



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

Processo nº 16095.000711/2008-78
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-002.976 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de julho de 2018
Matéria Simples
Recorrente VEF MODAS LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS

A análise de inconstitucionalidade de leis não pode ser apreciada em sede administrativa, por expressa disposição legal.

REQUISITOS DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Os requisitos formais relativos aos autos de infração estão previstos no artigo 10 do decreto 70.235/72.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Devidamente comprovado nos autos que a impugnante tinha pleno conhecimento dos fatos constantes do lançamento de ofício, impede qualquer alegação de cerceamento do direito de defesa sob alegação de que o processo não estivesse disponível na repartição de jurisdição do contribuinte.

SIGILO BANCÁRIO. DIREITO A INTIMIDADE E À PRIVACIDADE. INOPONIBILIDADE A PESSOAS JURÍDICAS. MATÉRIA NÃO SUJEITA À RESERVA DE JURISDIÇÃO

É improcedente o pedido de insubsistência do auto de infração dos tributos do Simples, por violação do sigilo bancário da empresa, eis que o acesso às informações bancárias diretamente pelo fisco é legítimo, não configurando afronta ao direito de intimidade e privacidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Cesar Candal Moreira Filho, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (Relator), Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Maria Lucia Miceli, Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias, e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Para a devida síntese do processo, transcrevo o relatório da DRJ/CGE, complementando-o ao final:

“Foram lavrados contra o contribuinte acima identificado, autos de infração do SIMPLES do ano calendário de 2005, no valor total de R\$ 107.792,51, conforme descrição dos fatos e enquadramento legal de fls. 305 a 366.

A autoridade fiscal efetuou o lançamento de ofício em face de omissão de receitas no ano calendário de 2005 identificado através das receitas através de repasses de Administradoras de cartões de crédito, em relação ao declarado na DIPJ, conforme termo de verificação e constatação de irregularidades de fls. 305 a 307.

O contribuinte apresentou sua impugnação alegando em síntese que:

- a) Preliminarmente a nulidade do lançamento por contrariar o artigo 11 do decreto 70.235/72 entendendo que quem deveria assinar o auto de infração seria o “delegado da receita federal de fiscalização” ou autorizado o fiscal que efetuou o lançamento;*
- b) Alega ainda, em sede preliminar, cerceamento do direito de defesa, pois, quando compareceu à DRF Guarulhos-SP em 03.12.2008, dizendo que, por indicação das instruções recebidas juntamente com o auto de infração dirigiu-se a essa DRF e recebeu a informação que o processo tinha sido encaminhado à ARF – Suzano – SP em 02.12.2008 e que o processo estaria em trânsito não tendo chegado ao destino e até aquele momento não teve vistas ao processo;*

-
- c) *O fisco calcou o seu trabalho em cima de suposições e presunções enquanto que não caracterizam fato gerador, mas deveria ter efetuado um levantamento específico e essas presunções não caracterizam o fato gerador e que os repasses de cartão de crédito por si só não configuram sinais exteriores de riqueza, afirmando que a legislação vigente determina que a existência dos sinais exteriores de riqueza é necessária para que a administração possa atuar na forma dos dispositivos legais;*
- d) *Em razão do artigo 142 do CTN que atribui expressamente a competência da autoridade administrativa para constituir o crédito tributário pelo lançamento, deve a autoridade administrativa verificar se os elementos que dão causa ao nascimento através do levantamento fiscal para somente depois constituir o crédito tributário e não através de presunção;*
- e) *Cita a existência de jurisprudência judicial embora não a indique e decisões do Conselho de Contribuintes anteriores à lei 9.430/96;*
- f) *As multas aplicadas são indevidas em decorrência da lei 9.289/96 que fixou a multa de 2%, transcrevendo decisão judicial sobre a aplicação de multas de ICMS com o objetivo de trazer para o seu caso específico o entendimento ali esposado, além do fato de que a multa nos patamares aplicados atribui fins confiscatórios, procedimento vedado pela Constituição Federal, inciso IV do artigo 150;*
- g) *Os juros da taxa SELIC contrariam a Constituição Federal discorrendo sobre a aplicação da referida taxa que não tem caráter indenizatório própria de juros moratórios, tratando-se de juros remuneratórios e que nessa condição contrariam a Constituição e a cobrança acima de 12% ao ano caracteriza crime de usura, devendo ser excluídos os juros moratórios superiores a 1% ao mês;”*

Analisadas as razões de impugnação, a Turma Julgadora *a quo* rejeitou as preliminares arguidas e no mérito julgou improcedente a impugnação, como denota a ementa do Acórdão nº 04-28.584 – 2ª Turma da DRJ/CGE abaixo transcrito:

“INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.

A análise de inconstitucionalidade de leis não pode ser apreciada em sede administrativa, por expressa disposição legal.

REQUISITOS DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Os requisitos formais relativos aos autos de infração estão previstos no artigo 10 do decreto 70.235/72.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Devidamente comprovado nos autos que a impugnante tinha pleno conhecimento dos fatos constantes do lançamento de ofício, impede qualquer alegação de cerceamento do direito de defesa sob alegação de que o processo não estivesse disponível na repartição de jurisdição do contribuinte.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Inconformada com a decisão retro, a interessada interpôs Recurso Voluntário para apreciação por este Conselho, alegando, em síntese: (i) nulidade do auto de infração por contrariar o artigo 11 do Decreto nº 70.235/72; (ii) nulidade do auto de infração por contrariar garantias e princípios constitucionais e entendimento do STJ e STF; (iii) ausência de comprovação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária imposta.

Finalizou seu recurso requerendo: (i) o acolhimento das preliminares, ou (ii) que fosse decretada a total improcedência da autuação fiscal; ou, ainda, (iii) caso não se entendesse pela improcedência do lançamento, que o julgamento fosse convertido em diligência para verificação da ocorrência do fato gerador.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa – Relator.

A recorrente teve ciência da decisão de 1ª instância no dia 24/10/2014, conforme Extrato do Processo (fls. 467), e protocolou Recurso Voluntário no dia 19/11/2014; tempestivamente, portanto. Assim, preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do presente recurso.

Com relação às preliminares, a recorrente inovou no pedido de nulidade em decorrência de suposto desrespeito à disposição do art. 4º, da Lei n.º 9.481/97. No entanto, da análise deste dispositivo, verifica-se que o mesmo é aplicável apenas às pessoas físicas, não havendo motivo para aplicação no presente caso, haja vista de a recorrente possuir personalidade jurídica.

Constata-se também, a inovação quanto ao pedido de nulidade fundamentado na inconstitucionalidade do exame das informações bancárias sem a prévia autorização judicial.

Não obstante, nesse sentido, observa-se que a partir do julgamento em sede de repercussão geral do RE nº 601.314, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que “o art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

Deste modo, o STF, Guardião da Constituição Federal, estabeleceu a possibilidade de o Fisco proceder ao exame das informações bancárias do contribuinte sem prévia autorização judicial.

Portanto, rejeito as preliminares suscitadas.

No mérito, também não merecem provimento as alegações da recorrente tendo em vista que a inversão do ônus da prova a partir de indícios de omissão de receitas, encontra fundamento em lei (art. 42, da Lei nº 9.430/96), podendo o Fisco proceder o lançamento dos valores a que o contribuinte, regularmente intimado, não consiga comprovar por meio de documentos hábeis e idôneos, a origem dos referidos depósitos.

Destarte, com espeques no § 3º, do art. 57, do RICARF, adoto as razões de decidir do Acórdão nº 04-28.584 – 2ª Turma da DRJ/CGE, abaixo transcritas:

“Não assiste razão ao contribuinte pelos motivos abaixo na ordem da impugnação relatada:

a) Em sede preliminar argüida pelo contribuinte equivoca-se ao afirmar que o auto de infração é nulo por descumprir o artigo 11 do decreto 70.235/72, pois, não se trata de notificação de lançamento e sim de auto de infração cujos requisitos estão expressos no artigo 10 do mesmo decreto e o servidor competente para sua lavratura é o Auditor fiscal conforme o disposto no artigo 6º da lei 11.457/2007;

b) O cerceamento do direito de defesa alegado pelo fato de que o processo estaria à disposição do contribuinte na DRF Guarulhos-SP enquanto esta teria encaminhado à ARF de Suzano-SP não encontra guarida na situação fática, pois, a chefia de equipe encaminhou o processo para numeração e registro, na DRF – Guarulhos – SP, retornando para a autoridade fiscal para ciência do contribuinte com posterior encaminhamento para a ARF Suzano, órgão de jurisdição do contribuinte, fls. 367 e 368, e, certamente se o defendente não teve vistas ao processo não foi por falta da Administração tributária. Não obstante ainda, verifica-se que a impugnante tem pleno conhecimento dos fatos constantes do lançamento de ofício, pois, os aborda integralmente;

c) O fisco efetuou seu trabalho baseado em fatos concretos que caracterizam a omissão de receitas e não em suposições ou presunções, pois, os repasses das Administradoras de cartões de crédito são oriundos de vendas da empresa, e, conseqüentemente, fato gerador do imposto de renda da pessoa jurídica quando esses repasses representam o objeto da empresa que é do comércio de mercadorias cujas vendas estão perfeitamente comprovadas com os referidos repasses;

d) A alegada competência privativa prevista no artigo 142 do CTN não invalida o procedimento, considerando que o § 4º do artigo 150 do mesmo diploma legal transfere a para o contribuinte a responsabilidade da apuração e pagamento do tributo do lançamento por homologação, e, com isso, é de responsabilidade do contribuinte

a apuração do tributo de conformidade com as normas contábeis e fiscais e não atribuir indevidamente à autoridade fiscal a obrigatoriedade de levantar receitas, custos e despesas da empresa como sugere a impugnante;

e) Mesmo que existissem decisões judiciais no sentido pretendido pelo contribuinte elas se aplicam tão somente aos casos em que são proferidas e as decisões do Conselho de Contribuintes de fatos anteriores à lei 9.430/96 não podem ser levadas em conta considerando que este dispositivo trouxe a presunção legal de omissão de receitas oriunda de créditos em conta bancária, e, ainda, que essas situações são diferentes da apresentada pela impugnante, considerando que repasses de Administradoras de cartões de crédito caracterizam efetivas vendas e independem até de qualquer possibilidade de justificativa em relação a outra hipótese;

f) Quanto à aplicação da multa de ofício aplicado ser indevida em vista da lei 9.289/96 que estabeleceu a multa de 2%, essa multa tem aplicação específica para os casos que menciona, enquanto que a multa de ofício aplicada tem previsão também específica para lançamentos de ofício no artigo 44 da lei 9.430/96, e, conseqüentemente devida. Quanto à inconstitucionalidade da lei em razão do caráter confiscatório de sua aplicação, não cabe a discussão em sede administrativa na forma do artigo 26-A do decreto 70.237/72 com a redação dada pelo artigo 25 da lei 11.941/2009;

g) Da mesma forma que o item anterior, a discussão acerca da inconstitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC não pode ser analisada em sede administrativa, porquanto, sua aplicação está prevista em lei e a inconstitucionalidade de leis somente pode ser analisada em sede judicial”.

Conclusão

Em vista do exposto, rejeito as preliminares de nulidade e, no mérito, NEGOU provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa

Processo nº 16095.000711/2008-78
Acórdão n.º **1302-002.976**

S1-C3T2
Fl. 480
