



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10580.003530/2008-45
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-002.973 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de junho de 2019
Recorrente BAHIA BRAZIL DESTINATION LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003

NULIDADE. SIGILO BANCÁRIO.

A requisição das informações bancárias do contribuinte junto às instituições financeiras está autorizada pelo art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 2001, sendo lícita a utilização dessas informações na fundamentação de exigência tributária.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2003

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOGAÇÃO.

A decadência dos tributos sujeitos a lançamento por homologação é contada, em regra, a partir da data do fato gerador e pelo prazo de cinco anos. Contudo, não havendo pagamento antecipado do tributo, essa contagem passa a se iniciar no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2003

OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

A presunção de omissão de receitas estipulada no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 não faz qualquer segmentação das receitas presumidas, submetendo todas à tributação, na qualidade de receita omitida, inclusive receitas oriundas de prestação de serviços remunerados com comissão.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. DOLO.

A omissão de receitas dá ensejo à qualificação da multa de ofício quando o contribuinte faz um esforço adicional para ocultar a omissão, praticando atos que não fazem parte do núcleo da ação que concretizou a omissão, por exemplo, a simulação, a emissão de notas fiscais subfaturadas, a ocultação de documentos ou de registros contábeis.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencidos os conselheiros Luís Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto e Gisele Barra Bossa, que afastavam a qualificação da multa e reconheciam a decadência em relação aos meses 01/2003 e 02/2003.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigênio de Freitas Júnior, Alexandre Evaristo Pinto, André Severo Chaves (Suplente convocado) e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente).

Relatório

BAHIA BRAZIL DESTINATION LTDA, pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida no Acórdão nº 15-16.800 (fls. 83), pela DRJ Salvador, interpôs recurso voluntário (fls. 1343) dirigido a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, objetivando a reforma daquela decisão..

O presente processo trata de lançamentos tributários para exigir IRPJ-Simples, CSLL-Simples, PIS-Simples, COFINS-Simples e INSS-Simples (fls. 124), relativos ao ano 2003, bem como juros de mora e multa de ofício qualificada (150%), totalizando o crédito tributário de R\$ 1.310.174,95.

A fiscalização presumiu a omissão de receitas a partir da constatação de depósitos bancários de origem não comprovada. A inclusão da referida omissão na receita bruta do contribuinte causou uma mudança de faixa de tributação, pelo que também foi lançada a correspondente insuficiência de pagamento. A acusação fiscal está detalhada em Termo de Verificação Fiscal (fls. 223).

O contribuinte impugnou os lançamentos tributários (fls. 1344). A impugnação foi julgada por meio do Acórdão nº 15-16.800 (fls. 83), quando foi considerada improcedente. Na mesma decisão, foi julgada a manifestação de inconformidade do contribuinte contra a sua exclusão do Simples, inicialmente formalizada no processo nº 10580.004435/2008-69, que hoje segue em apenso ao presente processo, quando foi mantida a referida exclusão.

O contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 99) manifestando-se apenas contra o lançamento tributário. O recurso voluntário apresentado traz os argumentos assim sintetizados:

i) foi realizado pagamento antecipado dos tributos, pelo que a decadência deve ser contada pela regra contida no artigo 150, §4º, do CTN;

- ii) a diferença entre os valores contabilizados e os valores movimentados em conta bancária não demonstra o intuito de fraude, mas apenas a omissão de receitas;
- iii) parcela significativa dos recursos que transitaram pelas contas bancárias auditadas são de terceiros (hotéis, companhias aéreas etc), em razão da natureza da atividade do contribuinte, pelo que não podem compor a base de cálculo dos tributos exigidos;
- iv) faz-se necessária a realização de perícia para que a fiscalização comprove que nem todos os depósitos bancários apontados constituem faturamento passível de tributação;
- v) a auditoria fiscal foi realizada com base em informações da movimentação financeira do contribuinte obtidas sem autorização judicial, o que vulneraria o sigilo bancário constitucionalmente protegido e contaminaria o procedimento por nulidade.

É o relatório

Voto

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, Relator.

O contribuinte foi cientificado da decisão de primeira instância em 27/10/2008 (fls. 98) e seu recurso voluntário foi apresentado em 20/11/2008 (fls. 99). Assim, o recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, pelo que passo a conhecê-lo.

O recorrente opõe-se à decisão de primeira instância com os argumentos a seguir apresentados e apreciados.

1 Decadência

O recorrente, em sua impugnação (fls. 1344), já havia requerido o reconhecimento da decadência de parte do crédito tributário, o que foi negado na decisão de primeira instância (fls. 87), sobre o fundamento de que o contribuinte não realizou o pagamento antecipado do tributo sujeito a lançamento por homologação, o que impediria a contagem da decadência pela regra contida no artigo 150, §4º, do CTN, apontado pelo impugnante.

No presente recurso, o contribuinte afirma que houve o pagamento antecipado dos tributos, nos seguintes termos (fls. 100):

2. Deve-se registrar que, ao contrário do quanto afirmado na decisão recorrida, houve pagamento antecipado sim do tributo, tendo a própria fiscalização reconhecido pagamentos parciais, o que facilmente poderá ser confirmado pela análise das fls..

3. Desse modo, dever-se-ia aplicar o art. 150, § 4º, do CTN, no qual o termo inicial do prazo decadencial de 5 (cinco) anos para o Fisco efetivar o lançamento de ofício é o dia da ocorrência do fato gerador, ocorrendo neste caso a decadência em relação ao período identificado na Impugnação, qual seja os lançamentos dos meses de 31/01/2003 e 28/02/2003.

Verifico que o recorrente faz alusão a uma prova de pagamento, mas não aponta ou apresenta essa prova. A reclamação de decadência é argumento trazido pelo contribuinte tendente a modificar o objeto da lide e, assim, incumbe ao contribuinte apresentar as respectivas provas, o que não ocorreu na espécie.

É certo que a fiscalização considerou alguns pagamentos para reduzir a base de cálculo da exigência, mas entendo que isso não é suficiente para demonstrar a existência dos

pagamentos, uma vez que a redução da base de cálculo pode ter ocorrido em razão de declaração por parte do contribuinte. Ademais, o dolo do contribuinte também é situação excludente para a regra de decadência requerida pelo recorrente e o colegiado entendeu que houve o dolo, o que implica a contagem da decadência pela regra menos favorável ao contribuinte, afastando a decadência em tela.

Com isso, essa alegação deve ser rejeitada.

2 Multa de ofício - qualificação

O recorrente combate a qualificação da multa de ofício afirmando que esta se aplica apenas quando há evidente intuito de fraude, comprovada pela fiscalização, nos termos da Súmula CARF nº 14 e que isso não teria ocorrido. Afirmar ainda que a diferença entre os valores contabilizados e os valores movimentados em conta bancária não demonstram o intuito de fraude, mas apenas a omissão, conforme o seguinte excerto (fls. 105):

8. É sabido que a omissão de receitas já é infração tipificada e sujeita o Contribuinte ao lançamento de ofício com aplicação de multa de 75%, que é cabível nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata. A propósito, essa linha de pensamento é preconizada fartamente na jurisprudência deste Primeiro Conselho de Contribuintes, a ponto inclusive de ter resultado na edição da Súmula nº 14, cuja redação vale a pena conferir na seqüência para melhor exame de V. Sas:

[...]

9. Conforme se vislumbra no Termo de Verificação Fiscal, a recorrente sempre atendeu às intimações expedidas pela fiscalização e, nos casos de impossibilidade, sempre apresentou justificativas plausíveis. O registro lançado na decisão recorrida, de que houve uma grande distorção entre os valores escriturados e aqueles que "transitaram" por sua conta corrente não permitem, d. v., a conclusão do "evidente intuito de fraude", especialmente porque tais valores que ingressaram em sua conta bancária pertence a terceiros.

A acusação fiscal fundamentou a qualificação da multa de ofício nos seguintes termos (fls. 243):

A multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), aplicada sobre valores lançados neste auto de infração, se justifica tendo em vista o que preceitua o artigo 44, II, da Lei nº 9.430/96 combinado com o art. 72 da Lei nº 4.502/64, uma vez ser incontestável que o contribuinte não escriturou seu livro caixa conforme preceitua a lei de regência do SIMPLES para eximir-se de oferecer a tributação a receita da atividade operacional da empresa e com isso deixou de reconhecer o montante do imposto devido.

A decisão recorrida corroborou o entendimento da fiscalização, ressaltando os fatos apontados no seguinte excerto (fls. 93):

Note-se, a propósito, que no ano-calendário de 2003 a autuada declarou receita bruta no valor de R\$ 78.500,00 ao Fisco Federal. Para o mesmo período a Fiscalização apurou receita bruta decorrente de depósitos bancários no montante de R\$ 8.478.812,72 e diferença omitida no valor de R\$ 8.400.312,72. Vê-se que o valor declarado correspondeu a cerca de 1% da receita bruta auferida naquele ano, conforme relato da autuante no referido TVF.

Ademais, a ação dolosa fica evidente nos fatos descritos a seguir: (i) ausência de escrituração da movimentação financeira no livro caixa do ano fiscalizado, descumprindo a legislação do Simples; (ii) tentativa de iludir a Fiscalização, pois quando intimada a apresentar os elementos necessários à auditoria, a fiscalizada respondeu que seria impossível entregá-los, porque teriam sido objeto de Mandado de

Busca e Apreensão, expedido pela 6ª Vara da Justiça Federal de SP, fato posteriormente desmentido, mediante ofício da RFB à Polícia Federal, que respondeu que os elementos apreendidos foram os do Auto Circunstanciado de Busca, às fls. 160/166, que não inclui a documentação contábil/fiscal solicitada; (iii) forçando, assim, que a fiscalizada apresentasse os livros caixa e de prestação de serviços; (iv) coincidência à parte, o valor redondo de R\$ 6.000,00 declarado de março a dezembro de 2003, corresponde a só 1% (um por cento) da receita bruta apurada.

[...]

Cabe ainda referir que os atos praticados pela autuada demonstram claramente o propósito deliberado de: (i) impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, obtendo como resultado a drástica redução do montante dos tributos devidos; e, (ii) manter-se irregularmente em sistema de pagamento de tributos mais benéfico, como é o caso do Simples.

Eu venho adotando o entendimento de que a reiteração da omissão e a desproporção entre receita omitida e receita declarada não são suficientes, por si só, para fazer com que a omissão seja qualificada. Para que a conduta do contribuinte passe a ser qualificada, no meu entendimento, é necessário que este faça um esforço adicional para ocultar a omissão de receitas, praticando atos que não fazem parte do núcleo da ação que concretizou a omissão, por exemplo, quando há simulação, emissão de notas fiscais subfaturadas, ocultação de documentos ou corrupção dos registros contábeis.

Na espécie, além de ter deixado de realizar os devidos registros contábeis, o contribuinte tentou ocultar seus documentos ao afirmar que estes tinham sido apreendidos em operação policial, o que a fiscalização conseguiu demonstrar ser inverídico. O artifício do logro é marca patente do intuito doloso, o que dá ensejo à qualificação em tela.

Assim, entendo que foi caracterizado o dolo necessário para a qualificação da multa de ofício e afasto a reclamação do recorrente.

3 Base de cálculo - depósitos bancários

O recorrente afirma que parcela significativa dos recursos que transitaram por sua conta bancária são de terceiros (hotéis, companhias aéreas etc), em razão da natureza de sua atividade, que seria o agenciamento de viagens. Com isso, requer a exclusão desses valores da base de cálculo dos tributos exigidos, conforme o seguinte excerto (fls. 107):

13. Em sua impugnação, a Recorrente deixou registrado que parcela significativa dos depósitos realizados em suas contas bancárias pertenciam a terceiros e haviam "transitado" em sua conta apenas para repasse aos verdadeiros prestadores dos serviços (hotéis, companhias aéreas etc)" A r. decisão recorrida, porém, confirma a presunção de que TODOS os depósitos identificados constituíram receita própria, sujeita à tributação normal.

14. A Recorrente não discorda da afirmação lançada pelo ilustre Relator da decisão "a quo", no sentido de que "a tributação em causa incide sobre o valor total da venda de bens e serviços", desde que tais valores efetivamente lhe pertençam. Afinal, receitas de terceiros, muitas delas identificadas na própria impugnação, não poderiam ser utilizadas para composição da base de cálculo dos tributos devidos em razão de sua atividade comercial.

Entendo que o agenciamento de viagens tem natureza de prestação de serviços e, com isso, o faturamento corresponde à comissão destinada ao agente e não ao valor total da viagem. Todavia, para que a tributação fosse feita sobre a referida comissão, o contribuinte deveria ter apresentado à fiscalização a comprovação de que os valores depositados em sua conta

bancária são de clientes pagando o preço total das viagens e deveria ter provado o quanto lhe cabia a título de comissão. Nada disso ocorreu.

De efeito, a fiscalização foi obrigada a se utilizar de presunção legal pela qual a omissão objeto do lançamento tributário é materializada em fato desconhecido, apenas evidenciado por fato conhecido, que é um dado depósito bancário. Em outras palavras, no mecanismo da presunção legal utilizada, não há que se falar em segregação dos valores depositados (preço, comissão), pois estes não são o objeto da tributação, apenas o evidenciam, por meio de uma ficção legal, oponível apenas pela comprovação da origem dos recursos depositados, a cargo do contribuinte, o que não foi feito.

Com isso, afasto o pleito do recorrente.

4 Perícia

O recorrente requer a realização de perícia para que a fiscalização comprove que nem todos os depósitos bancários apontados constituem faturamento passível de tributação, conforme o seguinte excerto (fls. 107):

15. Com a devida vênia, a falta de realização de uma revisão fiscal, a qual possibilitaria que a fiscalização comprovasse que nem todos os depósitos bancários apurados constituíram "faturamento", está a criar uma GRAVE INJUSTIÇA FISCAL. Afinal, não é sequer razoável que uma empresa operadora de turismo tenha tido receitas próprias na ordem de R\$ 8.478.812,72, desconsiderando, sem justificativa, os dados fornecidos pelo Contribuinte.

Verifico que o contribuinte apresentou à fiscalização alguns documentos que sugerem a realização de serviços de agenciamento de viagens, todavia o contribuinte não apontou os depósitos bancários correspondentes e a fiscalização não conseguiu correlacionar os valores apontados nos documentos com os valores dos depósitos bancários, conforme anotado no TVF (fls. 225):

Em 18 de fevereiro de 2008, a fiscalizada, através dos seus advogados, apresenta uma série de cópias de documentos que comprovam pagamentos efetuados a diversas empresas fornecedoras, em grande parte hotéis, alegando que tais pagamentos estão relacionados aos ingressos financeiros apurados, sem, contudo, correlacionar sequer um dos documentos apresentados aos ingressos financeiros apurados.

Tendo em vista a impossibilidade de se correlacionar os documentos apresentados com os ingressos financeiros apurados, foi emitido, em 22 de fevereiro de 2008, Termo de Intimação Fiscal solicitando as seguintes providências da fiscalizada: a) Correlacionar os valores constantes nas faturas emitidas pela fiscalizada e entregues a esta fiscalização em 18/02/2008 com os valores depositados/creditados nas contas correntes bancárias mantidas nos bancos Itau S/A e Safra S/A, conforme anexo ao Termo de Intimação datado de 11/01/2008; b) Identificar, na escrituração do livro caixa apresentado, os valores pagos a terceiros que, em tese, constitui repasse parcial dos valores recebidos de clientes para fazer face a tais pagamentos; c) Demonstrar, através da escrituração do livro caixa, os lançamentos dos ingressos financeiros efetuados através dos bancos, bem como os pagamentos feitos a terceiros, conforme documentação apresentada em 18/02/2008.

Em 26 de fevereiro de 2008, a fiscalizada, através dos seus advogados, apresenta justificativa para o não atendimento do Termo de Intimação emitido em 22 de fevereiro de 2008, onde alega "que solicitou aos bancos Safra e Itaú a microfilmagem de todos os cheques depositados em sua conta bancária no ano de 2003".

Assim, o contribuinte teve a oportunidade de demonstrar a origem dos depósitos bancários e teve o empenho da fiscalização para apreciar a sua demonstração, de forma que a fase de dilação probatória foi, no meu entendimento, devidamente exaurida.

A diligência fiscal legalmente prevista para o curso do contencioso administrativo, nos termos do artigo 18 do Decreto nº 70.235/1972, é cabível quando o feito não está suficientemente instruído para possibilitar a convicção dos julgadores. Na espécie, entendo que o feito está apto para ser julgado e que o pedido de diligência em tela, no meu entendimento, é uma tentativa de suprir a inércia do contribuinte em atender ao seu ônus de prova, transferindo-o para a Administração Tributária.

Assim, entendo que a perícia requerida é desnecessária, pelo que a indefiro.

5 Sigilo bancário

O recorrente afirma que a auditoria fiscal foi realizada com base em informações da movimentação financeira do contribuinte, obtidas sem autorização judicial, o que vulneraria o sigilo bancário constitucionalmente protegido e contaminaria o procedimento com nulidade, conforme o seguinte excerto (fls. 109):

20. Como se sabe, o sigilo bancário é obrigação de não revelar a terceiros, sem causa justificada, os dados referentes a seus clientes que cheguem a seu conhecimento como consequência das relações jurídicas que os vinculam. Assim, é um direito erigido constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro, apenas podendo ser quebrado a partir de determinação judicial. Por sinal, em recentíssimo julgamento realizado no âmbito do STJ, no exame da Ação Cautelar nº 2183, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu, em parte, pedido de liminar feito justamente para suspender procedimento administrativo semelhante.

21. Confia a parte Recorrente que aquele julgamento trará reflexos para o caso em exame, haja vista que também aqui o acesso às contas bancárias se deu sem qualquer intervenção judicial. Conquanto a decisão recorrida faça referência a texto legal que se propõe a amparar o procedimento realizado para apuração do tributo, certo é que eventual declaração judicial de inconstitucionalidade contaminará a presente exigência fiscal como todo.

A requisição das informações bancárias do contribuinte junto às instituições financeiras foi efetuada por meio de RMF. Tal procedimento está autorizado pelo art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, que foi regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 2001:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

O Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, ao julgar, em conjunto, as ações diretas de inconstitucionalidade nº 2390, nº 2386, nº 2397 e nº 2859, de cujo acórdão se extrai o seguinte trecho de sua ementa:

4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresse, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espeque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador,

que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, §1º, da Constituição Federal.

Assim, entendo que não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal em razão da utilização das informações financeiras do contribuinte e afasto a presente alegação de nulidade.

6 Conclusão

Diante das razões acima expostas, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque