



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo n° 15983.000058/2005-27
Recurso n° 151.981 Voluntário
Matéria SIMPLES OMISSÃO DE RECEITAS - EX: DE 203
Acórdão n° 101-96.629
Sessão de 07 de março de 2008
Recorrente IRINEUSA ALMEIDA BARBOSA
Recorrida 1ª TURMA DE JULGAMENTO DA DRJ I EM SÃO PAULO - SP

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

Data do fato gerador: 31/01/2002

Ementa: PRELIMINAR – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – FALTA DE CIÊNCIA DOS EXTRATOS BANCÁRIOS JUNTADOS AOS AUTOS PELA AUTORIDADE FISCAL.

Não caracteriza cerceamento ao direito de defesa a alegada falta de ciência aos extratos bancários inseridos nos autos pela autoridade fiscal, mormente quando tais documentos são da titularidade da própria pessoa jurídica e se encontravam à disposição do interessado para cópia na unidade da SRFB para cópia.

CRITÉRIOS PARA A FISCALIZAÇÃO – PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.

Não tendo vislumbrado qualquer mácula ao Princípio da Impessoalidade nos critérios de seleção adotados para a fiscalização que deu causa aos lançamentos ora questionados, não há que se falar em nulidade dos mesmos.

REQUISIÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA – SIGILO BANCÁRIO – TRANSFERÊNCIA.

É possível a transferência do sigilo bancário para a Secretaria da Receita Federal com base na Lei Complementar nº 105/2001. Tese essa corroborada pelo Superior Tribunal de Justiça.

PRESUNÇÃO LEGAL – OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA –

O artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 estabeleceu a presunção legal de que os valores creditados em contas de depósito ou de

D

A

1

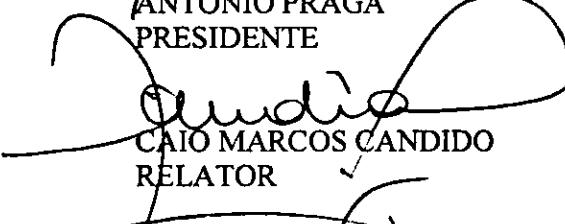
investimento mantidas junto a instituição financeira, de que o titular, regularmente intimado não faça prova de sua origem, por documentação hábil e idônea, serão tributados como receita omitida.

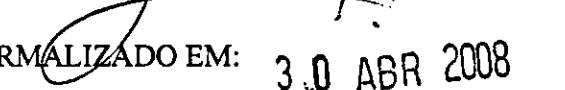
Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por IRINEUSA ALMEIDA BARBOSA.

ACORDAM os membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTONIO PRAGA
PRESIDENTE


CAIO MARCOS CANDIDO
RELATOR


FORMALIZADO EM: 30 ABR 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JOSÉ RICARDO DA SILVA, ALOYSIO JOSÉ PERCINIO DA SILVA, SANDRA MARIA FARONI, VALMIR SANDRI, JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR. Ausente, momentaneamente e justificadamente, o Conselheiro ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.



Relatório

IRINEUSA ALMEIDA BARBOSA LTDA., pessoa jurídica já qualificada nos autos, recorre a este Conselho em razão do acórdão de lavra da DRJ I em São Paulo - SP nº 9.261, de 30 de março de 2006, que julgou procedentes os lançamentos consubstanciados nos autos de infração do SIMPLES - Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 05/10), do SIMPLES - Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS (fls. 11/15), do SIMPLES - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – CONFINS (fls. 16/18), do SIMPLES - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 19/22) e do SIMPLES – Contribuição para a Seguridade Social – INSS (fls. 23/26), relativos ao mês de janeiro do ano-calendário de 2002. Às fls. 27/33, encontra-se o Termo de Verificação Fiscal, parte integrante dos citados autos de infração.

Tais lançamentos foram efetuados tendo por base o fato de que a pessoa jurídica optante pelo recolhimento de tributos e contribuições federais pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES ter omitido receitas nos meses dos anos-calendário de 2002 e 2003.

A exclusão do SIMPLES foi efetuada por meio do Ato Declaratório Executivo nº 65, exarado em 18 de agosto de 2005 pela autoridade tributária com jurisdição sobre seu domicílio de fiscal, que tramitou no Processo Administrativo Fiscal nº 15979.000002/2005-31. O ADE de exclusão foi publicado no Diário Oficial da União do dia 22 de agosto de 2005.

A exclusão teve por supedâneo o inciso V do artigo 14 da Lei nº 9.317/1996, por que teria a contribuinte praticado, reiteradamente, infração à legislação tributária, consistente na omissão de receitas de sua atividade, conforme quadro abaixo:

ANO-CALENDÁRIO	RECEITA APURADA	RECEITA DECLARADA	RECEITA OMITIDA
2002	1.547.099,47	231.636,72	1.315.462,75
2003	1.728.958,47	364.982,40	1.363.976,07

Ainda, de acordo com o ADE de exclusão, os efeitos da exclusão deveria se dar a partir de 01 de fevereiro de 2002, mês em que teria se iniciado a reiteração da prática da omissão de receitas, na forma da previsão contida no inciso V do artigo 15 da Lei nº 9.317/1996.

No tocante ao mês de janeiro de 2002 o lançamento se deu ainda na sistemática do SIMPLES tendo em vista que não teria se configurado a prática reiterada de infração à legislação tributária.

A receita omitida no mês de janeiro de 2002 se encontra demonstrada no quadro abaixo:



RECEITA APURADA	RECEITA DECLARADA	RECEITA OMITIDA
165.069,56	11.629,70	153.439,86

O valor de R\$ 153.439,86 foi a base de cálculo para o lançamento relativos a CSLL, à COFINS e à Contribuição para o INSS, no entanto, a base de cálculo adotada para os lançamentos do IRPJ e do PIS foi o valor de R\$ 45.069,56.

Tendo tomado ciência dos lançamentos em 04 de agosto de 2005, a autuada insurgiu-se contra tais exigências, tendo apresentado impugnação (fls. 124/138) em 26 de agosto de 2005, em que apresentou as seguintes razões de defesa, em síntese preparada pela autoridade julgadora de primeira instância:

4.1. a impugnante se viu completamente cerceada em seu direito de defesa, já que somente lhe foram enviados pelo correio cópia dos Autos de Infração e do Termo de Verificação e Constatação, não tendo lhe sido entregue ou exibido nenhuma das provas, o que faz com que a autuada não tenha a menor idéia em que a autoridade administrativa está baseada para tributá-la;

4.2. houve desrespeito aos princípios constitucionais da impessoalidade, da imparcialidade e da isonomia, pois em nenhum momento foi indicado pelo auditor fiscal autuante as razões ou a origem da fiscalização, nem qual programa de fiscalização estava sendo executado ou, em sua falta, a prévia autorização, para fiscalizar a contribuinte, do Coordenador do Sistema de Fiscalização (COFIS) prevista no § 2º do artigo 1º da Portaria do Secretário da Receita Federal nº 500, de 02/05/1995; e

4.3. as cópias dos extratos bancários fornecidas pelas instituições financeiras são provas ilegais, pois, conforme previsto no § 4º do artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001, somente a autoridade judicial pode decretar a quebra do sigilo bancário, consagrado pelo artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, e a autoridade administrativa pode utilizar as informações bancárias somente para controlar a arrecadação da CPMF.

A autoridade julgadora de primeira instância decidiu a questão por meio do acórdão nº 9.261/2006 julgando procedentes os lançamentos, tendo sido lavrada a seguinte ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 31/01/2002

Ementa: INFRAÇÃO ATRIBUÍDA. CIÊNCIA E DESCRIÇÃO CLARA. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. A ciência à contribuinte de auto de infração acompanhado de Termo de Verificação Fiscal que descreve claramente a infração que lhe é atribuída e a inexistência de fato que impeça a autuada de se defender plenamente afastam a caracterização de preterição do direito de defesa e ofensa aos princípios constitucionais do devido processo, contraditório e ampla defesa.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. EMISSÃO REGULAR. IMPESSOALIDADE. IMPARCIALIDADE. Presume-se, até prova contrária a cargo de quem alega, que ação fiscal suportada por Mandado de Procedimento Fiscal regularmente emitido foi planejada atendendo os princípios da impessoalidade, imparcialidade e isonomia.

REQUISIÇÃO E UTILIZAÇÃO DE DADOS BANCÁRIOS. A requisição às instituições financeiras de dados relativos a terceiros, com fulcro na Lei Complementar nº 105/2001, constitui simples transferência à administração tributária, e não quebra, do sigilo bancário dos contribuintes, não havendo, pois, que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. O decidido quanto à infração que, além de implicar o lançamento de IRPJ implica os lançamentos da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e da Contribuição para a Seguridade Social-INSS, também se aplica a estes outros lançamentos naquilo em que for cabível.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Data do fato gerador: 31/01/2002

Ementa: DEPÓSITO BANCÁRIO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. RECEITA OMITIDA. Valores depositados em conta bancária, relativos a receitas com vendas, cuja escrituração e oferecimento à tributação a beneficiária contribuinte não comprova, são receitas omitidas.

OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO. Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

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

Data do fato gerador: 31/01/2002

Ementa: LANÇAMENTO. JULGAMENTO. NORMAS APLICÁVEIS. IMPOSTO DE RENDA. As normas relativas ao imposto de renda devem ser aplicadas na determinação e exigência dos créditos tributários devidos em conformidade com o Simples.

Lançamentos Procedentes.

O referido acórdão concluiu por manter os lançamentos pelas seguintes razões de decidir:

Preliminarmente,

1. nulidade dos lançamentos por cerceamento de seu direito à defesa pela falta da entrega das cópias dos extratos bancários que embasaram o lançamento:

- a. que a despeito de terem sido enviados pelo correio apenas dos Autos de Infração e do Termo de Verificação e de Constatação não houve cerceamento do direito de defesa, posto que naqueles estavam descritos os procedimentos realizados durante a fiscalização e as contas bancárias representadas pelos extratos bancários utilizados no lançamento.
- b. que a autuada poderia, durante o prazo para apresentar a impugnação, examinar o processo na repartição e requisitar as cópias que entendesse necessárias.
- c. Que, ainda que o processo não contivesse cópias dos extratos bancários com os créditos utilizados nos lançamentos, não caberia reconhecer automaticamente a existência de preterição do direito à defesa da contribuinte, já que, o titular de conta bancária deve guardar os extratos bancários respectivos, ainda mais quando se trata de pessoa jurídica, obrigada a escrutar, ao menos o Livro Caixa, com toda sua movimentação financeira, inclusive bancária.

2. quanto ao alegado desrespeito aos princípios constitucionais da impessoalidade, da imparcialidade e da isonomia, por não terem sido informadas as razões ou origens da fiscalização ou o programa de fiscalização que estava sendo executado e por não ter sido exibida a autorização do Coordenador da COFIS nos termos da Portaria SRF nº 500/1995.
 - a. que inicialmente é necessário dizer que as atividades de seleção e execução de fiscalização estavam reguladas pela Portaria SRF nº 3.007/2001.
 - b. Que o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) é o instrumento que a autoridade fiscalizadora apresenta ao contribuinte fiscalizado para que este tome ciência, entre outras informações, do tributo e do período que serão examinados, qual fiscal está autorizado a realizar o trabalho e por quanto tempo.
 - c. Que no presente caso, o MPF regularmente emitido e prorrogado pela autoridade tributária competente, na forma como preconizado pela Portaria supra citada. Assim, presume-se até prova em contrário a cargo da impugnante que apenas alega, que a mesma contribuinte foi selecionada para ser fiscalizada em observância aos princípios da impessoalidade, imparcialidade e interesse público, previstos no artigo 1º da Portaria SRF nº 3.007, de 26/11/2001, que foi observada, segundo os documentos presentes no processo.
3. no tocante à preliminar apresentada dando conta da violação de seu sigilo bancário, quando da obtenção dos dados utilizados na consecução do lançamento ora questionado, por efetuado sem a devida autorização judicial, há que se proceder ao exame de alguns dos artigos da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 considerando os questionamentos apresentados pela defendant, em sua peça contestatória, relativamente às disposições nela contidas. Desta análise verifica-se que não houve a alegada quebra de sigilo bancário, mas a simples transferência à Secretaria da Receita Federal e seus servidores do dever de preservar, sigilosamente, os dados bancários da peticionária, não há que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações, muito menos ainda, que a presente ação fiscal teria tido como fundamento dados que se assemelham à utilização de provas obtidas por meio ilícito.

No mérito,

1. que a contribuinte foi intimada e re-intimada a apresentar entre outros documentos, o Livro Caixa e os demais livros contábeis e fiscais, a documentação suporte e os extratos de contas correntes bancárias e das aplicações financeiras do período. Diante do não atendimento às intimações, a fiscalização requisitou ao Banco Bradesco S.A e ao Unibanco, entre outros documentos e informações, cópias de extratos de movimentação de conta corrente da interessada.
2. que de posse das informações bancárias, o auditor fiscal intimou a contribuinte a comprovar documentalmente os registros a débito e a crédito nas contas correntes bancárias conforme demonstrativo anexado à intimação, bem como os comprovantes dos recebimentos das vendas através de cartões de créditos emitidos pelas instituições financeiras. Contudo, não consta no processo qualquer documento que atenda esta intimação.
3. diante destes fatos e da vinculação e obrigatoriedade do lançamento (parágrafo único do artigo 142 do CTN) a fiscalização aplicou ao caso das normas contidas no § 1º do artigo 7º e no artigo 18 da Lei nº 9.317/1996, que dispõem sobre o regime tributário dos contribuintes optantes pelo SIMPLES, já que no momento dos fatos geradores discutidos nestes autos, a autuada era optante pelo SIMPLES.
4. a pessoa jurídica optante pelo SIMPLES está obrigada a escrutar suas movimentações bancárias e a guardar os respectivos documentos comprobatórios, estando também sujeita à presunção de omissão de receita existente na legislação do imposto de renda apurável, inclusive àquela com base em depósito bancário de origem não comprovada, de acordo com o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, com a alteração feita pela Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997. Em relação a esta presunção legal, bastaria ao fisco demonstrar a existência de depósitos bancários de origens não comprovadas para que se presumia, até prova em contrário, a cargo do contribuinte, a ocorrência de omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção legal do tipo *juris tantum* (relativa), e, portanto, cabe ao fisco comprovar apenas o fato definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, para que fique evidenciada a omissão de rendimentos.
5. que diante da falta de comprovação da origem dos mesmos depósitos bancários, o auditor fiscal não teve outra escolha senão formalizar o lançamento de omissão de receitas com base no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996.

Cientificado da decisão de primeira instância em 25 de abril de 2006, irresignado pela manutenção do lançamento, o sujeito passivo apresentou em 23 de maio de 2006 o recurso voluntário de fls. 162/185, em que repisa as razões de defesa, expostas em sua manifestação de inconformidade, inovando nas seguintes:

1. que o julgamento de primeira instância foi parcial, posto que se baseou em argumentos confusos, contraditórios e sem apoio da legislação de regência, ignorando "tudo quanto militava em favor da recorrente".

2. que não era detentor dos extratos bancários que deram base à autuação e que deles não lhe foi dada ciência pela autoridade tributária. Que não teria recebido as “cópias de todos os elementos de prova que deram esteio à exigência”.

É o relatório. Passo a seguir ao voto.



Voto

Conselheiro CAIO MARCOS CANDIDO, Relator

O recurso voluntário é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

O Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 09, de 05 de junho de 2007, dispensou a exigência de arrolamento de bens e direitos como condição para o seguimento do recurso voluntário.

Preambularmente, em razão do argumento contido no recurso acerca da ausência de imparcialidade na decisão recorrida, devo afirmar que, da análise daquela decisão e dos demais elementos constantes dos presentes autos, não vislumbrei qualquer indício, ao menos, que confirmasse tal alegação.

Trata os presentes autos de lançamento de tributos e contribuições federais recolhidos na sistemática do SIMPLES relativamente ao mês de janeiro de 2002.

A acusação é de que a recorrente teria omitido receitas auferidas nos meses dos anos-calendário de 2002 e 2003, por tal razão foi excluída do SIMPLES por meio do Ato Declaratório Executivo nº 65, de 18 de agosto de 2005 cuja procedência foi analisada nos autos do Processo Administrativo Fiscal nº 15979.000002/2005-31, tendo sido confirmada por esta Câmara em julgamento nesta sessão de julgamento, dando origem ao Acórdão nº 101 – 96.630.

A dita exclusão passou a surtir efeitos a partir de 01 de fevereiro de 2002, pelo que os fatos os créditos tributários objeto destes autos foram lançados ainda na sistemática do SIMPLES.

Quanto à alegação de cerceamento do direito de defesa, em função de que a exclusão deveria ter sido precedida do devido processo legal, também não cabe razão à recorrente.

A recorrente teve ciência de todos os atos do presente processo, manifestando-se em relação a todos. O argumento de que não lhe foi dado conhecimento dos extratos bancários é no mínimo pueril. A uma porque os extratos bancários são documentos de sua titularidade, portanto a ele disponíveis nas instituições bancárias nas quais foram movimentados os recursos financeiros da pessoa jurídica. A duas por que os autos do processo administrativo estavam à disposição da recorrente para a solicitação de cópias, no curso do prazo para a impugnação do feito fiscal.

No tocante a questionamentos acerca de ofensa ao Princípio Constitucional da Impessoalidade não há qualquer elemento nos autos que confirme que a seleção do contribuinte tenha se dado por “mero capricho, perseguição, animosidade ou puro interesse político”.

X

Quanto à alegação de descumprimento dos dispositivos constantes da Portaria nº 500/1995, há que se afirmar que tal norma regulamenta de maneira geral a escolha de critérios e diretrizes gerais de fiscalização a serem observados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

A fiscalização que resultou nos autos de infração, questionados no presente recurso voluntário, teve por base a diferença entre as receitas declaradas pela recorrente e a sua movimentação financeira.

A impessoalidade na escolha dos sujeitos passivos a serem fiscalizados restou plenamente suprida no presente caso. A escolha não recaiu sobre a pessoa jurídica com base em qualquer característica sua tal como nome, número do CNPJ, cor da fachada, etc, mas, sim, por que, independentemente de quem fosse, a movimentação financeira era bem superior à receita declarada.

A seleção da recorrente para ser fiscalizada não está em desacordo com qualquer critério ou diretriz de fiscalização que ensejasse a necessidade de autorização do Coordenador de Fiscalização para que ela fosse realizada. Portanto, a seleção se deu observando as regras administrativas previstas para tanto, sem qualquer mácula ao Princípio Constitucional da Impessoalidade.

Outrossim, encontram-se nos autos os correspondentes Mandados de Procedimento Fiscal, documento de controle das ações fiscais no âmbito das unidades locais delas encarregadas, devidamente subscritas pela autoridade tributária competente para o ato, na forma das Portarias nº 3.007/2001, 1.238/2002 e 1.468/2003.

A recorrente se insurge contra a obtenção de seus extratos bancários pelo Fisco junto às instituições financeiras nas quais movimentava seus recursos financeiros, sem que tenha havido autorização judicial prévia do Poder Judiciário, o que configuraria a utilização de prova ilegal.

Cabe consignar que os extratos bancários da recorrente foram obtidos por meio de Requisições de Movimentação Financeiras, emitidas com base no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 (fls. 112/117).

Acerca da discussão sobre a legalidade da utilização dos dados bancários obtidos com base na LC nº 105/2001, reproduzo excerto de voto condutor, de minha lavra, que deram base ao Acórdão nº 101 - 96.337:

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Não cabe razão à recorrente. O princípio da irretroatividade veda a criação de novos tributos, no particular, e, no caso, o Fisco só pode apurar impostos sobre os quais já havia a definição do fato gerador, como é o caso do Imposto sobre a Renda. Não há, portanto, ilicitude em se utilizar informações bancárias na apuração do tributo. Já está plenamente caracterizada que a utilização de extratos e outros documentos bancários, pelo Fisco, vem de longa data, desde a edição da Lei no 4.595/1964, cujos artigos, em conjunto com as demais normas legais trazidas a lume e que tratam do mesmo assunto, foram aqui reproduzidos, não cabendo invocar, por conseguinte, irretroatividade da lei ou utilização da CPMF para justificar a realização da auditoria fiscal que está sendo levada a efeito.

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

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

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

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

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

Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Classe: MC - MEDIDA CAUTELAR - 6257

Processo: 200300391170 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

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

Fonte DJ DATA:25/02/2004 PÁGINA:95

Relator(a) LUIZ FUX

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

Ementa: AÇÃO CAUTELAR TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN.

1. *O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que compõe a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.*

2. *O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.*

3. *Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.*

4. *A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente."*

5. *A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.*

6. *Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envergar natureza procedural, tem aplicação imediata alcançando mesmo fatos pretéritos.*

7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.

8. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.

9. Processo cautelar acessório ao processo principal.

10. Juízo prévio de admissibilidade do recurso especial.

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

12. Ação Cautelar improcedente.

Data Publicação 25/02/2004

Na esteira da jurisprudência do STJ, não vejo configurada qualquer infração à lei pela utilização dos dados bancários da recorrente.

Afastada a ilegalidade da prova utilizada como supedâneo ao lançamento tributário questionado, passaremos à análise de seu mérito.

O artigo 18 da Lei nº 9.317/1996 determina que todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições abrangidos pelo SIMPLES, se aplicariam às pessoas optantes pelo sistema, *verbis*:

Art. 18. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.

O IRPJ encontra-se entre os tributos recolhidos no SIMPLES, portanto as presunções legais de omissão de receitas existentes na legislação de regência deste imposto se aplica aos optantes pelo SIMPLES.

A autuação teve supedâneo na presunção legal de que os valores depositados em conta corrente de titularidade da pessoa física do sócio da autuada, mantidos a margem da contabilidade da recorrente e dos quais o titular não comprove sua origem, devam ser considerados receita omitida foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio com a edição do artigo 42 da lei nº 9.430/1996, *verbis*:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida

junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

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

Intimada a apresentar a origem dos recursos mantidos nas contas correntes de sua titularidade e cuja movimentação não era registrada no Livro Caixa, obrigatório para as pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES (letra "a" do parágrafo 1º do artigo 7º da Lei nº 9.317/1996), a recorrente não logrou êxito em fazê-lo, não desconstituindo o crédito tributário lançado.

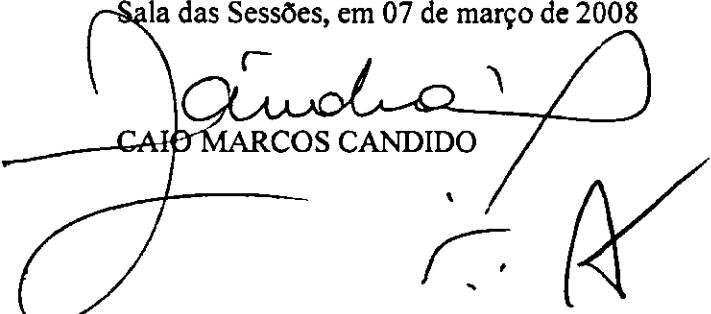
Não havendo prova em contrário, é de se confirmar a presunção de receita omitida.

O lançamento foi efetuado dentro das regras do SIMPLES, não tendo sido apresentada qualquer razão de bloqueio no tocante a forma do lançamento.

O decidido em relação ao tributo principal se aplica aos lançamentos reflexos, em virtude da estreita relação de causa e efeitos entre eles existentes.

Pelo quê, REJEITO as preliminares suscitadas e, no mérito, NEGO provimento ao recurso voluntário interposto.

Sala das Sessões, em 07 de março de 2008


CAIO MARCOS CANDIDO