Sujeita-se ao arbitramento do lucro o Contribuinte que deixa de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA - CSLL, PIS e COFINS

Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Henrique Heiji Urbano, Nelso Kichel, Marciel Eder Costa e Gustavo Junqueira Carneiro Leão.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA, que manteve integralmente o lançamento realizado para a constituição de crédito tributário relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa da Jurídica – IRPJ e tributos reflexos sobre fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2004 a 2006.

Os fatos que antecederam o presente recurso estão assim descritos no relatório da decisão recorrida, Acórdão nº 15-23.560, às fls. 372 a 390:

Trata o presente processo dos Autos de Infrações de folhas n.ºs. 03 a 50, lavrados contra a Contribuinte acima identificada, para a exigência de crédito tributário no montante de R\$ 670.995,46 (seiscentos e setenta mil, novecentos e noventa e cinco reais e quarenta e seis centavos), estando assim distribuído:

*Imposto de Renda Pessoa JuridicaR\$ 163.267,20;
Juros de Mora (calculados até 28/11/2008).....R\$ 64.059,58;
Multa Proporcional (passível de redução).....R\$ 122.450,35;*

*Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.....R\$ 65.836,62;
Juros de Mora (calculados até 28/11/2008).....R\$ 26.051,87;
Multa Proporcional (passível de redução).....R\$ 49.377,42;*

*Contribuição para o Programa de Integração Social – PISR\$ 14.858,89;
Juros de Mora (calculados até 28/11/2008)R\$ 6.043,05;
Multa Proporcional (passível de redução)R\$ 11.144,07; e,*

*Contr. para Financiamento da Seguridade Social – COFINS.....R\$ 68.579,80;
Juros de Mora (calculados até 28/11/2008).....R\$ 27.891,83;
Multa Proporcional (passível de redução).....R\$ 51.434,78.*

2. De acordo com o Auto de Infração do Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica e o “Termo de Verificação Fiscal” (docs. de fls. n.ºs. 03 a 14 e 52 a 55), o crédito tributário ali lançado foi constituído pelo regime de lucro arbitrado, tendo em vista que a contribuinte notificada a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e Termo de Intimação em anexo, não os teria apresentado, tendo como enquadramento legal o artigo 530, inciso III, do Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/1999), observando-se que ali foi apontada a ocorrência de Omissão de Receitas pela ocorrência de “Depósitos Bancários de Origem não Comprovada”, no decorrer dos trimestres dos anos-calendário de 2004, 2005 e de 2006, nos montantes de R\$ 510.608,01, R\$ 1.104.310,13 e R\$ 671.453,84, respectivamente, totalizando R\$ 2.286.371,98 de

valor tributável, que estaria caracterizada pela falta de comprovação da origem dos recursos que justificassem os valores creditados em suas contas bancárias mantidas nas seguintes instituições financeiras: Banco BRADESCO S/A, ABN Real S/A e Caixa Econômica Federal, tendo como enquadramento legal os artigos 27, inciso I e 42, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e os artigos 532 e 537, do Regulamento do Imposto sobre a Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 29 de março de 1999 (RIR/1999).

3. Em decorrência dos mesmos fatos e dos mesmos elementos de prova, foi apontada a falta de recolhimento da CSLL, da Contribuição para o PIS e da Cofins, resultando na lavratura dos respectivos autos de infrações, observando-se que os enquadramentos legais e as descrições dos fatos constam nos respectivos Autos (docs. de fls. n.ºs. 15 a 55).

4. Ciente das autuações em 06/12/2008, no dia 21/01/2009, a Interessada apresenta sua impugnação na repartição competente, onde, citando doutrina e jurisprudência, contesta os referidos lançamentos, alegando, em síntese, que (fls. n.ºs. 312 a 337):

a) é nula a autuação em face do cerceamento ao seu direito de defesa ocorrido em razão da apreensão, promovida pela União Federal, via Departamento de Polícia Federal, em sua sede, do seu acervo documental, inclusive sua documentação contábil, bancária e comercial, conforme atesta o anexo Auto de Busca e Apreensão, o que inviabiliza por completo as possibilidades de defesa que lhe deve ser assegurada pela Constituição Federal e pela Lei;

b) "não apenas o Decreto nº 70.235/72 inquina de nulidade, em seu art. 59, II, as decisões e atos proferidos com cerceamento do direito de defesa, como também é princípio jurídico fundamental que a ninguém é dado locupletar-se de própria torpeza, o que seria exatamente a hipótese em que incorre a União Federal quando apreende a documentação do contribuinte e, seguidamente, o autua exatamente pela ausência de documentação";

c) além da nulidade pelo evidente cerceamento ao seu direito de defesa, constata-se, também, a ocorrência da quebra do seu sigilo bancário sem a devida autorização judicial, traduzindo-se em outro vício em prejuízo da boa validade do processo administrativo, pois o sigilo que cerca os dados bancários do indivíduo é constitucionalmente protegido, conforme decisões proferidas na esfera judicial, inclusive pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal nos autos da Medida Cautelar nº 415-2 transcrita às fls. 321 a 322;

d) ainda que se tome a Lei Complementar nº 105, de 2001, como constitucional, o que não tem sido a postura dos nossos tribunais, o novel diploma aplicar-se-ia apenas aos fatos geradores posteriores à vigência da norma, o que não é o caso aqui tratado, e, sendo assim, configura-se a

inconstitucionalidade da aplicação retroativa da lei, com tem decidido a Colenda Corte Regional Federal, no AC 2002.38.00.022461-4/MG, Sétima Turma, publicado no DJ de 24/08/2007, pág. 170, cuja ementa transcreve às fls. 325 e 326, e, na mesma linha segue o Egrégio Tribunal Regional da 1ª Região, conforme ementa de fl. nº 327;

e) os ingressos de recursos identificados nas suas contas-correntes decorreram de atividade econômica ora sua, ora de outrem, tratando-se por vezes de quantia isenta, não tributada, ou já oferecida à tributação, e, sobretudo, de quantia em trânsito na conta-corrente bancária, sem implicar um acréscimo patrimonial específico apto a desencadear a incidência da regra-padrão do imposto sobre a renda;

f) como empresa de construção que é, operava em todos os contratos que executava, como construtora contratada para executar obra por administração. Assim, de todo o recurso que o cliente/contratante repassa à sua conta-corrente, apenas pequena fração é de fato seu faturamento ou receita bruta, concernente à sua comissão contratada, representando todo os demais valores repassados pelo dono da obra para a aquisição de materiais, pagamento de funcionários e todos os demais custos de execução do projeto;

g) "tudo isto, o experimentado fiscal autuante não ignora, fornece à auditoria um cenário em que apenas fração dos depósitos apurados são efetivamente tributáveis, de modo que a aproximação do PAF à verdade real, vetor que preside o processamento da lide administrativa, há de considerar a natureza e a titularidade dos valores ingressados nas contas-correntes do defendente";

h) a tributação prevista no artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, tem-se como razão uma sanção ao inadimplemento do contribuinte que se nega a fornecer a documentação fiscal, ou mesmo falha em conservá-la adequadamente;

i) entretanto, tal falta se deu por exclusiva responsabilidade da própria União Federal, em virtude de busca e apreensão promovida pelo Departamento de Polícia Federal, e, por não se caracterizar a recusa em apresentar a documentação fiscal, resta aqui inaplicável a norma do referido artigo 42;

j) "além de implicar cerceamento de defesa e implicar nulidade que precede o mérito da autuação, a indisponibilização da documentação da Impugnante, de responsabilidade da União Federal, atinge também o mérito da lavratura, que, na presunção em que se fundamenta, deixa de contar com a premissa fática na qual deve ser embasar, qual seja a falha do contribuinte em comprovar a origem idônea dos recursos";

k) "ainda que se adentre na aplicação da presunção de receita ou de renda omitida decorrente da aplicação do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, é de ver-se que a apresentação de documentação

que justifica o ingresso de recursos elide a presunção legal, que é sempre relativa, nunca absoluta”;

l) “enquanto empresa de construção civil executora de contratos de execução de obra por administração, aufera como receita bruta própria apenas pequena fração dos valores fornecidos pela sua clientela, consubstanciando a fração majoritária dos recursos valores repassados pelo dono da obra para aquisição de materiais, pagamento de mão-de-obra e demais custos e despesas relativas à execução do projeto”;

m) além disso, outros valores ingressados em sua conta-corrente o foram em caráter que não se configura renda, “a exemplo de parcelas de financiamentos liberadas pelos bancos, indenização promovida pela companhia seguradora pelo furto de veículo segurado, dentre outros, nos termos de planilha anexa (Doc. nº 02)”;

n) “a planilha anexa, em cotejo com os contratos também anexos (Doc. nº 03) demonstram que os ingressos promovidos a título de execução da obra visam a custear a construção dos empreendimentos,” cabendo-lhe como receita apenas um percentual da quantia movimentada na edificação da obra, destacando-se os seguintes contratos:

1) Contrato de construção por administração celebrado com MANUEL DE LA RICA PASCUAL e IMACULADAREVUELTA SAIZ: Tratou-se de construção de imóvel residencial em lote de propriedade dos contratantes, localizado no condomínio Busca Vida, observando-se que os contratantes, cidadãos espanhóis e residentes em Madri, Espanha, realizavam repasses periódicos de recursos vindos do exterior, através de contratos de câmbio, sendo que na Cláusula Segunda consta que dos recursos repassados apenas 5,6% correspondia à sua remuneração, entretanto o Fiscal Autuante considerou todo o montante repassado pelos cidadãos espanhóis, via câmbio, pra construção da obra, como renda ou receita tributável, tudo a indicar a improcedência da autuação.

”Nesta hipótese, ainda mais, não se pode reputar qualquer valor como tributável, na medida em que as prestações de serviço promovidas para o exterior, que representem ingresso de divisa não são sujeitas à tributação por isentas ou imunes (art. 21 da Lei nº 10.865/2004; art. 149, § 2º, I da Constituição Federal).”

2) Repasse de valores oriundos do CONSÓRCIO NOVA CAMAÇARI: O empreendimento em comento consistiu em projeto oficial da Caixa Econômica Federal denominado PAR - Programa de Arrendamento Residencial, para o qual foram exigidos todos os recolhimentos fiscais e certidões respectivas, e, em se tratando de empreendimento promovido por consórcio da qual ela fez parte (contrato anexo), “teve toda a sua tributação devidamente consolidada na pessoa do consórcio referido, de sorte que a Defendente teve repassados tais recursos já devidamente tributados.”

o) "a imposição para que o contribuinte justifique cada ingresso e cada gasto é uma invasão da vida privada do cidadão que o ordenamento não permite. É isso, precisamente, o que o sigilo bancário visa coibir, o constrangimento pessoal e íntimo do indivíduo para exigir-lhe ou, o que é pior, apurar mero indício de obrigação de que seja devedor". Neste sentido é o entendimento da jurisprudência e das próprias cortes administrativas, a saber (transcrição de fls. n.ºs. 336 e 337).

Finalizando, requer a nulidade da autuação, e, no mérito, caso nele se adentre, seja julgada improcedente a lavratura dos referidos autos de infração.

Como mencionado, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA manteve integralmente as exigências fiscais, expressando suas conclusões com a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. DIREITO DE DEFESA.

Incabível a pretensão de nulidade do Auto de Infração, se na descrição dos fatos constam todos os elementos que deram causa ao lançamento, dando suporte material suficiente para que o sujeito passivo possa conhecê-los de forma a permitir o exercício pleno do direito de defesa, em consonância com a legislação que rege a matéria.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESFERA ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA.

Incabível a argüição de inconstitucionalidade na esfera administrativa visando afastar obrigação tributária regularmente constituída, por transbordar os limites de competência desta esfera, o exame da matéria do ponto de vista constitucional.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005, 2006

DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITAS.

Configura-se omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, em que o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nestas operações.

FALTA DE APRESENTAÇÃO DA ESCRITURAÇÃO. ARBITRAMENTO DO LUCRO.

Configurada a falta de apresentação da escrituração pelo contribuinte à autoridade fiscal, é cabível o arbitramento dos lucros cuja base de cálculo é o valor das receitas omitidas .

Autos Decorrentes

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Contribuição para o PIS

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS

IRPJ. MATÉRIA FÁTICA IDÊNTICA. RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO.

Em se tratando de matéria fática idêntica àquela que serviu de base para o lançamento do Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica, “mutatis mutandis”, devem ser estendidas as conclusões advindas da apreciação daquele lançamento aos relativos à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, à Contribuição para o PIS e à COFINS, em razão da relação de causa e efeito existente entre as matérias.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com essa decisão, da qual tomou ciência em 13/10/2010, a Contribuinte apresentou em 12/11/2010 o recurso voluntário de fls. 399 a 441, onde questiona o lançamento fiscal com os mesmos argumentos de sua impugnação, conforme descrito nos parágrafos anteriores.

Além disso, insurge-se contra a decisão de primeira instância administrativa, pelas seguintes razões:

[...]

III.1 PRELIMINARMENTE: DA NULIDADE DA DECISÃO EM FACE DO CERCEAMENTO DE DEFESA PROPORCIONADO PELA APREENSÃO, PROMOVIDA PELA UNIÃO FEDERAL, DO ACERVO DOCUMENTAL DA IMPUGNANTE, INCLUSIVE SUA DOCUMENTAÇÃO CONTÁBIL, BANCÁRIA E COMERCIAL

A boa validade do Processo Administrativo Fiscal (PAF) está condicionada à ampla oportunidade de contradita, pelo contribuinte objeto de lançamento de ofício, das imputações consignadas no documento de lavratura, tal garantia devendo homenagens ao princípio da ampla defesa, assegurado constitucionalmente e na lei de regência do PAF na órbita federal (Dcc. nº 70.235/72).

O postulado da ampla defesa, a conformar a concretização do princípio do devido processo legal, produz a viabilização concreta do Estado de Direito, assegurando a variação no plano

concreto dos conflitos, ao abrir as portas do sistema jurídico para as comunicações dos cidadãos em litígio, e assim agregando possibilidades e uma legitimidade essencial ao processo, aos atos do Estado que afetam a esfera de direitos do particular.

Efetivamente, a efetivação do princípio implica que deve ser assegurada a instrumentalização da voz do particular em litígio, ou seja, que, no processo administrativo fiscal, o contribuinte alvo de lavratura tenha assegurados os meios pelos quais possa produzir suas alegações e comprová-las, com possibilidade de êxito.

Daí que um dos corolários máximos da garantia de ampla defesa é o direito de produzir provas em juízo, na medida em que a mera alegação, despida dos elementos de prova a instruí-la, sabe-se, não atinge a finalidade de contraditar a pretensão fiscal baseada no auto de infração. E, no bojo do direito de produção de provas em prol da defesa dos seus interesses, dentre os mais fundamentais está em poder dispor da sua própria contabilidade para fazer prova em seu favor, e assim não ser embaraçado pela autoridade administrativa na consulta ao seu acervo documental e contábil para comprovar as suas alegações e lastrear sua pretensão.

Mas a decisão combatida não nega, nem poderia fazê-lo, que a subtração do acervo documental da contribuinte compromete a higidez do PAF, condenando-o à nulidade por evidente cerceamento de defesa. Daí é que sempre na empresa de sustentar o arbitramento, lança mão de ingenuidades que não se pode admitir pautem o raciocínio da corte administrativa especializada. Ao final, a tese da decisão guerreada é de que realmente a documentação foi apreendida, mas, pensando bem, a documentação não foi exatamente apreendida. Senão vejamos.

De fato, a primeira demonstração naïf é sugerir que foram apreendidos documentos em um determinado endereço, porém, indica o acórdão, não se sabe de quem é a titularidade dos documentos apreendidos e a que exercícios se referem.

Sugere até mesmo a decisão combatida que não se pode afirmar com certeza se o endereço da empresa é aquele mesmo da apreensão, ao asserir, verbis fl. 378, que “apesar do endereço ali informado ser igual ao indicado como sede da Impugnante nos autos - Rua Frederico Simões, nº 85, sala 1111 (fl. Nº3)”, quando se sabe que é este o endereço da empresa nos arquivos da Receita Federal desde há mais de década, constando inclusive do cartão CNPJ da empresa.

Mas não param aí os desafios ao senso comum e ao padrão informacional difundido na nossa sociedade via fatos notórios e amplamente noticiados na mídia. A decisão combatida afirma que não se pode identificar o período dos documentos apreendidos, ou mesmo a quais exercícios se referem! Ora, sabe-se, e aí opera a presunção omissiva, que a Polícia Federal, ao promover busca e apreensão de documentos no bojo de inquérito

policial, não promove atividade administrativa de fiscalização pautada por exercícios obrigacionais, mas sim realiza a coleta de toda e qualquer referência documental que possa conter, de forma atual ou eventual, qualquer possibilidade de informação que supostamente venha contribuir à instrução da ação penal. Em outras palavras, isso significa apreender todo e qualquer pedaço de papel que contenha alguma e qualquer informação, completa ou parcial, abrigada no endereço contido no mandado judicial, cabendo apenas ao judiciário e ao Ministério Público valorar as evidências probatórias colhidas e sua prestabilidade ou não à inscrição criminal.

Mas não é apenas estas obviedades demonstradas, e registradas no “Auto Circunstanciado de Busca e Apreensão”, que instrui os autos, que desnudam a incongruência do raciocínio desenvolvido na decisão combatida. O acórdão recorrido, reiterando curiosa ingenuidade, trata as circunstâncias da investigação criminal que envolveu a Recorrente e seu sócio José Edson Vasconcellos Fontenelle como dados circunstanciais, talvez pitorescos, ignorados pela fiscalização tributária, e que, na perspectiva da inteligência fiscal e programação da fiscalização, não guardam qualquer vínculo com a lavratura. Ora, sabe-se que a Recorrente foi, juntamente com as demais empresas do Sr. Jose Edson Vasconcellos Fontenelle, todos investigados pela denominada Operação Navalha. De tal malfadada operação, hoje nada restou, senão o constrangimento do citado sócio da Recorrente, que adquiriu o estigma de haver sido preso sob o olhar das câmeras de todo o Brasil, prisão que afinal foi declarada pelo Exmo. Ministro Gilmar Ferreira Mendes (decisão em anexo), como absolutamente ilegal e inconstitucional, eis que sequer se imputava qualquer conduta, criminosa ou não, ao Sr. José Edson Vasconcellos Fontenelle. Daí que a “Operação Navalha”, cujo teor a decisão recorrida indica ignorar por completo, resultou de articulação comandada pelo DPF com a participação da Receita Federal, fato amplamente divulgado à época. Não à toa que imediatamente após a deflagração da operação, todas as empresas em que participa o Sr. José Edson Vasconcellos Fontenelle, inclusive a sua pessoa física, foram fiscalizados pela Receita Federal e autuadas com requintes inquisitórios.

Chama atenção, dessarte, a ingenuidade e o alheamento da decisão recorrida, quanto a haver sido investigada a Recorrente e seu sócio, mais ainda porque a Operação Navalha, no âmbito judicial e penal, já se encontra devidamente arquivada, morta e enterrada (decisão anexa), pelas evidentes carências de elementos de prova que amparassem os anseios punitivos da sociedade e do Parquet. Pari passu, e a contrario sensu, o lançamento que pauta a lide presente persiste, ignorando e confrontando as circunstâncias em que se deu o lançamento arbitrado, feito verdadeira punição imposta pelo Fisco, fazendo as vezes do juízo penal que absolveu o contribuinte.

É nessa esteira que a apreensão de todo o acervo documental da Impugnante, patrocinado pelo próprio ente político que cobra o tributo, inviabiliza por completo as possibilidades de defesa que

lhes devem ser asseguradas, pela Constituição e pela Lei. Mais ainda, porque se tratou de apreensão levada a cabo por autoridade federal, integrante do quadro funcional da mesma pessoa jurídica de direito público que é integrada pela RFB, qual seja a União Federal, tal circunstância implica diretamente a nulidade do PAF.

De fato, não apenas o Dec. nº 70.235/72 inquina de nulidade, em seu art. 59,II, as decisões e atos proferidos com cerceamento do direito de defesa, como também é princípio jurídico fundamental que a ninguém é dado locupletar-se da própria torpeza, o que seria exatamente a hipótese em que incorre a União Federal quando apreende a documentação do contribuinte e, seguidamente, o autua exatamente pela ausência da documentação.

Nestes termos, patente o cerceamento do direito de defesa da Impugnante, ante a apreensão do seu acervo documental, é de ser acolhida a presente prefacial para, nos termos do art. 59, II do Dec. nº 70.235/72, decretar nulidade do acórdão farpeado.

III.2 PRELIMINARMENTE: DA NULIDADE DO ACÓRDÃO PELO CERCEAMENTO DE DEFESA ENSEJADO PELA VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO NA CONFRONTAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO ARBITRADA COM AS PROVAS APRESENTADAS PELO CONTRIBUINTE, NOS TERMOS DO ART. 148 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

O arbitramento da base de cálculo é procedimento de geração do ato de lançamento que se caracteriza pela premissa fática correspondente à inexistência de base documental idônea sobre a qual a fiscalização tributária possa aferir a ocorrência do fato gerador efetivo e a sua dimensão econômica, para assim apurar o crédito tributário e exigí-lo.

Dáí porque a decisão combatida insiste copiosamente na circunstância de que a empresa haveria de ter apresentado sua documentação contábil e comercial à fiscalização, a falha em cujo cumprimento autorizaria a promoção do lançamento arbitrado tal qual se deu.

Fato é que é apenas a impossibilidade de se aferir a materialidade sob a forma do fato gerador do tributo é que se justifica a presunção que pauta o lançamento arbitrado, sabendo-se que a verdade real é postulado regra de ouro a presidir o PAF.

Não por outro motivo é que a presunção do lançamento arbitrado cede em função de provas da efetiva materialidade do fato imponible, a serem apresentadas pelo sujeito passivo no exercício do contraditório e da ampla defesa. Não apenas a ampla defesa e o contraditório enquanto princípios sobranceiros no sistema tributário implicam tal direito do contribuinte, mas também dicção específica do art. 148 do CTN, que expressamente abre ao contribuinte a oportunidade de contraditar o lançamento arbitrado com elementos do fato

gerador efetivo, não o presumido, havendo então de prevalecer o primeiro, a saber:

Art. 148 [...]

Vê-se que a oportunidade do contraditório oposto pelo contribuinte sujeito ao arbitramento da base de cálculo da obrigação tributária é imanente a esta forma de lançamento, e à condição de sujeito passivo titular de direitos e deveres na ordem tributária.

Aqui, a decisão combatida, demonstrando, mais uma vez, o mote de que está imbuída, simplesmente suprimiu à Recorrente o direito de promover o contraditório, afirmando, pasmemos nós, que apenas a escrituração contábil poderia fazer prova em favor do contribuinte sujeito ao lançamento arbitrado. De fato, assevera o decisum, na fl. 387, que a documentação usada para promover o contraditório no arbitramento, para fazer prova a seu favor, deve vir acompanhada da contabilidade regularmente escriturada e de documentação hábil e idônea, conforme dispõe o artigo 923, do RIR/1999. Mas como, se é a própria ausência da escrituração que dá causa ao arbitramento?! Nada mais incoerente, o raciocínio enveredado pela decisão combatida simplesmente inviabiliza o exercício do contraditório pelo contribuinte sujeito ao arbitramento, ao exigir como única forma de prova admissível a “contabilidade regularmente escriturada e de documentação hábil e idônea, quando se sabe que o contribuinte que detém tal acervo documental nunca será sujeito ao lançamento arbitrado.

Ora, sabe-se que prova, no PAF, são todas aquelas em direito admitidas, não sendo diferente na hipótese do lançamento arbitrado.

A propósito, cristalina é a lição de Maria Rita Ferragut sobre a matéria, a saber:

[...]

Eis que, quando o contribuinte, no exercício do direito de defesa e de contraditório, e com espeque na previsão específica do art. 148 do CTN, apresenta documentação comprobatória e referenciada das entradas de recursos nas contas bancárias da empresa, e da natureza jurídica de que se revestem tais recursos, inclusive a proporção correspondente à receita tributável, é simplesmente ignorada pela decisão combatida, resta suprimido o direito de defesa do contribuinte, cerceado o seu acesso ao contraditório.

Sendo, portanto, idôneas todas as provas em direito admitidas, a supressão do direito ao contraditório, promovida pela decisão combatida consuma a nulidade do decisório, havendo de ser acolhida a presente preambular para decretá-lo, o que desde já se requer.

Processo nº 10580.722452/2008-81
Acórdão n.º **1802-002.228**

S1-TE02
Fl. 14

Em 22/06/2012, a teor do § 1º do artigo 62-A do RICARF o presente processo restou sobrestado. Todavia, o mencionado dispositivo normativo foi revogado pela Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013.

Assim, não havendo mais determinação para o sobrestamento, passa-se ao julgamento do presente processo.

Este é o Relatório.

Voto

Conselheiro José de Oliveira Ferraz Corrêa, Relator.

O recurso é tempestivo e dotado dos pressupostos para a sua admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a Contribuinte questiona lançamento para exigência de IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e COFINS) incidentes sobre fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2004 a 2006.

A autuação está baseada em omissão de receita apurada a partir de depósitos bancários sem comprovação de origem. O IRPJ e a CSLL foram calculados no regime do lucro arbitrado, e o PIS e a COFINS no sistema cumulativo.

A maioria dos argumentos da Recorrente gira em torno de uma operação realizada pela Polícia Federal em 17/05/2007, designada como “Operação Navalha”, que visava a desarticulação de “uma organização criminosa que atuava desviando recursos públicos federais nos Estados da Bahia, Goiás, Mato Grosso, Sergipe, Pernambuco, Piauí, Maranhão, São Paulo, Alagoas e no Distrito Federal”.

A Recorrente juntou aos autos vários documentos referentes a essa operação policial, que resultou na prisão preventiva de 46 pessoas em diversas localidades do país, entre elas o seu sócio administrador, José Edson Vasconcellos Fontenelle.

Naquela mesma ocasião, também houve busca e apreensão de documentos da Recorrente, visando a apuração de irregularidades em investimentos públicos na cidade de Camaçari/BA, um dos alvos da investigação determinada pela justiça.

Em 22/05/2007, foi determinado pelo Ministro Gilmar Mendes (STF) a expedição de alvará de soltura em favor de José Edson Vasconcellos Fontenelle, com o entendimento de que “não havia, ao menos à primeira vista, no decreto cautelar, a exposição detalhada da concatenação fático-jurídica entre os fatos imputados ao paciente no período de maio de 2006 e a apontada iminência de risco de continuidade delitativa pela suposta organização criminosa.”

Na seqüência, a investigação criminal foi desmembrada em razão de sua abrangência, e as peças referentes ao “Evento Camaçari” formaram autos apartados, que tramitaram entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual da Bahia, em razão das pessoas envolvidas.

Em 28/05/2010, um dos membros do Tribunal de Justiça da Bahia, em decisão monocrática, concluiu que os procedimentos licitatórios, tidos por fraudulentos, não chegaram a ser formalizados, seja em face de impugnações administrativas, seja em face de concessão liminar suspendendo a concorrência pública, o que indicaria a inexistência de materialidade do fato imputado.

Afirmou-se que diante da não realização dos certames reputados ilícitos, era impossível imputar aos indiciados a conduta de apropriação indevida de recursos públicos. Nesse contexto, em virtude de ausência de dano ao erário, e, principalmente, em face da não concretização do procedimento licitatório supostamente ilícito, foi determinado o arquivamento do autos relativos ao “Evento Camaçari”.

Como mencionado, tanto as preliminares de nulidade quanto parte das alegações de mérito que questionam o crédito tributário debatido neste processo administrativo gravitam em torno da apreensão de documentos da Recorrente, realizada no contexto da mencionada “Operação Navalha”.

As circunstâncias dessa operação policial estão acima sintetizadas.

É importante relatar agora os detalhes do lançamento fiscal, para que se possa avaliar em que medida há implicação entre eles.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

O procedimento fiscal foi iniciado em 07/03/2008 e encerrado em 22/12/2008, com a ciência dos autos de infração.

Além do Termo de Início de Ação Fiscal, a Contribuinte recebeu outros cinco termos de intimação, pelos quais foram solicitados livros e documentos relativos ao período fiscalizado, e também documentos que especificamente comprovassem a origem dos valores que ingressaram em suas contas bancárias.

Ao longo de todo o procedimento fiscal, a Contribuinte apresentou apenas duas respostas, em 02/05/2008 e 26/05/2008, pelas quais somente pediu prorrogação de prazo para atendimento do que lhe havia sido solicitado no Termo de Início de Ação Fiscal, conforme transcrito a seguir:

A TRANSMITE ENGENHARIA LTDA, inscrita no CNPJ sob nº 14.738.959/0001-33, vem através do seu representante legal, expor e solicitar de Vsa. o seguinte:

Dos Fatos:

A empresa acima identificada recebeu o Termo de Início de Ação Fiscal, dos Ilmos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil Sra. Laís Uberato Gondim matrícula nº 14507 e Sr. Perfecto Garrido Carreiro matrícula n.º 5608.

A empresa está empenhando-se na juntada dos livros e documentos solicitados para os esclarecimentos necessários solicitados no Termo de Início de Ação Fiscal supracitados afim de disponibilizá-los para Ilustres Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. Todavia não foi possível reunir todos os documentos.

Do Pedido: .

Vimos solicitar prorrogação do prazo constante no Termo de Início de Ação Fiscal, por mais 30 dias, a partir desta data.

Nestes Termos,

Pede e espera deferimento.

Salvador, 02 de Maio de 2008.

A TRANSMITE ENGENHARIA LTDA, inscrita no CNPJ sob nº 14.738.959/0001-33, vem através do seu representante legal, expor e solicitar de Vsa. o seguinte:

Dos Fatos:

A empresa acima identificada recebeu o Termo de Início de Ação Fiscal, dos Ilmos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil Sra. Laís Uberato Gondim matrícula nº 14507 e Sr. Perfecto Garrido Carreiro matrícula n.º 5608.

A empresa está empenhando-se na juntada dos livros e documentos solicitados para os esclarecimentos necessários solicitados no Termo de Início de Ação Fiscal supracitados afim de disponibilizá-los para Ilustres Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. Todavia não foi possível reunir todos os documentos.

Do Pedido: .

Vimos solicitar prorrogação do prazo constante no Termo de Início de Ação Fiscal, por mais 20 dias, a partir desta data.

Nestes Termos,

Pede e espera deferimento.

Salvador, 26 de maio de 2008

A Contribuinte não fez qualquer menção de que os documentos solicitados pela Fiscalização estavam sob a guarda do Poder Judiciário, que eles compunham autos de inquérito judicial, etc. Enfim, não prestou qualquer informação que pudesse evidenciar a existência de óbices ao atendimento das intimações fiscais, principalmente óbices causados pelo próprio Estado.

O Auto Circunstanciado de Busca e Apreensão (fls. 338 a 341) lavrado no contexto da Operação Navalha relaciona 23 itens de objetos apreendidos no endereço da empresa. Nessa relação constam vários HD's, disquetes e CD's de computador. Constam também várias caixas contendo memoriais de pesquisa de viabilidade de empreendimento, projetos arquitetônicos, documentos referentes a obras já executadas, planilhas orçamentárias, entre outros.

Há dois itens da referida relação de objetos apreendidos que fazem menção a documentos contábeis:

Item 13: uma caixa de papelão contendo seis pastas suspensas de documentação contábil.

Item 14: uma caixa de papelão contendo documentos contábeis.

A Contribuinte apresenta várias críticas à decisão de primeira instância administrativa, alegando que ela considerou a referida apreensão judicial de documentos como uma questão circunstancial, que não guardava qualquer vínculo com a autuação fiscal, como se não fosse o próprio Estado o causador dos óbices que inviabilizaram a apresentação dos livros e documentos contábeis.

Penso que a decisão recorrida não merece as várias críticas que recebeu.

Primeiro, porque a própria descrição dos itens apreendidos não indica que a “Operação Navalha” tenha coletado todos os livros e documentos contábeis e fiscais da empresa, a ponto de inviabilizar completamente a apresentação, durante o procedimento fiscalizatório, de um mínimo de informação que fosse sobre as atividades que ela realizou nos anos-calendário de 2004 a 2006.

Depois, porque mesmo que toda a documentação contábil e fiscal estivesse sob a guarda do Poder Judiciário, a Contribuinte poderia ter adotado comportamento bastante diferente do que adotou durante o procedimento de fiscalização.

Ela poderia ao menos ter prestado informação sobre o paradeiro dos documentos. Poderia também ter diligenciado para recuperar os documentos (ou cópia deles) que entendia necessários ao atendimento das intimações fiscais, ou ainda obter cópia dos registros contábeis com o escritório de contabilidade que indicou em sua própria DIPJ.

Diante desse contexto, é importante destacar que a Contribuinte vinha apresentando seguidamente, pelo menos desde o ano-calendário de 2004, declarações DIPJ com todos os campos zerados, como se não tivesse auferido receita alguma nos anos-calendário de 2004, 2005 e 2006 (fls. 76 a 134).

A mesma coisa se deu com as DCTF referentes a períodos desses mesmos anos-calendário (fls. 136 a 143), contendo ausência total de débitos tributários.

A constatação é que a Contribuinte nada informava à Receita Federal e nada recolhia de tributos federais, ao mesmo tempo em que havia movimentado ao longo dos três anos citados recursos financeiros na ordem de R\$ 2.286.371,98.

Vê-se que a inépcia da Contribuinte para com o Fisco Federal vinha desde muito antes da “Operação Navalha”, e não pode ser justificada pela apreensão judicial de documentos, que somente ocorreu em maio/2007.

Com o mesmo padrão de comportamento que vinha adotando em relação a suas obrigações tributárias principais e acessórias desde pelo menos o ano-calendário de 2004 (período bem anterior à chamada “Operação Navalha”), a Contribuinte seguiu atendendo a Fiscalização no decorrer de todo o ano de 2008 (ano em que se deu a fiscalização), solicitando genericamente prorrogações de prazo, sem prestar qualquer informação que pudesse contribuir para a identificação de suas receitas e apuração dos débitos tributários.

As respostas durante o procedimento fiscal em 2008 seguiram o mesmo caminho das declarações que vinham sendo apresentadas desde o ano-calendário 2004, eram vazias, sem conteúdo.

O fato é que a conduta da Contribuinte perante o Fisco Federal, que vem desde pelo menos o ano-calendário de 2004, não pode ser justificada pela apreensão judicial de documentos, ocorrida somente em 2007.

Havia várias formas de a Contribuinte colaborar com a Fiscalização, como já mencionado, mas ela optou por apresentar respostas evasivas, simples pedidos de prorrogação de prazo, sem adotar efetivamente qualquer procedimento que pudesse contribuir para a apuração de débitos tributários.

A apreensão judicial de documentos e o presente lançamento não tem o grau de implicação que a Contribuinte tenta demonstrar, e nem acarretou o alegado cerceamento do direito de defesa

Nem os autos de infração e nem a decisão de primeira instância administrativa incorreram no alegado vício, e, deste modo, as preliminares de nulidade com base nesse fundamento devem ser rejeitadas.

ACESSO A INFORMAÇÕES BANCÁRIAS SEM ORDEM JUDICIAL

A Recorrente também alega que o exame de informações bancárias sem ordem judicial afronta a Constituição Federal e macula de nulidade o presente processo.

Contudo, a obtenção de provas pelo Fisco junto à instituição financeira não constitui violação às garantias individuais asseguradas na Constituição Federal, nem quebra de sigilo, nem ilicitude, porquanto é um procedimento fiscal com amparo legal.

O lançamento sob exame tem lastro na Lei Complementar nº 105/2001, que permite expressamente a obtenção e utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, e a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) não cabe o controle de constitucionalidade das leis, conforme, inclusive, dispõe a Súmula CARF nº 02, *verbis*:

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

A conclusão que se impõe é que é lícito ao Fisco examinar informações relativas ao contribuinte constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial, mormente após a edição da Lei Complementar 105 de 2001.

Outro aspecto importante é que os fatos geradores objeto de lançamento ocorreram nos anos-calendário de 2004 a 2006, enquanto que a Lei Complementar nº 105 teve sua promulgação e vigência em 11 de janeiro de 2001. Portanto, é improcedente a alegação de que a referida LC estaria sendo aplicada retroativamente.

Preliminar também rejeitada.

LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS E ARBITRAMENTO DO LUCRO

A Contribuinte retoma a referida apreensão judicial de documentos para também contestar a técnica e os critérios utilizados no lançamento

Além disso, apresenta várias alegações no sentido de caracterizar a inexistência de matéria tributável, ou pelo menos demonstrar que ela seria bem menor que a apurada pelo Fisco.

De acordo com seus argumentos, os ingressos de recursos identificados nas suas contas-correntes decorreram de atividade econômica ora sua, ora de outrem, tratando-se por vezes de quantia isenta, não tributada, ou já oferecida à tributação, e, sobretudo, de quantia em trânsito na conta-corrente bancária, sem implicar um acréscimo patrimonial específico apto a desencadear a incidência de tributos.

O lançamento está fundamentado em omissão de receita apurada com base em depósitos bancários com origem não comprovada, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/1996:

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.

Também estamos tratando aqui de hipótese de arbitramento de lucro, prevista no art. 47, III, da Lei 8.981/1995, e reproduzida no art. 530, III, do atual Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/1999, que consiste em técnica para apuração de IRPJ e CSLL quando o Contribuinte não apresenta livros e documentos que possibilitem as outras formas de apuração (lucro real ou presumido).

Como já mencionado, no decorrer do procedimento fiscal a Contribuinte nada colaborou com a Fiscalização.

O contexto era de uma empresa que vinha apresentando seguidamente, pelo menos desde o ano-calendário de 2004, declarações DIPJ com todos os campos zerados, como se não tivesse auferido receita alguma nos anos-calendário de 2004, 2005 e 2006.

A mesma coisa se dava com as DCTF, que indicavam total ausência de débitos tributários.

A Contribuinte nada informava à Receita Federal e nada recolhia de tributos federais, ao mesmo tempo em que havia movimentado ao longo dos três anos citados recursos financeiros na ordem de R\$ 2.286.371,98.

Com o mesmo padrão de comportamento que vinha adotando em relação a suas obrigações tributárias principais e acessórias desde pelo menos o ano-calendário de 2004 (período bem anterior à chamada “Operação Navalha”), a Contribuinte seguiu atendendo a Fiscalização no decorrer de todo o ano de 2008 (ano em que se deu a fiscalização), solicitando genericamente prorrogações de prazo, sem prestar qualquer informação que pudesse efetivamente contribuir para a identificação de suas receitas e apuração de débitos.

Nessas circunstâncias, não restou outra alternativa para a Fiscalização senão aplicar a presunção legal de omissão de receitas prevista no art. 42 da Lei 9.430/1996, e também arbitrar o lucro, para fins de apuração do IRPJ e da CSLL.

Já na fase contenciosa, a Contribuinte trouxe alguns elementos no intuito de comprovar as alegações que passou a apresentar a partir dessa fase.

Ela apresentou planilha em que indica uma origem para os depósitos bancários (fls. 348 a 350), e trouxe cópia de um “instrumento particular de constituição de consórcio” e de um “contrato de obra por administração” (fls. 356 a 366).

Na referida planilha ela indica que os ingressos bancários ou vinham do consórcio (que já havia tributado as receitas), ou dos contratos de administração de obra (sendo apenas uma pequena parte de sua alçada, senão totalmente imune por se tratar de serviços prestados ao exterior); ou vinham de transferências entre empresas, ou de empréstimo bancário.

Esses elementos realmente não são suficientes para afastar a presunção legal de omissão de receitas ou para comprometer o arbitramento dos lucros.

As simples observações na planilha não tem substância para vincular os ingressos bancários às alegadas origens e contratos, e nem para demonstrar que os recursos já estariam tributados em outra entidade, que seriam meros repasses de valores para aquisição de materiais, etc.

O histórico da conduta da Contribuinte também não colabora nesse sentido. As DIPJ relativas aos períodos autuados sequer contém informações que possam contribuir na validação de suas alegações, eis que foram apresentadas com os campos totalmente zerados.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares de nulidade, e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

José de Oliveira Ferraz Corrêa