



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

Processo nº 1915.000254/2004-98
Recurso nº 174.317 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.323 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de setembro de 2010
Matéria IRPJ/REFLEXOS
Recorrente TRANSPORTADORA NON STOP LTDA.-ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001

Ementa: IRPJ/Contribuições - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. Independentemente de haver ou não pagamento, excetuando-se os casos de dolo, fraude ou simulação, a Fazenda Pública dispõe de 5 (cinco) anos, contados a partir do fato gerador, para promover o lançamento de tributos enquadrados na modalidade de lançamento por homologação.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS.

Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do auto de infração, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, restam insubsistentes as alegações de nulidade do auto de infração e do procedimento Fiscal.

SIGILO BANCÁRIO. EXAME DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE.

É lícito ao fisco, mesmo antes da edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, examinar informações relativas ao contribuinte, independentemente de autorização judicial, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive as referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

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

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001

PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS. APLICAÇÃO AO SIMPLES - Aplicam-se às pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos abrangidos por este sistema.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM. COMPROVAÇÃO.

Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em 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.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista pelos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei 9.430/96.

APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. LEGALIDADE. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula CARF nº 4)

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. SIMPLES - PIS - COFINS - CSLL - ISS. Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade, reconhecer a decadência até fevereiro de 1999, acompanhando pelas conclusões os conselheiros Mauricio Pereira Faro, Fernando Luiz Gomes de Mattos e Viviane Vidal Wagner. No mérito, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Mauricio Pereira Faro, Karem Jureidini Dias e Alexei Macorin Vivan, que davam provimento parcial para afastar os juros sobre a multa de ofício.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner - Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto – Relator

Participaram da presente sessão de julgamento, os Conselheiros Antonio Bezerra Neto, Maurício Pereira Faro, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Alexei Macorin Vivan, Karen Jureidini Dias e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 16-14.778, da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento São Paulo-SP.

Adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

Trata o presente processo de autos de infração lavrados em decorrência de ação fiscal direta, exigindo da contribuinte o crédito tributário relativo ao SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte), no valor de R\$ 269 709,65.

1. No Termo de Verificação Fiscal (fls. 435 a 439), a autoridade lançadora descreve as inúmeras tentativas de, mediante intimações enviadas por correio e também feitas diretamente ao representante da empresa fiscalizada, obter extratos bancários relativos à movimentação financeira efetuada no período sob exame (1998 a 2001), bem como a comprovação da origem dos recursos depositados. Diante da falta de atendimento a tais intimações, foi lavrado o Termo de Embaraço à Ação Fiscal, bem como foi alertada a contribuinte de que, na hipótese de lançamento de ofício, a recusa injustificada na exibição dos elementos solicitados sujeitaria à aplicação do disposto no art. 959 do RIR/1999.

3. Prosseguindo, foi entregue, em 05/09/2003, na Agência 131-7-Liberdade-URB.SP, do Banco Bradesco S/A, a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira nº 08.1.90.00-2003-00535-5.

4. Em 08/09/2003 lavrou o Termo de Intimação para requisitar todos os livros fiscais e contábeis, de escrituração obrigatória, bem como o balanço patrimonial, referentes ao período de 1998 a 2001. Após reintimação, a fiscalizada limitou-se a pedir para que fossem mencionados quais os livros e o período.

5. Por fim, lavrou o Termo de Intimação, datado de 20/11/2003 e cientificado em 27/11/2003, para que, no prazo de cinco dias, a fiscalizada se manifestasse sobre o Demonstrativo de Apuração de Depósitos - 1998, 1999, 2000 e 2001, elaborado a partir dos elementos coletados no curso do procedimento fiscal (fls. 404 a 419). Essa intimação também não foi respondida.

6. A infração apurada - omissão de receitas provenientes de depósitos bancários - está assim descrita:

Por deixar, a fiscalizada, embora regularmente intimada, de comprovar, por meio de documentação hábil, a origem dos recursos creditados, no curso dos anos-calendário de 1998 a 2001, na conta de depósito nº 156.621-0, agência 0108-2, que manteve junto ao Banco Bradesco S/A, restou a esta fiscalização, nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, com limites alterados pelo artigo 4º da Lei nº 9.481/97 e parágrafos adicionados pelo artigo 58 da Lei nº 10.637/2002, considerar estes

recursos, expurgados os valores já mencionados no Demonstrativo de Apuração de Depósitos de fls. 405 a 418, como omissão de receitas; sujeitos, portanto, ao lançamento de ofício para constituição do crédito tributário. O quadro a seguir consolida por mês os valores apurados:

Mês/Ano	Valor tributável(R\$)	Mês/Ano	Valor tributável (R\$)
01/1998	8.244,00	01/2000	53.653,92
02/1998	8.080,00	02/2000	70.962,73
03/1998	13.705,00	03/2000	78.524,72
04/1998	7.140,00	04/2000	41.843,26
05/1998	8.875,00	05/2000	54.009,25
06/1998	7.330,00	06/2000	57.496,50
07/1998	18.342,25	07/2000	56.044,36
08/1998	12.955,00	08/2000	61.369,69
09/1998	16.585,00	09/2000	81.238,98
10/1998	4.600,00	10/2000	71.150,82
11/1998	32.635,00	11/2000	73.554,00
12/1998	10.440,00	12/2000	60.981,00
01/1999	3.980,00	01/2001	73.298,80
02/1999	7.315,00	02/2001	44.986,00

Mês/Ano	Valor tributável(R\$)	Mês/Ano	Valor tributável (R\$)
03/1999	12.213,60	03/2001	51.004,00
04/1999	19.656,78	04/2001	37.661,75
05/1999	36.826,34	05/2001	34.749,29
06/1999	14.955,54	06/2001	16.668,29
07/1999	10.810,10	07/2001	28.479,45
08/1999	14.845,87	08/2001	17.219,80
09/1999	28.730,86	09/2001	58.392,40
10/1999	11.326,34	10/2001	34.395,51
11/1999	52.172,51	11/2001	19.259,19
12/1999	64.850,90	12/2001	15.876,00

7. Ao adicionar o valor da receita omitida à receita bruta declarada resultou alteração no percentual de cálculo do valor devido (art. 5º da Lei nº 9.317, de 1996), tendo sido exigidas as diferenças não recolhidas. Além desses valores, foram lançados os tributos incidentes sobre as receitas omitidas, resultando autos de infração exigindo os seguintes créditos tributários (em R\$):

7.1. IRPJ - SIMPLES (fls. 485 a 489):

Imposto	Multa de ofício	Juros de mora
4.618,76	5.126,89	2.676,44

Enquadramento legal: art 24 da Lei nº 9.249, de 1995; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea 'a', 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317, de 1996; art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998; arts. 226, 229, 889, incisos II e IV, do RIR/1994; arts. 186, 188 e 199, do RIR/1999.

7.2 PIS - SIMPLES (fls. 500 a 504):

Contribuição Multa de ofício Juros de mora

4.618,76 5.126,89 2.676,44

Enquadramento legal: art. 3º, alínea 'b', da Lei Complementar nº 07, de 1970; art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17, de 1973; arts. 2º, inciso I, 3º, e 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 1995 e suas reedições; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea 'b', 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

7.3. CSLL - SIMPLES (fls. 518 a 523):

Contribuição Multa de ofício Juros de mora

15.386,17 17.045,43 9.687,66

Enquadramento legal: art. 1º da Lei nº 7.689, de 1988; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea 'c', 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

7.4. COFINS - SIMPLES (fls. 537 a 542):

Contribuição Multa de ofício Juros de mora

33.752,04 37.419,23 21.745,19

Enquadramento legal: arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea 'd', 5º, 7º, § 1º, e 18, da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

7.5. Contribuição para Seguridade Social - INSS - SIMPLES (fls. 557 a 562):

Contribuição 38.532,75

Multa de ofício 42.724,56

Juros de mora 24.281,02

Enquadramento legal: arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea 'f', 5º, 7º, § 1º, e 18, da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

7.6. Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS - SIMPLES (fls. 567 a 569)

Imposto 1.538,76

Multa de ofício 1.709,10

Juros de mora 1.043,56

Enquadramento legal: arts. 2º, § 2º, 4º, 5º, § 3º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

8. A multa aplicada foi de 75% (setenta e cinco por cento) sobre as diferenças não recolhidas e de 112,50% sobre o imposto e contribuições correspondentes à omissão de receitas, percentual agravado em razão do não atendimento à intimação para prestar esclarecimentos, conforme previsto no art. 44, § 2º, da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação vigente à data da autuação, e art. 959 do Regulamento do Imposto de Renda, de 1999 (Decreto nº 3000, de 26/03/1999).

9. Tendo tomado ciência dos autos de infração em 04/03/2004, a contribuinte apresentou, em 30/03/2004, por meio de seus procuradores (fls. 59 a 63, 65 a 68 e 594), a impugnação anexada às fls. 573 a 593, aduzindo em sua defesa, em síntese:

Os fatos

9.1. o auto de infração baseia-se em informações obtidas pelas Requisições de Movimentações Financeiras endereçadas aos bancos em que a defendente possuía conta, de forma inconstitucional, por ferirem, entre outras garantias constitucionais, o direito ao sigilo bancário, e não poderiam ser obtidas pela Receita Federal sem autorização judicial, e muito menos usadas para lançar os impostos e contribuições, em colisão ao que dispõe o art. 5º, inciso LVI da Carta Magna ("são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos");

9.2. tem-se, como resultado de um processo viciado "ab initio", um auto de infração inteiramente nulo;

9.3. não se poderia usar como base de cálculo para o lançamento dos tributos os valores dos depósitos bancários, primeiramente porque a movimentação financeira não significa a existência de rendimento tributável ou mesmo de receitas, e também, porque inúmeras são as situações em que o contribuinte pode ter movimento financeiro superior à sua renda e/ou receita, sem que haja aí qualquer ilegalidade;

O direito

Da decadência do direito de lançar

9.4. o auto de infração foi finalizado em 01/03/2004, reportando-se o valor lançado a fatos geradores de janeiro de 1998 a dezembro de 2001, sendo que os valores relativos aos fatos geradores de janeiro de 1998 a fevereiro de 1999 já se encontravam atingidos pela decadência;

9.5. o prazo de decadência do direito de lançar é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme disposto no artigo 150, § 4º, do CTN, e repelido no art. 899 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000/1999;

9.6. houve erro do Auditor Fiscal ao lançar valores já decaídos, e por consequência extintos, segundo dispõe o art. 156, V, do CTN;

9.7. são nesse sentido as jurisprudências do Conselho Superior de Recursos Fiscais e do Conselho de Contribuintes;

A inconstitucionalidade e a ilegalidade da aplicação retroativa da Lei

9.8. em 1998 a redação em vigor do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311, de 1996, vedava a utilização de dados da CPMF para lançamento de contribuições e impostos que não a CPMF, e diante da vedação da retroatividade da aplicação de normas de lançamento a impostos lançados por período certo (art. 144, § 2º, do CTN), resulta que a utilização de dados da CPMF, de 1998 a 2001, para lançamento de impostos e contribuições pagos pelo SIMPLES, é ilegal;

9.9. a irretroatividade encontra guarida não só na legislação ordinária, mas também, de forma ampla, no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e de forma específica, no art. 150, III, 'a';

O artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001

9.10. o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, supostamente autorizou a Receita Federal a solicitar informações às instituições bancárias, independentemente de autorização do Poder Judiciário; e no âmbito da administração tributária federal o Decreto nº 3.724, de 2001, regulamentou tal dispositivo legal;

9.11. o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, e o Decreto nº 3.724, de 2001, são inconstitucionais em face do artigo 5º, caput e inciso X, da Constituição Federal;

9.12. em diversas ocasiões o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que o sigilo de dados de operações financeiras é um desdobramento do direito à privacidade, assegurando no art. 5º, X, da Constituição Federal, que constitui uma das formas de expressão da liberdade prestigiada no art. 5º, caput, só passível de flexibilização pela Administração Pública ou pelo Ministério Público através de ordem judicial;

9.13. é pacífico na doutrina e na jurisprudência que não existem direitos absolutos contra o interesse público, mas o interesse público não pode ser confundido com o interesse da Fazenda Pública;

9.14. o direito individual ao sigilo de dados reservados da vida financeira e bancária das pessoas nem sempre pode se opor ao interesse público, mas sua quebra só pode advir de determinação judicial, estampando, em decorrência, a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, por afronta ao inciso XII do art. 5º da Constituição Federal;

9.15. o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, ignora a condição estatuída na parte final do § 1º do art. 145, da CF, descartando a inviolabilidade da privacidade e de dados cristalizada nos incisos X e XII do art. 5º;

Da impossibilidade do lançamento com base apenas nos extratos bancários

9.16. é inviável o lançamento dos impostos e contribuições com base apenas em depósitos bancários, nos termos da Súmula nº 182 do Tribunal Federal de Recursos;

9.17. os julgados do 1º Conselho de Contribuintes confirmam o entendimento de que os depósitos bancários não podem fundamentar lançamento do imposto de renda e contribuições;

Da ilegalidade e inconstitucionalidade da incidência dos juros SELIC

9.18. a fúria fiscal é tamanha que extrapola os limites da legalidade, substituindo os juros de mora previstos no art. 161, § 1º, do CTN, de 1% (um por cento) ao mês, pelos juros Selic;

9.19. por meio da lei federal nº 8.981, de 1995, a Receita Federal passou a usar como juros de mora o índice Selic, que constitui uma taxa de juros calculada a partir da valorização média dos títulos postos sob custódia do Banco Central;

9.20. os juros Selic somente podem ser vistos como juros remuneratórios de capital, ao passo que os juros que validamente poderiam ser exigidos seriam os moratórios, nos termos do art. 161 do CTN;

9.21. a taxa Selic como taxa de juros de mora ofende a Carta Magna, que no seu art. 192, inciso VIII, § 3º, impõe o limite de 12% ao ano aos juros;

9.22. a utilização da Selic ofende o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal, que veda expressamente a tribulação com efeito confiscatório;

9.23. o uso da Selic no cálculo dos juros moratórios caracteriza-se como uma segunda e até mais pesada multa moratória;

9.24. o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou acerca da ilegalidade da cobrança da taxa Selic para fins tributários.

A DRJ, manteve o lançamento, nos termos da ementa abaixo:

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001

PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS APLICAÇÃO AO SIMPLES - *Aplicam-se às pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos abrangidos por este sistema*

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA OMISSÃO DE RECEITAS - *Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta corrente mantida junto à instituição financeira, se a contribuinte, regularmente intimada, não comprova a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

DECADÊNCIA INOCORRÊNCIA - *A decadência do direito de efetuar o lançamento do imposto, apurado em procedimento de ofício, ocorre após cinco anos contados do primeiro dia do exercício subsequente àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. As contribuições, por sua vez, podem ser lançadas pelo prazo de dez anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.*

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE - *As alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional não podem ser apreciadas na esfera administrativa, sendo a competência para apreciação desta matéria exclusiva do Poder Judiciário.*

JUROS MORATÓRIOS CALCULADOS COM BASE NA TAXA SELIC - O cálculo dos juros moratórios cora base na taxa SELIC decorre de lei, que deve ser observada no lançamento efetuado pela autoridade fiscal

LANÇAMENTOS DE PIS, CSLL, COFINS, CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL - INSS, E ISS - Mantida a base tributável, ficam integralmente mantidas as exigências de PIS, CSLL, COFINS, Contribuição para a Seguridade Social - INSS, e ISS.

Lançamento Procedente

Insignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este Conselho, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação e aduzindo em complemento:

- a DRJ não analisou a contento a sua reclamação de que no Termo de Verificação Fiscal como no próprio auto de infração, não há a necessária individualização dos depósitos bancários, apenas existe a totalização por mês. A maneira como foi elaborado o lançamento dificultou a defesa da Recorrente tendo em vista que a autoridade fiscal não especificou a data dos depósitos bancários objeto do lançamento, apresentando apenas valores totais de cada mês, para cada conta bancária, em evidente contradição ao que dita a lei nº 9.430/96.

- tão logo a autoridade teve acesso às informações bancárias do contribuinte, procedeu à lavratura de Auto de Infração. Portanto, os valores apurados nas informações bancárias a que teve acesso a autoridade foram tomados como omissão de receitas, servindo de base de cálculo para o lançamento do imposto de renda que foi levado a efeito. Entretanto, o contribuinte nunca foi intimado a prestar esclarecimentos com relação àquelas movimentações financeiras, foi apenas intimado a apresentar seus extratos, o que não fez por ter o seu sigilo bancário protegido pelo ordenamento jurídico.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Preliminar de nulidade

A defesa suscita preliminarmente a nulidade do feito em razão de vários motivos: ausência de individualização dos depósitos bancários considerados como receitas pela fiscalização; falta de intimação para comprovação da origem dos depósitos bancários e quebra ilegal do sigilo bancário

Apenas para um melhor esclarecimento sobre o assunto, transcreve-se o dispositivo que rege a matéria no processo administrativo fiscal. Prescreve o art. 59 do Decreto 70235/72 com a nova redação dada pela Lei 8748/93:

Art. 59 - São nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

Examinado os Autos de Infração, não se constata nenhum vício de forma, tendo sido observadas as prescrições contidas no Decreto nº 70.235, de 1972. Verifica-se que constam adequadamente descritos os fatos apurados pela autoridade, a fundamentação legal, a matéria tributável, os valores apurados e os fatos motivadores da autuação, permitindo ao contribuinte conhecer todos os elementos componentes da ação fiscal e, assim, propiciando-lhe todos os meios para livre e plenamente manifestar suas razões de defesa, como efetivamente o fez.

Não obstante, passemos a análise das preliminares argüidas.

Em relação ao sigilo bancário, será analisada tal preliminar em tópico a parte mais adiante neste voto.

No que concerne a alegação de falta de individualização dos depósitos bancários causando-lhe cerceamento do direito de defesa, não assiste razão à Recorrente. Os depósitos bancário foram individualizados, sim, e trabalhados em detalhe, conforme comprova demonstrativo de fls. 405-418 e dado ciência à recorrente através do AR de fls. 419. A tabela mensal a que se refere a Recorrente e constante do TVF apenas resume o referido demonstrativo. Tanto é assim que o autuante cuidou para efetuar os expurgos das devoluções de cheques de terceiros, dos resgates de aplicações financeiras, dos estornos diversos, das transferências interbancárias da própria contribuinte, dos empréstimos bancários tudo conforme a legislação de regência.

Também não merece melhor sorte o seu argumento de que não foi intimada a comprovar a origem dos depósitos após a obtenção das informações bancárias diretamente dos bancos. Ora, a fiscalizada foi exaustivamente intimada para apresentar os extratos e comprovar a origem dos depósitos efetuados em sua conta corrente bancária, no período de 1998 a 2001, mas não apresentou qualquer documento comprobatório. Constam do processo intimações feitas com esse propósito às fls. 16, 19, 20, 24 e 25. Mas, o que mais importa aqui no caso é que após obter informações e documentos junto à instituição financeira, a autoridade fiscal intimou a contribuinte para comprovar a origem dos recursos depositados, relacionados no demonstrativo detalhado denominado "Apuração de Depósitos" (fls. 404 a 419).

Para que dúvidas não parem transcrevo abaixo os exatos termos da referida intimação a qual juntamente com o demonstrativo detalhado de "Apuração de Depósitos" (fls. 404 a 419) foi dado dado ciência à recorrente através do AR de fls. 419:

(...)fica o contribuinte INTIMADO a, no prazo de 5(cinco) dias úteis conforme prevê o §1º do art. 19 da Lei nº 3 470/58 com redação dada pelo art. 71 da MP nº 2.158-35/01, comprovar a

origem dos recursos depositados nas contas bancárias de sua titularidade conforme demonstrativo anexo de APURAÇÃO DE DEPÓSITOS bem como demonstrar o exato oferecimento à tributação dos valores ali apurados (...) (grifei)

Rejeito, portanto, as preliminares de nulidade acima suscitadas.

Quebra do Sigilo Bancário

Pleiteia também a nulidade do feito fiscal alegando que houve ilegal quebra do seu sigilo bancário, pois a Lei Complementar nº 105/2001 seria posterior à ocorrência do fato gerador.

Primeiramente, insta esclarecer, de há muito tempo pode o fisco requisitar extratos bancários sem autorização judicial. É que em relação à obtenção dos dados relativos à movimentação bancária, o art. 38 da Lei nº 4.595, de 1964, já autorizava a ação fiscal. senão vejamos:

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

(...)

§ 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 serem 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.” (Destacou-se).

Verifica-se que o preceptivo legal acima estabelecia apenas dois requisitos para permitir ao Fisco o exame de documentação bancária: a existência de um processo instaurado e a manifestação da autoridade competente, considerando-os indispensáveis. Não há a alegada exigência de autorização judicial.

Outrossim, o art. 197 do CTN já obrigava as instituições financeiras a prestar tais informações ao Fisco:

“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; (...).”

De toda sorte, se dúvidas haviam foram espancadas pelo art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, segundo a qual a Receita Federal está autorizada a requisitar informações às instituições financeiras acerca da movimentação bancária dos contribuintes, independentemente de consentimento judicial, desde que, como no caso em tela, haja procedimento fiscal em curso e os exames sejam considerados indispensáveis, como foi o caso.

No caso que se cuida, o procedimento fiscal iniciou-se em 29/11/2002 (fls. 14/15) e após inúmeras tentativas de obter da fiscalizada os extratos bancários e a comprovação da origem dos valores depositados nas suas contas bancárias, somente em 05/09/2003 foi apresentada a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (fls. 33 e 34). Portanto, foram atendidas as exigências contidas na Lei Complementar nº 105, de 2001, prescindindo-se, portanto, de autorização judicial para o referido acesso.

Ainda em relação a alegada retroatividade da Lei Complementar nº 105/2001, a fatos ocorridos no pretérito, aproveito a seguinte ementa, recolhida da jurisprudência pacífica do STJ, que reproduzo:

"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 permeiam 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 Jms – 21/12/05 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 envolver natureza procedimental, 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. Recurso Especial desprovido, para manter o acórdão recorrido.” (Resp nº 685.708, DJ de 20.06.2005, Relator Ministro Luiz Fux).

É importante enfatizar que a Corte Superior, no julgamento acima destacado, considerou válida a aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e 1º da Lei nº 10.174/2001 a fatos ocorridos inclusive no pretérito.

Ademais, conforme consignado no Aresto do STJ, “*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. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.*”

Com relação às alegações de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105, de 2001, cabe esclarecer que tratando-se disposição legal válida e vigente, não cabe a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-la, encontrando óbice, inclusive na Súmula nº 2 do CARF, *in verbis*:

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

Portanto, tratando-se de normas que ampliam os poderes da fiscalização e não interferem no fato gerador, base de cálculo, alíquota ou sujeição passiva do tributo, não há restrição para aplicação imediata de seu conteúdo às fiscalizações em curso.

Dessa forma, rejeito também essa preliminar suscitada.

Decadência

Alega que o direito de lançar é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme disposto no artigo 150, § 4º, do CTN. O auto de infração foi finalizado em 01/03/2004, reportando-se o valor lançado a fatos geradores de janeiro de 1998 a dezembro de

2001, sendo que os valores relativos aos fatos geradores de janeiro de 1998 a fevereiro de 1999 já se encontravam atingidos pela decadência.

Do IRPJ/ISS

Em relação à decadência do IRPJ e ISS, ou seja, se cabível o prazo estabelecido no art. 150, § 4º, ou o art. 173, I, ambos do CTN, entendo o que o referido prazo é de cinco anos, independentemente de haver ou não pagamento, estando subordinado ao disposto no artigo 150, § 4º, a não ser quando constatado dolo, fraude ou simulação, situação em que se aplicaria o art. 173, I do CTN.

A hipótese típica do lançamento por homologação é a previsão legal do dever de o sujeito passivo antecipar o pagamento; o fato de haver ou não pagamento não altera ou desnatura a tipicidade do lançamento por homologação, que, para ocorrer, deve apenas ter previsão legal a respeito do dever de o sujeito passivo fazer aquela antecipação. Afinal o que se homologa é a “atividade” e não o pagamento em si.

No caso concreto, em que não foi constatado dolo, fraude ou simulação, deve prevalecer a regra do art. 150, § 4º do CTN. De qualquer sorte, para aqueles que entendem diferente, houve pagamentos nos períodos em consideração o que atrairia também a regra decadencial para aquela aqui utilizada.

No caso concreto, a ciência do auto de infração se deu em 04/03/2004, portanto, estão decaídos os períodos até fevereiro de 1999 (inclusive).

Dos demais tributos (CSLL, PIS, COFINS e INSS)

Ressalte-se que a conclusão supra não prejudica, nesse particular, os lançamentos decorrentes relativamente às contribuições sociais (CSLL, PIS e COFINS), cujo disciplinamento envolvendo a decadência não mais possui regramento próprio (artigo 45, da Lei nº 8.212, de 1991), após a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 44 e 45 do referido diploma legal. A matéria foi contemplada com a Súmula Vinculante nº 8:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

Dessa forma, a aplicação do 150, § 4º do CTN, da mesma forma que aconteceu para o IRPJ/ISS, provoca a decadência das contribuições reflexas (CSLL, PIS, COFINS e INSS) para os períodos de apuração até fevereiro de 1999 (inclusive).

Depósitos Bancários Sem Comprovação da Origem dos Recursos – ônus da prova

Alega a Recorrente que não se poderia usar como base de cálculo para o lançamento dos tributos os valores dos depósitos bancários, primeiramente porque a movimentação financeira não significa a existência de rendimento tributável ou mesmo de receitas, e também, porque inúmeras são as situações em que o contribuinte pode ter movimento financeiro superior à sua renda e/ou receita, sem que haja aí qualquer ilegalidade

Por fim conclui que seria inviável o lançamento dos impostos e contribuições com base apenas em depósitos bancários, nos termos da Súmula nº 182 do Tribunal Federal de Recursos.

Como a recorrente é optante pelo SIMPLES, estava sujeita às determinações contidas na Lei nº 9.317, de 1996:

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.

De acordo com o transcrito acima, aplicam-se à empresa optante pelo SIMPLES todas as presunções de omissão de receita existentes na legislação de regência do imposto sobre a renda e contribuições e, no caso, foi aplicada a prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

O art. 42, da Lei nº 9.430/1996 é cristalino ao determinar que a omissão de receitas pode ser caracterizada por meio de valores creditados em conta de depósito mantida junto à 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.

Como se vê do Termo de Verificação Fiscal é incontroverso que a empresa não apresentou documentação que comprovasse a origem dos recursos daqueles diversos depósitos. O ponto relevante deste tópico é o fato de a recorrente não ter logrado êxito em comprovar, através de documentação hábil e idônea, a origem dos depósitos, coincidentes em datas e valores. Teceu apenas considerações estereis a respeito do procedimento do autuante e da incerteza do crédito lançado lastreado apenas em depósitos bancários, citando Súmula nº 182 que ampararia essa argumentação.

A recorrente parece desconhecer ou finge desconhecer a legislação superveniente na figura da presunção legal de omissão de receitas estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 que modificou todo contexto desse tipo de autuação. Nesse passo a referida Súmula nº 182 do TFR é anterior à citada lei, não se aplicando após sua edição.

Nesse novo contexto, foi estabelecida uma presunção legal de omissão de rendimentos, em que o ônus da prova fica invertido, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova à contribuinte. O contribuinte, por sua vez, não logrando êxito nessa tarefa que se lhe impunha, como ocorre no caso presente, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, ou seja, por presunção legal se toma como verdadeiro que os recursos depositados representam rendimentos do contribuinte. Por se tratar de uma presunção relativa *juris tantum*, somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

Portanto, afasto o referido argumento.

Apuração da base tributável – individualização dos depósitos bancários

Já se esclareceu allures que os depósitos foram individualizados, sim, conforme comprova demonstrativo de fls. 405-418 e dado ciência à recorrente através do AR de fls. 419. A tabela mensal a que se refere a Recorrente e constante do TVF apenas resume o referido demonstrativo. Sendo assim, agiu corretamente o autuante na medida em que apurou a base tributável com base em informações contidas nos extratos bancários, cuidando para efetuar os expurgos das devoluções de cheques de terceiros, dos resgates de aplicações financeiras, dos estornos diversos, das transferências interbancárias da própria contribuinte, dos empréstimos bancários tudo conforme a legislação de regência.

Afasto também esta alegação.

Junta posterior de documentos

Quanto ao pedido de juntada posterior de documentos, o mesmo se encontra prejudicado, uma vez que até o momento não foram carreados aos autos as provas que a recorrente pretendia ver examinadas.

Juros sobre multa de ofício

Não procede a alegação da recorrente no sentido de ser indevida a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício.

O art. 161 do CTN determina que “o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, ressaltando apenas a pendência de consulta formulada dentro do prazo legal para pagamento do crédito”. Seu § 1º determina que, se a lei não dispuser de forma diversa, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

No caso de multa por lançamento de ofício, ela faz parte do “crédito tributário” e seu vencimento é no prazo de 30 dias contados da ciência do auto de infração. Assim, o valor da multa lançada, se não pago no prazo de impugnação, sujeita-se aos juros de mora.

Nessa mesma, por exemplo, assim também decidiu a então Terceira Câmara no julgamento do Recurso Voluntário nº 141549, do qual resultou o Acórdão 103-22.197, de 2005, assim ementado:

“JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. A incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, após o seu vencimento, está prevista pelos artigos 43 e 61, § 3º, da Lei 9.430/96”

Com o mesmo entendimento e ementa, o Acórdão 103-22.290/2006 (Rec. 145472).

Assim, mantenho os juros sobre a multa de ofício.

Juros de Mora

Quanto à legalidade dos juros de mora segundo as taxas SELIC, cabe esclarecer que trata-se de disposição legal em vigor, não cabendo a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-la, encontrando óbice, inclusive nas Súmulas nº 4 do CARF, *in verbis*:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Lançamentos Reflexos

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção das exigências lançadas por via reflexa.

Por todo exposto, acolho parcialmente a decadência para os períodos até fevereiro de 1999 (inclusive), afasto as preliminares de nulidade e, no mérito, nego provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - PRIMEIRA SEÇÃO

Processo nº : 19515.000254/2004-98

Interessado : TRANSPORTADORA NON STOP LTDA -ME

Acórdão nº : 1401-00.323

TERMO DE INTIMAÇÃO

Intime-se um dos Procuradores da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho, da decisão consubstanciada no acórdão supra, nos termos do art. 81, § 3º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009.

Brasília, 28 / 09 / 2010

Maristela de Sousa Rodrigues
Maristela de Sousa Rodrigues

Secretária da Câmara

Ciência

Data: ____ / ____ / ____

Nome:

Procurador(a) da Fazenda Nacional

Encaminhamento da PFN:

☐ apenas com ciência;

☐ com Recurso Especial;

☐ com Embargos de Declaração.