



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

Processo nº 14041.720002/2012-99
Recurso nº
Resolução nº **1402-000.208 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 10 de setembro de 2013
Assunto IRPJ - Sigilo Bancário
Recorrente COPEL COMERCIO DE PAPEIS E APARAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, sobrestar o julgamento até manifestação definitiva do STF sobre a matéria, à luz do art. 62-A do Anexo II, do RICARF, e do § único do art. 1º da Portaria CARF nº 1, de 03.01.2012. Ausente justificadamente, o Conselheiro Paulo Roberto Cortez.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Carlos Pelá, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Leonardo de Andrade Couto.

Copel Comércio de Papéis e Aparas Ltda recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 2ª Turma da DRJ Brasília/DF, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“Contra a contribuinte identificada no preâmbulo foram lavrados os auto de infração às fls. 540/612, formalizando lançamento de ofício do crédito tributário abaixo discriminado, relativo aos anos-calendário de 2008 e 2009, incluindo juros de mora calculados até 03/2012 e multa proporcional, totalizando R\$ 23.799.951,79 (vinte três milhões setecentos e noventa e nove mil novecentos e cinquenta e um reais e setenta e nove centavos):

- Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ	16.128.412,86
- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL	5.486.567,26
- Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS	389.724,30
- Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins	1.795.355,79

De acordo com a descrição dos fatos, que remete ao Relatório de Verificação Fiscal e anexos às fls. 545/581, foi escolhido como forma de tributação nos anos-calendário de 2008 e 2009 o lucro real, conforme DIPJ's apresentadas. Consequentemente, o Pis e a Cofins foram tributados no regime não-cumulativo, conforme artigo 2º da lei 9.718/98 combinado com os artigos 1º a 6º da Lei nº 10.637/2002 (Pis) e com os artigos 1º a 8º da Lei nº 10.833/2003 (Cofins).

Esclarece o auditor fiscal que o procedimento fiscal foi aberto com o objetivo de verificar a dedução de despesas operacionais, bem como a movimentação financeira da contribuinte e a correta apuração das receitas. Houve uma demanda requisitória do Ministério Público Federal para realização da fiscalização, tendo em vista que a empresa foi alvo da Operação Esperança (desdobramento da operação Caixa de Pandora) da Polícia Federal.

No curso da fiscalização e de posse da escrituração contábil da contribuinte (arquivos magnéticos de 2008 e 2009) constatou-se que a movimentação financeira não foi integralmente contabilizada.

Da análise da escrituração contábil e demais informações apresentadas verificou-se o auferimento de receitas operacionais somente com a Revenda de Aparas, classificadas na conta 4.1.01.01.0001.

Após a realização de conciliação entre extratos bancários e contabilidade, constatou-se a existência de depósitos/créditos bancários que não foram lançados na escrituração contábil da contribuinte e, consequentemente, tais créditos, por não terem sua origem comprovada, caracterizam-se como omissão de receitas, conforme artigo 42 da Lei nº 9.430/96, estando sujeitas à incidência de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins.

Verificou-se também que os bens classificados no Imobilizado da contribuinte, bem como a Aeronave matrícula PP-PRR, adquirida sob a forma de leasing, não estão intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços e, portanto, todas as despesas vinculadas a tais bens têm suas deduções expressamente vedadas, para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, conforme preceitua o art. 13 da Lei nº 9.249/95. Uma vez intimada a comprovar a utilização desses bens, em 15/08/2011 e em 07/12/2011, permaneceu silente.

Resumidamente constatou-se as seguintes irregularidades:

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA: A contribuinte não contabilizou nem comprovou a origem dos depósitos bancários. Em 19/07/2011, foi intimada a apresentar os extratos bancários. Reintimada em 15/08/2011 restou-se silente, via de consequência, em 12/09/2011 foram expedidas Requisições de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF) dirigidas ao Banco Real S/A, Banco Bradesco S/A e Banco Itaú S/A.

Em 02/12/2011 foi lavrado Termo de Intimação Fiscal, solicitando à fiscalizada comprovar a origem dos recursos creditados/depositados nas contas bancárias de sua titularidade e não contabilizados.

Em 25/01/2012 lavrou-se Termo de Reintimação Fiscal, no qual a contribuinte foi novamente instada a apresentar os elementos anteriormente solicitados e, mais uma vez, não se manifestou.

Tendo em vista a não apresentação de documentação hábil e idônea para comprovar a origem dos créditos efetuados nas contas bancárias de sua titularidade, foram apurados os valores mensais de omissão de rendimentos, de acordo com os extratos bancários, tendo em vista a presunção legal contida no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS: A fiscalizada efetuou a dedução indevida de despesas não necessárias à execução do seu objetivo social, despesas estas não usuais ou normais na atividade econômica desempenhada, conforme escrituração contábil constante no Anexo VII a este Relatório.

CUSTOS NÃO COMPROVADOS: A contribuinte contabilizou a compra de mercadorias para revenda e não apresentou os documentos comprobatórios hábeis desses custos.

BENS NÃO RELACIONADOS COM A ATIVIDADE: A contribuinte deduziu indevidamente despesas com contraprestação de arrendamento mercantil (leasing) da Aeronave matrícula PP-PRR, conforme Anexo VII deste Relatório.

ALIENAÇÃO/BAIXA DE BENS DO ATIVO PERMANENTE: A fiscalizada efetuou a dedução indevida de despesas não operacionais, decorrentes da perda de capital apurada na alienação de veículos, integrantes do ativo permanente, não relacionados intrinsecamente com a comercialização de aparas de papel, atividade esta responsável pela geração de suas receitas operacionais.

AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO OU DECLARAÇÃO INEXATA: A contribuinte contabilizou as Provisões para Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, entretanto não fez os recolhimentos dos tributos (IRPJ e CSLL), nem declarou os saldos a pagar (informados nas DIPJ 2009 e 2010) em DCTF.

Cientificada das exigências por via postal, em 29/03/2012 (AR reproduzido à fl 613), a autuada apresentou em 18/04/2012 a petição impugnativa acostada às fls. 632/651, atacando o procedimento fiscal com os argumentos a seguir expostos.

DAS PRELIMINARES DE NULIDADE Pugna pela nulidade do procedimento administrativo, vez que se funda em **inconstitucional e ilegal quebra do sigilo bancário** da Impugnante, obviamente teve a Impugnante suas contas ilegalmente vasculhadas, além da falta do devido processo legal, pois, não lhe coube o direito de defesa no que lhe ampara a Constituição Federal.

Irresignada a Impugnante ressalta que o entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal é outro, como se vê a partir do julgamento do Recurso Extraordinário

– RE 389.808/PR, julgado em 15/12/2010. Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal deu provimento a recurso extraordinário do contribuinte e reconheceu a inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário que não seja realizada por decisão judicial fundamentada.

Logo, a inteligência do dispositivo normativo contido no artigo 11, § 3.º, da Lei nº 9.311/96 evidencia a toda prova que o legislador erigiu um enunciado especialmente dirigido às autoridades administrativas da Secretaria da Receita Federal para que resguardassem "o sigilo das informações prestadas".

O voto condutor da decisão, de lavra do Ministro Relator Marco Aurélio, deixa claro que não é dado às autoridades administrativas tolherem o direito constitucional dos contribuintes ao sigilo de dados e à intimidade. A ressalva ao sigilo somente pode ocorrer por decisão judicial fundamentada, não tendo qualquer órgão administrativo poderes para tanto.

Por esta perspectiva, conclui-se facilmente que o sigilo fiscal é direcionado a autoridade fiscal, a qual possui o dever de manter em sigilo as informações relacionadas ao contribuinte, obtidas no desempenho de suas funções.

Mormente, ao que já se expende, a autoridade que instaurou o MPF agiu em abuso de poder, porque sem competência para fazê-lo. Viola o Artigo 5º, LII, da Constituição Federal vigente, e por isso, quando a autoridade promove através desse procedimento irregularmente instaurado a quebra do sigilo bancário administrativamente, termina instaurando procedimento ilegal que apresenta abuso de poder.

Ademais, o artigo 5.º, § 2.º, da Constituição Federal em Vigor, C/C com o artigo 98 do Código Tributário Nacional, também em vigor, determinam que o artigo 1.º da Lei 10.174, de 09 de Janeiro de 2001, deve observar o quanto determinado pelo artigo 8.º, I, do pacto de San José da Costa Rica, o que inviabiliza a hipótese de se emprestar efeito retro-operante a dispositivo da Lei n.º 10.174/2001.

Cita diversos outros julgados, tanto do STJ quanto do STF, e conclui pela irregularidade do procedimento administrativo, culminando em ato de ilegalidade, quanto a quebra do sigilo bancário administrativamente, sem a intervenção da autoridade judiciária.

Também o procedimento fiscal foi irregularmente instaurado e em abuso de poder que ofende, sobretudo, as normas do Estado de Direito, Pétreos em nosso ordenamento Constitucional, fere na linha adjetiva, também, o princípio da reserva de jurisdição, pelo que nulo de pleno direito.

Assim, pede se declare e restabeleça seus direitos fundamentais.

DAS QUESTÕES DE MÉRITO b.1) DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO ATO VINCULADO Os fatos em que se basearam as argumentações, não guardam correlata vinculação ao que narra a penalização que pretende impor o Fiscal, portanto insuficientes para constituir o suposto direito arrecadatório, sem que haja frontal ferimento às garantias Constitucionais, do devido processo legal e do afastamento do cerceamento de defesa.

Carece da necessidade de discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos individualizados a que se referem, assim é o disposto nos arts. 9 e 10 do Decreto 70.235/1972.

O lançamento fiscal, espécie de ato administrativo, goza de presunção de legitimidade, essa circunstância, todavia, não dispensa a Fazenda Pública de demonstrar, no correspondente auto de infração, a metodologia seguida para o arbitramento do imposto e sua penalização, assim, padece de vício a autuação, invalidando o ato, "in casu" não se sabe qual fora a infração, não identifica corretamente, também, a ocorrência do fato gerador da obrigação, pois nasce em fato de presunção pessoal dos Senhores Auditores Fiscais.

A autoridade administrativa deve, ao proceder o lançamento, identificar todos os elementos que constituem o direito de crédito, para facultar ao sujeito passivo, sua ampla defesa.

Depósitos Bancários de origem não comprovada: tornando-os receitas e dando-as por omissão, é absurdamente ilegal tal atribuição, enseja análise exclusivamente pessoal e presunção incompatível com a realidade material.

Despesas não Necessárias: tomando-as como fora da atividade empresarial por absoluta presunção pessoal, pois desrespeitou a finalidade da empresa e o direito Constitucional garantidos. Desconstituiu-se o objeto social ao prazer e interesse pessoal, ainda que técnico, para poder aplicar a penalidade desejada.

A Fiscalização não tem o direito de estabelecer se pode, ou não, uma empresa regularmente constituída adquirir veículos e perquirir se são necessários ou não à sua atividade, pode sim, importar-se com a tributação pelo movimento destes, nunca impedir que se possa adquiri-los e mantê-los às custas da proprietária enquanto previsto em seu contrato social.

Seria, no mínimo, conflitante a possibilidade de apuração de ganho pela alienação de um bem, e a ignorância da possibilidade de se praticar a atividade empresarial em seu todo, como previsto, enquanto atribuindo a exclusividade de receita provir de um dos segmentos do objeto social? Inexplicável. Pois é o que fizeram os Senhores Auditores, no momento em que glosaram a totalidade dos lançamentos por atribuírem a eles as **Despesas Não Necessárias e Bens não Relacionados com a Atividade**.

A Ausência de Declaração ou Declaração Inexata, para desconsiderar os lançamentos praticados pela Recorrente, em seus livros diário e razão, donde exsurgem as apurações do IRPJ, PIS, COFINS. e CSLL, sem a devida demonstração de inconsistência de lançamentos e exigir o pagamento de cada uma das rubricas, na base de sua presunção, elegendo presunção pessoal, distorcem a realidade fiscal tributária e, no mínimo é anulável. Trata-se de acusação fiscal precária, já debatida e de justiça feita.

Por tudo demonstrado, não pode o AFRF, atuar no campo das suposições, nem atribuir pena punitiva a supostas infrações, pois quando não demonstradas e sustentadas, caracterizam suposta infração tributária, campo subjetivo, vez que desconsiderando lançamentos, atribuindo valores de conveniência elegem tributos e penas não inclusas no mundo jurídico tributário, fora do texto constitucional, desautorizadas, portanto, o que desde já requer pela anulação do feito e desconsideração do Auto de Infração, vez que violam os princípios constitucionais tributários, além da ampla defesa e do contraditório.

b.2) MULTA; CONFISCO E LEI BENIGNA O nascedouro da base imponible é ficto, pois, aproveita a **presunção de renda**, via de consequência, o tributo exsurge em valores superiores ao realmente devido, o que caracteriza o confisco, proibido em letras da Constituição Federal em seu artigo 150 e incisos.

No caso em exame verifica-se legitimamente ter havido a criação de uma base tributária geradora de tributo de forma ficta, por ação de interesse dos AFRF's, que suprimindo benefícios redutores do resultado fiscal, impõe base subjetiva e presunçosa para incidência, gerando tributação excessiva e indevida.

Eis que, o ato arbitrário do AFRF., confisca assim, patrimônio não disponível a tributação, tem, portanto, intenção predatória, vez que subtrai patrimônio particular aos cofres públicos, macula o princípio do não confisco, que em última análise não pode ser tamanho, que possa absorver a própria fonte de tributação. Tal princípio desautoriza a exacerbação imotivada, não razoável, da tributação.

Há que se proteger o direito de propriedade e o princípio da proporcionalidade entre o ilícito e a punição respectiva, vedado então a aplicação da multa, com efeito, confiscatório. Pois de singela análise se conclui que a penalidade desejada é muito superior a 50% sobre os valores supostamente lançados incorretamente.

Assim já se pronunciou definitivamente o STF, ADInMC 1.075- DF. Rel Min. Celso de Mello "sem prejuízo de outras garantias asseguradas pelo contribuinte, é vedado à União, ao Distrito Federal e aos Municípios.... CF. 150. IV utilizar tributo com efeito de confisco." (informativo 115 do STF).

Também pela Lei Adjetiva, "ex vi", CTN., v artigo 113, § 1.º, a obrigação tributária principal, tem por objeto o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, merecendo as duas hipóteses o mesmo tratamento legal. Ou seja, deverão ser enunciadas exclusivamente pela Lei.

Sendo singela a referência ao artigo 926 do RIR, escolheu aplicar multa de 75%, sem qualquer fundamentação, por outro lado a multa deverá, como visto, estar em perfeita harmonia lógica com a natureza jurídica pretendida. Insubsistente e manifestamente incongruente com a legalidade, visto o artigo 149 do CTN, elencar os casos em que de forma restritiva se aplica a multa de ofício, deles não está presente a hipótese que pretendeu alcançar o AFRF.

No muito, poderia os zelosos Auditores Fiscais apropriar-se dos efeitos da Lei mais benigna, aplicando a Lei 9.430/96, c/c CTN art. 106, II, "c", para lançar o valor de 20%, se ainda assim fosse devido.

A doutrina constitucional moderna e o Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, determinam que não se deve analisar as leis somente sob a ótica do princípio da reserva legal. *"O julgamento da questão deve ter como base o princípio da reserva legal proporcional, que tem como pressuposto não somente a legitimidade dos meios e dos fins a serem alcançados, mas também a necessidade de utilizar-se o meio menos gravoso ao indivíduo para alcançar o fim almejado"* (MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 39-40).

Com isso, não pode haver distorção entre a medida estabelecida em lei e o fim por ela objetivado, determinando que o modo de combater e punir os ilícitos fiscais deve ser disposto com penalidades que guardem adequação dos meios e dos fins, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade e a proporcionalidade.

Dessa forma, constatado que o princípio da razoabilidade das leis se aplica às normas que impõem penalidades fiscais, assim necessário discutir a questão do princípio do não-confisco em relação aos aludidos comandos normativos.

Portanto inaplicável a multa por eles eleita, e apresentando-se igualmente confiscatória, roga-se pela desconstituição de tal fato imoral.

b.3) TAXA SELIC E OS JUROS DE MORA ILEGAIS A TAXA SELIC Para que seja compreendida a irresignação da Impugnante, sobre a aplicação da Taxa Selic, a débitos tributários, mister evidenciar já pacificado entendimento das Cortes Superiores de que se trata de ato administrativo emanado pelo Banco Central do Brasil, com o aval do Poder Executivo por via de seu órgão máximo o que não autoriza a tornar irrelevante o Princípio Constitucional da Legalidade, ou seja, em se tratando de Tributos, jamais um ato administrativo poderá servir de base para a intenção de retirar parte do patrimônio do Contribuinte.

Ainda que a comentada Lei 9065/95, em seu artigo 13, autorize a utilização da taxa SELIC, como índices de juros a serem aplicados aos créditos tributários, tal menção é tão somente literária, em virtude da não existência de diploma legal que consolide sua apuração de valores. Ora, a fuga ao controle do Legislativo impõe uma característica inadmissível em um estado de direito, essa inovação a ordem jurídica, de legislar em causa própria, não foi aceita pelos Tribunais de nosso País.

A SELIC, como consta de seu regulamento, não possui características indenizatórias, a qual é própria dos juros moratórios, como bem entendeu o Ilustre Ministro Octávio Gallotti, na Adin n.º 493/DF, quando define ser a taxa Selic um meio de remuneração, e não de indenização, "*seu cálculo se baseia na variação do custo do dinheiro, que é influenciado pela liquidez do mercado*".

Servindo a Selic como meio de remuneração, não pode igualmente ser utilizada como juros moratórios, remete nos a aplicabilidade para tal, da existente legislação que trata do assunto, CTN., artigo 161, § 1.º, onde existe a taxativa estipulação de juros no patamar de 1% ao mês. (apresenta algumas ementas).

OS JUROS A respeitável autuação, não teve melhor sorte ao tratar da legalidade dos juros, merecendo igual correção e reparação.

Tal disciplina não deverá carecer de maiores delongas, pois; ainda que se admitisse a existência de Leis ordinárias criando valores percentuais de juros maiores para fins tributários, ainda assim, a título de argumentação, a interpretação que melhor se afeiçoa ao artigo 161, § 1.º do Código Tributário Nacional, que possui natureza de lei complementar pelo artigo 34, § 5.º do ADCT, é a de poder a lei ordinária fixar juros iguais ou inferiores a 1% ao mês, nunca juros superiores. Desde então será singelo entender nas linhas do mesmo raciocínio legal, que juros maiores que 1%, para fins tributários só poderiam existir, quando também previstos em Lei Complementar, sem buscarmos o que hospeda a Constituição de forma direta.

Ainda que sem o aperfeiçoamento ao caso, vale o registro, porém, que o "destaque" alicerce, fica ao encargo da modernidade do senso cívico e a moralidade que incorporam os Insignes Ministros da Corte Suprema, para em atual entendimento versar sobre a impossibilidade da aplicação de taxas de juros superiores a 12% ao ano, no que determina a Constituição Federal.

Ressalte-se, visto os juros serem superiores ao legal, são fortes também os motivos para se entender que os cálculos dos juros obedecem ao critério da cumulatividade, ou seja: juros sobre juros, anatocismo; mês atual sobre o anterior e sucessivamente, ainda que se tenha real dificuldade de apuração do que pretendeu o Fisco.

Assim é o que se aplica ao caso em apelo, pois objetiva tudo quanto já pacificado.

b.4) DO PEDIDO Ao que se colacionou ao julgamento, espera a Impugnante suprida a instância, requerendo seja recebida a presente, conhecendo do mesmo e dando provimento para:

Preliminarmente Seja reconhecido e declarada a nulidade do procedimento administrativo por quebra irregular do sigilo bancário - ante a regra do artigo 5.º, § 2.º, da Constituição Federal em Vigor, C/C com o artigo 98 do Código Tributário Nacional e recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal;

Não sendo este o entendimento:

Seja reconhecido e declarada a nulidade do Auto de Infração, ante a inexistência de legalidade e falta de Vinculação do Ato Administrativo praticado, eis que formalizado sem correlato nexa ao que narrado na penalização, baseado que foi na presunção e suposição;

Vencido os itens acima, ante as razões apresentadas, seja parcialmente provido o recurso para:

Acolhimento, nos termos do art. 16 inciso IV da Lei 70.235/72, a realização de perícia técnica a prover os quesitos enumerados no apenso I. Profissional: Contabilista - Jairones José Chaves CRC: 015693/0-6 SC Endereço: Rua Schiller, 1348 - Curitiba - Paraná - CEP 80040-160;

Fixar a multa (punitiva) em 20% a teor da Lei 9.430/96 c/c Art. 106, II do CTN;

Excluir a taxa SELIC, eleita no auto de infração como modalidade de atualização monetária; e;

Limitar os juros moratórios em 12% ao ano.

Seja aplicado ao presente o efeito suspensivo preservada a inscrição do nome da Impugnante no cadastro de inadimplência, ou se negativedo, determine providências de exclusão.

É o relatório.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 03-49.658 (fls. 665-688) de 12/11/2012, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação. A decisão foi assim ementada.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2008, 2009.

REQUISIÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA - RMF. EMISSÃO. Não tendo o sujeito passivo atendido à intimação para apresentar os extratos de sua movimentação financeira, é cabível à autoridade tributária providenciar a emissão de RMF, visando obter essas informações diretamente das instituições bancárias.

SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. INOCORRÊNCIA. PREVISÃO LEGAL. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. O fornecimento de informações pelas instituições financeiras sobre a movimentação do sujeito passivo, na forma da Lei Complementar - LC

nº 105, de 10 de janeiro de 2001, não constitui quebra de sigilo. Trata-se de medida que prescinde de autorização judicial, quando promovida nos termos da lei, durante procedimento fiscal em curso no qual a autoridade tributária constata ser indispensável o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras.

CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. MODO DIFUSO. EFICÁCIA ENTRE AS PARTES. Eventual decisão do STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade, tem efeito apenas entre as partes, ou seja, não beneficia terceiros não integrantes da lide.

PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITAS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. APRECIÇÃO DE LEGALIDADE. Presume-se ocorrida a omissão de receitas ou de rendimentos, em situação na qual os depósitos bancários indicando a movimentação financeira do contribuinte não tiverem a origem comprovada pelo titular, mediante a devida apresentação de documentação hábil e idônea.

Opera-se a inversão do ônus da prova, situação em que cabe ao contribuinte desconstituir a presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

A presunção de omissão de receitas encontra-se prevista em lei. Nesse contexto, não cabe a órgão de julgamento administrativo apreciar argüição de sua legalidade.

No que se refere ao Auto de Infração não cabe avaliação quanto à conveniência e à oportunidade da prática do ato, pois, identificado o ilícito, é obrigatória a autuação, que deve seguir os estritos limites das normas que disciplinam as etapas do procedimento fiscal.

DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS. LEASING. DESPESAS NÃO OPERACIONAIS. Serão glosadas as despesas não usuais à atividade empresarial, bem como quaisquer gastos não relacionados extrinsecamente com a produção ou comercialização dos bens e serviços.

Devem ser glosadas as deduções indevida de despesas não operacionais, decorrentes da perda de capital apurada na alienação de veículos, integrantes do ativo permanente, não relacionados intrinsecamente com a atividade responsável pela geração de receitas operacionais.

CUSTOS NÃO COMPROVADOS. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração os custos que não sejam dedutíveis. Serão glosados os custos com mercadorias para revenda quando não comprovados por documentação hábil e idônea.

AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO OU DECLARAÇÃO INEXATA. O lançamento será efetuado de ofício quando o sujeito passivo contabiliza as Provisões para Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, mas deixa de recolher os tributos, e deixa de declarar os saídos a pagar em DCTF.

ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS. INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIACÃO. FALTA DE COMPETÊNCIA. Não compete aos órgãos julgadores administrativos apreciar a constitucionalidade de lançamento fiscal cujos fundamentos encontram-se amparados em lei.

JUROS. MULTA. SELIC. CONFISCO. A multa, no caso de lançamento de ofício por omissão de receitas, tem o percentual estabelecido na legislação, cabendo ao agente do Fisco o seu cumprimento. Os princípios constitucionais são dirigidos ao legislador e não ao mero aplicador da lei que a ela deve obediência.

Efetuada o lançamento de ofício, cabe imposição da multa proporcional de 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

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.

ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA CERCEAMENTO DE DEFESA. Não há cerceamento de defesa se estão devidamente discriminados, na Autuação e seus anexos, os fatos geradores, as contribuições apuradas, bem assim a indicação de onde os valores foram extraídos e os dispositivos legais que amparam o lançamento, informações essas que possibilitam ao impugnante identificar, com precisão, os valores apurados e permitem o exercício do pleno direito de defesa e do contraditório.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. Sendo os documentos acostados aos autos claros, permitindo um adequado julgamento, torna-se prescindível a realização de perícia ou diligência para a solução da controvérsia.

CSLL. PIS. COFINS. LANÇAMENTOS COM BASE NO MESMO FATO E MATÉRIA TRIBUTÁVEL. O decidido em relação ao IRPJ estende-se aos lançamentos de CSLL, PIS e Cofins, vez que formalizados com base nos mesmos elementos de prova e se referir à mesma matéria tributável.”

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 31/01/2013 (A.R. de fl. 694), a interessada interpôs recurso voluntário em 27/02/2013 (fls. 696-710) onde repisa os argumentos trazidos em sede de impugnação.

É o relatório.

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar.

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Há que se reconhecer, de início, que o presente processo traz, dentre outras, matéria relativa a acesso a dados bancários, sem ordem judicial, por parte da autoridade fiscal. É o que se constata nos autos com as requisições de informações sobre movimentação financeira, fls. 255/256, 258/260, 315/317e 465/467.

Passo a enfrentar esse tópico específico me valendo dos fundamentos, que adoto como razões de decidir neste Voto, apresentados pelo i. Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva, que transcrevo abaixo.

“Dentre as matérias afetas ao julgamento do presente processo, no que diz respeito ao princípio da legalidade do qual a autoridade administrativa não pode se afastar, está questão inerente ao acesso dos dados bancários, sem ordem judicial, por parte da autoridade fiscal.

Em 15 de dezembro de 2010, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, proferiu decisão que pode ser sintetizada na ementa abaixo transcrita, publicada no DJe-086 em 10-05-2011.

Ementa SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídicotributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

À luz do artigo 26-A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, a seguir transcrito, os Conselheiros do Carf somente podem deixar de aplicar lei sob o fundamento de inconstitucionalidade após o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, em controle concentrado ou difuso, por decisão definitiva, ter reconhecido a inconstitucionalidade da norma.

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

....

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Ocorre que o acórdão exarado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, com a ementa acima transcrita, foi desafiado por embargos de declaração, com pedido de modificação da decisão.

Pelo que apurei em pesquisa realizada em 28/01/2012, os citados embargos foram recebidos por despacho datado de 07/10/2011 e ainda encontram-se pendentes de julgamento.

Assim, por estarmos diante de acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que não transitou em julgado, com base na decisão resultante do RE 389.808/PR, não é possível, nesta instância administrativa, deixar de aplicar as disposições constantes na Lei Complementar nº 105, de 2001 e na Lei nº 10.174, de 2001.

A questão relacionada à alegação de impossibilidade de acesso aos dados bancários também está em pauta no Recurso Extraordinário nº 601.314/MG.

Em 20/11/2009, ao examinar o Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, quanto à matéria, a existência de repercussão geral, nos termos do artigo 542-B, do Código de Processo Civil. Neste sentido, segue a ementa da decisão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao fisco, sem prévia autorização judicial (lei complementar 105/2001). Possibilidade de aplicação da lei 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência. Relevância jurídica da questão constitucional. existência de repercussão geral.

O tratamento a ser dispensado aos processos com repercussão geral encontra-se no artigo 543-B, do CPC, o qual transcrevo:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (acrescentado pela Lei 11.418, de 2006).

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (grifei).

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Observo que reconhecida a repercussão geral, à luz do parágrafo único do artigo 543-B, do CPC, cabe ao tribunal de origem, isto é, aos tribunais “a quo”, sobrestar os demais processos. O fato dos tribunais estaduais ou regionais poderem remeter ao STF um ou mais processo representativo da situação de repercussão geral não quer dizer que em relação aos demais exista necessidade de ato específico para que sejam sobrestados.

O sobrestamento decorre da lei.

Não se pode confundir o ato de selecionar processos representativos da controvérsia, para que o STF tenha pleno conhecimento da matéria, com o ato de sobrestamento dos demais processos. São duas situações distintas tratadas no parágrafo único do artigo 543-B.

O sobrestamento dos processos pendentes de julgamento nos tribunais estaduais ou regionais decorre da lei, isto é, no caso do STF, do artigo 543-B, parágrafo único e, no caso do STJ, do art. 543-C, parágrafo único, do CPC.

Conforme observado anteriormente, cabe aos tribunais de origem suspender o processamento dos recursos especiais ou extraordinários quando versarem sobre matéria com repercussão geral reconhecida. Porém, não adotada tal providência, o relator poderá determinar formalmente que se a observe. Isto que está previsto no § 2o. do artigo 543-C, que se refere ao STJ, mas igualmente adotado pelo STF que já expediu atos neste sentido.

Do Regimento Interno do STF Quando da entrada em vigor dos artigos 543-B e 543-C, ambos do CPC, existia pendente de julgamento no STF e no STJ processos já admitidos pelos tribunais de origem. Em relação a estes processos ou a todos quanto chegarem ao STF tratando de matéria em relação a qual for reconhecida repercussão geral, aplica-se o disposto no artigo 328 do Regimento Interno, a seguir transcrito:

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, o Presidente do Tribunal ou o Relator, de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o Presidente do Tribunal ou o Relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil. (grifei).

Quando do reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, não identifiquei pronunciamento do relator ou do Presidente da Corte determinando a devolução de processos com a mesma matéria para que aguardassem o desfecho do citado Recurso Extraordinário. Quanto ao sobrestamento, na origem, dos processos com a mesma matéria, esta decorre do disposto na segunda parte do § 1o., do artigo 543-B, CPC, que ao se reportar aos tribunais de origem usa as expressões “**sobrestando os demais processos até o pronunciamento definitivo da corte.**” (grifei).

Há que se perceber a diferença entre:

a) sobrestar os demais processos na origem (art. 543-B, parágrafo único, do CPC) e;

b) determinar a devolução dos demais aos tribunais de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil (art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do STF).

O sobrestamento na origem diz respeito aos processos que ainda não foram remetidos ao STF. A devolução de que trata o Regimento Interno do STF dá-se quando

os processos já estiverem no STF e este entender que eles devam ser devolvidos à origem até decisão daquele em relação ao qual foi reconhecida repercussão geral.

Importante observar que o sobrestamento é para os processos ainda não remetidos ao STF. Quanto aos processos que se encontram no STF podem ocorrer duas situações: devolução à origem ou julgamento pela Corte. Foi o que aconteceu, por exemplo, com o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, que inobstante tratar sobre matéria para a qual já havia sido reconhecido repercussão geral (RE 601.314/MG), foi julgado pela em 15-12-2010.

Ainda sobre o tema, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do processo acerca do sigilo bancário em relação ao qual foi reconhecida repercussão geral, em 19/10/2010, quando do exame do Agravo de Instrumento nº 765.714, proferiu decisão com o seguinte conteúdo:

“Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão, cuja ementa segue transcrita:

“TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. CONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO DA LEI 9.311/96 (ART. 11, § 3º). APROVEITAMENTO DE DADOS PARA CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Lei 4.595/64 permitia o acesso aos agentes fiscais tributários de documentos, livros e registros de contas de depósitos quando houvesse processo instaurado e quando tais documentos fossem considerados indispensáveis pela autoridade competente. A jurisprudência se manifestou, afirmando que o processo seria o judicial e a autoridade competente seria a judiciária.

2. Em 2001, essa matéria foi alterada, tendo sido editada a Lei Complementar 105. Não há inconstitucionalidade nessa legislação, pois, na coexistência de dois bens ou valores protegidos constitucionalmente, deve-se sobrepor o que visa atender ao interesse público e não ao interesse privado. Os direitos fundamentais não são absolutos e podem sofrer abalo se colocados em conflito com outro valor que deva ter preferência.

3. A fiscalização pela autoridade administrativa é instrumento de arrecadação tributária pelo Estado, que, por sua vez, visa atender ao princípio da capacidade contributiva (tributando quem capacidade detém) e ao da isonomia (tributando todos aqueles que podem ser tributados), corolários dos objetivos da República de construção de uma sociedade justa e solidária e de redução das desigualdades sociais.

4. Diante do princípio da irretroatividade das leis, a utilização dos dados da CPMF para apuração de eventual crédito tributário relativo a tributos diversos é vedada para anos anteriores ao de 2001. Fatos ocorridos e já consumados não se regem por lei nova, mas sim pelas leis que vigoravam no seu tempo. Leis novas valem para o futuro.

5. Na redação original do art. 11, § 3º, da Lei 9.311/96, o legislador impunha à Secretaria da Receita Federal “o sigilo das informações prestadas” e vedava sua utilização para a constituição de crédito relativo a outros tributos. Tratava-se de norma que impunha o sigilo e vedava a constituição de outros tributos com a utilização dos dados da CPMF, resguardando um direito do contribuinte, e sendo, portanto, norma material ou substantiva e não processual ou adjetiva sobre a qual se aplicaria o art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional.

6. Apelação provida em parte” (fls. 49-50).

No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se ofensa, em suma, ao art. 5º, X e XII, da mesma Carta.

No caso, o recurso extraordinário versa sobre matéria - sigilo bancário, quebra. Fornecimento de informações sobre a movimentação bancária de contribuintes diretamente ao

Fisco, sem autorização judicial (Lei complementar 105/2001, art. 6º). Aplicação retroativa da Lei 10.174/2001, que alterou o art. 11, § 3º, da Lei 9.311/96 e possibilitou que as informações obtidas, referentes à CPMF, também pudessem ser utilizadas para apurar eventuais créditos relativos a outros tributos, no tocante a exercícios anteriores a sua vigência - cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 601.314-RG/SP, de minha relatoria).

Isso posto, preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, dou provimento ao agravo de instrumento para admitir o recurso extraordinário e, com fundamento no art. 328, parágrafo único, do RISTF, determino a devolução destes autos ao Tribunal de origem para que seja observado o disposto no art. 543-B do CPC, visto que no recurso extraordinário discute-se questão idêntica à apreciada no RE 601.314-RG/SP. (grifei).

A devolução dos autos ao Tribunal de origem para que se aguarde a decisão do RE 601.314/MG, nos termos do 543-B, do CPC, nada mais é do que o sobrestamento, atribuição que nos termos do artigo 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, é do relator ou do Presidente da Corte.

Quanto ao processamento e julgamento junto ao Carf, o artigo 62-A, § 1º e 2º, do Regimento Interno, assim dispõe:

Art. 62 (...)

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B, do CPC.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

O artigo 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, prevê que nos casos em que se verificar a subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, tanto o relator quanto o Presidente do Tribunal podem determinar a devolução dos demais processos aos tribunais de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

No caso do AI 765714/SP, o relator do Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, processado pelo regime da repercussão geral, determinou o retorno à origem para que os autos do AI 765714/SP ficasse sobrestado, observando-se o disposto no art. 543-B do CPC, visto que no recurso discute-se questão idêntica à apreciada no RE 601.314-RG/SP.

No momento em que o Ministro-relator do Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, com repercussão geral, no A.I. 765.714/SP determinou o retorno dos autos à origem para observar-se o disposto no artigo 543-B, do CPC, a conclusão a que chego é que tal procedimento corresponde ao sobrestamento previsto no artigo 62-A, § 1º, do Regimento Interno do Carf.”

Por todo o exposto, voto por sobrestar o julgamento do presente processo, à luz do art. 62-A do Anexo II, do RICARF, e do § único do art. 1º da Portaria CARF nº 1, de 03/01/2012.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator.