

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

Processo nº 19515.000699/2007-11
Recurso nº 166.100 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.172 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de março de 2010
Matéria IRPJ e OUTRO - ANOS-CALENDÁRIO: 2004 e 2005
Recorrente FISH AND DRINK & WINE COMERCIAL LTDA
Recorrida 1ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

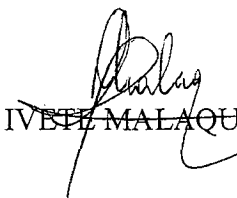
Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003, 31/01/2004, 29/02/2004, 31/03/2004, 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004

MULTA. OMISSÃO DE RECEITAS. RECEITA DECLARADA E MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. DIFERENÇA SUBSTANCIAL. ARTIFÍCIOS PARA DIFICULTAR A AUDITORIA FISCAL. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. QUALIFICADORA. CARACTERIZAÇÃO.

A declaração ao Fisco de receita substancialmente inferior à efetivamente auferida, bem como a prática de artifícios que visam dificultar a auditoria fiscal e a apuração de responsabilidade tributária, caracteriza infração à legislação tributária praticada com evidente intuito de fraude, impondo-se a aplicação de multa de ofício qualificada:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

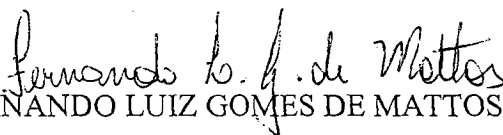
Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer os recursos interpostos pelos sócios Osair Ribeiro da Silva e Manuel Hurtado Cândido, por preclusos; em rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Alexandre Antônio Alkmim Teixeira (Relator) e Maurício Pereira Faro, que desqualificavam a multa de ofício aplicada, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Fernando Luíz Gomes de Mattos. Ausente, justificadamente a Conselheira Karem Jureidini Dias.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO - Presidente






ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA – Relator



FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS - Redator-Designado

EDITADO EM: 21 MAI 2010

Participaram, da presente sessão de julgamento dos Conselheiros: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Antônio Bezerra Neto, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, André Ricardo Lemes da Silva e Maurício Pereira Faro.

Relatório

Trata o presente feito de auto de infração lavrado em desfavor da Recorrente, tendo em vista a identificação, durante procedimento de fiscalização, de depósitos cuja origem dos recursos não foi devidamente comprovada.

O auto de infração em evidência é resultado da ação fiscal instaurada a partir do Ofício 932/05 encaminhado ao Delegado da Receita Federal em São Paulo pelo Delegado Titular do Setor de Investigações Gerais da 5ª Delegacia Seccional de Polícia da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Tal Ofício estava acompanhado de uma cópia da carta anônima recebida naquela Delegacia de Polícia e do relatório de investigação elaborado pela Chefia dos Investigadores daquela Unidade, noticiando irregularidades praticadas pela contribuinte.

Como resultado da fiscalização, foram lavrados autos de infração para exigência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS relativos aos anos-calendário de 2003 e 2004, com atribuição de responsabilidade pessoal aos considerados “administradores de fato” Srs. Osair Ribeiro dos Santos e Manoel Hurtado Cândido.

Transcrevo, a seguir, uma breve síntese do relatório proferido pela DRJ:

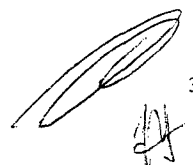
A autoridade fiscal compareceu no endereço eleito pela contribuinte como o de seu domicílio fiscal e constatou que ela não mais estava lá estabelecida. Obteve informação do telefone de seu gerente Manoel Hurtado Cândido que informou que a contribuinte encontrava-se desativada, mas que ele poderia ser encontrado à Rua Abaúna, 66, na cidade de São Paulo.

Em 9 de janeiro de 2006, o representante legal da empresa tomou ciência do Mandado de Procedimento Fiscal e do Termo de Intimação de fls. 01 e 06, em que lhe foi requisitado a apresentação de livros e documentos de sua escrituração comercial e fiscal, bem como de extratos de sua movimentação bancária.

À fl. 07, respondendo à intimação, a contribuinte juntou cópia de uma notificação do fisco estadual, datada de 30.08.2005, contendo exigência para que ela apresentasse parte dos livros e documentos fiscais que estavam sendo objeto de requisição pela autoridade fazendária federal.

Re-intimada a apresentar os livros e documentos de sua escrituração contábil e fiscal, em 03 de abril de 2006, a contribuinte permaneceu silente, levando a autoridade fiscal a lavrar um Termo de Constatação e de Embaraço à Fiscalização, às fls. 09/11.

A autoridade fiscal requisitou as informações acerca da movimentação financeira da fiscalizada diretamente às



instituições financeiras em que ela mantinha relacionamento comercial, consoante art. 4º, § 6º do Decreto nº 3.724/2001.

O autuante constatou que a contribuinte informou em suas Declarações de Informações Econômico Fiscais da Pessoa Jurídica – Dips receitas brutas de R\$ 484.077,68 e R\$ 2.974.363,19, para os anos-calendário de 2003 e 2004, respectivamente, enquanto sua movimentação financeira, nos respectivos períodos, foi de R\$ 3.515.693,20 e de R\$ 6.453.803,35.

A contribuinte foi intimada, em 24 de outubro de 2006, consoante termo de fls. 176/194, a comprovar a origem dos recursos depositados e creditados em suas contas-correntes bancárias, não oferecendo, todavia, qualquer resposta.

À fl. 555, o autuante consigna que o contrato social da fiscalizada apontava como seus sócios, Salvatore Curcio, CPF nº 476.218.698-87 e Edmilson Rocha Lima, CPF nº 031.355.274-68, conforme documentos de fls. 195/199.

O contrato social foi alterado, em 20.01.2004, com a substituição do sócio Salvatore Curcio por Tedly Investments S/A, empresa sediada nas Ilhas Virgens Britânicas, representada no Brasil por Antônio Carlos de Matos Ruiz Filho, CPF nº 048.083.198-02, ocasião em que Manoel Hurtado Cândido foi nomeado administrador da fiscalizada, com poderes para assinar em seu nome, nos termos dos documentos juntados às fls. 207/208.

Em 29.07.2004, consoante alteração contratual noticiada às fls. 208/210, os sócios Tedly Investments S/A e Edmilson Rocha Lima retiram-se da sociedade para a entrada de Tucumé S/A, empresa domiciliada na República do Panamá, representada no Brasil por Manoel Hurtado Cândido e Márcia Solange da Silva, CPF nº 013.172.908-01.

Posteriormente, em 18.10.2006, Tucumé S/A é substituída por Francisco Bruno Santana Silva CPF nº 091.100.557-97 e Diego de Oliveira Nunes, CPF nº 103.542.317-07, ambos domiciliados na cidade do Rio de Janeiro, consoante informação de fl. 210.

A autoridade fiscal deixou consignado que em 13 de novembro de 2002, vinte e três dias depois de constituída a fiscalizada, seus sócios originários outorgaram a Osair Ribeiro da Silva, CPF nº 857.455.618-15, amplos e gerais poderes para o fim especial de gerir e administrar todos os negócios e interesses da sociedade, consoante instrumento de mandato de fls. 200/201. Posteriormente, os mesmos sócios, sem revogar o mandato anterior, outorgaram os mesmos poderes a Manoel Hurtado Cândido, consoante procuração de fls. 202/203, em 24.09.2003.

A ausência de quaisquer outros documentos assinados pelos sócios originais Salvatore Curcio e Edmilson Rocha Lima levou a autoridade fiscal a concluir que se tratavam, juntamente com



as sócias sediadas no exterior, de interpostas pessoas utilizadas para ocultar seu verdadeiro titular, Osair Ribeiro da Silva.

Os documentos obtidos junto às instituições bancárias também indicaram que Osair Ribeiro da Silva recebeu em suas contas-correntes parcelas significativas de recursos da fiscalizada.

Também constatou o auditor-fiscal autuante que recursos da fiscalizada foram transferidos para Milena Alves Escudeiro, CPF nº 068.569.834-33, residente na cidade de Recife-PE.

As declarações de rendimentos dos sócios foram analisadas e não constam delas, informações de que teriam participado do capital social da fiscalizada ou de que teriam recebido qualquer rendimento originado dessa participação.

A autoridade fiscal concluiu que nenhum dos sócios apontados nos instrumentos contratuais participou efetivamente da sociedade e que eles foram utilizados como interpostas pessoas, tendo sido apontados como pessoalmente responsáveis pelas infrações à legislação tributária, nos termos dos artigos 135, II e III, e 137, I da Lei nº 5.172/1966, Osair Ribeiro dos Santos e Manoel Hurtado Cândido.

O lucro da fiscalizada foi arbitrado, nos termos do art. 530, III e art. 845, todos do Decreto nº 3.000/1999, tendo sido considerados os depósitos bancários receitas omitidas e aplicada a multa majorada, nos termos do art. 44, II da Lei nº 9.430/1996.

As pessoas físicas apontadas como pessoalmente responsáveis pelas infrações à legislação tributária, Osair Ribeiro da Silva e Manoel Hurtado Cândido, foram intimadas do auto de infração, mediante via postal, em 04.04.2007 e 02.04.2007, consoante aviso de recebimento dos Correios – AR – juntado à fl. 599.

Os sócios Diego de Oliveira Nunes e Francisco Bruno Santana da Silva foram intimados da autuação em 02.04.2007, consoante ARs de fl. 606.

Os sócios Salvatore Curcio, Edmilson Rocha Lima e Márcia Solange da Silva não foram encontrados nos endereços de seus domicílios tributários, razão pela qual foram intimados mediante o Edital nº 41/2007 (fl. 607), publicado nas dependências do órgão de lotação da autoridade autuante, em 18.04.2007.

A fiscalizada, representada por advogado constituído pelos sócios Diego de Oliveira Nunes e Francisco Bruno Santana da Silva (fl. 660), apresentou impugnação, em 02.05.2007, às fls. 612/658, que, em síntese, traz as seguintes razões defensórias:

(i) Houve cerceamento de seu direito à ampla defesa, sendo nula a autuação, uma vez que ela foi intimada a apresentar documentos que estavam em poder do fisco estadual, consoante comprova o doc. 02, em anexo; ademais, a Impugnante não tem obrigação em apresentar seus extratos bancários, seja porque



não está obrigada a fazer prova contra si mesma, seja porque tal exigência é inconstitucional, caracterizando quebra de seu sigilo bancário sem a devida autorização judicial; assim, a inobservância dos documentos juntados caracteriza preterição do direito de defesa e a nulidade do ato praticado, a teor do que dispõe a segunda parte do inciso II do artigo 59 do Decreto nº 70.235/1972;

(ii) Ainda que se admitisse a aplicação do Decreto nº 3.724/2001, que regulamentou a inconstitucional Lei Complementar nº 105/2001, o caso dos autos não se enquadra dentro de qualquer das hipóteses que autorizam a utilização dos dados bancários para fins do cumprimento da legislação tributária, resultando ser nula a utilização desses elementos de prova;

(iii) As alterações societárias ocorreram de forma regular e legal, não devendo prosperar as presunções formuladas pelo auditor-fiscal;

(iv) Não há, ainda, qualquer irregularidade ou ilegalidade na administração da sociedade, pois ela foi constituída em consonância com a lei civil e o fato de inexistir assinaturas de quaisquer um dos sócios não traz implicações tributárias;

(v) Os valores transferidos a Osair não são ilegais e foram feitos em face de acertos devidos pela Impugnante, inexistindo qualquer irregularidade ou ilegalidade nessa operação;

(vi) Quanto ao fato de os sócios não declararem as respectivas participações societárias, a Impugnante está impedida de prestar tais esclarecimentos, pois tal questão só pode ser respondida por eles mesmos;

(vii) A responsabilidade tributária não pode ser atribuída aos administradores, porque estão ausentes os elementos probatórios de que eles tenham agido com abuso de poder ou infração à lei, sendo certo que todos os seus atos foram praticados no exercício regular da administração, consoante permite a parte final do artigo 135, I, do Código Tributário Nacional;

(viii) Desta forma, também não há como prosperar a alegação da prática de ilícitos penais ou de crimes contra a ordem tributária, porque os sócios não agiram da forma prevista nos artigos 71 e 73 da Lei nº 4.502/64, nem tampouco praticaram as condutas delitivas previstas nos artigos 1º, I e IV e 2º, I da Lei nº 8.137/1990;

(ix) no mérito, é ilegal e inconstitucional a presunção de omissão de receitas com fundamento exclusivo em depósitos bancários, pois tal procedimento não comprova o liame jurídico entre as entradas nas contas bancárias e os alegados acréscimos patrimoniais, e, ainda, a natureza tributável dos rendimentos ou se aquilo que se está tomando como renda não tenha sido ainda tributado em períodos de apuração anteriores; ademais, os



referidos créditos são, em sua maioria, movimentações da própria Impugnante, sendo certo, outrossim, que grande parte desses valores não eram seus, mas valores recebidos e repassados a quem de direito, especialmente a seus fornecedores;

(x) A multa aplicada é confiscatória, ofendendo o disposto no art. 150 da Constituição Federal;

(xi) Os juros moratórios calculados com base na taxa Selic são inconstitucionais, devendo ser observado o limite previsto no art. 161 do CTN;

(x) Caso não seja acatada a alegação de nulidade, que o julgamento seja convertido em diligência para que sejam apuradas e efetivamente comprovadas todas as irregularidades trazidas aos autos através da presente impugnação.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo I considerou, por unanimidade de votos, procedente o lançamento impugnado, conforme acórdão DRJ/SPOI nº 16-14.590 (fls. 692/722) e ementas que seguem:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003, 31/01/2004, 29/02/2004, 31/03/2004, 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004

FISCO ESTADUAL. NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAR LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. PROVA DE ENTREGA NÃO DEMONSTRADA. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Cópia de notificação expedida pelo fisco estadual para que a contribuinte apresente livros e documentos fiscais não constitui prova de que eles foram efetivamente entregues e que ainda se encontram em poder do outro ente fazendário, não se caracterizando cerceamento de defesa o lançamento efetuado sem a análise desses elementos.

DILIGÊNCIA. DESNECESSIDADE.

Não será realizada diligência que se mostre prescindível em face dos elementos probantes que já instruem o processo.

DADOS BANCÁRIOS. SIGILO. TRANSFERÊNCIA. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO LEGAL. PROVAS ILÍCITAS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Não há que se falar em nulidade do lançamento por utilização de provas ilícitas, consistentes em dados obtidos da movimentação bancária da impugnante, quando esses elementos foram obtidos



segundo a legislação de regência, cujo rito procedimental impõe a transferência do sigilo bancário à Autoridade Fiscal.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE JURISDICIONAL.

O controle de constitucionalidade de atos normativos é da competência do Poder Judiciário, restringindo-se o julgador administrativo à análise do ato impugnado em face da legislação infraconstitucional.

AUTOS REFLEXOS.

A ocorrência de eventos que representam ao mesmo tempo fato gerador de vários tributos implica na obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários, sendo que o julgamento que reconhece a ocorrência desses eventos repercute em todos os lançamentos a eles vinculados.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003, 31/01/2004, 29/02/2004, 31/03/2004, 30/04/2004, 31/05/2004, 30/06/2004, 31/07/2004, 31/08/2004, 30/09/2004, 31/10/2004, 30/11/2004, 31/12/2004

JUROS DE MORA. SELIC. CABIMENTO.

A falta de pagamento de tributo na data de seu vencimento implica em exigi-lo com o acréscimo de juros moratórios calculados com base na taxa Selic, consoante expressa previsão legal.

MULTA. OMISSÃO DE RECEITAS. RECEITA DECLARADA E MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. DIFERENÇA SUBSTANCIAL. ARTIFÍCIOS PARA DIFICULTAR A AUDITORIA FISCAL. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. QUALIFICADORA. CARACTERIZAÇÃO.

A declaração ao Fisco de receita substancialmente inferior à efetivamente auferida, bem como a prática de artifícios que visam dificultar a auditoria fiscal e a apuração de responsabilidade tributária, caracteriza infração à legislação tributária praticada com evidente intuito de fraude, impondo-se a aplicação de multa de ofício qualificada.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

São pessoalmente responsáveis, mas não exclusivamente, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei, os mandatários, prepostos, empregados, bem como os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ



Data do fato gerador: 31/03/2003, 30/06/2003, 30/09/2003, 31/12/2003, 31/03/2004, 30/06/2004, 30/09/2004, 31/12/2004

LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS. NÃO APRESENTAÇÃO. ARBITRAMENTO.

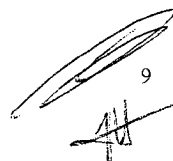
A falta de apresentação dos livros exigidos pela legislação comercial e fiscal não permite a aferição do lucro apurado pela pessoa jurídica segundo o regime de tributação pelo Lucro Presumido, impondo-se seu arbitramento.

DEPÓSITO BANCÁRIO. ORIGEM NÃO COMPROVADA. RECEITA OMITIDA.

Os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, caracterizam omissão de receitas.

Inconformada, a Contribuinte aviou recurso para este Conselho, aduzindo o seguinte:

- 1) Conversão do julgamento em diligência a fim de apurar e efetivamente comprovar todas as alegações de irregularidades;
- 2) A contribuinte apresentara, por meio de seu representante, todas as informações solicitadas bem como fornecera todos os documentos exigidos naquela oportunidade;
- 3) Os auditores fiscais desconsideraram os documentos apresentados e os fatos narrados, deixando de comprovar a in verdade dos fatos registrados, o que resultou em patente cerceamento do direito de defesa;
- 4) O Fisco Estadual deve ser intimado para confirmar que está em poder dos documentos solicitados à contribuinte;
- 5) Mesmo a contribuinte tendo fornecido todos os documentos solicitados, prestando os devidos esclarecimentos, o auditor fiscal entendeu que houve embaraço à fiscalização;
- 6) Em atendimento à intimação de 03/04/2006, a contribuinte informou que os documentos solicitados estavam em poder, e na realidade continuam, do Fisco Estadual desde agosto de 2005, “conforme se comprova pela cópia do comprovante de entrega de documento que segue anexo (doc. 02) ao fisco do Estado de São Paulo”;
- 7) Não há que se falar em obrigação da recorrente em apresentar os extratos bancários, quer seja pela recorrente não estar obrigada a fazer prova contra si mesma, quer seja por ser inconstitucional a quebra do sigilo bancário sem ordem judicial;
- 8) Que a Lei Complementar nº 105/2001 é inconstitucional;
- 9) As provas utilizadas (extratos bancários) são nulas;



10) É ilegal e inconstitucional a presunção de omissão de receitas com fundamento exclusivo em depósitos bancários, pois tal procedimento não comprova o liame jurídico entre as entradas nas contas bancárias e os alegados acréscimos patrimoniais, e, ainda, a natureza tributável dos rendimentos ou se aquilo que se está tomando como renda não tenha sido ainda tributado em períodos de apuração anteriores;

11) A multa aplicada é confiscatória, ofendendo o disposto no art. 150 da Constituição Federal;

12) Os juros moratórios calculados com base na taxa Selic são inconstitucionais, devendo ser observado o limite previsto no art. 161 do CTN;

Voto Vencido

Conselheiro ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, Relator

O recurso interposto pela empresa contribuinte é tempestivo e, atendidos os requisitos exigidos pela legislação de regência, dele conheço.

Todavia, os recursos interpostos pelos administradores Osair Ribeiro da Silva e Manoel Hurtado Cândido não devem ser conhecidos, tendo em vista que ambos não apresentaram impugnação, restando precluso o direito de interpor o presente recurso.

Ressalta-se, por oportuno, que constam nos autos o Avisos de Recebimento do Auto de Infração dos administradores Osair e Manoel (fl. 599). Porém ambos não apresentaram defesa, conforme consta do pronunciamento da DRJ (fl. 718):

Delineadas as observações sobre os artigos 135 e 137 do CTN, observo que os administradores OSAIR RIBEIRO DOS SANTOS E MANOEL HURTADO CÂNDIDO, a quem o auditor-fiscal atribuiu responsabilidade tributária pelas infrações apuradas, não apresentaram impugnação ao feito, restando, assim, preclusa essa discussão para os administradores.

Não conheço, pois, do recurso interposto pelos srs. Osair Ribeiro da Silva e Manoel Hurtado Cândido.

PRELIMINAR: CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA

O pedido para que seja realizada diligência com a finalidade de se comprovar as supostas irregularidades cometidas pela Autoridade Fiscal não deve prosperar, uma vez que a Recorrente já deveria ter produzido as provas que pensa serem necessárias para afastar o lançamento.

Portanto, não é este o momento oportuno para produção de provas, que poderiam ser produzidas pela Recorrente no decorrer do processo, e não foram.

Todavia, verifica-se não ser esta a hipótese dos autos, sendo seguro afirmar que eles já estão instruídos com os elementos necessários à análise das alegações feitas pela Impugnante, razão pela qual o pedido deve ser indeferido.

PRELIMINAR: CERCEAMENTO DE DEFESA

A Recorrente afirma que apresentara todas as informações solicitadas pela Autoridade Fiscal, bem como fornecera toda documentação exigida na oportunidade.

Não é o que consta nos autos.

Em 09/01/2006, a ora Recorrente foi intimada para apresentar:

- a) Contrato Social e alterações posteriores – cópia;
- b) Livro(s) Diário(s)
- c) Livro(s) Modelo 6 – Registro de Documentos Fiscais e termos de Ocorrência;
- d) Livro(s) Fiscais de Registro de Entradas, Saídas e de Apuração do ICMS e do IPI;
- e) Extratos das contas correntes movimentadas nas seguintes instituições financeiras: Banco ABM AMRO Real S.A, Banco Bradesco S.A e Banco Mercantil de São Paulo S.A

Em resposta, a Recorrente apenas acostou aos autos a Notificação do Fisco Estadual solicitando alguns dos documentos que foram solicitados pelo Fisco Federal (fl. 07). Em virtude da não comprovação de que os documentos foram entregues ao Fisco Estadual, e da não apresentação dos demais documentos que foram solicitados pelo Fisco Federal, e não foram solicitados pelo Fisco Estadual, a Recorrente foi re-intimada para apresentação desses documentos.

Diante da inércia da contribuinte, lavrou-se o Termo de Constatação e Embaraço à Fiscalização.

Em nenhum momento percebe-se que a Recorrente apresentara a documentação solicitada pelo Auditor Fiscal.

Não obstante, a Recorrente alega que auditores fiscais desconsideraram os documentos apresentados e os fatos narrados, deixando de comprovar a inverdade dos fatos registrados, o que resultou em patente cerceamento do direito de defesa.

Ora, se a contribuinte sequer apresentou os documentos solicitados pela fiscalização, não há como alegar a desconsideração da documentação apresentada e dos fatos narrados e comprovados pelo Fisco documentalmente.

Mas não é só.

A Recorrente alega que o Fisco Estadual deve ser intimado para confirmar que está em poder dos documentos solicitados à contribuinte, *“conforme se comprova pela*

cópia do comprovante de entrega de documento que segue anexo (doc. 02) ao fisco do Estado de São Paulo”.

Todavia, não há nos autos o alegado comprovante da entrega dos documentos. Há apenas a intimação do Fisco Estadual e: i) documento intitulado de “Entrega de Documentos”, cujo remetente é “LCR Escritório de Contabilidade” e o destinatário “Fish and Drink”; ii) documento intitulado de “Protocolo de Entrega” sem nenhuma referência ao destinatário e tampouco identificação de autoridade do Fisco Estadual ou alguma repartição deste.

Portanto, não merecem prosperar tais alegações.

PRELIMINAR: INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E NULIDADE DA PROVA PRODUZIDA

Argumenta a Recorrente que não há obrigação de apresentar os extratos bancários, quer seja por não estar obrigada a fazer prova contra si mesma, quer seja por ser inconstitucional a quebra do sigilo bancário sem ordem judicial.

MÉRITO

A Autoridade Fiscal intimou a contribuinte, por duas vezes, a apresentar seus livros comerciais e fiscais e a justificativa para a não entrega foi a alegação de que a fiscalização estadual estaria com eles, fato este não comprovado.

Portanto, ao deixar de apresentar os livros e documentos de sua escrituração comercial e fiscal, ou, alternativamente, o Livro Caixa com toda a sua movimentação financeira, a Autoridade Fiscal aplicou o art. 530 do RIR/99:

“Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando:

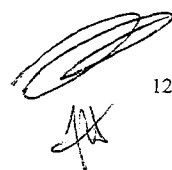
(...)

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;”

Além disso, é de se observar o art. 42 da Lei nº 9.430/96, que assim dispõe:

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

§1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.



§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II -no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

(...)”

Ou seja, basta ao fisco demonstrar a existência de depósitos bancários de origem não comprovada para que se presuma, até prova em contrário, a cargo do contribuinte, a ocorrência de omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção (relativa), o que transfere o ônus probatório ao contribuinte, vez que este deve evidenciar a origem de todos os depósitos para que seja afastada a presunção.

Assim, compete ao contribuinte e não ao fisco, o ônus de provar a origem de cada um dos depósitos questionados. Neste sentido caminha a jurisprudência administrativa:

“PRESUNÇÕES LEGAIS - A constatação no mundo factual de infrações capituladas como presunções legais juris tantum, tem o condão de transferir o dever ou ônus probante da autoridade fiscal para o sujeito passivo da relação jurídico-tributária, devendo esse, para elidir a respectiva imputação, produzir provas hábeis e irrefutáveis da não ocorrência da infração.” (1º Conselho de Contribuintes / 3a. Câmara / ACÓRDÃO 103-20.949 em 19.06.2002. Publicado no DOU em: 30.12.2002).

Conclui-se, portanto, que a autoridade fiscal agiu de acordo com a legislação quando constatada a movimentação bancária em desacordo com o declarado pelo contribuinte, este foi intimado para comprovar a origem dos recursos creditados em sua conta-corrente. Diante da inércia da Recorrente, presumiu-se omissão de receitas.

INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA TAXA SELIC

No que tange à aplicação da Taxa SELIC como juros de mora, o Código Tributário Nacional, no §1º do art. 161, estabelece que os juros moratórios serão de 1% quando não houver lei tributária que disponha em sentido contrário.

Com fulcro na citada norma, foi elaborada a Lei nº. 9.430/96, que dentre outras medidas, estabeleceu, no parágrafo § 3º do art. 61, a Taxa SELIC como os juros que



seriam aplicados, a partir de 01 de janeiro de 1997, aos débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal.

Neste diapasão, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é unânime e pacífica em afirmar que “é legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários - AgRg nos EREsp 579565/SC, 1ª S., Min. Humberto Martins, DJ de 11.09.2006; AgRg nos EREsp 831564/RS, 1ª S., Min. Eliana Calmon, DJ de 12.02.2007” (REsp nº. 665.320/PR, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 03/03/2008).

Ademais, é importante ressaltar que no entendimento daquela Colenda Corte a Taxa SELIC não pode ser acumulada com nenhum outro índice inflacionário, vez que *“inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real”* (REsp nº. 861.777/SP, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 12/03/2008).

Por fim, a Súmula nº 4 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais dispõe que “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”.

Diante o exposto, julgo parcialmente procedente o recurso voluntário para retirar a qualificação da multa aplicada, reduzindo seu percentual para 75%.



ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA

Voto Vencedor

Designado Conselheiro FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS - Redator-

O presente voto vencedor diz respeito apenas à manutenção da multa qualificada.

A multa qualificada de 150% é aplicada nos casos previstos no art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

(...)

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Apesar de referir-se a "*evidente intuito de fraude*", a lei reporta-se às definições dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964, que tratam da conceituação de sonegação, fraude e conluio:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais:

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Portanto, não somente o evidente "*intuito de fraude*" implica a incidência da multa qualificada, bastando haver a sonegação dolosa, representada pela "*ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária (...) da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais (...)*".



No presente caso, a movimentação financeira da contribuinte foi absolutamente incompatível com as informações constantes de suas Declarações de Informações Econômico-Fiscais – DIPJs entregues à SRF, evidenciando com clareza o seu intuito de **“retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, por parte da pela autoridade fazendária.”** (art. 71, I da Lei nº 4.502/64).

Sobre o tema, considero bastante elucidativo o seguinte trecho, extraído da decisão recorrida (grifado):

(...) foram declaradas receitas brutas para os anos-calendário de 2003 e 2004, nos valores respectivos de R\$ 484.077,68 e R\$ 2.974.363,19, ao passo que seus extratos bancários registraram, para o mesmo período, depósitos de R\$ 3.515.693,20 e R\$ 6.453.803,35. Ou seja, a fiscalizada declarou ao fisco receitas brutas correspondentes a 13,76% e 46,08% da movimentação financeira apurada nos anos-calendário de 2003 e 2004, respectivamente.

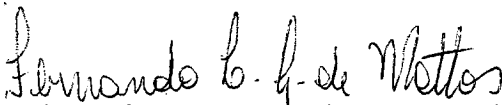
Esta grande disparidade indica que a contribuinte não cometeu enganos, mas agiu com o firme propósito em omitir receitas da administração tributária, circunstância corroborada pela resistência da contribuinte em apresentar os livros e documentos de sua escrituração.

Conforme se verá adiante, a empresa usou de outros artifícios para dificultar os trabalhos fiscais: declarou endereço diverso do qual estava efetivamente estabelecida e montou uma estrutura societária fraudulentamente com a finalidade de ocultar seu verdadeiro beneficiário.

Todas essas irregularidades formam um conjunto probatório robusto a demonstrar que a fiscalizada e seus administradores agiram com a finalidade de ocultar do fisco fatos jurídico-tributáveis, utilizando artifícios para dificultar qualquer procedimento de fiscalização, inclusive que pudesse identificar eventuais responsáveis tributários pelos ilícitos cometidos.

Assim, verifica-se que as condutas descritas foram praticadas com intuito de lesar a administração tributária, emoldurando-se no quadro tipificado pelo art. 71, I da Lei nº 4.502/64, restando configurada a circunstância qualificadora que ensejou o lançamento de ofício com da multa prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/1996. (...)

Com essas considerações, meu voto é no sentido de manter a multa qualificada, uma vez comprovado o evidente intuito de fraude por parte do contribuinte, sob a modalidade de sonegação dolosa (art. 71, I da Lei nº 4.502/64). Por esta razão, nego provimento ao recurso.


FERNANDO LUIZ GOMES DE MATTOS