



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18471.000675/2007-52
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-005.303 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de março de 2021
Recorrente CASA RIO MINHO DO QUITUNGO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade do auto de infração quando o mesmo possui todos os elementos necessários à compreensão inequívoca da exigência, detalhados em Termo de Constatação Fiscal, que é parte integrante do Auto, e dos fatos que o motivaram e enquadramento legal da infração fiscal.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2003

SIGILO BANCÁRIO. PROCEDIMENTO DE OFÍCIO. SOLICITAÇÃO REGULAR.

Havendo procedimento de ofício instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda, não constitui quebra do sigilo bancário, haja vista prestar-se apenas a possível constituição de crédito tributário e eventual apuração de ilícito penal, havendo, na verdade, mera transferência da responsabilidade do sigilo, antes assegurado pela instituição financeira e agora mantido pelas autoridades administrativas.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA.

Não constitui violação ao dever de sigilo a transferência de dados bancários das instituições financeiras para a administração tributária, conforme autorizado pela legislação e **referendado pela Suprema Corte Nacional**.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGENS. PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITA.

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DAS PROVA.

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2003

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL.

Em razão da vinculação entre o lançamento principal e o decorrente, devem as conclusões relativas àquele prevalecer na apreciação deste, desde que não presentes arguições específicas ou elementos de prova novos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2003

LANÇAMENTO DECORRENTE. PIS. BASE DE CÁLCULO INCORRETA.

A base de cálculo da Contribuição para o PIS deve apontar com correção a matéria tributável (**mensal**) e o respectivo fato gerador (**mensal**), consoante estabelece o art.142 do CTN.

Inconsistências em sua apuração, tais como tributação de receitas **trimestralmente** apuradas e fatos geradores **trimestrais**, resultam na impropriedade da exigência desta contribuição.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Ano-calendário: 2003

LANÇAMENTO DECORRENTE. COFINS. BASE DE CÁLCULO INCORRETA.

A base de cálculo da COFINS deve apontar com correção a matéria tributável (**mensal**) e o respectivo fato gerador (**mensal**), consoante estabelece o art.142 do CTN.

Inconsistências em sua apuração, tais como tributação de receitas **trimestralmente** apuradas e fatos geradores **trimestrais**, resultam na impropriedade da exigência desta contribuição.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso voluntário tão somente para afastar as exigências relativas ao PIS e à COFINS.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Cláudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e Andre Severo Chaves.

Relatório

Início transcrevendo o relatório e voto da decisão recorrida, consubstanciada no Acórdão de nº 12-23.435 proferido pela 9ª Turma da DRJ/RJOI, em sessão de 20/03/2009.

Relatório

Trata o presente processo dos autos de infração de imposto de renda da pessoa jurídica — IRPJ e seus reflexos a seguir, lavrados pela Delegacia da Receita Federal de Fiscalização do Rio de Janeiro — Defic/RJO, nos quais são exigidos da interessada os valores a seguir, acrescidos de multa de ofício de 75% e de juros de mora, relativamente a fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2003.

- IRPJ (fls. 77/82), de R\$ 39.151,21;
- PIS (fls. 83/86), de R\$ 16.961,26;
- Cofins (fls.87/90), de R\$ 78.292,80; e
- CSLL (fls. 91/95), de R\$ 28.181,80.

De acordo com o relatório de descrição dos fatos e enquadramento legal de fls.78 e Termo de Constatação Fiscal (TCF) de fls. 76, o lançamento se deveu a arbitramento do lucro tendo em vista apuração, pelo auditor fiscal autuante, de movimentação financeiras cuja origem a interessada não logrou justificar.

No TCF de fls. 76, o autuante informa que:

- *a interessada apresentou no ano-calendário de 2003 movimentação financeira superior ao total de rendimentos declarados e que, ao ser reiteradamente intimada, não justificou a origem dos valores movimentados;*
- *do exame da contabilidade da interessada, foi constatado que não havia correspondência entre a escrita e a movimentação financeiras, o que acarretou a desconsideração dos livros fiscais;*
- *a interessada já havia sido excluída do Simples desde o ano-calendário de 2000, mas continuava a declarar sob essa modalidade;*
- *foi arbitrado o lucro com base no art. 530, III; 532 e 537, do RIR11999, e art. 27, I e 42 da Lei nº 9.430/1996.*

Cientificada do lançamento em 22/06/2007 (fls. 96), a interessada apresentou, em 23/07/2007, impugnação de fls. 99/113, em que alega, em síntese:

- nulidade do lançamento em razão de (1) inobservância, por parte do autuante, dos preceitos constitucionais contidos no art. 50, LV, da Constituição e do CTN, e dos arts. 23, I e 59, II, do Decreto nº 70.235/1972; (2) a constituição do crédito tributário ter sido baseada em quebra do sigilo bancário; (3) falta de comunicação processual válida; (4) não ter sido regularmente intimada para se manifestar sobre os atos de constituição do crédito tributário;

- que não perdeu sua condição de empresa de pequeno porte, uma vez que nunca exerceu atividade de representação comercial, que apenas constou do registro no CNPJ, devendo a realidade fática prevalecer sobre a realidade formal.

Por fim, pede a improcedência do lançamento.

É o relatório.

Voto

Acolho a impugnação por ser tempestiva e reunir os demais requisitos de admissibilidade.

O autuante arbitrou o lucro da interessada em razão de haver apurado créditos depositados em instituições financeiras superiores aos valores declarados, além de não haver correspondência entre os depósitos e contabilidade apresentada, o que acarretou a desconsideração da escrita. Disse ainda o autuante que a interessada, apesar de já excluída do Simples desde 2000, continuou a declarar sob essa sistemática de recolhimento.

Em sua defesa, a interessada arguiu nulidade do lançamento em razão de (1) inobservância, por parte do autuante, dos preceitos constitucionais contidos no art. 50, LV, da Constituição e do CTN, e dos arts. 23, I e 59, II, do Decreto nº 70.235/1972 (Processo Administrativo Fiscal — PAF); (2) a constituição do crédito tributário ter sido baseada em quebra do sigilo bancário; (3) falta de comunicação processual válida; (4) não ter regularmente intimada para se manifestar sobre os atos de constituição do crédito tributário. No que se refere ao Simples, disse que não perdeu a qualidade de empresa de pequeno porte e que nunca exerceu a atividade impeditiva de representação comercial informada no registro do CNPJ.

Passo a votar.

1. Preliminares. Arguições de nulidade.

(1) inobservância dos preceitos constitucionais contidos no art. 5º, LV, da Constituição e do CTN, e dos arts. 23, I e 59, II, do Decreto nº 70.235/1972 (PAF)

(3) sic - falta de comunicação processual válida

(4) falta de intimação para que se manifestasse sobre os atos de constituição do crédito tributário (CT)

A interessada disse que o lançamento seria nulo em razão de inobservância aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, bem como de dispositivos do CNT (não especificados) e do PAF, tendo em vista que não teria recebido as intimações para justificar os depósitos em contas bancárias. Além disso, diz que houve falta de comunicação válida, com prazo razoável para resposta, e que não foi intimada para que se manifestasse sobre os atos de constituição do CT.

Não lhe assiste razão. Verifica-se que em 08/01/2007 a interessada foi intimada, na pessoa de seu sócio, sr. João Batista do Santos Junior (contrato social e alterações - fls.115/128), do mandado de procedimento fiscal de fls. 01, bem como do início da fiscalização, em 08/01/2007 (fls. 23) e reintimação em 15/03/2007 (fls. 24).

Em 21/05/2007 (fls. 30/31) e 04/06/2007 (fls. 74/75), a interessada foi intimada a comprovar a origem dos depósitos bancários relacionados e anexos às intimações, sem oferecer resposta. Tais intimações foram endereçadas ao domicílio fiscal da interessada e recebidas pela sra. Jania Rodrigues Peixoto, que se identificou como sua contabilista.

A esse respeito, diz o art. 23, inc I e II, do PAF:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

.....
Assim, as intimações de fls. 21/32 e 74/75 se conformam ao prescrito no inc II do art. 23 do PAF, tendo em vista que foram feitas no endereço do contribuinte. Nesse caso, pode a intimação ser por via postal, telegráfica ou qualquer outro meio ou via, desde que haja prova de recebimento no domicílio tributário do sujeito passivo, como de fato há, como comprova a assinatura aposta no termo de intimação, entregue pelo autuante, pela pessoa que recebeu o referido termo.

Cabe acrescentar que em nenhum momento a interessada negou que a sra. Jania Rodrigues Peixoto fazia parte de seu quadro de funcionários.

No que se refere ao "prazo razoável" para atendimento da intimação, este foi de 5 dias, conforme consta das fls. 23 e 24. No entanto, não havia óbice para que a interessada requeresse um prazo adicional para o cumprimento da exigência. Como a interessada não se pronunciou de nenhuma forma, as intimações foram consideradas não atendidas.

Por fim, a interessada disse que não foi chamada a participar da elaboração dos atos de constituição do CT. Nem poderia. Tais atos são privativos da autoridade administrativa, na forma do art. 142 do CTN. Por outro lado, a interessada foi intimada para tanto na pessoa de seu sócio, para apresentar livros e documentos quando do início da ação fiscal, como também o foi, mediante intimações de fls. 31/32 e 74/75, para que justificasse os depósitos em contas bancárias que lhe foram apresentados.

Cabe observar que as intimações orientavam à interessada a como atender às exigências formuladas, bem como o auto de infração está revestido dos elementos necessários ao exercício da ampla defesa e do contraditório, devidamente motivado, com indicação dos dispositivos legais infringidos e com demonstrações das bases de cálculo e quantum apurados.

Assim, rejeito as preliminares arguidas.

(2) inconstitucionalidade do crédito tributário por se basear em quebra do sigilo bancário

Também não prospera a arguição. O procedimento fiscal seguiu às disposições legais da espécie, a saber art. 142 do CTN e arts. 7º a 10 do PAF, e normas complementares.

A solicitação dos dados financeiros foi feita em 03/04/2007 pela autoridade competente (Delegado da Defic/RJO), por meio de Requisição de Movimentação Financeira —RMF (fls. 25 e 28) dirigida às instituições financeiras. Portanto, foram observados os requisitos legais para a obtenção das informações bancárias da interessada.

Portanto, não procede a alegação de que a obtenção dos dados bancários da interessada teria ofendido às disposições constitucionais, razão pela qual rejeito a arguição.

2. Da prejudicial: exclusão do Simples

O autuante informou no TVF (fls. 76) que a interessada, apesar de excluída do Simples desde 2000, vinha declarando por essa modalidade, e procedeu ao lançamento com base no arbitramento do lucro. Em sua defesa, a interessada alegou que permanece na condição de empresa de pequeno porte e que até a presente data não teve sua exclusão do Simples definida pela Receita Federal. Além disso, disse que o litígio se deveu a partir de uma questão formal, que não pode prevalecer sobre a verdade material, da atividade vedada e não exercida de representação comercial.

De plano, cabe registrar que a interessada confunde a condição de EPP com a de optante pelo Simples. A EPP e a micro empresa (ME) são definidas objetivamente pelo limite da receita bruta mensal. É certo que apenas EPP e ME fazem jus à tributação simplificada, mas a recíproca não é verdadeira, ou seja, nem todas EPP e ME podem ser optantes do Simples, como no caso de exercício de atividade legalmente vedada, por exemplo.

O autuante informou que a interessada foi excluída do Simples em 2000 e a contestou dizendo que a exclusão seria indevida tendo em vista que houve equívoco de sua parte ao informar no registro do CNPJ atividade vedada nunca exercida.

Conforme se verifica do extrato de fls. 130/131 do sistema da Receita Federal de Vedações e Exclusões do Simples — Sivex, a interessada foi excluída do Simples pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 0297832, de 29/09/2000, com efeito a partir de 01/11/2000, em razão da situação excludente "pendências junto à PGFN — número do débito 70297002376". Consta ainda que a interessada apresentou Solicitação de Revisão de Exclusão do Simples (SRS) nº 07107297832, e que a exclusão foi consolidada em 02/10/2001, com efeito retroativo a 01/11/2000.

Portanto, não cabe nenhuma discussão no presente processo quanto à exclusão formalizada mediante o ADE nº 297832.

Portanto, rejeito a prejudicial.

3. Do mérito. IRPJ. Depósitos bancários de origem não comprovada.

A interessada não trouxe nenhuma alegação de defesa com relação ao mérito do lançamento, razão pela qual considero incontroversos os valores tributáveis que lhe são imputados.

Nesse passo, e considerando que o procedimento de constituição do crédito tributário previsto no art. 142 do CTN também não foi objeto de contestação nem nele se verificam erros passíveis de revisão de ofício, mantenho integralmente a exigência de IRPJ.

Cabe observar que o autuante, apesar de não haver consignado expressamente no auto de infração, deduziu dos totais trimestrais dos depósitos apurados os valores das receitas trimestrais declaradas (fls. 07/18).

4. Da tributação reflexa: PIS, COFINS, CSLL

Uma vez que os lançamentos das contribuições decorrem das bases tributáveis em que incidiu o IRPJ e que foram mantidas no presente voto, e considerando que não foram trazidas alegações específicas às contribuições nem se verificam erros ensejadores de revisão de ofício, considero procedentes as exigências de PIS, COFINS e CSLL.

5. Conclusão

*Por todo o exposto, voto pela **procedência** dos lançamentos, para manter integralmente as exigências lançadas, acrescidas de multa de ofício de 75% e de juros de mora.*

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificada em 24 de abril de 2009 da decisão recorrida, a Interessada apresentou recurso voluntário em 21 de maio de 2009, no qual, após transcrever a decisão recorrida, apresentou os mesmos argumentos dispendidos na Impugnação.

É o relatório do essencial.

Fl. 8 do Acórdão n.º 1401-005.303 - 1ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 18471.000675/2007-52

Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano, Relator.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade do Recurso Voluntário apresentado, dele conheço.

Conforme relatoriado, cientificada da decisão do acórdão da DRJ, a Contribuinte interpõe recurso voluntário, no qual **repete** a argumentação apresentada na Impugnação, ora transcrita na decisão recorrida, então apreciada por aquela instância.

Na apreciação das preliminares e mérito, nos casos dos lançamentos de **IRPJ** e do lançamento decorrente da **CSLL**, o acórdão recorrido mostrou-se sólido em suas conclusões e encontra-se adequadamente fundamentado.

Com relação aos lançamentos decorrentes de PIS e COFINS, há inconsistências na sua constituição que prejudicam irremediavelmente a sua certeza e segurança, atributos necessários ao lançamento conforme estabelecido no art.142 do CTN, como adiante se mostrará.

Portanto, **adoto como minhas razões de decidir a decisão recorrida**, naquilo que se refere às preliminares e mérito dos lançamentos de IRPJ e de CSLL, pelos seus próprios fundamentos.

Assim, permito-me em utilizar a faculdade prevista ao Conselheiro Relator nos termos do parágrafo 3 do art.57 do Regimento Interno do CARF:

Art.57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

[...]

Parágrafo 1º. A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

[...]

2 A exigência do Parágrafo 1º. pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF n. 329, 2017).

A seguir o **voto** condutor do Acórdão, que transcrevo e adoto, com as ressalvas que comentarei adiante, como razão de decidir:

Voto

Acolho a impugnação por ser tempestiva e reunir os demais requisitos de admissibilidade.

O autuante arbitrou o lucro da interessada em razão de haver apurado créditos depositados em instituições financeiras superiores aos valores declarados, além de não haver correspondência entre os depósitos e contabilidade apresentada, o que acarretou a desconsideração da escrita. Disse ainda o autuante que a

interessada, apesar de já excluída do Simples desde 2000, continuou a declarar sob essa sistemática de recolhimento.

Em sua defesa, a interessada arguiu nulidade do lançamento em razão de (1) inobservância, por parte do autuante, dos preceitos constitucionais contidos no art. 5º, LV, da Constituição e do CTN, e dos arts. 23, I e 59, II, do Decreto nº 70.235/1972 (Processo Administrativo Fiscal — PAF); (2) a constituição do crédito tributário ter sido baseada em quebra do sigilo bancário; (3) falta de comunicação processual válida; (4) não ter regularmente intimada para se manifestar sobre os atos de constituição do crédito tributário. No que se refere ao Simples, disse que não perdeu a qualidade de empresa de pequeno porte e que nunca exerceu a atividade impeditiva de representação comercial informada no registro do CNPJ.

Passo a votar.

1. Preliminares. Arguições de nulidade.

(1) inobservância dos preceitos constitucionais contidos no art. 5º, LV, da Constituição e do CTN, e dos arts. 23, I e 59, II, do Decreto nº 70.235/1972 (PAF)

(3) sic - falta de comunicação processual válida

(4) falta de intimação para que se manifestasse sobre os atos de constituição do crédito tributário (CT)

A interessada disse que o lançamento seria nulo em razão de inobservância aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, bem como de dispositivos do CNT (não especificados) e do PAF, tendo em vista que não teria recebido as intimações para justificar os depósitos em contas bancárias. Além disso, diz que houve falta de comunicação válida, com prazo razoável para resposta, e que não foi intimada para que se manifestasse sobre os atos de constituição do CT.

Não lhe assiste razão. Verifica-se que em 08/01/2007 a interessada foi intimada, na pessoa de seu sócio, sr. João Batista dos Santos Junior (contrato social e alterações - fls.115/128), do mandado de procedimento fiscal de fls. 01, bem como do início da fiscalização, em 08/01/2007 (fls. 23) e reintimação em 15/03/2007 (fls. 24).

Em 21/05/2007 (fls. 30/31) e 04/06/2007 (fls. 74/75), a interessada foi intimada a comprovar a origem dos depósitos bancários relacionados e anexos às intimações, sem oferecer resposta. Tais intimações foram endereçadas ao domicílio fiscal da interessada e recebidas pela sra. Jania Rodrigues Peixoto, que se identificou como sua contabilista.

A esse respeito, diz o art. 23, inc I e II, do PAF:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

.....

Assim, as intimações de fls. 21/32 e 74/75 se conformam ao prescrito no inc II do art. 23 do PAF, tendo em vista que foram feitas no endereço do contribuinte. Nesse caso, pode a intimação ser por via postal, telegráfica ou qualquer outro meio ou via, desde que haja prova de recebimento no domicílio tributário do sujeito passivo, como de fato há, como comprova a assinatura aposta no termo de intimação, entregue pelo autuante, pela pessoa que recebeu o referido termo.

Cabe acrescentar que em nenhum momento a interessada negou que a sra. Jania Rodrigues Peixoto fazia parte de seu quadro de funcionários.

No que se refere ao "prazo razoável" para atendimento da intimação, este foi de 5 dias, conforme consta das fls. 23 e 24. No entanto, não havia óbice para que a interessada requeresse um prazo adicional para o cumprimento da exigência. Como a interessada não se pronunciou de nenhuma forma, as intimações foram consideradas não atendidas.

Por fim, a interessada disse que não foi chamada a participar da elaboração dos atos de constituição do CT. Nem poderia. Tais atos são privativos da autoridade administrativa, na forma do art. 142 do CTN. Por outro lado, a interessada foi intimada para tanto na pessoa de seu sócio, para apresentar livros e documentos quando do início da ação fiscal, como também o foi, mediante intimações de fls. 31/32 e 74/75, para que justificasse os depósitos em contas bancárias que lhe foram apresentados.

Cabe observar que as intimações orientavam à interessada a como atender às exigências formuladas, bem como o auto de infração está revestido dos elementos necessários ao exercício da ampla defesa e do contraditório, devidamente motivado, com indicação dos dispositivos legais infringidos e com demonstrações das bases de cálculo e quantum apurados.

Assim, rejeito as preliminares arguidas.

(2) inconstitucionalidade do crédito tributário por se basear em quebra do sigilo bancário

Também não prospera a arguição. O procedimento fiscal seguiu às disposições legais da espécie, a saber art. 142 do CTN e arts. 7º a 10 do PAF, e normas complementares.

A solicitação dos dados financeiros foi feita em 03/04/2007 pela autoridade competente (Delegado da Defic/RJO), por meio de Requisição de Movimentação Financeira —RMF (fls. 25 e 28) dirigida às instituições financeiras. Portanto, foram observados os requisitos legais para a obtenção das informações bancárias da interessada.

Portanto, não procede a alegação de que a obtenção dos dados bancários da interessada teria ofendido às disposições constitucionais, razão pela qual rejeito a arguição.

2. Da prejudicial: exclusão do Simples

O autuante informou no TVF (fls. 76) que a interessada, apesar de excluída do Simples desde 2000, vinha declarando por essa modalidade, e procedeu ao lançamento com base no arbitramento do lucro. Em sua defesa, a interessada alegou que permanece na condição de empresa de pequeno porte e que até a presente data não teve sua exclusão do Simples definida pela Receita Federal. Além disso, disse que o litígio se deveu a partir de uma questão formal, que não pode prevalecer sobre a verdade material, da atividade vedada e não exercida de representação comercial.

De plano, cabe registrar que a interessada confunde a condição de EPP com a de optante pelo Simples. A EPP e a micro empresa (ME) são definidas objetivamente pelo limite da receita bruta mensal. É certo que apenas EPP e ME fazem jus à tributação simplificada, mas a recíproca não é verdadeira, ou seja, nem todas EPP e ME podem ser optantes do Simples, como no caso de exercício de atividade legalmente vedada, por exemplo.

O autuante informou que a interessada foi excluída do Simples em 2000 e a contestou dizendo que a exclusão seria indevida tendo em vista que houve equívoco de sua parte ao informar no registro do CNPJ atividade vedada nunca exercida.

Conforme se verifica do extrato de fls. 130/131 do sistema da Receita Federal de Vedações e Exclusões do Simples — Sivex, a interessada foi excluída do Simples pelo Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 0297832, de 29/09/2000, com efeito a partir de 01/11/2000, em razão da situação excludente "pendências junto à PGFN — número do débito 70297002376". Consta ainda que a interessada apresentou Solicitação de Revisão de Exclusão do Simples (SRS) nº 07107297832, e que a exclusão foi consolidada em 02/10/2001, com efeito retroativo a 01/11/2000.

Portanto, não cabe nenhuma discussão no presente processo quanto à exclusão formalizada mediante o ADE nº 297832.

Portanto, rejeito a prejudicial.

3. Do mérito. IRPJ. Depósitos bancários de origem não comprovada.

A interessada não trouxe nenhuma alegação de defesa com relação ao mérito do lançamento, razão pela qual considero incontroversos os valores tributáveis que lhe são imputados.

Nesse passo, e considerando que o procedimento de constituição do crédito tributário previsto no art. 142 do CTN também não foi objeto de contestação nem nele se verificam erros passíveis de revisão de ofício, mantenho integralmente a exigência de IRPJ.

Cabe observar que o autuante, apesar de não haver consignado expressamente no auto de infração, deduziu dos totais trimestrais dos depósitos apurados os valores das receitas trimestrais declaradas (fls. 07/18).

4. Da tributação reflexa: PIS, COFINS, CSLL

Uma vez que os lançamentos das contribuições decorrem das bases tributáveis em que incidiu o IRPJ e que foram mantidas no presente voto, e considerando que não foram trazidas alegações específicas às contribuições nem se verificam erros ensejadores de revisão de ofício, considero procedentes as exigências de PIS, COFINS e CSLL.

5. Conclusão

*Por todo o exposto, voto pela **procedência** dos lançamentos, para manter integralmente as exigências lançadas, acrescidas de multa de ofício de 75% e de juros de mora.*

Permito-me alguns comentários, como, por exemplo, na questão relativa ao **sigilo bancário**, uma vez que a Suprema Corte já se manifestou sobre o tema, o que não existia à época da decisão recorrida.

Neste sentido reproduzo texto que utilizo em meus votos, sobre o assunto:

A defesa tinha alegado quebra de sigilo, aduzindo que o acesso à movimentação financeira da Impugnante somente poderia ocorrer mediante ordem judicial.

Não obstante esta questão estar pacificada, o acesso pelas autoridades administrativas às informações bancárias dos contribuintes tem fundamento na própria Constituição Federal, art. 145, parágrafo 1º, assim como já estava previsto no CTN, art. 197, e, posteriormente, veio a ser tratado na Lei nº 8.021, de 1990:

Constituição Federal

Art. 145. (...)

§1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (grifou-se)

Código Tributário Nacional - CTN

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:

[...]

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

Lei 8.021, de 1990

Art. 8.º 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 n.º 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 10 (dez) dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento deste prazo, a penalidade prevista no §1.º do art. 7.º.

No presente contexto, já vigorava a Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, que regulou, com mais detalhes, a solicitação de informações às instituições financeiras, assim determinando:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§3º Não constitui violação do dever de sigilo:

[...]

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.

[...]

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

[...]

§2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

[...]

§4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

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.

Atos contínuos, a Lei nº 10.174, de 09/01/2001 e o Decreto nº 3.724/2001, apenas regeram com mais precisão a obtenção de dados, compondo o cenário

jurídico no qual a autoridade fiscal está autorizada, nos casos previstos, a requisitar informações bancárias dos contribuintes fiscalizados.

Imprópria, assim, a tentativa de vincular esta atividade tão-só ao Poder Judiciário, sob o argumento de violação de direitos da impugnante. Os atos legais e regulamentares mencionados disciplinaram as hipóteses específicas nas quais o acesso é permitido e, ao circunscrever-se a este âmbito, a prova obtida é plenamente válida e, sobre ela, a contribuinte foi regularmente intimada a se manifestar e a esclarecer a origem dos valores questionados, tanto na fase procedimental como na litigiosa, quando da concessão de prazo regulamentar para impugnação após a ciência da formalização da exigência.

Importa também acrescentar que não há previsão expressa na Constituição quanto à inviolabilidade do sigilo bancário, advindo tal tese da interpretação doutrinária e jurisprudencial dada à matéria, com posicionamentos contrários à Fazenda pública colacionados pelo contribuinte em sua peça impugnatória, doravante resquícios de entendimento ultrapassado.

*Muito oportunamente, neste ponto cabe discorrer sobre a palavra final dada sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal em análise conjunta de cinco processos que questionavam os dispositivos da Lei Complementar 105/2001 que permitiam a Administração Tributária Federal obter os dados bancários diretamente das instituições financeiras sem autorização judicial. Trata-se das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI, nºs 2390, 2859, 2386 e 2397, as três últimas apensadas a primeira, além do **Recurso Extraordinário (RE) nº 601314**.*

Em Sessão plenária ocorrida no STF em 24 de fevereiro de 2016, por maioria de votos (9 a 2), prevaleceu o entendimento de que o disposto na norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas tão somente em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos para o Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, não havendo portanto ofensa à Constituição Federal.

Das Intimações

Reproduzo a alegação da Recorrente, idêntica, como já destaquei, àquela trazida na Impugnação:

EM NENHUM MOMENTO, A PARTIR DA VERIFICAÇÃO DOS TERMOS FISCAIS, FOI DADO AO CONTRIBUINTE O DIREITO DE SE MANIFESTAR SOBRE QUALQUER DOCUMENTO RELACIONADO À REFERIDA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA, A FIM DE QUE PUDESSE CONHECER DOS VALORES, QUE, SEGUNDO ALEGA A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, CONSTAVAM DOS EXTRATOS E DERAM CAUSA AO AUTO DE INFRAÇÃO, POR ARBITRAMENTO.

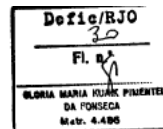
A REQUERENTE EM NENHUM MOMENTO RECUSOU-SE A FORNECER INFORMAÇÕES E SEQUER FOI CHAMADA A PARTICIPAR DA ELABORAÇÃO DOS ATOS DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, ORA ATACADO, BASEADOS, TÃO-SOMENTE, EM EXTRATOS BANCÁRIOS, CUJOS VALORES JAMAIS FORAM MOSTRADOS A IMPUGNANTE.

Conforme relatoriado, a DRJ já se manifestou sobre tal alegação, fazendo menção às **intimações** feitas acostadas aos autos.

Apenas reproduzo uma delas (pois houve reintimação):



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria da Receita Federal do Brasil



TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL

IDENTIFICAÇÃO

Unidade	0719000 RIO DE JANEIRO - DEFIC	Número do RPF/MPF	0719000/02012/2006
Nome/Nome Empresarial	Casa Rio Minho do Quitungo	CPF/CNPJ	33.093.063/0001-99
Logradouro	Rua João Henrique	Numero	520
Bairro	Cordovil	Cidade	RIO DE JANEIRO
Local de Lavratura	Rio de Janeiro	UF	RJ
		CEP	21.250-530
		Data	21/05/2007
		Hora	12:00

CONTEXTO

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal e no curso da ação fiscal iniciada em 26/12/2006, de acordo com o disposto nos art. 904, 910, 911 e 927 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), INTIMO o contribuinte acima identificado a apresentar os elementos abaixo especificados:

- Comprovar a origem dos depósitos efetuados em conta corrente da empresa conforme demonstrativo abaixo e planilhas em anexo justificando a diferença entre esses valores e os declarados a título de receita bruta em sua DIRPJ 2004 relativa ao ano calendário 2003.

Mês	HSBC	CEF
Janeiro	R\$ 233.873,19	R\$ 7.490,22
Fevereiro	R\$ 211.684,88	R\$ 3.457,43
Março	R\$ 220.110,58	R\$ 8.285,00
Abril	R\$ 218.373,44	R\$ 5.291,07
Mai	R\$ 219.702,47	R\$ 5.973,26
Junho	R\$ 205.256,83	R\$ 13.846,52
Julho	R\$ 233.572,91	R\$ 9.713,72
Agosto	R\$ 219.407,67	R\$ 2.855,15
Setembro	R\$ 258.231,44	R\$ 9.358,93
Outubro	R\$ 293.142,07	R\$ 8.204,01
Novembro	R\$ 258.120,01	R\$ 6.114,47
Dezembro	R\$ 294.231,23	R\$ 2.156,1
Total	R\$ 2.865.706,72	R\$ 82.745,88
		R\$ 2.948.452,60

Prazo: 5 dias úteis a partir da ciência deste termo

Toda a documentação deverá ser entregue à sede do Ministério da Fazenda no Rio de Janeiro situada à Av. Antônio Carlos, 375 sala 438, aos cuidados do AFRF Ney Carline Limonge.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria da Receita Federal do Brasil



TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL

IDENTIFICAÇÃO

Nome/Nome Empresarial	Casa Rio Minho do Quitungo	CPF/CNPJ	33.093.063/0001-99
-----------------------	----------------------------	----------	--------------------

CONTEXTO (Continuação do TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL)

E, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo, em 03 (três) vias de igual forma e teor, assinado pelo(s) Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal do Brasil e pelo contribuinte/preposto, que neste ato recebe uma das vias.

AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

Nome:	Matrícula:	Assinatura:
Ney Carline Limonge	0020461	

CIÊNCIA DO CONTRIBUINTE

Nome do Contribuinte/Preposto:	JANIA RODRIGUES PEIXOTO
Cargo:	CONTABILISTA
Data:	21/05/2007
Assinatura:	

Junto ao referido **Termo de Intimação**, encontram-se as planilhas indicativas dos créditos bancários, individualizados (fls.32 a 73).

Do arbitramento

Consta nos autos uma declaração de rendimentos da Recorrente, sob as regras do Simples, com receita declarada no ano de 2003 de **R\$ 339.026,22** (fl.18) ao passo que os créditos bancários sem origem explicada somaram **R\$ 2.948.452,60** (fl.30 – Intimação).

No **Termo de Início de Fiscalização** (fls.23), a Recorrente já havia sido intimada, em 08 de janeiro de 2007, a apresentar, com prazo de cinco dias úteis, dentre outros, o Livro Caixa ou Diário e Razão, sendo reintimada em 15 de março de 2007.

Não consta que os tenha apresentados à Fiscalização, entretanto, no **Termo de Constatação Fiscal** (fls.76), do qual a Recorrente recebeu cópia em 22 de junho de 2007 (**AR** às fls.96), a autoridade autuante relatou que examinou a contabilidade apresentada:

“...constatei não haver correspondência entre sua escrita e aquela intensa movimentação financeira fazendo com que seus livros fiscais fossem desconsiderados. Esses fatos motivaram uma autuação por omissão de rendimentos, devido aos depósitos bancários não escriturados.

Pelo fato do contribuinte vir apresentando sistematicamente declaração de rendimentos pelo modelo Simples apesar de estar excluído desta modalidade desde o ano de 2000, o presente Auto de Infração se dá através do arbitramento de seus lucros.”

Assim, tendo examinado a escrituração contábil e anotado a grave inconsistência supra relatada, entendeu pela desconsideração dos livros **fiscais**, promovendo-se o arbitramento com base no inciso III do art.530 do RIR/99, pela não apresentação de livros **contábeis** ou Livro Caixa:

LUCRO ARBITRADO

CAPÍTULO I

HIPÓTESES DE ARBITRAMENTO

Art. 529. A tributação com base no lucro arbitrado obedecerá as disposições previstas neste Subtítulo.

***Art. 530.** O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, **quando** (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):*

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

- a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária;*
- b) determinar o lucro real;*

III – o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art.527;

No corpo do Auto de Infração, consta que a Contribuinte poderia ter sido tributado pelas regras do Lucro Presumido, entretanto, tal possibilidade revelou-se inviável em face da inexistência de livro Caixa.

Eis a descrição dos fatos no Auto de Infração (fl.78):

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte supracitado, efetuamos o presente Lançamento de Ofício, nos termos do art. 926 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999), tendo em vista que foram apuradas as infração(ões) abaixo descrita(s), aos dispositivos legais mencionados.

Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2003 06/2003 09/2003 12/2003

Arbitramento do lucro que se faz em virtude de que o contribuinte, estando autorizado a optar pela tributação com base no Lucro Presumido, deixou de cumprir as obrigações acessórias relativas a sua determinação, em relação aos seguintes fatos:

Enquadramento Legal:

A partir de 01/04/1999

Art. 530, inciso III, do RIR/99.

Bem, sob qualquer ângulo que se veja a situação contábil/fiscal da Recorrente, não restou alternativa que não o arbitramento do lucro do ano calendário de 2003.

Dos Lançamentos Decorrentes

A solução dada ao litígio principal, referente ao IRPJ, aplica-se aos lançamentos dele decorrentes (CSLL, contribuição para o PIS e COFINS), por resultarem dos mesmos elementos de prova e se referirem à mesma matéria tributável.

Ocorre que na apuração da contribuição devida a título de **PIS** (fls.83 a 86) e de **COFINS** (fls.87 a 90), a autoridade autuante considerou como matéria tributável a receita **trimestral** e não a receita **mensal**, que é a verdadeira base de cálculo destas contribuições.

Este procedimento equivocado provoca também distorções na apuração da multa devida e nos juros de mora das contribuições e multa, de forma que por tais razões e por ser estar

em desacordo com o art.142 do CTN, uma vez que não pode o Fisco exigir contribuições apuradas em bases de cálculo incorretas, as contribuições lançadas devem ser canceladas.

Conclusão

É o voto, afastar as preliminares de nulidade e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso voluntário tão somente para afastar as exigências relativas ao PIS e à COFINS.

(documento assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano