



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

Processo nº 19515.003629/2010-10
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.427 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2014
Matéria IRPJ/CSLL/PIS/COFINS
Recorrente Frigorífico Itapecerica S/A
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

NULIDADE - MPF - INOCORRÊNCIA.

Descabe pretender discutir nulidade de auto de infração alegando suposto vício que não se concretizou.

DECADÊNCIA.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se, segundo o previsto pelo artigo 150 do CTN, em cinco anos contados da ocorrência do fato gerador do tributo, em razão da ocorrência de pagamento (recolhimento) efetuado por parte do contribuinte. No caso de não haver pagamento ou de haver a ocorrência de situação prevista para qualificação da multa de ofício, aplica-se o previsto no artigo 173 do CTN.

SIGILO BANCÁRIO - VIOLAÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA.

É lícito ao Fisco requisitar dados bancários, sem autorização judicial (art. 6º da Lei Complementar 105/2001), quando configurada situação definida como caracterizadora da indispensabilidade do respectivo exame.

MULTAS AGRAVADAS E QUALIFICADAS.

Não compete à instância administrativa negar aplicação à legislação tributária vigente sob a alegação de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade, prerrogativa do Poder Judiciário.

MULTA QUALIFICADA.

Se a autoridade fiscal não aponta, objetivamente, qualquer motivação para a caracterização da fraude, que não seja a constatação de omissão de receita, não prevalece a qualificação da multa.

MULTA AGRAVADA - NÃO ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA APRESENTAR ARQUIVOS.

O não atendimento, no prazo marcado, para apresentação dos arquivos contábeis em meio magnético configura justificativa legal para agravamento da penalidade.

AUTOS REFLEXOS - PIS. COFINS. CSLL.

O decidido quanto ao IRPJ aplica-se à tributação dele decorrente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Valmar Fonseca de Menezes

Presidente

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros: Valmar Fonseca de Menezes, Wilson Fernandes Guimarães, Paulo Jakson da Silva Lucas, Valmir Sandri, Edwal Casoni de Paula Fernandes Junior e Carlos Augusto de Andrade Jenier.

Relatório

Em julgamento, recurso interposto em face da decisão da 4ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo (SP1) que, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte a impugnação apresentada contra os autos de infração lavrados para exigir de Frigorífico Itapecerica S/A., créditos tributários referentes a IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, alcançando fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2005.

A infração apontada pela fiscalização é omissão de receitas apurada com base no art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

A decisão recorrida traz uma síntese do relatado no Termo de Verificação Fiscal, que tomo de empréstimo.

1- em 10/04/2008, foi encaminhado ao contribuinte, no endereço constante nos sistema da RFB, o Termo de Início de Fiscalização, cujo AR retornou em 18/04/2008, com

a informação do recebimento; sem resposta, Termo de Reintimação Fiscal, de 21/05/2008 foi entregue em 27/05/2008, conforme AR RC439580995BR, solicitando a apresentação da mesma documentação inicial, no prazo de 5 dias, tendo sido apresentados os seguintes documentos referentes ao ano calendário de 2005:

- a) Livro Diário n.º 38;
- b) Livro de Registro de Entradas n.º 38;
- c) Livro de Registro de Saídas n.º 38;
- d) Livro Registro de Inventário; e,
- e) Atas das Assembleias de 2003, 2005 e 2007;

2- a análise da documentação revelou a falta de diversos documentos, notadamente quanto aos arquivos digitais;

3- Termo de Intimação Fiscal 01, de 01/09/2008, foi entregue em 09/09/2008, conforme AR RO010441342BR, solicitando a complementação dos documentos, em 10 dias; sem resposta, foi emitido o Termo de Embaraço à Fiscalização, em 28/10/2008, entregue em 05/11/2008, conforme AR RO358463827BR;

4- em 10/03/2010 foi solicitada emissão de Requisição de Informação sobre a Movimentação Financeira (RMF), ao Banco Bradesco S/A, que foi emitida em 16/03/2010 (n.º 08.1.90.002010001769) e atendida em 03/05/2010;

5- em 10/03/2010 foi emitido o Termo de Intimação Fiscal 02, recebido em 16/03/2010, conforme AR RK913134513BR, para apresentar, em 20 dias, os extratos bancários da movimentação financeira junto aos bancos indicados; sem resposta, foi emitido em 12/04/2010 outro Termo de Embaraço à Fiscalização, recebido em 13/04/2010 (AR RJ283086395);

6- em 04/05/2010 foi solicitada emissão de RMFs ao Banco Itaú S/A., Banco Real S/A. e Caixa Econômica Federal, que foram emitidas em 17/05/2010, sendo a de n.º 08.1.90.002010003435, à Caixa Econômica Federal, atendida em 08/06/2010, a de n.º 08.1.90.002010003443, ao Banco Real S/A., atendida em 08/07/2010 e a de n.º 08.1.90.002010003427, ao Banco Itaú S/A., atendida em 02/06/2010;

7- em 21/07/2010 foi solicitada emissão de RMF, ao BRADESCO, para obter informações sobre a filial de CNPJ 49.655.780/000288;

8- em 16/08/2010 foi solicitada emissão da RMF n.º 08.1.90.00201000005675, ao Banco Bradesco S/A., atendida em 13/09/2010;

9- com as informações prestadas pelos bancos, foram levantados os depósitos efetuados nas contas do fiscalizada no ano de 2005;

10- em 17/09/2010 foi emitido o Termo de Constatação e Intimação Fiscal 03, recebido em 22/09/2010 (AR SK892746230BR) para apresentar em 20 dias a documentação bancária e documentação complementar hábil e idônea da comprovação da origem dos recursos creditados nas contas bancárias mantidas nos bancos em que o

contribuinte é ou foi correntista, constantes da planilha ANEXO I DO TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL 03, às fls. 2 a 50 do V, referentes às contas 12.8201 e 8.8773 mantidas na agência 1464 do BRADESCO;

11- a resposta foi a alegação de que "a empresa teve toda a documentação fiscal e contábil do período entre 2003 a agosto de 2008 perdida em incêndio", apresentada junto com a Certidão de Sinistro n.º 021/08 e o Laudo NR 01/040/55.662/08; portanto, não foi comprovada a origem dos recursos creditados nas contas bancárias relacionadas;

12- assim, tendo sido dadas oportunidades suficientes para a comprovação da origem de todos os depósitos/créditos em suas contas, a fiscalização findou a análise considerando os valores dos depósitos/créditos nas contas como não comprovados;

13- por meio dos históricos contidos nos extratos, foram relacionados os lançamentos descritos no referido ANEXO I DO TERMO E INTIMAÇÃO FISCAL 03, que foram agrupados, por competência/mês e tipo de histórico, excluindo os depósitos/créditos decorrentes de transferências de outras contas da própria empresa, originando a PLANILHA SINTÉTICA I, por totais mensais, à fl. 75 do **Volume 3**, cujos valores deduzidos dos valores contabilizados representam a **totalidade da omissão de receitas**, conforme PLANILHA SINTÉTICA II, que foi dividida em duas planilhas, PLANILHAS III e IV (fls. 76 e 77 do **Volume 3**), para fins de aplicação de multas diferenciadas:

a) **prova direta**: omissão de receitas caracterizada por **receitas não contabilizadas**, com base legal no art. 24 da Lei nº 9.249/95 e arts. 249, inciso II, 251 e parágrafo único, 278, 279, 280, 283 e 288, todos do RIR/99, e multa de 225,00%, com os respectivos lançamentos constantes do **ANEXO II** do auto de infração, às fls. 138 a 156 do Volume 3;

b) **presunção legal**: omissão de receitas caracterizada por **depósitos bancários não** contabilizados, com base legal no art. 24 da Lei nº 9.249/95, art. 42 da Lei nº 9.430/96 e arts. 249, inciso II, 251 e parágrafo único, 279, 282, 287, e 288, todos do RIR/99, e multa de 112,50%, com os respectivos lançamentos constantes do **ANEXO I** do auto de infração, às fls. 82 a 137 do Volume 3;

14 detalha os procedimentos de segregação de valores que caracterizam a prova direta e a presunção legal de omissão de receitas, cujo resumo é o seguinte:

COMPETÊNCIA	ANEXO II- MULTA 225%	ANEXO I- MULTA 112,5%
	OMISSÃO DE RECEITA LIQ. COBR.	OMISSÃO DE RECEITA DEP. NÃO CONTAB.
Jan/2005	527.533,84	1.025.321,05
Fev/2005	799.269,32	754.124,69
Mar/2005	490.501,92	1.079.296,80
Abr/2005	235.611,71	1.217.835,52
Mai/2005	288.539,39	957.096,19
Jun/2005	185.479,35	824.246,31
Jul/2005	15.930,32	855.250,55
Ago/2005	0,00	938.186,60
Set/2005	0,00	907.018,11
Out/2005	0,00	1.159.189,85
Nov/2005	137.989,49	989.414,30

Dez/2005	0,00	1.104.400,68
TOTAL	2.680.855,34	11.811.380,65

Em impugnação tempestiva o interessado suscitou: (i) nulidade dos autos de infração por ausência, no MPF, de assinatura do fiscal competente; (ii) decadência, com fulcro no art. 150, § 4º, do CTN; (iii) inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário, por ausência de lei ordinária que a autorize; (iv) cerceamento de defesa por máculas na metodologia, que dificultou a assimilação da acusação; (v) imposição de multas de caráter confiscatório e, pois, inconstitucionais, não obstante a regularidade de seu procedimento, com colaboração à fiscalização, inclusive apresentando os documentos que não queimaram no incêndio.

Sobre a metodologia utilizada na apuração da omissão de receitas, que alega conter “máculas”, diz ser equivocado relacionar todas as movimentações financeiras como omissão de receita, pois vários lançamentos são transferências interbancárias realizadas, citando como exemplo a pág. 01/56 do anexo I do auto de infração (documento 0001020591, de R\$ 3.799,89) e pág. 02/56 do anexo I (documento 0001110591, de R\$ 9.091,12), sustentando que os erros estão demonstrados por amostragem, sendo imperiosa a realização de perícia contábil para determinar eventuais omissões de receita pois, apesar de constar no TVF (fls. 04/10) que tal procedimento foi adotado, não é o que demonstra o histórico no Anexo I do auto.

A 4ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo (SP1), por unanimidade de votos, julgou procedente em parte a impugnação, excluindo da exigência o valor correspondente a dois erros cometidos pela fiscalização, no Anexo I, ambos no mês de janeiro, no valor total de R\$ 12.891,01. É a seguinte a ementa da decisão:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2005

NULIDADE. MPF. INOCORRÊNCIA.

Não há o alegado vício de assinatura, mas, ainda que houvesse alguma falha na emissão do MPF, isso seria motivo apenas de procedimento administrativo interno, não sendo causa de nulidade. Preliminar indeferida.

**“QUEBRA” DE SIGILO BANCÁRIO.
INCONSTITUCIONALIDADE.**

Argumentos que se apoiam em suposta inconstitucionalidade da legislação tributária não podem ser abrigados na instância administrativa. Preliminar indeferida.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

A crítica à metodologia é de caráter genérico e infundada. De resto, a impugnação evidencia a perfeita compreensão da autuação e seus motivos.

Preliminar indeferida.

PERÍCIA CONTÁBIL.

É desnecessária a realização de perícia contábil para determinar eventuais omissões de receita. Preliminar indeferida.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano calendário: 2005

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

Aplica-se o art. 173, I, do CTN se não houve o pagamento antecipado e se houve fraude, dolo ou simulação. Preliminar indeferida.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano calendário: 2005

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO LEGAL.

A presunção legal admite prova em contrário, que neste caso só foi produzida em relação a dois fatos geradores.

OMISSÃO DE RECEITAS. PROVA DIRETA.

Matéria não impugnada.

MULTAS AGRAVADAS E QUALIFICADAS.

Não compete à instância administrativa negar aplicação à legislação tributária vigente sob a alegação de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade, prerrogativa do Poder Judiciário.

AUTOS REFLEXOS. PIS. COFINS. CSLL.

O decidido quanto ao IRPJ aplica-se à tributação dele decorrente.

A ciência da decisão ocorreu em 05/12/2011 e o recurso foi protocolizado em 23 do mesmo mês, reeditando as razões declinadas na impugnação, inclusive nulidade por ausência de assinatura do auditor no MPF, aduzindo:

i) quanto à decadência, que ocorreram pagamentos, e que não há nos autos nada que demonstre a ocorrência de dolo, fraude ou simulação;

ii) quanto ao Boletim de Ocorrência para registro do incêndio, que o documento não tem caráter unilateral, e prova não apenas sua formação, mas também os fatos que o escrivão declara que ocorreram em sua presença;

iii) quanto à quebra de sigilo bancário, que, conforme doutrina e jurisprudência mencionadas, não se trata de negar acesso às informações, mas apenas exigir observância dos preceitos constitucionais e legais, e que não há prova de que o auditor tenha requerido autorização para quebra do sigilo ao Poder Judiciário;

iv) quanto à alegação de falta de colaboração, que a empresa não se furtou a auxiliar a fiscalização, mas ao contrário, encaminhou vasta documentação, só não apresentado a que havia sido destruída pelo incêndio;

v) quanto à multa exacerbada, diz que a autoridade arbitrou-a em percentual elevado, afrontando a legislação, que deixou de ser considerada a proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento (cita doutrina de Sacha Calmon Navarro), que deixou de ser observada a proibição constitucional de utilizar o tributo com efeito confiscatório, que em atenção ao princípio da isonomia, e por analogia, deve ser aplicado o § 1º do art. 52 da Lei 9.298/1996, que limitou as multas em 2%.

Requer, afinal, o provimento integral do recurso.

É o relatório,

Voto

Conselheiro Valmir Sandri, Relator.

Recurso tempestivo e assente em lei. Dele conheço.

Quanto à alegação de nulidade do procedimento por ausência de assinatura do auditor fiscal no MPF, independentemente de o alegado vício poder ou não ser tido como causador de nulidade, ele não se concretizou, pois, como apontou a decisão recorrida, o MPF e suas prorrogações, que constam às fls. 2 e 3 do Volume 1, foram assinados eletronicamente conforme Portaria RFB, nº 11.371, de 12 de dezembro de 2007.

Passo a analisar a decadência.

A ciência dos autos de infração efetivou-se em 10/11/2010, e as exigências alcançam fatos geradores que ocorreram no ano-calendário de 2005, razão pela qual o Recorrente entende estarem às exigências alcançadas pela decadência, considerando como termo inicial da contagem o previsto no § 4º do art. 150 do CTN.

A questão relativa ao termo inicial de contagem do prazo fatal para a constituição do crédito tributário em relação aos tributos sujeitos a lançamento por homologação encontra-se pacificada pela recente jurisprudência deste CARF que, em comprimento ao art. 62 A do Regimento, acolhe o entendimento expressado no item 1 da ementa da decisão do STJ, na apreciação do REsp nº 973.333-SC, na sistemática de recursos repetitivos, no sentido de que *“O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito”*.

Assim, nos termos da jurisprudência atual, o termo inicial para a contagem do prazo de decadência em relação aos tributos sujeitos a lançamento por homologação será:

I- em caso de dolo, fraude ou simulação: 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN);

II- nas demais situações:

a) se houve pagamento antecipado ou declaração de débito: data do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN);

b) se não houve pagamento antecipado ou declaração de débito: 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN).

A decisão recorrida acolhe esse entendimento, rejeitando a decadência por ausência de pagamento, motivo que seria suficiente para deslocar o termo inicial para o art. 173.

Em seu recurso, o contribuinte contesta a inoccorrência de pagamento antecipado.

A autoridade fiscal não informa a inoccorrência de pagamento. A decisão de primeira instância assim motivou sua conclusão sobre essa circunstância:

O pagamento antecipado exige sua prévia apuração, ato não realizado pela impugnante, o que se prova pela falta da entrega da DIPJ do ano calendário de 2005, de forma que a decadência deve ser regida, neste caso, pelo art. 173, I, do CTN.

A falta de entrega da DIPJ não está atestada nos autos. Além disso, tal omissão, se ocorreu, não comprova a ausência de pagamento. A DIPJ é declaração de informação, e o documento que se presta para a definição do termo inicial é o DARF ou a DCTF (que constitui confissão de dívida).

O contribuinte, em grau de recurso, contesta a inoccorrência de pagamento antecipado, mas também não traz prova de suas alegações.

Consta, às fls. 17/42, cópia da DCTF juntada pelo auditor, com débitos declarados para o 1º e 2º trimestres de 2005, relativos ao IRPJ e CSLL (fls. 30, 19, 32 e 24, respectivamente) e para os meses de janeiro a dezembro de 2005, para o PIS (fls. 25, 33, 26, 27, 34, 28, 41, 37, 40, 42 e 39, respectivamente).

A partir desses fatos, uma primeira conclusão que se tira é que, para esses tributos e esses períodos de apuração, a decadência só se regerá pelo art. 173, I, se caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o que seria poder-se-ia inferir a partir da imposição da multa qualificada.

O auditor assim motivou a qualificação da multa:

b. As diferenças entre os valores dos faturamentos contabilizados e os respectivos valores constantes nos depósitos bancários caracterizam omissão de receitas, configurando-se, assim, Crime contra a Ordem Tributária, definido pelo art. 1.º da Lei nº 8.137/90;

Observo que a Lei nº 8.137/1990 é de natureza penal, e a base legal para qualificação da penalidade administrativa (tributária) é o art. 44 da Lei 9.430/96, indicado c.c. arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, que exigem a caracterização do dolo:

Lei nº 9.430/96:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos 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.

Lei nº 4.502/64:

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.

Para avaliar a incidência do art. 173, I, do CTN, faz-se necessário analisar se a conduta do contribuinte se caracteriza como dolosa, o que, por consequência, implica também a qualificação da multa.

Conforme consta dos autos, o contribuinte não atendeu completamente às intimações para apresentar livros e documentos fiscais, notadamente arquivos digitais, bem como extratos bancários.

A partir dos extratos obtidos diretamente dos bancos, em atendimento a Requisição de Movimentação Financeira, a fiscalização elaborou planilhas dos créditos e

intimou o contribuinte a comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados.

Tendo o contribuinte alegado que "*a empresa teve toda a documentação fiscal e contábil do período entre 2003 a agosto de 2008 perdida em incêndio*", a fiscalização teve como não comprovada a origem dos recursos creditados nas contas bancárias relacionadas.

A fiscalização elaborou duas planilhas distintas, numa delas identificando diferença entre os valores dos créditos levantados a partir dos extratos e a receita contabilizada, e na outra demonstrando a diferença entre os valores identificados nos extratos como oriundos de liquidação de cobrança e as receitas contabilizadas. Os valores levantados na primeira planilha foram considerados como omissão de receita (total), compreendendo parte levantada por prova direta (os apurados na segunda planilha) e parte por presunção, com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96 (a diferença entre as duas planilhas).

Para os valores apurados por prova direta (diferença entre os valores oriundos de liquidação de cobrança e os valores de receita contabilizados) foi aplicada a multa qualificada.

Portanto, do que consta do TVF, tem-se que a caracterização da fraude, pela autoridade fiscal, teve como fundamento, exclusivamente, a constatação de omissão de receita.

A Súmula CARF nº 14 enuncia:

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Embora a súmula trate de qualificação da multa, por óbvio ela se presta para a averiguação da decadência.

Assim, entendo inaplicáveis a qualificação da multa e o art. 173, I, do CTN, estando alcançados pela decadência todos os lançamentos de PIS e os lançamentos de IRPJ e CSLL relativos aos dois primeiros trimestres de 2005.

O contribuinte alega ilegitimidade na obtenção das informações financeiras diretamente das instituições que as detêm, sem autorização judicial.

Este tribunal administrativo não tem competência para analisar questões relacionadas à constitucionalidade, cabendo-lhe, exclusivamente, julgar a legalidade do lançamento.

A requisição da movimentação financeira encontra respaldo legal inciso IV do § 3º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001, que excepciona da caracterização de violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos, entre outros, no artigo 6º, que autoriza o exame de registros referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras pelos agentes fiscais, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

O art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 foi disciplinado pelo Decreto nº 3.724/2001, cujo art. 3º estabelece as hipóteses em que os exames serão considerados indispensáveis.

A justificativa indicada pelo auditor fiscal para a Requisição de Movimentação Financeira está fundamentada no inciso VII (situação prevista no art. 33 da Lei nº 9.430/96 como passível de submeter o sujeito passivo a regime especial de fiscalização, no caso, embaraço à fiscalização) do art. 3º do Decreto.

O inciso I do art. 33 da Lei nº 9.430/96 estabelece que caracteriza embaraço à fiscalização a negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado.

No caso concreto, pelo termo datado de 10/04/2008 (ciência em 18/04) o contribuinte foi intimado a apresentar contratos sociais, livros contábeis e fiscais, arquivos contábeis em meio magnético e relacionar as instituições financeiras com que transacionou no ano de 2005. Não atendida a intimação, em 21 de maio foi lavrada reintimação (ciência em 27/05). Em 04 de junho o contribuinte apresentou os contratos sociais, e Livros Diário, Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário, e declarou transacionar com o Bradesco. Não apresentou os arquivos contábeis digitalizados. Em 01/09 foi lavrado termo reintimando para apresentação dos arquivos digitalizados e intimando para apresentar os extratos bancários (ciência em 09/09). Em 28/10 foi lavrado Termo de Embaraço à Fiscalização.

Portanto, restou perfeitamente caracterizada a situação descrita na lei como ensejadora da lavratura do Termo de Embaraço à Fiscalização.

Tendo o contribuinte incorrido em situação definida na lei como embaraço à fiscalização, não lhe assiste razão de ilegitimidade do fornecimento das informações sem autorização judicial. A Lei Complementar 105/2001 estabelece que não constitui violação de sigilo o acesso às informações pelas autoridades administrativas da Secretaria da Receita Federal, em caso de procedimento fiscal em curso, se tais exames forem considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente, e o Decreto nº 3.724/2001 estabelece que será considerado indispensável o exame, entre outras hipóteses, quando se caracterizar a situação de embaraço à fiscalização.

Quanto à alegação de exacerbação da multa, por ter caráter confiscatório, cabe a este CARF apenas analisar se o percentual imposto está de acordo com a lei vigente aplicável, uma vez que nos termos da Súmula CARF nº 2, *“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”*

O dispositivo legal aplicável na imposição da multa de ofício é o art. 44 da Lei nº 9.430/96, que estabelece o percentual de 75%, sujeito a qualificação (exigível em dobro) ou agravamento (acrescido de 50%), nas hipóteses previstas na lei.

Afastada, em momento precedente deste voto, a qualificação, passo a analisar o agravamento da penalidade.

À época dos fatos geradores (ano calendário de 2005) a tipificação legal para o agravamento da penalidade estava contida no §2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 9.532/97, *verbis*:

§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997).

a) prestar esclarecimentos;

b) apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, com as alterações introduzidas pelo art. 62 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991;

c) apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38.

Portanto, restou perfeitamente caracterizada a hipótese para o agravamento da penalidade.

Observo que não tem pertinência com a matéria em julgamento o § 1º do art. 52 da Lei nº 9.298/1996, que trata de multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo, em relações de consumo.

Pelas razões expostas, dou provimento parcial ao recurso para:

1- Cancelar as exigências de IRPJ e CSLL do 1º e do 2º trimestres, bem como toda a exigência de PIS, por estarem os lançamentos alcançados pela decadência.

2- Afastar a qualificação da multa, reduzindo o percentual de 225% para 112,5%.

É como voto.

Sala das Sessão-DF, em 11 de março de 2014.

(documento assinado digitalmente)

Valmir Sandri