



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

Processo nº 14041.720002/2012-99
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.549 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de fevereiro de 2014
Matéria IRPJ E REFLEXOS
Recorrente COPEL COMERCIO DE PAPEIS E APARAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008, 2009

SIGILO BANCÁRIO. ACESSO A DADOS BANCÁRIOS. DISPENSA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

Descabe alegar quebra de sigilo bancário sob o argumento de ausência de autorização judicial, eis que a legislação tributária autoriza o fisco ao acesso direto aos dados bancários junto às instituições financeiras.

ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. APRECIÇÃO. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA.

Salvo nos casos de que trata o artigo 26-A, do Decreto nº 70.235, de 1972, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, não tem competência para conhecer de matéria que sustente a insubsistência do lançamento sob o argumento de que a autuação se deu com base norma inconstitucional ou ilegal.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

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.

MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO.

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.

JUROS DE MORA. 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.

ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA DE 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.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICAÇÃO.

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.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(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, Paulo Roberto Cortez e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

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 n.º 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 incluídas 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 imponível 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 nexo 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 negativado, 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.

REQUISICÃO 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 arguição 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 saldos 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 apresenta argumentos quanto à quebra do sigilo bancário, reputando por ofensivo a princípios constitucionais, à aplicação da multa de ofício e dos juros calculados à taxa Selic, que seriam abusivos e de caráter confiscatório.

No que tange à quebra do sigilo bancário e a argumentação quanto a constitucionalidade dos correspondentes diplomas normativos, há que se ressaltar que, na análise de admissibilidade do Recurso Extraordinário nº 601314, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria, nos termos dos art. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Sobre o assunto, dispunha o Regimento Interno do CARF, em seu art. 62-A, § 1º que “*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 Código de Processo Civil.*”

Nessa esteira, o presente processo foi sobrestado até que sobreviesse pronunciamento do STF sobre o tema.

Entretanto, a Portaria MF 545, de 18 de novembro de 2013, revogou os dispositivos que determinavam o sobrestamento dos autos nos termos já referidos, possibilitando o prosseguimento do feito.

É o relatório.

Voto

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.

Da preliminar de nulidade por quebra do sigilo bancário sem autorização judicial

Alega a Recorrente que seria inconstitucional a quebra do seu sigilo bancário pela Delegacia da Receita Federal, por meio do Requerimento de Informação Sobre Movimentação Bancária (RMF) dirigido ao Banco Bradesco S/A.

Cita decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), dando provimento ao Recurso Extraordinário nº 389.808/PR em que se questiona o acesso da Receita Federal a informações fiscais da empresa, sem fundamentação e sem autorização judicial.

Pede a nulidade do lançamento.

Com a devida vênia, entendo não haver nulidade ocasionada pelo procedimento de obtenção de dados bancários da Recorrente.

Isso porque, no âmbito do processo administrativo fiscal, as hipóteses de nulidade são taxativamente previstas nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (Grifou-se).

Nesses termos, o cerceamento do direito de defesa somente pode ser cogitado em face de despachos e decisões. Sendo o auto de infração um ato administrativo, a declaração de nulidade somente pode ser suscitada em caso de lavratura por pessoa incompetente. Possíveis irregularidades, incorreções e omissões cometidas no auto de infração não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Quanto à ilegalidade do ato praticado, entendo que o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, abaixo transcrito, legitima a análise com base em depósitos bancários. Tal comando legal condiciona o acesso do Fisco aos dados bancários somente à

existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e que tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente:

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.

Por fim, quanto à alegação de inconstitucionalidade da base legal para a quebra do sigilo bancário, ressalto que, 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 citado Recurso Extraordinário nº 389.808/PR foi desafiado por embargos de declaração, com pedido de modificação da decisão.

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, e tendo em vista que não há previsão regimental em vigor que determine o sobrestamento dos processos nessa situação, 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.

Como consequência, há que se considerar que a utilização dos dados bancários prescinde de autorização judicial e não configura quebra de sigilo, porquanto legalmente prevista conforme acima analisado. Nesse sentido, é farta a jurisprudência administrativa apontando nessa direção. Veja-se o Acórdão nº 1301-00486 da 1ª Seção de Julgamento, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária do CARF, de 27/01/2011, por ser representativo.

NULIDADE. SIGILO BANCÁRIO. NÃO-OCORRÊNCIA. Não houve quebra de sigilo bancário nem, tampouco, o procedimento está inquinado de nulidade, ante a observância do estabelecido no art. 10 do Decreto n. 70.235/1972. Os agentes do Fisco podem ter acesso às informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes sem que isso se constitua violação do sigilo bancário, eis que se trata de exceção expressamente prevista em lei.

Diante do exposto, é de se rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente.

Da suposta ofensa ao princípio da legalidade e do ato vinculado

Pede a Recorrente a anulação do feito e sua desconsideração, uma vez que violaria princípios constitucionais tributários, além da ampla defesa e do contraditório.

Nesse ponto, por entender que os argumentos da Defendente foram analisados a contento na decisão recorrida, adoto seus fundamentos como razão de decidir neste voto, na forma a seguir apresentada.

Para o deslinde da questão, vale a pena trazer à baila em quais circunstâncias ocorreu o lançamento ora atacado. Vejamos.

Em 14/02/2011, dá-se início a ação fiscal quando foi instada a apresentar a escrita contábil, o demonstrativo das contas contábeis que compuseram o item 32 da ficha 05-A da DIPJ referente aos anos-calendários de 2008 e 2009, documentos comprobatórios relativo aos itens 40 e 43 da ficha 06-A da DIPJ e documentos que comprovem a real utilização da aeronave matrícula PP-RRR .

Quase dois meses após a primeira intimação e ante o silêncio da autuada, em 11/04/2011, foi reintimada a apresentar os documentos anteriormente solicitados.

Em 26/04/2011 atendeu parcialmente ao solicitado, restando silente quanto ao uso da aeronave e aos itens 40 e 43 da ficha 06-A da DIPJ.

Já em 19/07/2011 foi intimada a apresentar os extratos bancários de todas as contas correntes referentes aos anos de 2008 e 2009.

Não tendo atendido ao pleito, foi reintimada a apresentar os extratos bancários em 15/08/2011 ocasião em que foi solicitada a apresentação do livro LALUR referente aos anos base 2008 e 2009.

Por outro lado, como a empresa se negava a apresentar seus extratos bancários, em 12/09/2011, foi emitida pela Fiscalização a Requisição de Informações Sobre Movimentação Financeira (RMF) dirigida ao Banco Central do Brasil, Banco Bradesco S/A, Banco Real S/A e ao Banco Itaú S/A.

Requisito, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, as informações especificadas nesta Requisição de Informações Sobre Movimentação Financeira - RMF, que deverão ser apresentadas ao(s) Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal do Brasil abaixo

identificados, ou encaminhados a esta DEFIS SÃO PAULO, no prazo e forma especificado.

Esta RMF é indispensável ao andamento do procedimento de fiscalização em curso, nos termos do art. 4º, § 6º, do Decreto nº 3.724, de 2001.

Uma vez atendidas as solicitações encaminhadas às instituições financeiras, e após sua análise, a autuada foi intimada a apresentar, em 02/12/2011, a origem dos recursos, optando por manter-se em silêncio, foi reintimada em 25/01/2012, sem, contudo, atender ao pleito.

Verifica-se que a Fiscalização, diante da situação exposta, no qual se deparou com uma série de depósitos cuja origem não restou comprovada, aplicou a presunção legal de omissão de receitas, prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996:

Diante de todo o exposto e, em virtude de a contribuinte não ter apresentado 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, que caracteriza como omissão de receita ou de rendimento “os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, e diante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações”.
(g.n)

Vale esclarecer que se submete a impugnante à norma prevista no art. 195 do CTN:

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 exibi-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.

No tocante à presunção aplicada, vale a pena colacionar excerto do voto proferido nos autos do processo 10166.728246/2011-71, julgado em 18 de maio de 2012, Acórdão 03-048.322 (grifo nosso):

Em breve histórico sobre as presunções legais, cabe esclarecer que sua origem decorre do fato de que a administração tributária se encontra em uma situação de inferioridade na produção do conhecimento, considerando que a investigação dos fatos, referentes aos atos praticados pelo contribuinte no

momento da ocorrência do fato gerador, mostra-se praticamente impossível.

Precisamente em razão deste distanciamento em relação aos fatos praticados pelo contribuinte e previstos em norma, constata-se que a autoridade fiscal, em raríssimas oportunidades, tem acesso a provas diretas. Válido recorrer aos ensinamentos de Francesco Carnelutti:

Pode atribuir sem vacilo à prova indireta uma maior amplitude do que à prova direta no sentido de que, em primeiro lugar, nem todos os fatos prestam-se a ser verificados por meio desta última (não se prestam para isso, precisamente, os fatos passados); além do mais, com frequência a verificação imediata por parte do órgão judicial supõe uma despesa notavelmente superior à da prova indireta (assim acontece, em especial, quanto aos fatos distantes ocorridos a grande distância da sede do ofício). Do primeiro destes pontos de vista, compreende-se que a prova do direito tem de ser sempre indireta, já que a formação de uma norma jurídica, seja de lei, seja de costume, constitui sempre um fato anterior ao processo.

Na seara fiscal, observa-se que a prova da ocorrência da hipótese de incidência prevista na norma tributária, na maioria das vezes, dá-se pela produção de provas indiretas, que, segundo o citado mestre, distinguem-se em histórica ou representativa e crítica ou presuntiva.

As provas históricas ou representativas são obtidas, por exemplo, pela revisão da escrituração do contribuinte e pela análise de documentos, comprobatórios de despesas, como notas fiscais e recibos, transferências bancárias. Por isso, cabe ao contribuinte o cumprimento de obrigações acessórias, que permitiriam um acompanhamento das atividades econômicas da empresa.

Contudo, torna-se comum o descumprimento dos deveres instrumentais, visando ocultar a ocorrência de fatos jurídicos previstos na norma tributária, prejudicando substancialmente o trabalho da Fiscalização. Opta a contribuinte por não escriturar, ocultar documentos, tudo para não deixar “rastros” de determinada atividade, e lograr êxito em se esquivar de suas obrigações tributárias.

Dessa maneira, a administração tributária vale-se, cada vez mais frequentemente, das presunções, que se constituem em provas indiretas críticas ou presuntivas.

Ensina Carnelutti que podem as presunções ser simples, no qual a lei permite a livre apreciação do juiz, ou legais, devendo ser apreciadas dentro de determinadas regras, sendo que, se for absoluto o vínculo, trata-se de presunção legal absoluta (praesumptiones iuris et de iure), por sua vez, se o fato deduzido estiver submetido a uma prova em contrário, refere-se a uma presunção legal relativa (praesumptiones iuris tantum).

Nesse diapasão, os depósitos bancários revelam-se, há tempos, matéria exaustivamente discutida na administração tributária, mostrando-se eficazes na tarefa de proporcionar ao Fisco as evidências necessárias da ocorrência dos fatos geradores previstos em norma. Não por acaso, trata o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 de presunção legal, que se amolda perfeitamente aos fatos do caso concreto em análise:

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.

Vale reforçar que a Fiscalização elaborou um levantamento detalhado, individualizando, um a um, os depósitos nas contas correntes que não tiveram a origem comprovada mediante documentação hábil e idônea.

As planilhas relacionando os depósitos foram apresentadas ao contribuinte em duas oportunidades, na fase inquisitória e agora, na fase contenciosa.

Ocorre que, no caso de presunção legal, o ônus da prova inverte-se, ou seja, caberia à contribuinte, no decorrer da ação fiscal, para afastar a presunção de omissão de receitas, produzir prova em contrário.

Portanto, na impugnação, caberia ao sujeito passivo, para desconstituir a presunção de omissão de receitas, apresentar documentação hábil e idônea, que pudesse comprovar a origem dos depósitos bancários.

Contudo, optou a Impugnante por discutir sobre questões de direito, sobre a aplicabilidade da presunção legal de omissão de receitas, a legalidade do ato, ou seja, discorreu sobre tudo, só não laborou no que é o principal aspecto da matéria em discussão: produzir provas para desconstituir a presunção legal.

Não é ocioso esclarecer que a autuação formalizada com fundamento no art. 42 da Lei nº. 9.430, de 1996, socorre-se de uma presunção legal relativa (*iuris tantum*), que traz como corolário a inversão do ônus da prova, como destaca com propriedade a lição de José Luiz Bulhões Pedreira in “Imposto sobre a Renda – Pessoas Jurídicas” (Justec, RJ, 1979, pág. 806):

“O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que ao negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume – cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativa) provar que o fato presumido não existe no caso.” (g.n.o.).

Em suma, ao ser acusado de omissão de receita, presumida a partir da falta de atendimento a intimação do Fisco para comprovação documental da origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, é ônus do sujeito passivo, para desfazimento da acusação, produzir a prova documental da origem da operação e que a receita dela decorrente foi oferecida à tributação.

Portanto, diante da ausência de documentação hábil e idônea suficiente para comprovar a origem dos depósitos bancários, deve ser mantida a presunção de omissão de receitas imputada pela Fiscalização.

Na seara do relatório fiscal de fls. 545 a 554 e anexos, constamos que todas as infrações identificadas (itens 30, 43, 51, 59, 67 e 73) seguem pormenorizadamente descritas, acompanhadas dos respectivos enquadramentos legais que amparam o lançamento.

Quanto às deduções de despesas não necessárias, assim relatou o feito a fiscalização: “A fiscalizada efetuou a dedução indevida de despesas não necessárias à execução do objetivo social da empresa, despesas estas não usuais ou normais na atividade econômica desempenhada, conforme escrituração contábil constante no Anexo VII a este Relatório”.

Também relatou a fiscalização que “A contribuinte contabilizou a compra de mercadorias para revenda e não apresentou os documentos comprobatórios hábeis desses custos”.

No tocante a bens não relacionados com atividade, demonstrou a fiscalização que houve dedução indevida de despesas com contraprestação de arrendamento mercantil (leasing) da aeronave matrícula PP-RRR.

Outra ocorrência diz respeito à alienação/baixa de bens do ativo permanente ocasião em que houve 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.

Especificamente quanto a ausência de declaração ou declaração inexata a informação fiscal destaca que “os valores pagos por estimativa foram deduzidos para fins de cálculo dos valores lançados nos Autos de Infração”. Devem ser lembrado que 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 saldos a pagar em DCTF.

Não se pode olvidar que deverão ser glosadas as despesas não usuais à atividade empresarial, bem como quaisquer gastos não relacionados extrinsecamente com a produção ou comercialização dos bens e serviços, bem como 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.

Por outro lado, 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.

Ora, como se pode observar, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa ou contraditório ou nulidade de qualquer espécie, pois, 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.

Neste ponto, e não menos importante, trazemos a lume ensinamento do mestre CELSO RIBEIRO BASTOS, que, em sua obra Curso de Direito Constitucional, 18ª ed., pg. 226, esclarece: “Por ampla defesa deve entender-se o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade”.

No tocante à jurisprudência colacionada pela impugnante, apenas aproveita às partes integrantes da lide, nos limites do julgado, de conformidade com o disposto no art. 472 do Código de Processo Civil.

Quanto à alegação de que a quebra do sigilo bancário afronta o princípio constitucional de que é o Poder Judiciário o detentor da competência para essa quebra, mediante solicitação justificada da Autoridade Fiscal, adianta-se, desde logo, que arguições de inconstitucionalidade constituem matéria cuja discussão não pode ser enfrentada pelos órgãos de jurisdição administrativa, ex vi do disposto art. 26-A e § 6º do Dec. nº. 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº. 11.941, de 2009, verbis:

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.

Aliás, oportuniza-se trazer a lume que arguições dessa natureza não encontram eco sequer no órgão judicante recursal do processo administrativo tributário federal, haja vista a Súmula CARF nº. 2, constante do Anexo I da Portaria nº. 52, de 2010, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (DOU de 23/12/2010), cujo enunciado é o seguinte:

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

Em face dessa limitação, não se prestam para exame, em sede administrativa, as alegações produzidas pela impugnação acerca de inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas plenamente vigentes; dessa forma, ficam afastadas, desde logo, alegações de inconstitucionalidade ou ilegalidade da aplicação da multa, porquanto se tratam de exigências ou limitações instituídas por leis aprovadas pelo Congresso Nacional, não derogadas por decisão definitiva do STF e das quais não pode se afastar a administração tributária, em decorrência do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Corroboram com o acima exposto os ensinamentos do Ministro Ari Pargendler, do STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 78270 - MG, por ele relatado e publicado no DJ de 29.04.96, p.13406, o controle da constitucionalidade de lei não cabe à administração pública:

"O crédito resultante de pagamento realizado à base de lei inconstitucional só pode ser compensado através de sentença judicial, porque à administração não compete o controle da constitucionalidade das leis".

Portanto, os órgãos julgadores da Administração Pública não têm competência para exercer o controle de constitucionalidade de normas legais, sendo que tal tarefa é competência privativa do Poder Judiciário. E, neste sentido, rejeito todas as arguições de inconstitucionalidade e ilegalidades apontadas pelo Recorrente.

Temos ainda os ensinamentos de Hugo de Brito Machado - Processo Administrativo Tributário, Pesquisas Tributárias Nova Série - 5, Centro de Extensão Universitária, Editora Revista dos Tribunais, fls. 153, segundo os quais a autoridade administrativa tem "o dever" de aplicar a lei, que embora reputada inconstitucional, não teve sua inconstitucionalidade declarada pelo STF, em outra situação "pode" aplicar a lei que já teve sua inconstitucionalidade declarada pelo STF em sede de controle difuso, mas ainda o Senado Federal não suspendeu sua vigência e finalmente não pode aplicar a lei cuja inconstitucionalidade já foi declarada pelo STF, em sede de controle concentrado, ou cuja, vigência já foi suspensa pelo Senado Federal.

De mais a mais, não podemos nos esquecer que a autoridade fiscal é uma mera executora de leis, não lhe cabendo questionar a legalidade do comando legal, mas sim verificar o fiel cumprimento da legislação em vigor, independentemente de questões de discordância, pelos contribuintes, acerca de possíveis ilegalidades das normas vigentes, sendo a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, como previsto no art. 142, parágrafo único, do CTN.

O mesmo se aplica à autoridade julgadora, nos julgamentos administrativos, que se encontra cingida aos estritos termos da legislação fiscal.

No que concerne às argumentações expostas pela defesa a respeito da violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade mostra-se oportuno esclarecer que não cabe ao administrador questionar a constitucionalidade de lançamento fiscal efetuado nos termos da lei. Trata-se de atribuição privativa do Poder Judiciário, conforme competência conferida constitucionalmente.

Do lançamento da multa de ofício e seu caráter confiscatório.

Ataca a Recorrente a aplicação da multa de 75%.

Esclareço, nesse sentido, que multa de ofício de 75% deve acompanhar os tributos exigidos mediante lançamento de ofício, havendo, para isso, previsão legal disciplinada no art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, a seguir transcrito:

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

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

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Assim, não pode a Autoridade Fiscal deixar de atentar para o cumprimento das determinações legais e normativas, sob pena de responsabilidade funcional conforme art. 142, parágrafo único, do CTN.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade por confisco, importa compreender, conforme já dissecado neste Voto, que a apreciação da inconstitucionalidade de normas é de competência privativa do Poder Judiciário.

Também conforme já discorri, a instância administrativa não é o foro adequado para discussões a respeito de ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis legitimamente inseridas no ordenamento jurídico pátrio, por absoluta falta de competência das autoridades administrativas a essa função, que é reservada pela Constituição Federal em caráter exclusivo aos juízes e tribunais.

Da utilização da taxa SELIC

No que tange aos argumentos da Recorrente de que a SELIC seria inaplicável como taxa de juros moratórios, cabe observar que a sua utilização está expressamente prevista no artigo 13 da Lei nº 9.065/95, não cabendo à instância julgadora administrativa apreciar a validade da norma.

Ademais, tal matéria já está sumulada neste Conselho (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.

Cabível, portanto, a exigência dos juros moratórios calculados com base na taxa SELIC.

Da tributação correlata

Tendo em vista a estreita relação entre o lançamento do IRPJ ora analisado e aqueles relativos à CSLL, ao PIS e à Cofins, por decorrerem dos mesmos elementos de prova e se referirem à mesma matéria tributável, estendo o aqui decidido para aqueles lançamentos.

Conclusão

Por todo o exposto, Voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento suscitada e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário apresentado.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator

Processo nº 14041.720002/2012-99
Acórdão n.º **1402-001.549**

S1-C4T2
Fl. 763

CÓPIA