mesma natureza ou de contribuições, e a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova, as exigências relativas ao mesmo



sujeito passivo serão objeto de um só processo, contendo todas as notificações de lançamento e auto de infração. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Como se vê, os argumentos carecem de sustentação. A recorrente confunde o conceito de auto de infração com o de processo administrativo. Em se tratando o SIMPLES de um sistema simplificado de pagamento, e não de um tributo, os créditos tributários decorrentes das infrações verificadas devem ser constituídos para cada um dos tributos que integram aquele sistema, a saber, IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e INSS, em autos de infração distintos, conforme dispõe o *caput* do art. 9º. E assim foi feito, vide os autos de infração respectivamente às fls. 558, 567, 576, 585 e 594. No entanto, desde que os créditos tributários foram apurados em um mesmo procedimento de fiscalização, comprovados mediante os mesmos elementos de prova, as exigências foram reunidas em um só processo administrativo, contendo todos os autos de infração, exatamente como dispõe o parágrafo primeiro do dispositivo legal acima transcrito.

Demonstrada a correção do procedimento do Fisco, rejeito também esta arguição de nulidade do lançamento.

A próxima irresignação da interessada é sobre alegadas irregularidades no Mandado de Procedimento Fiscal, o qual teria sido extinto após o decurso do prazo de 120 dias, sem sua renovação. Aduz que o MPF se teria iniciado em 15/09/2004, dando-se a ciência do lançamento em 21/07/2005, muito após o prazo limite de 120 dias, que teria expirado em 15/01/2005. Afirmo, então, a nulidade de pleno direito da autuação.

Mais uma vez não lhe assiste razão. O MPF foi prorrogado, sempre antes de seu vencimento, em 13/01/2005, 14/03/2005, 13/05/2005 e 12/07/2005, conforme demonstrativos de emissão e prorrogação de MPF às fls. 02, 03, 04 e 05. Neste último consta, inclusive, a ciência do representante legal da empresa em 21/07/2005, mesma data da conclusão dos trabalhos de fiscalização e lavratura dos autos de infração, quando se encontrava em pleno vigor a última prorrogação de prazo levada a efeito.

Ressalto, ainda, que as prorrogações foram feitas por meio de registro eletrônico, disponível à interessada na internet, a teor dos artigos 12, inciso I, e 13, § 1º, da Portaria SRF nº 3007/2001, então vigente:

Art. 12. Os MPF terão os seguintes prazos máximos de validade:

I - cento e vinte dias, nos casos de MPF-F e de MPF-E;

[...]

Art. 13. A prorrogação do prazo de que trata o artigo anterior poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, em cada ato, o prazo máximo de sessenta dias, para procedimentos de fiscalização, e de trinta dias, para procedimentos de diligência. (Redação dada pela Portaria SRF nº 1.468, de 06/10/2003)

§ 1º A prorrogação de que trata o caput far-se-á por intermédio de registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante, cuja informação estará disponível na Internet, nos termos do art. 7º, inciso VIII. (Redação dada pela Portaria SRF nº 1.468, de 06/10/2003)



[...]

Ademais, ainda que irregularidade houvesse (o que não é o caso, admitido aqui tão somente a título de hipótese argumentativa), isso não seria causa de nulidade do lançamento.

A matéria tem sido discutida no âmbito dos extintos Conselhos de Contribuintes e Câmara Superior de Recursos Fiscais, e, particularmente, neste colegiado. As decisões, de forma reiterada, apontam que o MPF é instrumento de controle gerencial, e que eventual irregularidade poderia, no máximo, dar azo a procedimento interno de natureza administrativa, mas nunca invalidar o lançamento de crédito tributário, cuja competência é deferida por lei aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Os acórdãos cujas ementas transcrevo a seguir bem ilustram essa linha de entendimento.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MPF. NULIDADE
Descabe a arguição de nulidade quando se verifica que o Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação vigente. O MPF é mero instrumento de controle da atividade de fiscalização no âmbito da Secretaria da Receita Federal, de modo que eventual irregularidade na sua expedição, ou nas renovações que se seguem, não acarreta a nulidade do lançamento. (Acórdão CSRF/02-02.543, de 22/01/2007)

NULIDADES. AUSÊNCIA DE MPF - A eventual irregularidade na emissão do MPF não induz a nulidade do ato jurídico praticado pelo auditor fiscal, pois o MPF é mero instrumento de controle da atividade fiscal e não um limitador da competência do agente público. (Acórdão CSRF/02-02.898, de 28/01/2008, Relator Cons. Antônio Carlos Atulim. Na mesma linha o acórdão CSRF/02-02.899, de mesma data)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - MPF - O MPF é instrumento de controle administrativo, sendo que irregularidades nele contidas não podem ensejar a nulidade do lançamento. (Acórdão 105-15.706, de 24/05/2006, Relator Cons. José Carlos Passuelo).

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF - O lançamento de ofício está vinculado à Lei. Assim, torna-se imperativo concluir que o MPF, ainda que regulado por Decreto do Chefe do Executivo, não se constitui em elemento indispensável para dar validade ao lançamento tributário. Portanto, não há como declarar nulidade, quer material quer formal, de lançamento tributário que atende aos requisitos do Art. 142 do Crédito Tributário Nacional (CTN), formalizado por autoridade legalmente competente e nos termos do Decreto nº 70.235/72 (PAF). Questões ligadas ao descumprimento do escopo do MPF, inclusive do prazo e das prorrogações, devem ser resolvidas no âmbito do processo administrativo disciplinar e não no âmbito do processo de exigência tributária (Acórdão 107-09 036, de 24/05/2007, Relator Cons. Luiz Martins Valero).

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - IRREGULARIDADES. NÃO CONTAMINAÇÃO DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO - O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) não tem o condão de limitar a atuação da



Administração Pública na realização do lançamento. Não é o mesmo sequer pressuposto obrigatório para tal ato administrativo, sob pena de contrariar o Código Tributário Nacional, o que não se permite a uma Portaria. (Acórdão 202-15.834, de 19/10/2004. Na mesma linha o Acórdão 202-15.833).

Acerca da competência para o lançamento, é de se destacar a Lei nº 2.354/1954, art. 7º; o Decreto-Lei nº 2.225/1985; e a Lei nº 10.593/2002, artigos 5º e 6º, com as modificações legislativas supervenientes. Não se há de admitir, pois, que atos infralegais, a exemplo de Portarias, possam reduzir ou limitar a competência deferida por lei aos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil.

Por duplo fundamento, assim, rejeito a arguição de nulidade do lançamento por irregularidades, não verificadas, quanto à prorrogação do MPF.

Na sequência, a interessada reitera os argumentos anteriormente aduzidos, acerca da inconstitucionalidade da quebra de seu sigilo bancário sem ordem judicial. Sustenta que a aplicação do poder outorgado à autoridade tributária mediante a Lei Complementar nº 105/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.274/2001, implicaria ofensa ao art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal em vigor, e que o sigilo bancário somente poderia ser quebrado sob ordem judicial.

A Turma Julgadora, em primeira instância, não lhe deu razão, afastando a preliminar suscitada. Também assim o faço.

Quanto à necessidade de autorização judicial para acesso às informações bancárias, é de se examinar as disposições dos arts. 1º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001, a seguir transcritos (grifos não constam do original)

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

[...]

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

[...]

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.

Como facilmente se observa, a Lei autoriza o acesso das autoridades tributárias diretamente aos registros das instituições financeiras, sem que haja violação do dever de sigilo, desde que haja procedimento fiscal em curso, e que os exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

A regulamentação do art. 6º, ou seja, a perfeita delimitação das condições a que a lei se refere, foi feita pelo Poder Executivo mediante o Decreto nº 3.724/2001.

Não há que se falar, portanto, em reserva de jurisdição. Aliás, mesmo para aqueles que entendem que o sigilo bancário pode ser compreendido como espécie do direito à intimidade, em um sentido amplo, protegido pelo inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (o que não é pacífico), há que se notar que o texto constitucional, neste caso, é silente quanto à necessidade ou não de prévia autorização judicial. Quando quis, o legislador constitucional fez constar explicitamente a competência exclusiva do Poder Judiciário para determinadas matérias, como, por exemplo, a busca domiciliar, prevista no inciso XI, a interceptação telefônica (inciso XII) e a decretação de prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (inciso LXI, todos do art. 5º).

Eis o texto do dispositivo constitucional invocado pela recorrente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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;

O segredo das correspondências desde longa data tem reclamado proteção, praticamente ao mesmo tempo da criação de um serviço postal. A facilidade de comunicação surgida para os particulares trouxe fundados receios da divulgação e da utilização indevida das informações. O surgimento de novas formas de comunicação, como o telégrafo e o telefone, fez com que a proteção fosse ampliada, com os mesmos fundamentos. A Constituição anterior (1967) estabelecia que “*é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas*”.

O constituinte de 1988 inovou, ao introduzir a palavra “*dados*”. A propósito, cabe transcrever o comentário de Bastos e Martins¹ em 1989, ainda no calor do surgimento do novo texto constitucional:

De logo faz-se mister tecer críticas à impropriedade desta linguagem. A se tomar muito ao pé da letra, todas as comunicações seriam invioláveis, uma vez que versam sempre

¹ BASTOS, Celso Ribeiro, e MARTINS, Yves Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 2, São Paulo, Editora Saraiva, 1989, pág. 73

sobre dados. Mas pela inserção da palavra no inciso vê-se que não se trata propriamente do objeto da comunicação, mas sim de uma modalidade tecnológica recente que consiste na possibilidade das empresas, sobretudo financeiras, fazerem uso de satélites artificiais para comunicação de dados contábeis.

Em que pese a existência de opiniões em contrário, a melhor interpretação é a de que a proteção de que trata esse inciso recai sobre as comunicações, em suas diversas modalidades, e não sobre os dados ou informações que estão sendo comunicados. Assim também pensa Ferraz Jr.²: “Obviamente, o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefonia”. Quanto às informações contidas nessa comunicação, sua proteção se dará pela legislação constitucional ou mesmo infraconstitucional específica, conforme seu conteúdo. Assim, se a comunicação versar sobre aspectos íntimos das pessoas, estarão sob o manto da proteção à intimidade (inciso X do art. 5º). Se foram informações sobre movimentação bancária, será aplicável a legislação que rege essa matéria. O que a Constituição veda é que um terceiro, que nada tem a ver com a relação comunicativa, entre na transmissão (por qualquer de seus modos) e acesse indevidamente os dados transmitidos.

Se, por hipótese, um magistrado, em situação prevista legalmente, determina o acesso do fisco à movimentação financeira de um determinado contribuinte, não se há de cogitar da interceptação das ordens de pagamento feitas eletronicamente, emitidas pelo titular da conta. Deve, entretanto, o banco repassar ao fisco as informações armazenadas em sua base de dados. Não cabe falar, aqui, em sigilo de dados.

Em reforço dessa linha interpretativa, de que apenas o ato comunicacional está protegido pelo inciso XII, Ferraz Jr.³ lembra que o texto constitucional estabelece essa vedação em caráter absoluto, com ressalva apenas quanto às comunicações telefônicas. E o faz em face de sua volatilidade. Nas comunicações por correspondência, telegráfica e de dados, na presença do interesse público, é possível a reconstituição das informações transmitidas e a obtenção de provas com base nos vestígios materiais da comunicação: a carta guardada, o telegrama, as informações armazenadas em um computador. Ao contrário, o conteúdo das conversas telefônicas se perderia por completo, se não fosse a permissão, nos casos especificados, de suas gravações, comumente denominadas “*grampos telefônicos*”.

Pelo exposto, resta demonstrada a inaplicabilidade do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 ao sigilo bancário.

Observe-se, ademais, que o acesso do fisco às informações bancárias é, em última análise, um mero teste de veracidade e consistência das informações já anteriormente oferecidas à administração tributária. O dever original de informar sobre suas operações sujeitas ou não à incidência tributária é do contribuinte, antes mesmo de iniciado qualquer procedimento fiscal. Assim, o acesso a tais informações não deve ser encarado como quebra de sigilo ou prerrogativa excepcional, e sim como forma de se aferir a veracidade das informações que originariamente deveriam ter sido prestadas pelo próprio sujeito passivo da obrigação tributária.

² FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Sigilo Fiscal e Bancário*. In: PIZOLIO, Reinaldo, e GAVALDÃO Jr., Jayr Viégas (Coordenadores). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo, Quartier Latin, 2005, pág. 25.

³ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Obra citada, pág. 27.



Em se tratando de pessoas físicas, as informações já deveriam constar de suas declarações anuais de rendimentos, quer se trate de rendimentos auferidos, tributáveis ou não, quer se trate de informações sobre variações patrimoniais tais como aquisição e/ou alienação de bens, saldos de contas bancárias e de aplicações financeiras, entre outras. Se for o caso de pessoas jurídicas, com muito mais razão as informações já deveriam estar disponíveis ao fisco, em face da obrigação de escriturar detalhadamente todas as suas operações (inclusive bancárias/financeiras) e de comprovar sua escrituração com documentação hábil e idônea.

No caso em tela, ressalte-se, a movimentação financeira objeto de autuação não se encontrava adequadamente escriturada no livro Caixa nem suportada por documentos hábeis e idôneos, como seria obrigação da recorrente, a teor do disposto na alínea "a" do § 1º do art. 7º da Lei nº 9.317/1996 (grifos não constam do original):

Art. 7º A microempresa e a empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES apresentarão, anualmente, declaração simplificada que será entregue até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos impostos e contribuições de que tratam os arts. 3º e 4º.

§ 1º A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;

b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;

c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores.

Adicionalmente, devem ser observadas as disposições do art. 145, § 1º, da Constituição Federal vigente:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, ...;

III - contribuição de melhoria, ...

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O *caput* do artigo traz a competência para a instituição dos tributos, fonte de recursos para o Estado. Seu parágrafo primeiro delimita parâmetros para a exigência tributária, no que é conhecido na doutrina como o *princípio da capacidade contributiva*, embora o



constituente tenha preferido a expressão capacidade econômica. Não obstante o fato de que o texto constitucional se refere aos impostos, não são poucos os autores que estendem sua aplicação às demais espécies tributárias.

Esse conceito está subordinado à idéia de justiça distributiva, busca fazer com que cada um pague de acordo com sua riqueza, e encontra raízes no vetusto preceito do direito romano de que a justiça consiste em dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*).

Ao estabelecer esse parâmetro para a exigência tributária, o constituinte se preocupou com a efetividade de sua aplicação. Para que esse dispositivo constitucional não viesse a se tornar letra morta, à administração tributária foi facultado, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Quando o art. 145 da Constituição Federal faculta (ou, em se tratando de um *poder-dever*, ordena) à administração a identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas dos contribuintes, nada mais faz do que reforçar o princípio da igualdade, permitindo a tributação em paridade de condições daqueles que se encontram em situação econômica semelhante.

Nesse diapasão devem ser compreendidos os artigos 195 e 197 do Código Tributário Nacional:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

[...]

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.

Afasto, assim, as alegações da recorrente quanto à necessidade de ordem judicial para o afastamento de seu sigilo bancário.

O próximo argumento da interessada é de que os lançamentos tributários com base em depósitos bancários seriam ilegais. Invoca o conceito de renda como acréscimo de valor patrimonial, riqueza nova, e conclui que isto não ocorre com a mera movimentação financeira. Transcreve a Súmula nº 182 do extinto TFR e jurisprudência administrativa e judicial que entende favoráveis. Discorda do acórdão recorrido e afirma que “*não se trata de uma presunção legal, já que compete com exclusividade ao fisco a comprovação da efetiva renda obtida pela contribuinte (art. 142 do CTN)*”.

Constato que a acusação trata de omissão de receitas, caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, com a redação dada pela Lei nº 10.637/2002, a seguir transcrito:

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

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

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

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

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

[...]

Trata-se, como é cediço, de presunção relativa, que admite prova em contrário. Mas essa prova cabe à recorrente. Ao Fisco cabe provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, qual seja, a ocorrência de depósitos bancários de origem não comprovada. Não há dúvidas de que os depósitos efetivamente ocorreram. No entanto, regularmente intimada, a recorrente poderia afastar a presunção de omissão de receitas, desde que apresentasse, nos termos da lei, documentação

hábil e idônea que comprovasse, individualizadamente, a origem dos valores creditados em suas contas-correntes.

Para as pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES, situação da interessada, a obrigação de escriturar toda a movimentação financeira, inclusive bancária e, ainda, de guardar todos os documentos e demais papéis que sirvam de base para a escrituração está prevista no art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.317/1996, já transcrito alhures neste voto.

Ao descumprir essa obrigação, a recorrente queda sem meios hábeis para comprovação da origem dos valores que transitaram por sua conta-corrente. Não tendo a interessada qualquer cautela em documentar adequadamente os fatos, ficam por sua conta e risco as consequências de tal negligência. No caso, a consequência é a aplicação da presunção legal de omissão de receitas, nos estritos termos da lei, conforme anteriormente mencionado.

Também não é demais registrar que a Súmula nº 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos, bem assim a jurisprudência administrativa colacionada pela recorrente, se referem à legislação pretérita, anterior à vigência da Lei nº 9.430/1996, e se encontram superadas.

No que toca ao requerimento de realização de “*perícia econômico-financeira para se aquilatar corretamente o acréscimo patrimonial auferido pelo contribuinte*”, deve ser recusado por desnecessário à solução da lide. A aplicação da presunção legal acima descrita faz prescindível a demonstração de quaisquer acréscimos patrimoniais. A prova a ser produzida nos autos pela interessada seria de natureza documental, capaz de afastar a presunção legal, ou seja, a comprovação individualizada acerca da origem dos valores creditados nas contas-correntes da recorrente. Conforme visto em diversas oportunidades anteriormente, tal prova não foi carreada aos autos, descabendo o deferimento de perícia para tanto.

Acrescento que a aferição do crédito tributário é prerrogativa do Fisco, e não de algum perito contábil. Se o contribuinte considera que há erros nos valores exigidos, cabe-lhe impugnar a exigência de forma específica, apontando, fundamentando e comprovando o que, por sua ótica, seria ou não devido.

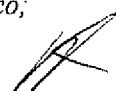
A recorrente insurge-se, ainda, contra as multas aplicadas, no percentual de 112,5%, as quais qualifica como absurdas e que poderiam induzir à violação ao princípio do não-confisco (art. 150, IV, da CF/88). Busca estabelecer a diferença entre declarar uma norma inconstitucional (o que seria reservado ao Poder Judiciário) e reputá-la inconstitucional sem o declarar, apenas afastando sua incidência (o que seria possível ao órgão administrativo). Pede, então, o cancelamento do auto de infração ou, quando muito, sejam as multas baixadas para o limite permitido pelo STF.

Assim reza o dispositivo constitucional invocado pela recorrente (grifo não consta do original):

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;



[...]

Por pertinente, reproduzo abaixo o artigo 3º da Lei nº 5.172/1966 (CTN) (grifo não consta do original):

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Ora, desde que tributo não é sanção de ato ilícito, conforme dispõe o CTN, fica patente a distinção entre tributo e multa, esta, sim, de natureza punitiva. E a vedação constitucional invocada se refere tão somente a tributo. Quanto à multa ora em discussão, inaplicável a limitação constitucional do poder de tributar trazida pela recorrente.

E para sepultar de vez qualquer discussão sobre esse ponto, deve ser trazida à colação a súmula nº 2 deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais⁴, pelo que desnecessário se faz qualquer outro comentário:

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

A recorrente questiona também a aplicação da taxa Selic para cálculo dos juros de mora, por ilegal e inconstitucional, pelos motivos que expõe, e pede o cancelamento do auto de infração.

A matéria já foi inúmeras vezes discutida por este Colegiado, bem assim pelo extinto Primeiro Conselho de Contribuintes e pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, e se encontra pacificada, a ponto de resultar na súmula nº 4, a seguir reproduzida⁵:

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

Por amor à clareza, trago à colação às disposições do art. 161, § 1º, do CTN (grifos não constam do original):

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Ocorre que a Lei nº 9.430/1996, em seu artigo 61, § 3º, conjugado com o art. 5º, § 3º, veio a dispor de modo diverso, estabelecendo a aplicação de juros equivalentes à taxa SELIC sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos não pagos, nos seguintes termos (grifos não constam do original):

⁴ Anexo III da Portaria CARF nº 106, de 21/12/2009, publicada no DOU de 22/12/2009.

⁵ Anexo III da Portaria CARF nº 106, de 21/12/2009, publicada no DOU de 22/12/2009.



Art. 5º O imposto de renda devido, apurado na forma do art. 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

[...]

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

[...]

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

[...]

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Não acolho, pois, o pedido de desconsideração dos valores decorrentes da aplicação da taxa SELIC, menos ainda quanto ao cancelamento dos autos de infração.

Finalmente, constato que no recurso voluntário ora apreciado não foram aduzidas razões específicas contra a exclusão da recorrente do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), mediante Ato Declaratório Executivo nº 27, de 31/08/2005, expedido pela DRF/Jundiaí (fl. 678). Em assim sendo, sobre essa matéria o litígio deixou de existir com a decisão de primeira instância, e não compete a este colegiado qualquer pronunciamento a respeito, o que apenas é reforçado pelo fato de que foi mantido o lançamento por omissão de receitas, fazendo com que o limite de receita bruta para permanência no SIMPLES tenha sido, efetivamente, ultrapassado no ano-calendário 2003, com efeitos para o ano-calendário subsequente.

Em conclusão, voto por rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário interposto.


WALDIR VEIGA ROCHA - Relator