



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

Processo nº 19515.720412/2011-59
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.593 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2014
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS
Recorrente C.R.B. LEITE TAVARES - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

DILIGÊNCIA. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. INDEFERIMENTO.

A diligência não se presta para produzir provas de responsabilidade da parte. Tratando-se da comprovação de origem de depósitos bancários, a prova deveria ser produzida pela parte, sendo desnecessária a realização de diligência. Ademais, a solicitação de diligência ou perícia deve obedecer ao disposto no inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, competindo à autoridade julgadora indeferir aquelas que julgar prescindíveis.

INCOMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS PARA JULGAR INCONSTITUCIONALIDADE.

Não cabe, em sede administrativa, o reconhecimento de ilegalidade ou inconstitucionalidade. O julgador da esfera administrativa está obrigado à observância da legislação tributária vigente no País, cabendo, por disposição constitucional, ao Poder Judiciário a competência para apreciar inconformismos relativos à sua validade.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

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

Ano-calendário: 2006

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. VIOLAÇÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA

A utilização de informações e documentos alusivos a operações e serviços de instituições financeiras não constitui violação do dever de sigilo quando

prestados à Administração Tributária com observância de dispositivos previstos no ordenamento jurídico.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS E VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA.

A Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, estabeleceu a presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as arguições de nulidade, e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo de Andrade Couto e Paulo Roberto Cortez.

Relatório

Adoto o relatório da decisão recorrida por bem retratar o litígio até aquele momento, complementando-o ao final:

*Trata o presente de crédito lançado pela Fiscalização contra o contribuinte acima identificado (optante pelo SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições), em relação ao ano-calendário de 2006, vez que no procedimento fiscal foi constatada **omissão de receitas** que resultou na lavratura dos Autos de Infração referentes a Imposto de Renda Pessoa Jurídica – Simples, Contribuição para o PIS/Pasep – Simples, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – Simples, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Simples, Imposto sobre Produtos Industrializados – Simples e Contribuição para Seguridade Social – INSS – Simples, todos datados de 28/06/2011.*

*O valor exigido no presente processo administrativo, na data de consolidação, totaliza **R\$1.981.578,01 (um milhão, novecentos e oitenta e um mil, quinhentos e setenta e oito reais e um centavo)**, conforme Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo anexado às fls. 2.*

*No **Termo de Verificação Fiscal (fls.480/503)**, a Autoridade Lançadora descreve as tentativas de, após o início do procedimento de fiscalização, obter os Livros Diário e Razão ou, na sua falta, os Livros Caixa e de Registro de Entradas, e demais documentos e livros necessários aos trabalhos de fiscalização. Foram também solicitadas as informações relacionadas à sua movimentação financeira (banco, agência, conta corrente e extratos bancários) efetuada no período 01/2006 a 12/2006.*

Destaca a Autoridade Fiscal que, em resposta datada de 02/02/2011 (fls. 227), o sujeito passivo declarou não possuir Livros Diário/Razão, nem o Livro Caixa.

Diante da negativa do contribuinte em apresentar todas as informações referentes à sua movimentação financeira, a Auditora-Fiscal solicitou a emissão de Requisições de Movimentações Financeiras (RMF) às instituições com as quais o contribuinte mantinha contas correntes.

As requisições (RMF) e as respectivas respostas encaminhadas pelas instituições financeiras (extratos bancários) foram anexadas às fls. 236/452. Tais extratos foram depurados com o fim de solicitar ao contribuinte a comprovação, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, das fontes de recursos que deram origem aos créditos, possibilitando a identificação das receitas tributáveis.

Em 10/05/2011, a Autoridade Fiscal emitiu Termo de Intimação (fls.455) no qual solicitou ao contribuinte a comprovação da origem dos valores depositados/creditados em sua(s) conta(s) bancária(s), especificamente sobre os valores depurados constantes do anexo ao próprio termo (fls.456/477). Desta intimação, foi o contribuinte pessoalmente cientificado na pessoa de seu procurador.

Não havendo resposta à citada intimação, a Autoridade Fiscal emitiu a re-intimação datada de 01/06/2011 (fls. 478), a qual também deixou de ser cumprida. Tal fato motivou a emissão do Termo de Constatação Fiscal (fls. 479), datado de 09/06/2011, no qual a Auditora Fiscal esclarece ao contribuinte que o não cumprimento das intimações nos prazos determinados ensejaria, no caso de lançamento de ofício, o agravamento em 50% das multas a que se referem os incisos I e II do caput do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Os depósitos realizados nas contas correntes do sujeito passivo, após a exclusão dos valores de caráter não tributável (transferências entre contas, devoluções de cheques, estornos de valores, reduções de saldo devedor, operações capital de giro, financiamentos, liberações de empréstimos, operações de crédito), foram caracterizados como receita bruta tributária, vez que o contribuinte, embora intimado, não esclareceu a origem dos valores depositados.

O Termo de Verificação Fiscal contém todos os discriminativos de cálculo das novas alíquotas aplicáveis, das diferenças de tributos devidos sobre as receitas declaradas pela empresa e dos tributos incidentes sobre as omissões de receitas (valores não declarados), bem como a fundamentação legal que ampara os lançamentos tributários.

A Auditora Fiscal considerou evidente a intenção do sujeito passivo de omitir informações de interesse da fiscalização tributária vez que deixou de apresentar os livros exigidos pela legislação (Livro Diário e Razão ou Livro Caixa e Livro Registro de Inventário), apresentando declaração expressa de que não os possuía, além de omitir as operações praticadas e que deveriam estar registradas nesses livros.

Consequentemente, por força do inciso II do art. 135 do CTN, o mandatário Antonio Rogério Tavares, detentor de inúmeros poderes de administração, responde solidariamente com a sócia Cláudia Regina Barreto Leite Tavares pelo ilícito praticado.

Acrescenta que o mandatário Antonio Rogério Tavares é verdadeiro “sócio de fato” da empresa fiscalizada pois, além de deter poderes de gestão e não constar do quadro de funcionários, costumava emitir cheques em seu próprio benefício, conforme comprovam as cópias exemplificativas anexadas ao processo administrativo.

Além da lavratura dos Autos de Infração referentes aos tributos incluídos na sistemática do Simples Federal, foi também proposta Representação Fiscal para a Exclusão do contribuinte do Simples em razão do valor de sua receita bruta anual, conforme apurado ao final do procedimento de

fiscalização, ter excedido o limite definido em lei para a permanência no Simples (art. 9º da Lei nº 9.317/96, com a redação dada pela Lei nº 11.307/06), sujeitando-a à exclusão obrigatória e de ofício do sistema simplificado nos termos do disposto no art. 14, inciso I, da Lei nº 9.317/96.

A tabela a seguir reproduz os valores principais lançados em cada mês, referentes ao ano calendário de 2006:

Competência	Total da Receita Apurada	Receita já declarada em DSPJ	Diferença (receita omitida)
	A	B	C = A - B
01/2006	R\$ 292.167,86	R\$ 35.146,70	R\$ 257.021,16
02/2006	R\$ 295.442,27	R\$ 14.117,40	R\$ 281.324,87
03/2006	R\$ 437.274,98	R\$ 32.770,40	R\$ 404.504,58
04/2006	R\$ 359.462,56	R\$ 18.901,70	R\$ 340.560,86
05/2006	R\$ 502.182,11	R\$ 34.487,00	R\$ 467.695,11
06/2006	R\$ 549.599,19	R\$ 32.062,00	R\$ 517.537,19
07/2006	R\$ 496.968,43	R\$ 17.623,90	R\$ 479.344,53
08/2006	R\$ 681.605,88	R\$ 117.409,55	R\$ 564.196,33
09/2006	R\$ 635.856,62	R\$ 86.671,96	R\$ 549.184,66
10/2006	R\$ 640.254,39	R\$ 92.004,15	R\$ 548.250,24
11/2006	R\$ 445.137,36	R\$ 136.046,25	R\$ 309.091,11
12/2006	R\$ 689.486,26	R\$ 55.488,85	R\$ 633.997,41
Total anual:	R\$ 6.025.437,91	R\$ 672.729,86	R\$ 5.352.708,05

Foram anexados ao Termo de Verificação Fiscal os seguintes discriminativos e documentos:

(a) Demonstrativo de percentuais aplicáveis sobre a Receita Bruta e respectiva fundamentação legal (fls.612/615);

(b) Demonstrativo de apuração dos valores não recolhidos (fls.616/623) incidentes sobre os valores declarados, resultantes da aplicação dos percentuais corretos conforme discriminados no demonstrativo anterior;

(c) Demonstrativo da apuração do imposto/contribuição sobre diferenças apuradas (fls.624/630), incidentes sobre a parcela referente à omissão de receitas;

*(d) Demonstrativo de Multa e Juros de Mora e Auto de Infração (fls.631/641) do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – SIMPLES, totalizando o valor de **R\$133.853,69**;*

*(e) Demonstrativo de Multa e Juros de Mora e Auto de Infração (fls.642/652) da Contribuição para o PIS/Pasep – SIMPLES, totalizando o valor de **R\$98.067,57**;*

*(f) Demonstrativo de Multa e Juros de Mora e Auto de Infração (fls.653/663) da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – SIMPLES, totalizando o valor de **R\$133.853,69**;*

(g) *Demonstrativo de Multa e Juros de Mora e Auto de Infração (fls.664/674) da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – SIMPLES, totalizando o valor de **R\$393.671,64**;*

(h) *Demonstrativo de Multa e Juros de Mora e Auto de Infração (fls.675/685) do Imposto sobre Produtos Industrializados – SIMPLES, totalizando o valor de **R\$82.969,43**;*

(i) *Demonstrativo de Multa e Juros de Mora e Auto de Infração (fls.686/696) da Contribuição para Seguridade Social – INSS – SIMPLES, totalizando o valor de **R\$1.139.170,98**.*

Dos atos constitutivos dos Autos de Infração ora discutidos, foi a autuada cientificada em 28/06/2010, na pessoa da sócia Cláudia Regina Barreto Leite Tavares.

IMPUGNAÇÃO

Dentro do prazo regulamentar, o contribuinte impugnou as autuações incluídas no presente processo administrativo por meio do instrumento de fls.703/733, com a juntada de documentos de fls.734/1071 (documentação societária, procuração, cópias do Auto de Infração, contratos de promessa de desconto de cheques pré-datados), alegando, em síntese, os argumentos que seguem:

Sustenta que, frente a necessidade de obter capital de giro e fluxo de caixa para manter suas atividades, via-se obrigada a fazer pequenos empréstimos junto a terceiros dos quais recebia cheques e, como garantia, emitia cheques nos mesmos valores.

No entanto, face à crítica situação da impugnante, esta realizava “Contrato de Desconto de Cheque” para possibilitar o desconto antecipado dos cheques de terceiros correspondentes aos empréstimos concedidos.

Ocorre que, em muitos casos, os cheques dados por terceiros não foram compensados o que acarretou na cobrança, pelos bancos, dos valores antecipados. Desta forma, alega que os valores referentes a “crédito de operação de desconto de cheque” nada mais são que empréstimos bancários celebrados diretamente com o bancos, motivo pelo qual não configuram receita e, portanto, não podem ser tributados.

Afirma que os próprios extratos bancários comprovam a devolução, aos bancos, dos valores creditados a título de crédito de operação de desconto de cheque.

Discorre que o âmbito material de incidência do Imposto sobre a Renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica decorrente de acréscimo patrimonial. Assim, sustenta que, uma vez que o crédito referente aos empréstimos apenas circularam nas contas da impugnante, sem se incorporar ao seu patrimônio, não há que se falar em

acréscimo patrimonial e, portanto, inexistente fato gerador do Imposto sobre a Renda ou da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Alega que os empréstimos recebidos pela impugnante não têm natureza de faturamento, motivo pelo qual não integram o fato gerador da COFINS.

Acrescenta que tais créditos não se configuram fatos geradores do PIS na medida em que não são receitas decorrentes da venda de bens e serviços.

Outrossim, sustenta que, de acordo com o previsto na Lei nº9.317/96 (art. 18), eventuais presunções de omissões de receitas apenas se aplicariam se apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigados os optantes de aludido regime.

Afirma que a fiscalização, embora alegue ter identificado e desconsiderado valores de caráter não tributável, incluiu na planilha “demonstrativo analítico da movimentação financeira – valores não comprovados” créditos referentes a transferências entre contas, créditos de operação de desconto de cheques, saques e depósitos em dinheiro entre contas de mesma titularidade (ainda que não nos mesmos valores). Assim, requer a produção de prova pericial para analisar quais valores correspondem à movimentação entre contas da impugnante e quais se referem a resultado de venda de mercadorias.

Sustenta que o sistema constitucional tributário brasileiro não admite a exigência de tributo com base em presunções e indícios, padecendo a exigência em tela de vício de nulidade em decorrência da inconstitucionalidade que a macula.

Afirma que a fiscalização considerou, no caso em tela, todos os depósitos bancários como renda. Entretanto, na conceituação do CTN (art. 43), a renda é sempre produto ou resultado decorrente do trabalho ou do capital, fato este não comprovado pela Auditora Fiscal.

Acrescenta que a Autoridade Fiscal deixou de demonstrar os sinais exteriores de riqueza, admitindo que os depósitos bancários teriam “origem não comprovada”. Nesses termos, resta claro que o presente lançamento tem como origem a presunção da ocorrência do fato gerador, medida esta não aceita em nosso ordenamento jurídico. Os fatos narrados devem ser comprovados pela impugnada, que tem o ônus de demonstrar que efetivamente ocorreram, por meio de documentos e não por simples intuição de seus agentes.

Reproduz a Súmula 182 do extinto TRF (“é ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários”) e Acórdão do Conselho de contribuintes. Colaciona doutrina.

Conclui pela necessidade de anulação do lançamento baseado em presunções, ficções e indícios por violar o princípio da legalidade e tipicidade tributária.

Alega que o procedimento fiscalizatório foi instaurado irregularmente desde a sua origem, na medida que teve por base para sua instauração a utilização de informações bancárias do referido exercício, em flagrante ofensa ao art. 5º, inciso X e XII, da Constituição Federal, uma vez que a expressão “sigilo de dados” hospeda a espécie “sigilo bancário”.

Argumenta que somente entregou parte das informações bancárias por receio de ser atuado.

Sustenta que a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira constitui quebra do sigilo bancário do contribuinte sem a intervenção da Autoridade Judiciária, acarretando na nulidade do lançamento tributário baseado nas informações obtidas por meios inconstitucionais.

Acrescenta, com base na doutrina que colaciona, que o direito ao sigilo bancário integra a categoria dos direitos da personalidade, de natureza fundamental, sendo cláusula pétrea protegida pelo manto do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal. Nesses termos, é inconstitucional o art. 6º da Lei Complementar 105/01 e o art. 2º do Decreto nº 3.724/01 que a regulamentou, uma vez que tais dispositivos permitem a quebra do sigilo bancário do contribuinte por meio de decisão administrativa. Colaciona jurisprudência, incluindo decisão proferida pelo Plenário do E. STF no RE nº 389.808 que reconheceu, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da norma legal que autoriza o afastamento promovido pela Receita Federal do sigilo de dados bancários relativo ao contribuinte.

Afirma que o STF reconheceu a existência de repercussão geral da inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 e sua regulamentação mediante o art. 2º do Decreto 3.724/01, os quais autorizam a quebra do sigilo bancário por ato unilateral de Autoridade Administrativa, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 601.314. Assim, aplica-se ao caso a suspensão do feito previsto no art. 62-A do regimento interno do CARF.

Por fim, requer a anulação do Auto de Infração pelos motivos expostos. Alternativamente, requer o sobrestamento do julgado nos termos dos arts. 62, § 1º, inciso I, e 62-A do regimento interno do CARF. Ainda protesta por provar o alegado por todos os meios de prova admitidos, em especial a juntada de novos documentos e a realização de perícia para responder os quesitos que apresenta (fls. 732).

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES E MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Notificada do Ato Declaratório Executivo DERAT/DIORT/EQRES nº 84/2011 de exclusão do Simples em 01/12/2011 (fls.

11/12 do processo administrativo nº19515.720505/2011-83, anexado ao presente processo), a autuada deixou de apresentar manifestação.

A impugnação foi julgada improcedente. O contribuinte foi cientificado da decisão em 30 de janeiro de 2013 (fl. 1130), apresentando recurso voluntário de fls. 1131-1197 em 01 de março de 2013. Em suma:

- reafirma os argumentos desenvolvidos em sua impugnação quanto às provas supostamente obtidas por meio ilícito (“sigilo bancário”), quanto a não caracterização dos depósitos bancários como renda; aduz ainda haver comprovado a realização de empréstimos e descontos de cheques; ainda em relação aos descontos de cheques, afirma que muitos dos cheques trocados foram devolvidos, tendo as instituições financeiras debitado de sua conta os valores correspondentes, o que demonstraria o equívoco realizado no lançamento e corroborado pela decisão recorrida;

- argui nulidade baseado em dois fatos: (i) ante o indeferimento do pedido de perícia, o que teria lhe cerceado o direito de defesa; (ii) ausência de fundamentação do voto condutor do aresto, uma vez que teria deixado de analisar e considerar os fatos e o suporte documental apresentado em sua impugnação, em especial quanto aos empréstimos firmados;

- requer ainda a aplicação do art. 62-A do Regimento do CARF, haja vista precedente do STF quanto à inconstitucionalidade do acesso da RFB às informações bancárias dos contribuinte.

Os extratos bancários em que se baseia a autuação, ante a negativa de fornecimento por parte do ora recorrente, foram obtidos por meio da expedição de Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF por parte autoridade fiscal, dirigidas diretamente às instituições financeiras, com esteio no disposto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e no Decreto nº 3.724/2001.

A constitucionalidade dos referidos diplomas normativos encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal, que, na análise de admissibilidade do Recurso Extraordinário nº 601314, reconheceu a repercussão geral da matéria, nos termos dos art. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Sobre o reconhecimento de repercussão geral pelo STF, dispunha o Regimento Interno do CARF, em seu art. 62-A, § 1º que “Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.”

Diante de tal dispositivo regimental, o processo foi sobrestado até que sobreviesse pronunciamento do STF sobre o tema.

Contudo, a Portaria MF 545, de 18 de novembro de 2013, revogou os dispositivos que determinavam o sobrestamento dos autos nos termos já referidos, possibilitando o prosseguimento do feito.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, dele, portanto, tomo conhecimento.

1 PRELIMINARES

1.1 SIGILO BANCÁRIO E NULIDADE

Alega a Recorrente que as provas obtidas pelo Fisco referentes à movimentação financeiras são nulas.

A respeito da suposta quebra de sigilo bancário, convém reforçar que o parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, estabelece que as informações e documentos obtidos pela RFB junto às instituições financeiras serão conservados em sigilo.

No mesmo sentido, o mesmo diploma legal estabelece em seu art. 1º, § 3º, VI, que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos seus arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 10.

Para preservar a inviolabilidade do direito constitucional que as pessoas têm à intimidade e à privacidade, preceitua o § 5º do art. 5º da precitada LC que: "As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor". Relativamente ao sigilo fiscal, vigora o art. 198 do Código Tributário Nacional, lei materialmente complementar, que, no seu caput, de acordo com a nova redação atribuída pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, assim dispõe: "Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades". Portanto, as informações bancárias sigilosas são transferidas à administração tributária da União sem perderem a proteção do sigilo.

Ademais, no que tange às questões que envolvem princípios constitucionais e inconstitucionalidade de leis apontadas pela Recorrente, seu mérito não pode ser analisado por este Colegiado. Essa análise foge à alçada das autoridades administrativas, que não dispõem de competência para examinar hipóteses de violações às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Deve-se observar que as supostas ofensas aos princípios constitucionais levam a discussão para além das possibilidades de juízo desta autoridade. No âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe, tão somente, verificar se o ato praticado pelo agente do fisco está, ou não, conforme à lei, sem emitir juízo de constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato. Ademais, o próprio Regimento Interno do CARF,

em seu art. 62, dispõe que “*Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*” O caso concreto não se enquadra nas exceções elencadas no parágrafo único de tal dispositivo regimental, portanto, as normas atacadas são de aplicação cogente aos membros do CARF.

Por fim, sobre a matéria este Conselho já pacificou seu entendimento por meio da Súmula nº 2, cujo teor é o seguinte:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A respeito da aplicação do art. 62-A do Regimento Interno, cumpre esclarecer que tal dispositivo não mais subsiste, tendo sido revogado pela Portaria MF nº 545, de 2013. Além disso, o precedente do STF citado pela Recorrente, embora de fato tenha considerado os dispositivos da Lei Complementar nº 105 inconstitucionais, não foi julgado na forma dos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil (repercussão geral). Soma-se a isso o fato de o plenário do STF, em curto período de tempo e com composições distintas, ter decidido de forma oposta, ou seja, confirmando a constitucionalidade do mesmo diploma legal.

A respeito da correição quanto ao procedimento para obtenção dos extratos bancários, tendo o procedimento obedecido ao disposto na Lei Complementar nº 105 e no Decreto nº 3.724, de 2001, não há que se contestar sua validade.

Nesse contexto, não há que se falar em nulidade. A nulidade no processo administrativo fiscal é regulada pelos arts. 59 a 61 do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972, e alterações posteriores, abaixo transcritos:

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.

§ 1.º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2.º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3.º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acrescido pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (grifo nosso)

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

A despeito do já exposto, no caso concreto não há qualquer dúvida quanto à ausência de prejuízo ao contribuinte, tanto que conseguiu defender-se plenamente.

Nesse aspecto, frise-se que a possibilidade de defesa foi amplamente viabilizada pela descrição dos fatos realizada pela autoridade fiscal.

Portanto, no caso em concreto, não há que se falar em cerceamento de defesa, não havendo qualquer prejuízo ao pleno exercício do contraditório e ampla defesa, aliás, prejuízo esse primordial à caracterização de nulidade, conforme apregoa o art. 60 do Decreto nº 70.235/72: “As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior **não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo**”.

Assim sendo, sob os aspectos formais, não há qualquer mácula nos autos de infração lavrados.

No mais, o agir da autoridade fiscal se deu no desempenho das funções estatais, de acordo com as normas legais e com respeito a todas as garantias constitucionais e legais dirigidas aos contribuintes.

Desse modo, rejeito a preliminar de nulidade.

1.2 DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PERÍCIA - NULIDADE

A Interessada requereu em sua impugnação a realização de diligência a fim de demonstrar que grande parte dos recursos movimentados em suas contas correntes diz respeito a valores estranhos ao seu faturamento. O pedido foi indeferido pela decisão recorrida de forma fundamentada.

Em sede de recurso voluntário, requer o contribuinte a declaração de nulidade da decisão recorrida em razão de tal indeferimento, o que, por via oblíqua, na visão da Recorrente, implicou cerceamento do direito de defesa.

Entendo não assistir razão à interessada. Vejamos.

O inciso IV do art. 16 e o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972 (com a redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 1993), assim dispõem:

Art. 16 – A impugnação mencionará:

[...]

IV – As diligências ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 09/12/93).

§ 1º – Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (parágrafo introduzido pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 09/12/1993).

[...]

Art. 18 - A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligência ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.

Assim, tanto a perícia quanto a diligência objetivam a comprovação de elementos ou fatos que o contribuinte não pôde trazer aos autos.

No caso ora examinado trata-se da exigência de tributos sobre suposta omissão de receitas baseada em presunção legal insculpida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Para elidir a presunção de omissão de receitas baseadas em depósitos bancários bastaria ao recorrente demonstrar que determinados depósitos possuíam origem em operação que não denotava a auferição de renda. Tanto em sua impugnação, quanto em sede de recurso voluntário, o contribuinte limitou-se a argumentar de que muitos dos depósitos não se referiam à renda, sem trazer à baila elementos suficientes que pudessem comprovar suas alegações, conforme será analisado com mais detalhes adiante.

Dessa forma, resta demonstrada a desnecessidade de perícia, uma vez que, conforme dispõe o inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, compete à autoridade julgadora indeferir aquelas que julgar prescindíveis.

Diante do exposto, correto o indeferimento do pedido de perícia, e, por decorrência, rejeito também a arguição de nulidade a esse respeito.

1.3 AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO VOTO CONDUTOR DA DECISÃO RECORRIDA

Aduz a Recorrente que a decisão recorrida não demonstra o porquê de não ter acatado a comprovação das origens dos créditos, em especial os lastreados em descontos de cheques. Alega que apresentou cópia dos cheques e dos contratos de operações de créditos junto a instituições financeiras. Ante a ausência de fundamentação, a decisão seria nula.

Discordo da Interessada. A decisão recorrida demonstra com clareza o porquê de suas conclusões, conforme se depreende de excerto do voto condutor do aresto a seguir transcrito:

12.6. Acrescenta-se, no tocante às operações de desconto de cheque, que não há, anexado à peça de defesa, qualquer documento que sustente a alegação inverossímil de que os “contratos de descontos de cheques” seriam referentes a desconto antecipado de empréstimos realizados por terceiros.

12.6.1. As operações de desconto de cheque podem ser conceituadas como o “empréstimo destinado a antecipar os valores a receber das vendas a prazo, financiadas através da emissão de cheques pré-datados emitidos por terceiros.”.

12.6.2. Sobre o assunto, encontram-se no mercado diversas instituições financeiras que ofertam a referida operação de desconto de cheque como financiamento de capital de giro a empresas, cujas vendas a prazo são pagas por intermédio de cheque pré-datados, ou pós-datados. Colaciona-se alguns exemplos:

[...]

12.6.3. Assim, resta claro que, nos casos em que os históricos das operações constantes dos extratos bancários analisados no transcorrer do procedimento fiscal encerraram operações de desconto de cheques, agiu com acerto a Fiscalização ao vincular os créditos decorrentes de tais operações à receita bruta da insurgente.

Assim sendo, rejeito também tal arguição de nulidade.

2 DA OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

2.1 REGRA GERAL - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A Recorrente é acusada de omissão de receita, caracterizada pela falta de comprovação da origem dos depósitos/créditos efetuados em suas contas bancária, tendo por base legal o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, 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 a 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.

Tal dispositivo legal estabeleceu uma presunção de omissão de receitas, autorizando a exigência de imposto de renda e de contribuições correspondentes, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

A Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), recepcionada pela nova Constituição, consoante artigo 34, § 5º, do Ato das Disposições Transitórias, define, em seus artigos 43, 44 e 45, o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. De acordo com o artigo 44, a tributação do imposto de renda não se dá só sobre rendimentos reais, mas, também, sobre rendimentos arbitrados ou presumidos por sinais indicativos de sua existência e montantes. Esses artigos assim dispõem:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos utilizados para efetuar os depósitos bancários. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário.

É função do Fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos, informações e esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de receitas de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte.

Não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder e o dever de considerar os valores depositados em conta bancária como receita, efetuando o lançamento do imposto e contribuições correspondentes. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente seguir a legislação.

Dessa forma, detectadas irregularidades que conduzem à presunção de omissão de receita, por imposição legal e por ser a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, cabe à fiscalização efetuar o lançamento de acordo com a legislação aplicável ao caso.

A Recorrente foi intimada a comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados/creditados nas suas contas corrente.

A comprovação da origem dos créditos em suas contas, para a turma julgadora de primeira instância, não se deu a contento, baseando-se principalmente em alegações desacompanhadas de elementos de prova.

Em relação aos créditos que se consideram não comprovados, as meras alegações não possuem o condão de comprovar a origem dos valores depositados ou creditados em suas contas bancárias.

Nesse contexto, impende concluir que competia ao contribuinte provar a veracidade do que afirmou, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (texto legal que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

No mesmo sentido dispõe o art. 330 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

[...]

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Corroborando tal tese, convém transcrever jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais. (Habeas Corpus nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada. (Intervenção Federal Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA – NEGATIVA DE REGISTRO – TRIBUNAL DE CONTAS – ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS – ART. 333, INCISO II, DO CPC – PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE – 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. (STJ – ROMS 9685 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 20.08.2001 – p. 00538)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IMPOSTO DE RENDA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO – NÃO INCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – AJUSTE ANUAL – ÔNUS DA PROVA – O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ – REsp 229118 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 07.02.2000 – p. 132)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – IMPRESCINDIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 237.009 – (1999/0099660-7) – SP – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 27.05.2002 – p. 147)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IRPF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – VERBAS INDENIZATÓRIAS – RETENÇÃO NA FONTE – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES – Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor – Incidência da Súmula 13 STJ – Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ – RESP 232729 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002 – p. 00294)

De acordo com o parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional, a autoridade administrativa encontra-se submetida ao estrito cumprimento da legislação tributária, estando impedida de examinar outras questões como as suscitadas pelo

Contribuinte em seu recurso, uma vez que às autoridades tributárias cabe aplicar a lei e obrigar seu cumprimento.

O princípio da legalidade, assentado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e o previsto no parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, vinculam a atividade do lançamento à lei, sob pena de responsabilidade funcional.

No caso concreto, dado que a administração tributária apenas exerceu o poder/dever de tributar, conferido pela Constituição Federal e institucionalizado pela legislação infraconstitucional de regência da matéria.

Por fim, cabe ressaltar que o tema já foi pacificado no âmbito do processo administrativo fiscal com a edição da Súmula 26 do CARF, a seguir transcrita: “A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.”

A respeito da Súmula 182 por vezes citadas pelos recorrentes, convém ressaltar, primeiramente, que não foi expedida por qualquer Tribunal Regional Federal, mas sim pelo extinto Tribunal Federal de Recursos. Ademais, referia-se à legislação já revogada (art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/90), portanto, não aplicável ao art. 42 da Lei nº 9.430/96.

2.2 ALEGAÇÕES ESPECÍFICAS A RESPEITO DA SUPOSTA COMPROVAÇÃO DAS ORIGENS DOS CRÉDITOS

Os argumentos entabulados pela Recorrente sobre a origem dos créditos bancários, a meu ver, não restam convalidados pelos elementos de prova que instruem os autos.

Embora a Recorrente tenha anexado cópia de cheques objeto de descontos junto a instituições financeiras (anexou também contratos bancários em relação a operações do gênero), cópia de cheques que seriam objeto de empréstimos a ela concedidos por terceiros e também por sócios, entendo que não há como considerá-los suficientes para a comprovação das origens dos créditos.

Analiso cada um dos pontos elencados.

OPERAÇÕES DE DESCONTOS DE CHEQUES

Não há como vincular os cheques apresentados aos valores creditados em suas contas bancárias. Deveria a Recorrente apresentar/demonstrar, ao menos: (i) o instrumento que convalida a entrega dos cheques à instituição financeira, discriminando quais seriam esses cheques objeto da operação de desconto; (ii) que os valores correspondentes a tais cheques ou já foram oferecidos à tributação ou se referem a recursos de terceiros. Se inúmeros cheques eram de terceiros, ou seja, não pertencessem às operações da Interessada, deveria ela ter angariado elementos que comprovassem tais alegações, o que, indubitavelmente, não ocorreu.

No que tange aos argumentos sobre muitos dos cheques não terem sido honrados, tendo os valores posteriormente sido debitados de suas contas, em primeiro lugar, não houve a demonstração, sequer, de um caso ocorrido. Ademais, sendo a apuração de suas receitas realizada com base no regime de competência, eventuais receitas oriundas de operações a prazo de imediato comporiam sua receita bruta, independentemente de serem honradas ou não, ou seja, irrelevante a argumentação da Recorrente, ao menos que

demonstrasse que tais cheques, conforme já explanado, não diziam respeito a receitas ou operações da própria empresa.

OPERAÇÕES DE MÚTUO COM TERCEIROS E COM SEUS SÓCIOS

Em relação às supostas operações tendo como mutuantes terceiros e seus sócios, embora a Recorrente apresente inúmeras cópias de cheques, o que comprovaria a origem dos recursos, não há outros elementos a comprovar a operação propriamente dita: não há contratos, demonstração da devolução dos recursos, do pagamento de juros ou qualquer outra forma de repactuação das supostas operações. Tampouco há indicações contábeis ou escriturais a demonstrar, ainda que de forma tênue, um indício de fumaça do bom direito em relação a tais argumentos.

Cabe lembrar, inclusive, que há presunção legal específica para suprimientos de numerários por parte de sócios quando não se comprova a origem e a efetividade da entrega dos recursos (art. 282 do Regulamento do Imposto de Renda, (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 12, § 3º, e Decreto-Lei nº 1.648, de 18 de dezembro de 1978, art. 1º, inciso II). No caso, ainda que comprovada a efetividade da entrega, qual seria a origem de tais recursos? Tal ponto, contudo, sequer pôde ser abordado durante o procedimento fiscal, uma vez que tais argumentos e cópias de cheques somente foram alvo de apresentação em sede de impugnação e recurso voluntário.

Portanto, não há reparos a se fazer na decisão recorrida.

3 CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por rejeitar as arguições de nulidade, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Relator