

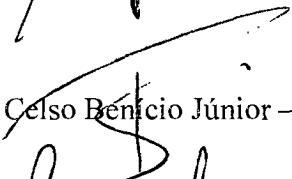



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo nº** 15586.001313/2010-07  
**Recurso nº** Voluntário  
**Resolução nº** 1101-000.055 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Data** 7 de agosto de 2012  
**Assunto** SIMPLES NACIONAL  
**Recorrente** F&C COMÉRCIO DE APARELHOS TELEFÔNICOS LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

Acordam os membros da Primeira Turma Ordinária da Primeira Câmara da Primeira Seção de Julgamento, 1) em preliminar: 1.1) por maioria de votos, afastar a hipótese de sobrestamento com base no art. 62-A do Anexo II do RICARF, divergindo as Conselheiras Edeli Pereira Bessa e Nara Cristina Takeda Taga; 1.2) por maioria de votos, rejeitar a arguição de nulidade do lançamento, vencido o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior (Relator), acompanhado pelo Conselheiro José Ricardo da Silva; e 2) na apreciação do mérito, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência, vencido o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior (Relator), acompanhado pelo Conselheiro José Ricardo da Silva. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

  
Valmar Fonseca de Menezes – Presidente

  
Benedicto Celso Benício Júnior – Relator

  
Edeli Pereira Bessa – Redatora designada

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Valmar Fonseca de Menezes, Benedicto Celso Benício Júnior, Edeli Pereira Bessa, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Nara Cristina Takeda Taga e José Ricardo da Silva .

## Relatório

Trata-se de autos de infração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – SIMPLES e tributos reflexos, referentes ao ano-calendário de 2006, com a seguinte composição:

TRIBUTOS	CÓDIGO	PRINCIPAL	JUROS DE MORA (*)	MULTA *	TOTAL	AI fls.
IRPJ	7104	67.579,59	28.894,97	100.449,30	196.923,86	516/525
PIS/PASEP	7200	49.389,18	21.117,42	73.411,40	143.918,00	526/535
CSLL	7307	68.720,07	29.468,56	102.136,69	200.325,32	536/547
COFINS	7403	202.138,01	86.716,05	300.434,36	589.288,42	548/559
INSS	7500	581.740,13	249.286,01	864.647,79	1.695.683,93	560/573
<b>MULTA REGULAMENTAR SIMPLES</b>					13.770,76	572/575
<b>TOTAL</b>		969.566,98	415.493,01	1.441.079,54	<b>2.839.910,29</b>	

(\*) Juros de Mora calculados até 30.09.2010.

\* Multa de ofício de 75%, incidente sobre insuficiência de recolhimento, e agravada de 150%, s/ omissão de receita.

De acordo com os Autos de Infração

Foi efetuado o lançamento de ofício, nos termos do artigo 926 do Decreto nº 3.000/09, c/c artigo 17 da Lei nº 9.317/96, tendo em vista apuração de infrações fiscais, conforme segue:

### OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS

Pela análise dos extratos bancários da empresa, foi constatado que esta manteve, no ano-base de 2006, movimentação financeira incompatível com a Receita Bruta Declarada em sua Declaração Simplificada.

A empresa não apresentou notas fiscais, livros contábeis e livros Fiscais. Apresentou apenas contrato social e alteração e documentação pessoal dos sócios.

A base de cálculo foi fulcrada no total dos créditos apurados pela movimentação financeira, como Omissão de Receita decorrente de depósitos bancários não escriturados, uma vez que a empresa não comprovou através de documentação hábil e idônea a origem de tais créditos.

Fundamentação Legal: art. 24 da Lei 9294/95, arts 2º, §2º, 3º, §1º, alínea “a”, 5º, 7º, §1º, 18, da Lei 9317/96, art. 42 da Lei 9430/96; art. 3º, da Lei 9732/98; arts 186, 188 e 199 do RIR/99.

### INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTOS

Insuficiência de valor recolhido, apurada conforme art. 5º da Lei nº 9.317/96, c/c art. 3º da Lei 9732/98; arts, 186 e 188 do RIR.



## MULTA REGULAMENTAR SIMPLES – FALTA DE COMUNICAÇÃO DA EXCLUSÃO DA EMPRESA DO SISTEMA SIMPLES

O sujeito passivo deixou de efetuar a comunicação obrigatória para exclusão do SIMPLES, conforme determina o art. 13, inciso II, alínea “a” da Lei nº 9317/96, visto ter auferido receita bruta superior a R\$ 240.000,00, no ano-base de 2006.

A falta dessa comunicação sujeita a pessoa jurídica à multa correspondente a 10% (dez por cento) do total dos impostos e das contribuições devidos de conformidade com o Simples, no mês que anteceder o início dos efeitos da exclusão, conforme previsto no artigo 21 da Lei nº 9317/96, motivo pelo qual foi lavrado auto de infração no valor correspondente a 10% (dez por cento) de R\$ 137.707,67, que é o total de impostos e contribuições devidos em dez/1996.

Enquadramento Legal: arts. 13, inciso II, e 21, da Lei nº 9.317/96

No termo de Verificação Fiscal – Simples de fls. 489/499, a Auditora detalhou as infrações averiguadas, do qual destaca-se:

- foram anexadas, ao Termo de Constatação de 10.03.2010, as planilhas referentes aos valores creditados nas contas bancárias Banco do Espírito Santo S.A. – Bco. 021, agência 104, conta 11.435.740; Banco Itaú Unibanco S.A. – Bco. 341, agência 0070 – conta 70636-1; e HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo – Bco. 399 – Agência 0426 – Conta 20574-1, valores esses informados conforme extratos remetidos pelas instituições financeiras;

- em resposta ao Termo de Constatação, a empresa apresentou apenas planilhas, descrevendo os pagamentos recebidos por intermédio dos bancos, sem, no entanto, comprovar, com documentação hábil e idônea, conforme solicitado pela fiscalização, os valores creditados em suas contas bancárias citadas. Foi, então, lavrado novo Termo de Constatação e Intimação Fiscal, recebido pela empresa em 08.06.2010, solicitando que comprovasse, com documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados/depositados nas contas correntes citadas acima. A empresa continuou sem apresentar documentos de comprovação;

- foi solicitada e atendida autorização para emissão de requisição de informações sobre movimentação financeira (RMF), tendo em vista a sua indispensabilidade para continuidade de ação fiscal, tendo atendido a RMF o HSBC, o Banco do Estado do Espírito Santo e o Banco Itaú;

- foram intimadas as instituições BV Financeira S.A. Crédito Financiamento e Investimento e Banco Pine S.A. Em atendimento, a BV Financeira S.A. encaminhou planilha eletrônica discriminando os pagamentos efetuados à F&C, Cédula de crédito Bancário, Contrato de Prestação de Serviços entre BV e F&C e dois contratos de financiamento intermediados pela F&C. Consta do contrato de prestação de serviços que a BV Financeira efetuará os pagamentos por meio da conta corrente 20.574, agência 0426, do Banco HSBC, devendo a F&C emitir nota fiscal até o último dia de cada mês;

- o Banco Pine S.A. remeteu contrato de prestação de serviços de correspondente bancário e aditivo, assinado pelos dois sócios da F&C. Enviou também planilha em que demonstra as transferências bancárias em favor da F&C, as Notas Fiscais de Serviço emitidas pela F&C, referente a “prestação de serviços de comissão”, e “prestação de serviços

conforme contrato”, os comprovantes de transferência do Banco Pine para F&C e declarações da F&C atestando estar regularmente inscrita no Simples;

- da análise dos extratos bancários apresentados, verificou-se que a empresa manteve, no exercício de 2006, movimentação financeira muito superior aos valores da receita bruta declarada em sua Declaração Anual Simplificada. O quadro de fl. 492 demonstra os valores dos créditos apurados pelos extratos bancários, já deduzidos os créditos relativos aos estornos de débitos, devolução de cheques, transferências de contas da mesma titularidade, bem como os valores creditados e posteriormente estornados.

- a empresa não comprovou os depósitos/créditos existentes em suas contas correntes, mediante documentação hábil e idônea, ficando caracterizada a omissão de receita decorrente de depósitos bancários não comprovados. Tendo sido verificado, pela Fiscalização, que os valores declarados na Declaração Simplificada Pessoa Jurídica – SIMPLES da empresa, no ano-calendário de 2006, eram muito inferiores à real movimentação financeira da mesma, procedeu-se ao levantamento de ofício da diferença encontrada. Fundamenta-se com o artigo 845 do RIR e o artigo 42 da Lei 9430/96.

- quadro abaixo demonstra diferenças apuradas entre os valores informados na Declaração Anual Simplificada e os valores creditados nas contas correntes do sujeito passivo, perfazendo o montante de R\$ 7.129.816,65 (sete milhões, cento e vinte e nove mil, oitocentos e dezesseis reais e sessenta e cinco centavos), incluído no presente auto de infração como omissão de receita.

<b>Compet.</b>	<b>ITAU</b>	<b>BANESTES</b>	<b>HSBC</b>	<b>TT COMP</b>	<b>VL DEC. SIMP.</b>	<b>OMISSÃO RECEITA</b>
jan-06	128.194,77	0,00	5.128,72	133.323,49	21.632,00	111.691,49
fev-06	394.503,11	0,00	172.778,77	567.281,88	12.927,06	554.354,82
mar-06	444.750,02	0,00	1.664,72	446.414,74	17.854,09	428.560,65
abr-06	494.680,57	50.212,76	2.371,43	547.264,76	14.561,75	532.703,01
mai-06	787.558,04	14.258,80		801.816,84	40.442,00	761.374,84
jun-06	472.902,63	600,00		473.502,63	15.213,78	458.288,85
jul-06	974.247,20	37.451,45		1.011.698,65	10.606,10	1.001.092,55
ago-06	643.746,59	127.488,84		771.235,43	47.324,80	723.910,63
set-06	472.757,77	40.700,00		513.457,77	24.135,15	489.322,62
out-06	524.032,03	104.800,00		628.832,03	49.132,65	576.699,38
nov-06	516.946,74	144.754,00		661.700,74	34.515,30	612.568,09
dez-06	604.164,62	306.600,44		910.765,02	23.481,00	876.249,72
				7.467.293,98	311.825,68	7.129.816,65

Obs: O quadro acima agrega os quadros constantes no Termo de Verificação de fls 492 e 493

- compõem também o lançamento do presente auto de infração, no período de jan a dez de 2006, as insuficiências de recolhimento apuradas sobre a Receita Bruta constante na Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica. Para o cálculo, foram consideradas as alíquotas correspondentes às faixas relativas ao correto enquadramento da empresa, em decorrência do total de sua Receita Bruta Acumulada, apurada por meio dos extratos bancários fornecidos

pelas instituições financeiras, aplicando-as sobre a Receita Declarada mensalmente e deduzindo deste resultado os valores já recolhidos pela empresa.

-as alíquotas aplicadas sobre a Receita Bruta encontram-se fundamentadas no art. 23, I, alíneas “c” e “d”, e inciso II, alíneas “b”, “c”, “f”, “h”, “o”, e “t”, da Lei nº 9317/96, com a redação do artigo 1º da Medida Provisória nº 275/05, convertida na Lei nº 11307/06;

- no Termo de Verificação de fl. 494, consta quadro demonstrativo das diferenças apuradas nos recolhimentos e incluídas no presente Auto de Infração, como insuficiência de recolhimento;

- a pessoa jurídica fiscalizada deixou de efetuar a comunicação obrigatória de exclusão do SIMPLES, prevista no artigo 13, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 9317/96, tendo sido excluída “de ofício” do referido sistema por intermédio do Ato Declaratório executivo DRF/VIT nº 149/2010, sendo que os efeitos da exclusão retroagem a 01.01.2007;

- desta forma, foi aplicada a multa de 10% (dez por cento) sobre o total de impostos e contribuições devidos no mês que antecedeu o início dos efeitos da exclusão, ou seja, dezembro/2006, conforme determina o art. 21 da Lei nº 9317/96, resultando no valor de R\$ 13.770,76 (treze mil, setecentos e setenta reais e setenta e seis centavos), que também compõe o lançamento constante a presente autuação. No quadro abaixo demonstração de apuração do valor correspondente a essa infração:

COMP	RECEITA	IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES		MULTA
	APURADA	DEVIDOS		PREVISTA ART
				21 Lei 9317/96
		% SIMPLES	VALOR	10%
dez/06	910.765,02	15,12	137.707,64	13.770,76

- para qualificar a multa, cita-se o artigo 44 da Lei nº 9430/96, art. 71 da Lei nº 4502/64 e, na seara penal, o artigo 1º da Lei nº 8137/96;

- ao tipificar crime contra a ordem tributária, a Lei nº 8137/90, de forma inequívoca, evidencia que a omissão de receitas, bens ou fatos, além da utilização de documento sabidamente inexato, insere-se no contexto de fraude à fiscalização tributária, sendo o tipo doloso;

- resta evidenciado que o sujeito passivo agiu de forma dolosa, omitindo fatos geradores de obrigações tributárias, ao apresentar Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – SIMPLES – ano calendário 2006, declarando receita bruta muito inferior à efetivamente auferida, identificada por sua movimentação financeira, apurada por meio de contas bancárias de sua titularidade;

- a atitude dolosa ficou evidenciada, apesar de intimado, pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos, na tentativa de evitar que o Fisco chegasse ao conhecimento das operações realizadas;

- omitiu-se dolosamente, não se manifestando quanto a apresentação de documentação hábil e idônea, referentes às divergências verificadas em sua movimentação financeira, solicitadas através dos termos de constatação;

- para as insuficiências de recolhimento, foi aplicada multa de ofício, no percentual de 75%, conforme art. 957, I, do Decreto nº 3000 – RIR/99;

Consta dos autos, às fls. 485, ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DRF/VIT nº 149, de 15.10.2010, declarando a empresa EXCLUÍDA do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – Simples, por ter auferido, no ano de 2006, receita bruta acumulada em montante excedente ao limite estabelecido para microempresas e empresas de pequeno porte (art. 9º, incisos I e II, da Lei nº 9317/96, na redação da Lei nº 11307/2006), e deixado de efetuar a comunicação obrigatória de exclusão do SIMPLES (art. 13, inciso II, “a”, da Lei 9317/96), com efeitos retroagindo a 01.01.2007, nos termos do inciso IV do artigo 15 da Lei nº 9317/96;

O ADE foi comunicado ao contribuinte em 20.10.2010, conforme Termo de ciência – Exclusão do SIMPLES, à fls. 484;

Inconformada, a autuada, comunicada dos lançamentos e do Ato Declaratório Executivo, em 20.10.2010, apresentou impugnação, em 19.11.2010, às fls. 583/601, impugnando apenas os autos de infração, na qual, em síntese, alega:

- em diligências para obtenção de documentos junto à autuada, a Auditora foi informada do extravio dos livros contábeis relativos ao ano de 2006, mormente por conta de se tratar de documentos antigos. A empresa diligenciou o envio dos extratos das contas bancárias que mantinha no período, acompanhados de planilhas que demonstraram a origem e o destino das movimentações financeiras correspondentes àquele período de apuração. A auditora foi alertada, ainda, para o fato de que, por conta de sua atividade de intermediação e correspondente bancário, não possuía documentos fundamentais à elucidação da questão;

- a atividade de empresa constitui-se efetivamente em intermediação de empréstimos consignados, para o que faz captação de clientes que desejam empréstimos junto a instituições financeiras. A autuada faz a ponte para a efetivação do empréstimo, como seja: captando o cliente, a autuada o cadastra e comanda junto aos agentes financeiros com os quais mantém contratos de prestação de serviços de intermediação do empréstimo da instituição financeira que aceita o encargo junto ao cliente apresentado, sendo certo, neste caso, que a prestação dos serviços comanda a que o empréstimo seja veiculado do agente financeiro diretamente para a conta do cliente, e, como resultante do valor deste empréstimo, a empresa autuada recebe comissão, que é a sua efetiva remuneração. Por vezes a captação do cliente não é feita diretamente pela autuada, mas por corretores autônomos, que, prestando serviços à empresa autuada, são remunerados em percentuais variáveis, incidentes sobre a remuneração que a empresa percebe do agente financeiro. O produto da comissão é destinado a cobrir das mais diversas despesas que, por certo, oriunda da atividade da empresa autuada. Para receber a comissão, a autuada emite ao agente financeiro nota fiscal, em razão desta, o agente deposita a comissão na conta corrente bancária da empresa autuada;

- outra modalidade para efetivação da prestação de serviços da autuada ao agente financeiro se consubstancia da seguinte forma: a empresa autuada, ou seu corretor autônomo, capta o cliente, pessoa física, já tomador – e, portanto, devedor – de outro empréstimo, junto a terceiros (outras instituições financeiras), que pretenda renegociar a dívida

e obter mais dinheiro (embora, a princípio, não possua margem para obtenção de novo empréstimo). Daí, a empresa atuada, estudando a capacidade financeira e elaborando os cadastros desse cliente, o indica ao agente financeiro a que representa, *in casu*, BV e PINE, para que, querendo, compre a dívida do cliente pretendente, refinanciando-lhe o crédito consignado, a um melhor conteúdo. É a operação chamada no mercador de “compra de dívida”. Para a efetivação desse desiderato em particular, o agente financeiro representado pela empresa atuada deposita o valor do empréstimo com os acréscimos da comissão na conta da atuada, para que repasse o valor ao cliente captador dos recursos, sob a égide do empréstimo. Portanto, esses recursos passados (depositados e sacados) na conta da empresa atuada não lhe são afetos, não podendo sobressair desses débitos o valor a ser considerado como faturamento, para efeito de recolhimento de impostos. A atuada age como fiscalizadora do pagamento à instituição bancária inicial e, somente se verificando a quitação do débito, repassa ao cliente o valor remanescente a que tem direito pelo refinanciamento intermediado pela atuada/defendente. Essa operação foi a responsável pela grande maioria dos depósitos ocorridos nas contas correntes da atuada – depósitos este que o Fisco indevidamente presumiu como receita;

- a fiscal desconsiderou a informação de que a atuada tem por atividade a intermediação de concessão de empréstimos bancários consignados e que, por essa razão, a alta movimentação de valores em suas contas correntes jamais caracterizou receita sua, mas, sim, mera movimentação do banco concedente para o cliente tomador do empréstimo refinanciado e intermediado pela empresa defendente;

- a linha de raciocínio da doutrina e jurisprudência que cita faz denotar que a atuação por omissão de receita ora impugnada não deve subsistir porque:

i) a Auditora não cuidou de construir o arcabouço de provas que legitimasse a manter a presunção a embasar a dita omissão de receita;

ii) a atuada forneceu – e pretende fornecer – informações que comprovam a natureza de sua atividade e a razão de tamanha movimentação bancária, bem como justificar de forma inequívoca que os valores ingressaram e saíram de suas contas bancárias para cumprir o desiderato de sua atividade comercial, em consonância com os contratos de prestação de serviços que mantém com instituições financeiras;

iii) existem outros elementos probantes capazes de elidir a pretensão do Fisco, sobre os quais, inclusive, a Fiscal não se pronunciou, embora tenha citado que os tivesse requisitado, a exemplo das notas fiscais e comprovantes de depósitos em poder da BV e do Banco Pine S.A.;

- imprescindível seria a realização de perícia para que possa indicar a origem e o destino dos depósitos realizados pelas instituições financeiras nas contas correntes da atuada;

- considerando que as instituições bancárias se negam a fornecer tais documentos diretamente à atuada, alegando serem documentos protegidos por sigilo bancário, mas por outro lado informam que a disponibilizariam esses documentos à RECEITA FEDERAL, necessário que seja requerida pelo Fisco nova diligência às instituições financeiras, para que apresentem os comprovantes de todos os depósitos realizados nas contas correntes da atuada no ano de 2006;

- por fim, tratando-se de movimentações bancárias, não pode ser arbitrado o imposto de renda com base apenas em extratos da conta, segundo preleciona a Súmula nº 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos, endossada pelo C. Superior Tribunal de Justiça;

- requer-se perícia, com base no art. 16, IV e § 1º, e 18 do Decreto 70.235/75 e indica Perito e quesitos. Requer-se, no mais, que o procedimento fiscal seja considerado impróprio para a lavratura dos autos de infração, e, se porventura, após dilação probatória e julgamento, vier a ser constatado transcorrência de receita ou faturamento de valores a gerar a incidência do tributo, que seja sobre o valor efetivo apurado, lançado o percentual do tributo a ser recolhido, compensando-se em tudo o já declarado naquele exercício, e como tal recolhido, dando-se a oportunidade de recolher ao que por hipótese sobrestar, até porque não podemos caracterizar de plano o ilícito (sonegação/omissão de receita), posta a controvérsia em que deita a questão sob ângulo de análise;

- protestou-se por todos os meios de provas admitidos em direito, em particular na fase administrativa, sobrelevando, dentre todas as provas, a documental e a pericial, até porque não pode ser negado à parte o exercício do amplo direito de defesa (art.5º da CF).

A impugnação apresentada fora indeferida pela 7ª Turma de Julgamento da Delegacia da

Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro / RJ I, consoante acórdão encartado às fls. 622/638.

Cientificada desse aresto em 01.07.2011 (fl. 653), a atuada interpôs Recurso Voluntário a este colegiado, em 02.08.2011, repisando, em síntese, os argumentos aduzidos na esfera de julgamento antecedente.

É o relatório.

### **Voto vencido**

Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior - Relator

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos legais para seu seguimento. Dele, portanto, conheço.

Em vista da multiplicidade dos tópicos cuidados no presente julgamento, dividirei o voto em itens, com vistas a uma abordagem mais pedagógica.

(1) Da impossibilidade de manutenção de lançamentos oficiosos arrimados em extratos bancários coligidos mediante emissão de RMF's A apuração fiscal em estudo foi feita a partir da verificação de valores de depósitos / créditos bancários injustificados, não explanados documentalmente e não declarados pelo contribuinte. Tais averiguações foram, substancialmente, realizadas mediante cotejamento de extratos bancários e títulos de crédito obtidos, pela Fazenda, junto às instituições financeiras pertinentes, em atendimento a Requisições de Informação sobre Movimentações Financeiras – RMF's.

O fato está descrito, explicitamente, no Termo de Verificação – Simples, à fl. 491, nos seguintes termos:

“Demonstrou-se assim, a ocorrência fática de hipótese de indispensabilidade de acesso às informações bancárias do contribuinte, prevista no inciso VII e XI do art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001.

Foi solicitada a autorização para emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF), tendo em vista a sua indispensabilidade para a continuidade da ação fiscal, que foi atendida através dos números 07.2.01.00-2009-00198-0 para o Banco HSBC BANK BRASIL S/A – BANCO MÚLTIPLO, 07.02.01.00-2009-00196-4 para o Banco do Estado do Espírito Santo S/A e 07.2.01.00-2009-00197-2 para o Banco Itaú S/A.”

Acontece que, em meu entendimento, o comportamento fazendário é ilícito. O contribuinte não está obrigado a apresentar, ao Fisco, extratos de suas contas correntes e de depósito. O “sigilo bancário”, afinal, é corolário do sigilo de dados e do direito à intimidade, que só podem ser excepcionados em situações tipificadas pelo texto constitucional e pela legislação de regência. Similarmente, não pode a autoridade fazendária intentar obter tais informações por conta própria, encaminhando às instituições financeiras as famigeradas Requisições de Informações sobre Movimentações Financeiras – RMF’s.

Vale pisar, nesse ponto, que a quebra do sigilo bancário, em meu sentir, só se legitima na hipótese de existência de determinação judicial, prolatada no curso de procedimento administrativo fiscal instaurado, e desde que haja exposição firme e clara da imperiosidade da adoção desta extrema medida. A Lei Complementar nº 105/01, nesse sentido, deve ser lida em consonância com o espírito do Texto Maior, sob pena de se admitir que a Fazenda, a seu livre talante, usurpe competência judicial, obtendo informações sigilosas junto às instituições financeiras, sem que sequer haja indícios prévios da existência de infração à ordem tributária.

Resta cediço, portanto, que devem ser cancelados os lançamentos, porquanto nulos. Calcem eles, afinal, fundamento em averiguações fiscais realizadas à margem da legalidade, procedidas mediante quebra de sigilo fiscal não arriada em provimento judicial. Creio que tal prática, embora usual, não pode ser admitida, dado que inconstitucional.

Nesse sentido já decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos moldes do aresto prolatado no âmbito do Recurso Extraordinário nº 389.808, assim ementado:

“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 jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.”

Em tal cenário, para fins de afastamento dos ditames da Lei Complementar nº 105/01, faz-se aplicável, destarte, o estatuído pelo artigo 26-A, § 6º, inciso I, do Decreto nº 70.235/72:

“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.

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (...)”Parece imperioso, assim, o acolhimento de preliminar nulidade, determinando-se o total cancelamento do auto de infração.

Sem prejuízo disso, acaso este não seja o entendimento de meus pares, passo à análise do mérito das autuações, superado o debate da legalidade da obtenção de informações financeiras por intermédio da emissão de RMF’s.

(2) Da possibilidade de lançamento amparado em constatação de depósitos bancários não escriturados e injustificados. Da presunção omissiva do artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Como se explanou, os lançamentos em debate foram formalizados a partir da apuração de depósitos bancários não escriturados, em montantes muito superiores à receita bruta declarada para o período.

O sujeito passivo se bate pela suposta impossibilidade de o Fisco arrimar exigências oficiosas em averiguações desta espécie, sem prévia segregação daquilo que representa, efetivamente, acréscimo patrimonial da au tuada.

Consoante se deduz do Termo de Verificação Fiscal – Simples, a análise da movimentação bancária da au tuada, feita a partir de extratos fornecidos pelas correlatas instituições financeiras, levou à apuração, no ano-calendário de 2006, de creditamentos equivalentes a R\$ 7.467.293,98 (sete milhões, quatrocentos e sessenta e sete mil, duzentos e noventa e três reais e noventa e oito centavos), dos quais se expurgou o *quantum* declarado, correspondente a R\$ 311.825,68 (trezentos e onze mil, oitocentos e vinte e cinco reais e sessenta e oito centavos).

Intimada a comprovar a origem dos ativos não declarados, suso relacionados, a peticionária se quedou silente. Fez-se aperfeiçoar, assim, a presunção de omissão de receitas esculpida pelo artigo 42, *caput*, da Lei nº 9.430/96:

“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.”

O comando legislativo em epígrafe é claro: a constatação de creditamentos em contas bancárias do contribuinte, mormente quando não escriturados, denota omissão de receitas, salvo se o sujeito passivo, mediante juntada de documentação hábil e idônea, demonstrar a origem de tais valores. Trata-se, pois, de presunção *iuris tantum*, que só pode ser defenestrada na hipótese de o contribuinte elucidar as origens dos recursos, de maneira indubitável.

O mecanismo previsto no citado permissivo opera, em favor do Fisco, a possibilidade de inverter o ônus da prova da sonegação. Noutras palavras, para que a omissão se verifique, incumbe à Fazenda, tão-somente, demonstrar terem ocorrido recebimentos de valores de origem documental não explanada. Fica a cargo do contribuinte, com isso, provar que ditos ingressos não foram omitidos na apuração do lucro tributável.

No presente caso, logrou a Fazenda indicar, com precisão, a omissão de rendimentos. Caberia à recorrente impugnar a tributação dos importes bancários constatados. Não havendo cabal demonstração, pela via documental, das origens destas receitas, vigora, em prol do Fisco, o benefício da dúvida.

Os valores depositados, não declarados, foram, escorreitamente, reputados como sonegados, dada a incapacidade da recorrente de provar noutro sentido. Logo, sobre eles se computou os tributos incidentes, derivada da extrusão da interessada perante os regimes do Simples Federal e Nacional.

Tudo o que se explanou, contudo, deve ser excetuado, pontualmente, em relação aos rendimentos para os quais a BV Financeira S.A. e o Banco Pine S.A. demonstraram planilhas de creditamento em favor da atuada. Explique-se.

(3) Da impossibilidade de manutenção da presunção omissiva, em referência aos importes confirmados pelas instituições financeiras creditantes.

Conforme bem destacou o Termo de Verificação Fiscal – Simples, à fl. 490, a BV Financeira S.A., regularmente intimada, encaminhou, ao Fisco, planilha eletrônica discriminativa dos pagamentos efetuados à recorrente (creditados na conta mantida junto ao HSBC Bank), bem como Cédulas de Crédito Bancário, Contrato de Prestação de Serviços de intermediação financeira celebrado entre ambas e cópias de dois contratos de financiamento intermediados pela interessada.

O Banco Pine S.A., de seu lado, em condições similares, remeteu cópia do Contrato de Prestação de Serviços de Correspondente bancário, firmado com a atuada, e planilha indicativa das transferências bancárias feitas em favor desta, a título de pagamento de comissões, juntamente com os respectivos comprovantes e as notas fiscais de prestação de serviços correlatas.

A despeito disso, o trabalho fiscal entendeu que os recursos em questão, recebidos pela atuada junto a essas duas instituições financeiras, remanesceram sem origem justificada. Dessa forma, não foram tais cifras expurgadas do total de creditamentos reputados como injustificados, presumidos como omitidos.

O acórdão de primeiro grau defendeu a exegese fiscal, ao dispor que:

“No procedimento de Auditoria, além de intimar a Impugnante, nos moldes exigidos pelo § 3º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, a Auditora também intimou as instituições financeiras com as quais a Impugnante opera; sendo que apenas o Banco Pine S/A apresentou cópia dos documentos fiscais de prestação de serviços e cópia dos documentos de transferência de recursos para a Impugnante, conforme documentos de fls. 323/377. Importante destacar que tais documentos não comprovam a totalidade dos créditos constantes da conta-corrente como sendo créditos realizados pelo Banco Pine.

Estes documentos que demonstram a operação não podem ser incluídos como presunção de omissão de receita, mas sim, como omissão direta. Apesar de tais valores constarem da lista dos valores que deram origem ao lançamento, os mesmos foram excluídos do mesmo, haja vista que são inferiores a receita declarada pela Impugnante, conforme se constata na tabela de fls. 333 apresentada pelo Banco Pine S/A, receita esta que foi abatida do lançamento, conforme se verifica no demonstrativo elaborado pela Auditora e que consta do Termo de Verificação Fiscal, fls. 497.

A empresa BV Financeira S/A crédito Financ e Investimento, além de alguns contratos de financiamento escolhidos aleatoriamente, apresenta contrato de prestação de serviço firmado entre BV e a F&C e planilha, conforme declarado nos documentos de fls. 384 e 406 e no Termo de Verificação Fiscal, fls. 490 e 491. No entanto, não apresentou cópias dos documentos que comprovam as operações realizadas entre as empresas para efetivamente demonstrar as origens dos recursos que deram origem ao lançamento.

Deste modo, não foram apresentados à Auditoria ‘outros elementos probantes capazes de elidir a pretensão do Fiscal, sobre os quais, inclusive, a Fiscal não se pronunciou, embora tenha citado que os tivesse requisitado, a exemplo das notas fiscais e comprovantes de depósitos em nome da BV e Banco Pine’, visto que os documentos apresentados por estas instituições não foram suficientes para comprovar que o total dos valores que deram base ao lançamento não se tratam de omissão de receita.”

Sucedendo que esta interpretação dá ao artigo 42 da Lei nº 9.430/96 alcance maior do que o devido, à medida que bota obstáculos ilegítimos à desconstituição da presunção omissiva ali prescrita.

Vale lembrar, mais uma vez, que a presunção de omissão de receitas bancárias tem natureza *iuris tantum*. Isso significa que a vigência deste mecanismo só se perfaz enquanto o contribuinte – detentor do ônus da prova – não apresentar, nos autos, elementos comprobatórios capazes de defenestrar a conclusão presumida.

Especificamente em relação à sistemática presuntiva estudada, certo é que ela só perdurará se o contribuinte não comprovar, “mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações”. Noutros termos, a preservação de lançamentos calcados no artigo 42 da Lei nº 9.430/96 não tem lugar se o sujeito passivo, por meio de elementos documentais suficientes, ilustrar a genealogia dos valores creditados.

Note-se que a evidenciação da origem dos recursos depositados não pressupõe, por exemplo, a explanação da causa econômica das operações atreladas ao recebimento dessas importâncias. Para fins de afastamento da presunção omissiva, basta que o contribuinte mostre a fonte dos creditamentos, explanando, superficialmente, o liame existente entre o creditante e o creditado.

Acaso o Fisco entenda pela existência de infrações tributárias outras, o ônus da prova novamente se inverterá, retornado para a autoridade lançadora. Evidenciada a origem dos recursos, não há mais que se dizer existir presunção: o amparo das exigências deve ser direto e robusto; inexistente esta instrução, nulo é o auto de infração.

Nessa seara já decidi, em várias oportunidades, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, consoante a exemplificativa ementa abaixo colhida:

“COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS TRAZIDA NA FASE DA AUTUAÇÃO A PARTIR DO ELENCO DO ROL DOS DEPOSITANTES. DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA AOS AUTOS QUE DENUNCIA O DESEMPENHO DE ATIVIDADE ECONÔMICA DO FISCALIZADO EM PROL DOS DEPOSITANTES. AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO DOS DEPOSITANTES PELA FISCALIZAÇÃO. NÃO APERFEIÇOAMENTO DA PRESUNÇÃO DO ART. 42 DA LEI Nº 9.430/96. Comprovada a origem dos depósitos bancários, a partir da indicação dos depositantes e de documentação que vincula o fiscalizado aos primeiros, caberá a fiscalização aprofundar a investigação da causa dos rendimentos, para submetê-los, se for o caso, às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos, na forma do art. 42, § 2º, da Lei nº 9.430/96. Conhecendo a origem dos depósitos, quedando-se inerte a fiscalização, inviável a manutenção da presunção de rendimentos com fulcro no art. 42 da Lei nº 9.430/96. (Ac. nº 2102-01.135)” (g.n.)

Ora, as planilhas e os contratos apresentados pela BV Financeira e pelo Banco Pine S.A. são suficientes a elucidar a origem (procedência) dos creditamentos ali tratados, ainda que não sejam bastantes para explanar o tratamento fiscal atribuído a esses rendimentos ou a natureza efetiva da relação comercial existente. Isso, contudo, já é o que se precisa para impedir o aperfeiçoamento da presunção de omissão de receitas do artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Essencial, portanto, que se expurgue dos lançamentos os montantes de depósitos bancários arrolados, pelo Banco Pine S.A e pela BV Financeira, como remunerações ou comissões por serviços prestados pela atuada. O Fisco, para aventar qualquer infração fiscal, deve se aprofundar no labor instrutório, dado o afastamento do mecanismo presuntivo, em virtude da elucidação liminar e minimamente satisfatória das fontes de procedência das cifras creditadas.

(4) Da qualificação das multas de ofício aplicadas aos lançamentos decorrentes da apuração de depósitos bancários injustificados O Fisco cominou, a parcela dos valores de principal formalizados, arriados em depósitos bancários de procedência inexplicada, multa de ofício qualificada, à taxa de 150% (cento e cinquenta por cento), forte no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, em virtude da alegação de que o sujeito passivo intentou, deliberadamente, sonegar os rendimentos:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) 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;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos 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.”

Sobre o assunto, antevejo, contudo, necessidade de retoque do labor lançador.

É corrente neste Conselho, contudo, o entendimento – com o qual concordo – de que lançamentos calcados em presunção de omissão de receitas não podem vir acompanhados de imposição de multa majorada. O permissivo qualificador, afinal, expressamente condiciona a penalidade de 150% (cento e cinquenta por cento) aos casos em que reste caracterizado comportamento enquadrado em um dos tipos penais dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Ora, a imputação, ao contribuinte, dos delitos de fraude, sonegação ou conluio pressupõe, evidentemente, arcabouço probatório robusto, que denote, direta e imediatamente, o desiderato infrator. Nos casos em que a exigência fiscal se arrima em simples presunções, tal condição não é satisfeita, eis que existentes, nos autos, simples indícios oblíquos da evasão.

Os lançamentos em debate não são resultado da perscrutação imediata e indubitável de proventos tributáveis omitidos. Ao contrário, valendo-se da autorização legislativa acima noticiada, a Fazenda apenas procedeu ao apontamento de movimentações bancárias potencialmente identificáveis a receitas escondidas, transferindo ao contribuinte o ônus de provar que a não declaração de ditas movimentações não corresponderia a qualquer delito tributário.

Se todo o trabalho impositivo se calcou em meras presunções, é de se admitir que o Fisco não logrou, de forma alguma, comprovar eventual comportamento doloso, fraudulento ou simulatório.

Vejam-se as seguintes ementas de julgamento, por oportunas:

*“OMISSÃO DE RENDIMENTOS - LANÇAMENTOS COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS – A presunção legal de omissão de rendimentos, prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo. MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA E AGRAVADA - RENDIMENTOS APURADOS COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS, OMITIDOS NA DECLARAÇÃO DE IRPF - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - O fato de a fiscalização apurar omissão de rendimentos em face de depósitos bancários sem origem, não configura, por si só, a prática de dolo, fraude ou simulação, nos termos dos art. 71 a 73 da Lei 4.502 de 1964. Por sua vez, descabe o agravamento da multa, por falta de atendimento a intimações, quando a fiscalização já dispõe de todos os elementos necessários à lavratura do auto de infração, aplicando a presunção legal do art. 42 da Lei 9.430 de 1996. Preliminares rejeitadas.” (Ac. 1º CC – 102-48.679/07) (grifos nossos)*

*“MULTA QUALIFICADA - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - COMPROVAÇÃO - Se dos elementos que constam dos autos não resta comprovado o evidente intuito de fraude, a multa qualificada deve ser afastada e reduzida ao percentual de 75%. A mera constatação da omissão de receitas, mormente se por presunção legal, é insuficiente para afirmar o intuito doloso do contribuinte de ocultar o fato gerador tributário da autoridade fiscal.” (Ac. 1º CC – 105-17.363/08) (grifos nossos)*

A mera aferição de omissão de receita, mormente quando inexistente prova direta e indubiosa de intuito sonegador ou fraudulento, não autoriza a qualificação da multa

de mora. De tão sedimentada, a exegese que ora se expõe chegou a ser sumulada por este colegiado, nos seguintes termos:

“Súmula CARF nº 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.”

Assim, imperiosa é a desqualificação da penalidade imposta, para que seja computada segundo o percentual exclusivo de 75% (setenta e cinco por cento).

(5) Da exclusão do contribuinte junto ao Simples Mantidos, em parte, os lançamentos perpetrados, acaso entendida como correta a forma de apuração das receitas tributáveis omitidas, certo é o reconhecimento da legitimidade do desenquadramento da sociedade perante o Simples, a rigor do artigo 9º, inciso II, da Lei nº 9.317/96, *in verbis*:

“Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

(...)

II - na condição de empresa de pequeno porte que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais);”

Os recorrentes não suscitaram argumentos que, de fato, pudessem se opor ao desenquadramento engendrado. Todas as ilações foram ofertadas de modo genérico e insubsistente, voltadas a atacar o próprio procedimento de apuração de omissão de receitas em si.

O debate sobre o termo de início dos efeitos da exclusão, por sua vez, também é de fácil solução. O artigo 15, inciso IV, da Lei nº 9.317/96 bem determinava a respeito:

“Art. 15. A exclusão do SIMPLES, nas condições de que tratam os arts. 13 e 14, surtirá efeito:

(...)

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;” Não há celeumas, portanto, na declaração do desenquadramento.

(6) Da desnecessidade de realização de perícia contábil Por fim, rejeito o pedido de perícia contábil formulado pelo contribuinte.

A instrução probatória, no seio do Processo Administrativo Fiscal, tem pedra angular colocada no artigo 18 do Decreto nº 70.235/72, cujo *caput* abaixo se reproduz:

“Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, *in fine*. (...)” Fica claro, do enunciado suso copiado, que a decisão de concessão da prova pericial se pauta pelos critérios da *pertinência* e da *necessidade*. No caso,

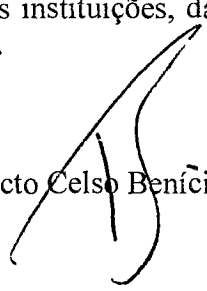
contudo, a peticionária não fora capaz de explicar os motivos que determinariam a imprescindibilidade desta espécie de prova.

Ora, deve haver firmes motivos para a determinação de diligência. Conjetura-se, em princípio, que a simples juntada de documentos pode alcançar os mesmos efeitos, sendo obrigação do contribuinte demonstrar a oportunidade e a imprescindibilidade da intervenção de perito ou experto equivalente. A produção de provas incumbe a quem postula e, para isso, existe momento processual oportuno – o da apresentação das impugnações.

Vale pisar, ademais, que a diligência em questão não pode servir a suprir falta do próprio contribuinte – quem, segundo seu próprio verbo, “não mais estava de posse dos livros contábeis relativos ao ano-calendário de 2006, devido ao extravio dos mesmos”. Ora, se a peticionária, por culpa ou dolo, não pode produzir provas documentais da origem e dos destinos de todos os creditamentos feitos em conta corrente, não cabe a ela requerer que o perito o faça, em seu lugar.

Correto, destarte, o posicionamento abraçado pelo colégio recorrido, não se podendo cogitar de cerceamento de defesa.

(7) Parte dispositiva Isto posto, preliminarmente, declaro a NULIDADE dos lançamentos, em virtude da violação fazendária ao sigilo de dados do contribuinte, operada mediante emissão de RMF's a instituições financeiras, para fins de solicitação dos extratos bancários que informaram todo o labor fiscal. Acaso vencido, no mérito, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, para: i) minorar as multas de ofício cominadas, até o importe de 75% (setenta e cinco por cento) dos principais lançados; e ii) expurgar dos lançamentos os montantes de depósitos bancários arrolados, pelo Banco Pine S.A e pela BV Financeira, como remunerações ou comissões por serviços prestados pela autuada, constantes das planilhas apresentadas por estas instituições, dada a descaracterização da presunção omissiva do artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

  
Benedicto Celso Benício Junior

### **Vencedor Voto**

Conselheira Edeli Pereira Bessa – Redatora designada

Coube a esta Conselheira redigir o voto vencedor no que tange à rejeição da argüição de nulidade do lançamento e à conversão do julgamento em diligência.

Quanto ao primeiro ponto, tem-se que a movimentação financeira da contribuinte foi obtida mediante requisição de informações às instituições financeiras, procedimento fundamentado no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

Por sua vez, o Decreto nº 70.235/72 autoriza os órgãos administrativos de julgamento a afastar a aplicação de lei que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal:



*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)*

*II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

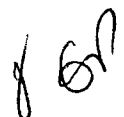
*c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

E o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal em caso concreto que ali chegou por meio do Recurso Extraordinário nº 389.808, decidido em 10/05/2011 nos termos da seguinte 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 jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.*

Contudo, a Procuradoria Geral da República opôs embargos de declaração a esta decisão, os quais aguardam julgamento, estando conclusos ao relator desde 09/11/2011, de modo que não se verificou o trânsito em julgado, não se podendo falar, aqui, da existência de *decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal*, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo legal que autoriza o procedimento aqui utilizado para reunião das provas que fundamentam a exigência.

Por estas razões, subsiste legítimo o procedimento para obtenção das provas que subsidiam a presente exigência, e, por consequência, válido é o lançamento.



Assim, o presente voto expressa o entendimento majoritário desta Turma de Julgamento, contrário à declaração de nulidade do lançamento.

E, no que tange ao mérito, discordo de algumas premissas adotadas pelo I. Relator para concluir pela impossibilidade de manutenção da presunção omissiva, em referência aos importes confirmados pelas instituições financeiras crediantes.

Entendo que para afastar a presunção *iuris tantum* de omissão de receitas fundada em depósitos bancários de origem não comprovada, não basta que o contribuinte comprove “mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações”. Se, regularmente intimado durante o procedimento fiscal, o sujeito passivo deixa de fornecer ao Fisco as informações de que dispõe acerca da natureza das operações por ele realizadas, e somente as revela no curso do procedimento fiscal, o cancelamento da exigência tributária correspondente só é possível se o sujeito passivo demonstrar não só a origem, mas também a regular tributação dos valores revelados, ou a sua submissão a hipótese de não tributação ou isenção.

Exemplificando: se o sujeito passivo demonstra, no curso do contencioso fiscal, que o depósito bancário que se prestou como base à presunção de omissão de receitas, correspondente ao creditamento de um empréstimo contratado junto a uma instituição financeira, ou um outro particular, evidencia que aquele valor não pode ser caracterizado como receita e tributado, devendo ser a exigência exonerada. Já se o sujeito passivo demonstra que o crédito corresponde ao recebimento de uma venda com emissão de nota fiscal, que deixou de ser apresentada à Fiscalização, é necessário que também evidencie o seu oferecimento à tributação como faturamento e lucro, ou a submissão daquela receita a uma norma isentiva, sob pena de o contencioso administrativo se converter em uma ferramenta protelatória, para revelação da verdade apenas após o transcurso do prazo decadencial para o Fisco exigir os tributos incidentes sobre aqueles valores sob outro enquadramento legal.

No presente caso, observo que o Banco Pine S/A, em atendimento a intimação fiscal, apresentou demonstrativo correlacionando os créditos bancários efetuados em favor da autuada com as notas fiscais por ela emitidas, bem como remeteu à autoridade lançadora as correspondentes notas fiscais (fls. 333/377). Em tais condições, a Fiscalização disporia de elementos suficientes para formalizar a exigência com fundamento em omissão de receita demonstrada por prova direta, caso estes valores não tivessem sido oferecidos espontaneamente à tributação pela contribuinte.

Contudo, ao determinar a receita tributável, a autoridade lançadora excluiu, dos depósitos bancários de origem não comprovada pela contribuinte, as receitas informadas em DIPJ, as quais equivaliam ou superavam as receitas informadas pelo Banco Pine S/A, conforme abaixo demonstrado:

Notas Fiscais				DIPJ	
Nº	Data	Valor	Total Mês	Mês	Receita
19	05/07/2006	5.549,88	10.606,03	07/2006	10.606,10
21	25/07/2006	5.056,15			
22	02/08/2006	4.502,72	11.215,36	08/2006	47.324,80
24	09/08/2006	5.535,62			
25	15/08/2006	1.177,02			
28	01/09/2006	4.280,18	14.582,62	09/2006	24.135,15

29	12/09/2006	2.365,30			
31	19/09/2006	5.778,14			
32	26/09/2006	2.159,00			
34	02/10/2006	1.823,71			
35	19/10/2006	8.973,18	20.180,34	10/2006	49.132,65
36	30/10/2006	9.383,45			
38	13/11/2006	2.426,00	2.426,00	11/2006	34.515,30
40	11/12/2006	6.071,17	13.208,61	12/2006	23.481,00
43	11/12/2006	7.137,44			
Total		72.218,96			

Deste modo, é possível inferir que estes valores não integram a base tributável do presente lançamento, motivo pelo qual discordo da conclusão do I. Relator quanto à necessidade de sua exclusão.

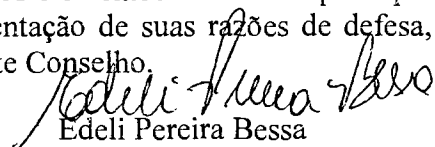
Já no que tange às informações prestadas pela BV Financeira, os elementos presentes nos autos não permitem uma conclusão segura. Em atendimento às intimações de fls. 378/382, a referida empresa teriam apresentado *planilha (em mídia eletrônica – doc 03), discriminando os pagamentos efetuados à fiscalizada em 2006 a título de omissão pela intermediação de financiamentos de bens formalizados por essa instituição*, mas tal planilha não foi impressa e juntada aos autos. Às fls. 406/427 constam documentos apresentados em resposta complementar, consistentes em *Contrato de Prestação de Serviço firmado entre a BV Financeira e a autuada (doc. 02) e, também, dois contratos de financiamento escolhidos aleatoriamente (julho e dez/2006), intermediados pela autuada.*

De outro lado, a fiscalizada pretendeu vincular a operações com a BV Financeira, e com o Banco Votorantim, vários créditos apontados nas planilhas de fls. 430/465 apresentadas à Fiscalização, informando que eles decorreriam não só de *prestação de serviços de intermediação bancária*, como também de *compra de dívida* de diversas pessoas físicas, embora não tenha juntado qualquer documentação de suporte a estas alegações, consoante observa a autoridade lançadora.

Assim, para decidir acerca da legitimidade da presunção construída pela Fiscalização, é imperioso saber quais elementos estavam à sua disposição, em razão das informações prestadas, sob intimação, pela BV Financeira.

Por tais razões, também discordo do I. Relator neste ponto, e entendo não ser possível afastar a exigência sobre os valores creditados pela BV Financeira.

Este também o entendimento majoritário da Turma, que concluiu pela **CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA** para que a autoridade lançadora junte aos autos os elementos fornecidos por aquela instituição, disto cientificando a interessada para complementação de suas razões de defesa, em 30 (trinta) dias, com posterior devolução dos autos a este Conselho.

  
Edeli Pereira Bessa

8