



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

Processo nº 10280.720852/2008-37
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1201-000.985 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de março de 2014
Matéria IRPJ, CSLL, PIS e COFINS
Recorrente HOTAMA HOTÉIS DE TURISMO DA AMAZÔNIA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004

LUCRO ARBITRADO. NÃO ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DOS LIVROS OBRIGATÓRIOS INDISPENSÁVEIS À TRIBUTAÇÃO COM BASE NO LUCRO REAL.

A não apresentação dos livros obrigatórios e da documentação correspondente, apesar de reiteradas e sucessivas intimações, impossibilita ao fisco a conferência dos valores tributados, restando como única alternativa o arbitramento dos lucros para efeito da tributação.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ÔNUS DA PROVA.

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários, que não pode ser substituída por meras alegações.

SIGILO BANCÁRIO. MATÉRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA 2 DO CARF.

Não pode esse E. Tribunal cancelar lançamentos fiscais por violação de regra constitucional, visto o teor da Súmula nº 2 do CARF, que exclui a competência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, matéria essa reservada ao Poder Judiciário.

Recurso conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao Recurso. Ausente o conselheiro João Carlos de Lima Junior, tendo sido substituído pelo Conselheiro André Almeida Blanco. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, sendo substituído pelo Conselheiro Carlos Mozart

Barreto Vianna, sendo a sessão de julgamento sido presidida pelo Conselheiro Marcelo Cuba Netto.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Cuba Netto - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Correia Fuso - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros os conselheiros Marcelo Cuba Netto (Presidente Substituto), Rafael Correia Fuso, Carlos Mozart Barreto Vianna, Roberto Caparroz de Almeida, Luis Fabiano Alves Penteado e André Almeida Blanco.

Relatório

Trata-se de auto de infração que cobra da contribuinte IRPJ, CSLL, Pis e Cofins, relativo ao ano calendário de 2004, em razão de apuração de omissão de receitas, provenientes de depósitos bancários e outros créditos de origem não comprovada, bem como provenientes de depósitos de prestação de serviços por meio de cartão de crédito e débito de duplicatas.

A fiscalização usou a modalidade de arbitramento do lucro para realizar os lançamentos dos tributos acima mencionados.

Vejamos com detalhes os fatos narrados no Relatório Fiscal:

Em 26/05/2008, fomos entregar ao contribuinte o Termo de Início de Procedimento Fiscal no endereço constante dos dados cadastrais Receita Federal do Brasil, qual seja, Av. Bras de Aguiar, n° 612, Bairro de Nazaré, Belém-Pa.

Entretanto, ao chegarmos no referido endereço, constatamos que neste endereço funciona a empresa Rent Hotéis do Brasil, CNPJ n° 07.984.371/0001-02, tendo sido entregue por um de seus sócios o Contrato Social e suas alterações posteriores desta empresa. Por conseguinte, foi Lavrado Termo de Constatação Fiscal para registrar tal fato.

No mesmo dia (26/05/2008), conseguimos entregar o Termo de Início de Procedimento Fiscal ao sócio administrador do contribuinte, Sr. João Teixeira Marques dos Reis, CPF 008.298.542-15, intimando o contribuinte a apresentar à fiscalização, no prazo de 20 (vinte) dias, os livros contábeis e fiscais, bem como os Extratos Bancários de contas mantidas pelo mesmo nas instituições financeiras Banco do Brasil S/A, Caixa Econômica Federal, Banco Safra S/A, Banco Itaú S/A, Banco

Bradesco S/A e Banco Sudameris Brasil S/A, referentes ao ano-calendário 2 004.

Em 16/06/2 008 (pela parte da manhã), o contribuinte, por intermédio de seu procurador, solicitou prorrogação de 20 (vinte) dias para a entrega da documentação objeto da intimação, sendo concedida expressamente tal prorrogação.

No mesmo dia (16/06/2008, pela parte da tarde), o contribuinte solicitou p r o r r o g a ç ã o de 60 (sessenta) dias para a entrega da documentação objeto da intimação, não sendo concedida expressamente tal prorrogação.

Em 19/06/2008, cientificamos o contribuinte, através do Termo de Ciência e de Continuação de procedimento Fiscal, da concessão de prorrogação de 40 (quarenta) dias a partir do dia 16/06/2008 para entrega da documentação objeto da intimação.

Em 08/07/2008, o c o n t r i b u i n t e , por intermédio de seu procurador, Solicitou prorrogação de mais 30 (trinta) dias para entregar a documentação objeto da intimação, sendo concedida expressamente tal prorrogação a partir do dia 07/07/2008.

Em 06/08/2008, o contribuinte, por intermédio de seu procurador, informa que para o procedimento fiscal a empresa está impossibilitada de apresentar os documentos solicitados no Termo de Início de Procedimento Fiscal, visto que os mesmo não foram localizados, segundo o próprio contribuinte.

Portanto, após concessão de mais de 60(sessenta) dias de prazo para entregar os documentos solicitados no Termo de Início de Procedimento Fiscal, o Contribuinte não entregou nenhum destes documentos à fiscalização.

A operação da fiscalização está relacionada com a movimentação financeira do contribuinte incompatível com a receita declarada pelo mesmo à Receita Federal do Brasil (Receita Declarada=zero, movimentação financeira= aproximadamente R\$ 6.000.000,00); sendo imprescindível, portanto, a obtenção dos referidos extratos para o procedimento fiscal.

Com base nos fatos acima relatados e de acordo com o inciso I do art. 33 da lei ns 9.430/96, solicito a emissão de RMF.

Os bancos responderam à Receita Federal as requisições de movimentações financeiras, juntando extratos das contas do contribuinte.

Intimado nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, o não atendeu à solicitação dos esclarecimentos.

A contribuinte, após ser intimada da lavratura dos Autos de Infração, apresentou impugnação, alegando em síntese que:

a) Das ilegalidades cometidas no levantamento da suposta receita omitida;

“Como se observa, não existe renda tributável em decorrência da alegada omissão de receita, já que o imposto de renda exigido apenas foi apurado porque o Fisco utilizou como base de cálculo o somatório dos valores encontrados em contas bancárias, como se todos esses valores fosse renda tributável.

O que se constata é que o Auditor Fiscal não apurou, na forma da legislação pertinente, a efetiva renda tributável e, portanto o efetivo imposto de renda a pagar, já que desconsiderou as despesas da Impugnante, passando a tributar as receitas auferidas (receita bruta), o que não é autorizado constitucionalmente.

Logo, resta demonstrado que o Auditor Fiscal não observou que toda receita, sempre e necessariamente, implica no sacrifício de dispêndios em custos ou despesas.

Inadmissível, destarte, a não ser que se prove o contrário, a possibilidade de obtenção, em atividades empresariais, de receitas sem o sacrifício em custos/despesas.”

b) Da obrigatoriedade da autoridade tributária determinar o imposto a ser lançado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica, no período base a que corresponder a suposta omissão de receita:

“Desta forma, o sistema de Lucro Arbitrado foi utilizado de forma indevida, visto que a Lei nº 9.249/95 determina de forma bem clara que havendo omissão de receita o imposto deve exigido e calculo de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período base a que corresponder a omissão.”

c) O sigilo bancário só pode ser quebrado em decorrência de ordem judicial, não sendo possível fazê-lo apenas através de ato administrativo.

“O Auto de Infração deve também ser considerado improcedente pelo fato de que o fisco federal realizou a quebra do sigilo bancário da Impugnante, sem requerer autorização judicial para tanto, conforme dispõe o art. 5º, XII, da CF/88, in verbis:

Art. 5º(...)

XII é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Como se observa claramente no dispositivo supramencionado, apenas por ordem judicial e para os fins trazidos pela norma se faz possível o acesso à dados sigilosos.

É importante ressaltar que no momento que o fisco federal quebrou o sigilo bancário da Impugnante, sem autorização judicial, violou de forma flagrante as garantias fundamentais do contribuinte, já que o sigilo bancário constitui uma projeção do

direito à privacidade que não tolera ingerências de órgãos governamentais.”

“...Da análise dos dispositivos legais citados, compreende-se que a autoridade fiscal pode solicitar informações às instituições financeiras, com relação aos bens, negócios ou atividade de terceiros, salvo, porém, no tocante àquelas protegidas pelo sigilo bancário, que somente poderão ser exigidas pelo Poder Judiciário, conforme preceitua as normas jurídicas supracitadas.

Por conseguinte, seria legítimo o procedimento de qualquer instituição financeira que se recusasse a atender às requisições da Receita Federal no que concerne às informações bancárias de seus contribuintes, já que estaria protegida pelas normas jurídicas vigentes no nosso país.

Diante do exposto, nulo é o Auto de Infração aqui impugnado, que decorreu de informações obtidas pelo Fisco mediante quebra de sigilo bancário, que na espécie só poderia ser realizado mediante ordem judicial, em respeito assim à legislação de regência e a jurisprudência.”

a) Depósito bancário não pode ser utilizado como base para tributação por omissão de rendimentos:

“...A presunção estabelecida pela Receita Federal de que o Impugnante omitiu receitas em razão da realização de depósitos bancários é inadequada, visto que entre os depósitos bancários e a omissão de rendimentos não há uma correlação, pois a movimentação bancária não corporifica fato gerador do Imposto de Renda, já que depósito bancário é estoque (patrimônio) e não fluxo (renda). Juridicamente, somente a renda tem a conotação de acréscimo patrimonial...”

“...Assim, há que se reconhecer que o débito imputado ao Impugnante é improcedente, visto que foi originado através de lançamento efetuado com base exclusivamente em depósitos bancários, devendo deste modo ser cancelado, conforme dispõe o preceito legal antes transcrito e a jurisprudência relacionada...”

“...Infere-se, portanto, que a presunção efetuada pelo fisco federal é Inadequada, visto que depósito bancário não é fato gerador de obrigação tributária, não podendo presumir-se que se constitui em renda...”

b) Da falsa identidade entre movimentação financeira e aquisição de disponibilidade econômica:

“...Logo, o Auto de Infração é insubsistente, já que a Receita Federal considerou que houve omissão de rendimentos simplesmente porque houve movimentação bancária, não comprovando em nenhum momento a existência de aquisição de renda e proventos pelo contribuinte...”

Ao final, a impugnante solicita:

- reconhecimento da tempestividade da impugnação;
- reconhecimento da improcedência dos lançamentos constantes do Auto de Infração;
- inaplicabilidade da taxa de juros SELIC;
- pedido de perícia, aos quais apresenta os questionamentos que entende pertinentes.

A DRJ manteve integralmente o lançamento, conforme ementa abaixo transcrita:

LUCRO ARBITRADO. NÃO ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DOS LIVROS OBRIGATÓRIOS INDISPENSÁVEIS À TRIBUTAÇÃO COM BASE NO LUCRO REAL.

A não apresentação dos livros obrigatórios e da documentação correspondente, apesar de reiteradas e sucessivas intimações, impossibilita ao fisco a conferência dos valores tributados, restando como única alternativa o arbitramento dos lucros para efeito da tributação.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ÔNUS DA PROVA.

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários, que não pode ser substituída por meras alegações.

SIGILO BANCÁRIO.

Havendo procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados não constitui quebra do sigilo bancário, mas mera transferência de dados protegidos pelo sigilo bancário às autoridades obrigadas a mantê-los no âmbito do sigilo fiscal.

PROVA PERICIAL. LIMITES OBJETIVOS.

Destinam-se as perícias à formação da convicção do julgador, devendo limitar-se ao aprofundamento de investigações sobre o conteúdo de provas já incluídas no processo, ou à confrontação de dois ou mais elementos de prova também já incluídos nos autos, não podendo ser utilizadas para suprir a ausência de provas que já poderiam as partes ter juntado à impugnação ou para reabrir, por via indireta, a ação fiscal.

Intimada da decisão da DRJ em 29/03/2012, a contribuinte protocolou Recurso Voluntário em 26/04/2012, alegando em síntese os mesmos argumentos trazidos em sua impugnação, embora com outra roupagem lingüística. Anexou ao Recurso cópia da decisão do STF, do seu pleno.

Este é o relatório!

Voto

Conselheiro Rafael Correia Fuso

O Recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, por isso o conheço.

As matérias trazidas no Recurso são todas de mérito, incluindo a retórica da nulidade do lançamento. Diante disso, passemos ao mérito da decisão.

A questão da quebra de sigilo bancário, a despeito de passar pela análise da Lei nº 4.595/64, em seu artigo 38, § 5º, que trata de procedimento instaurado pela autoridade fiscal competente, para fins de obter esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras, a despeito de envolver o artigo 197 do CTN e a Lei Complementar nº 105/2001 (vide artigos 1º e 6º), é uma matéria reflexa no plano da discussão de eventual ilegalidade, tendo como fundamento principal a inconstitucionalidade do acesso às informações sem decisão judicial fundamentada para tanto, qual seja violação clara do artigo 5º, inciso XII.

Sob esse prisma, a violação dos dados e informações bancárias pelas autoridades Fazendárias, a despeito de ter total rechaço por esse julgador, é matéria que deve ser levada ao Poder Judiciário, que já sinalizou no brilhante voto do Ministro Marco Aurélio, que é um direito do contribuinte não se sujeitar à quebra de sigilo bancário sem ordem judicial. Vejamos:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. RE 389808/PR, Min. Rel. Marco Aurélio, Julgamento em 15/12/2010. Pleno.

No caso específico ora julgado o fundamento do lançamento fiscal, a despeito de se tratar de omissão de receita em razão de depósitos bancários, tem como preceito a quebra de sigilo bancário sob a forma de RMF – Requisição de Movimentações Financeiras, não existindo nenhuma outra peculiaridade.

Toda a retórica da DRJ de que as informações apenas mudaram de mão, mantendo-se sigilosa é retórica para dar constitucionalidade ou mesmo de legalidade num ato que não há.

Se estamos diante de entidades distintas (Banco Central x Receita Federal), sendo o primeiro uma autarquia federal criada pela Lei Federal nº 4.595/64 e o segundo se trata de órgão do poder executivo, não há como sustentar tamanha argumentação.

Faltou a esses que sustentam a referida tese conhecimento em direito administrativo, pois as informações mudaram de mão sim, entre entes distintos, e a Fazenda, maior interessada nas informações, não manteve sigilo, agiu publicizando a movimentação financeira.

Como esse E. Tribunal não pode cancelar lançamentos fiscais por violação de regra constitucional, visto o teor da Súmula nº 2 do CARF, que exclui a competência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, matéria essa reservada ao Poder Judiciário, não podemos acolher a pretensão da contribuinte na parte que ventila essa matéria em seu Recurso:

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

Cabe então analisarmos a questão da Receita omitida, que não fora afastada por elementos de provas ou justificativas objetivas pelo contribuinte, preferindo impugnar a forma, do que a essência dos depósitos bancários.

Nesse caso, é sabido que movimentação financeira não pode ser considerada como receita tributada sob uma verdade absoluta.

Também é notório que existe uma lei que inverte o ônus da prova quando a fiscalização, ao se deparar com a movimentação financeira incompatível com as informações declaradas pelos contribuintes, sob o manto da presunção, notifica o contribuinte a demonstrar e esclarecer as movimentações financeiras, sob pena de autuação fiscal.

Essa regra está insculpida no artigo 42 da Lei nº 9.430/06:

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.

(...)

Diante disso, cabe ao contribuinte afastar a presunção legal de omissão de receita. Ao não apresentar provas e justificativas plausíveis, fica difícil acolher os argumentos pela afastabilidade da acusação fiscal.

Outro ponto que merece destaque e que coloca por terra as alegações da Recorrente, especificamente quanto à ilegalidade do trabalho fiscal e o arbitramento é o fato de que o contribuinte não apresentou nenhum documento ou livro fiscal que pudesse justificar as movimentações financeiras ou as informações prestadas pelo contribuinte à Fazenda quanto à sua receita.

Portanto, agiu de forma correta a fiscalização ao aplicar o disposto no artigo 530, inciso III, do RIR/99, medida essa que traduz apenas no arbitramento a possibilidade de apuração dos tributos devidos:

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

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;

Por fim, quanto à taxa selic, esse E. Tribunal já pacificou o entendimento pela aplicabilidade, nos termos da Súmula nº 4 do CARF:

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

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso, e no mérito, NEGO-LHE provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Correia Fuso - Relator