



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

Processo nº 10580.728934/2009-26
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1202-001.142 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2014
Matéria IRPJ e reflexos - omissão de receitas
Recorrente Apaerv Tecnologia em Usinagem e Serviços Ltda.
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. MEIO LÍCITO DE OBTENÇÃO.

É válida a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

INCONSTITUCIONALIDADE.

Deixa-se de examinar arguições de inconstitucionalidade dos dispositivos legais, por tratar-se de matéria da estrita competência do Poder Judiciário.

MATÉRIA SEM RECURSO. ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO ADMINISTRATIVA DEFINITIVA.

Torna-se definitiva matéria decidida em primeira instância administrativa sem a interposição de recurso voluntário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas, em considerar definitivamente julgadas as matérias não expressamente contestadas e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo – Presidente em Exercício.

(documento assinado digitalmente)

Plínio Rodrigues Lima - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Donassolo, Plínio Rodrigues Lima, Geraldo Valentim Neto e Orlando José Gonçalves Bueno. Ausentes, momentaneamente, as Conselheiras Nereida de Miranda Finamore Horta e Maria Elisa Bruzzi Boechat (suplente).

Relatório

Segundo os autos de infração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, da Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL (fls. 2/37), decorrentes do arbitramento do lucro da Recorrente, com base na receita omitida, apurada a partir de depósitos bancários sem comprovação da origem, para os fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2005:

- a interessada foi cientificada do Termo de Início de Fiscalização em 01/02/2008 (fl. 59), através do qual foram solicitados diversos documentos e livros fiscais e contábeis da empresa, referentes ao ano-calendário de 2005. Como não houve qualquer manifestação por parte da contribuinte, foi emitido o Termo de Reintimação Fiscal de fl. 62, solicitando os mesmos documentos pedidos no termo anterior;

- tendo em vista que a contribuinte deixou de atender às citadas intimações, foram lavrados o Termo de Embaraço de Fiscalização (fls. 64/65) e o Termo de Reintimação Fiscal de fl. 66. O primeiro caracterizando a recusa por parte da empresa em entregar os elementos solicitados, e o segundo solicitando, mais uma vez, os mesmos documentos e livros relacionados no Termo de Início. A ciência desses termos foi dada pessoalmente à contribuinte em 12/06/2008, no entanto, a empresa continuou sem apresentar os documentos solicitados, nem prestou qualquer esclarecimento sobre tal recusa;

- passados quase 30 dias, sem qualquer resposta, foi lavrado o Termo de Intimação Fiscal de fl. 67, cuja ciência ocorreu em 06/08/2008, solicitando da empresa os extratos relativos às suas contas bancárias. Como também não houve qualquer resposta, foi lavrado o Termo de Reintimação Fiscal de fl. 71, com ciência em 22/08/2008, sobre o qual a contribuinte também não se manifestou;

- em função da recusa por parte da fiscalizada em atender os termos lavrados, foi requerida, e deferida, a emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (fls. 76/78). Após a emissão e o envio das RMF aos bancos nos quais

a contribuinte tem contas, foram enviados à Receita Federal os extratos solicitados, anexados às fls. 129/281;

- em poder dos extratos bancários, foram elaborados os demonstrativos dos depósitos efetuados nas contas da contribuinte, os quais foram enviados à interessada juntamente com a intimação de fl. 82, solicitando da empresa a comprovação da origem e da tributação de tais depósitos. A ciência se deu em 20/10/2008, conforme Aviso de Recebimento de fl. 83, no entanto, em função da existência de dívidas quanto à efetiva entrega dessa intimação por parte dos Correios, foi providenciada a sua entrega pessoal, que ocorreu em 27/10/2008, juntamente com cópia dos extratos bancários da empresa (fls. 84/120);

- em 26/05/2009, foi cientificada a interessada do Termo de Ciência e Continuação de Procedimento de fl. 121. Com a finalidade de reabrir o prazo para a apresentação de todos os livros e documentos solicitados através dos diversos termos emitidos, e ainda não atendidos, foi cientificada a contribuinte, em 23/12/2009, do Termo de Reintimação Fiscal de fls. 123, sendo que a empresa continuou sem apresentar qualquer resposta;

- tendo em vista que a fiscalizada deixou de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos de sua escrituração comercial e fiscal, ou o livro caixa, deve ser efetuado o lançamento com base no arbitramento do lucro. Como a contribuinte, devidamente intimada, deixou de comprovar a origem dos valores creditados em conta de depósito, restou caracterizada a omissão de receitas, cujos valores foram acrescidos à receita da atividade, em conformidade com o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, e o art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995;

- a contribuinte apresentou a DIPJ/2006 e informou, na ficha 14A, que possui atividades diversificadas (comércio e serviços) e, como não foi possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, pela não apresentação dos livros e documentos solicitados, esta deve ser adicionada à atividade a que corresponder o percentual mais elevado, conforme § 1º do art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995.

Após a impugnação tempestiva da Recorrente, a 2ª Turma da DRJ/SDR, por meio do Acórdão nº 15-23.234, na sessão de 31/03/2010, manteve os lançamentos relativos ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica, no valor de R\$510.727,93 (quinhentos e dez mil, setecentos e vinte e sete reais e noventa e três centavos), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, no montante de R\$160.418,37 (cento e sessenta mil, quatrocentos e dezoito reais e trinta e sete centavos), à Contribuição para o Programa de Integração Social, no valor de R\$36.205,47 (trinta e seis mil, duzentos e cinco reais e quarenta e sete centavos), e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, no valor de R\$167.102,43 (cento e sessenta e sete mil,

cento e dois reais e quarenta e três centavos), além da multa de ofício, de 112,5%, e dos acréscimos legais, a seguir sintetizado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

NULIDADE.

O procedimento fiscal efetuado por servidor competente, no exercício de suas funções, contendo os demais requisitos exigidos pela legislação que rege o Processo Administrativo Fiscal, não pode ser considerado nulo.

PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. MEIO LÍCITO DE OBTENÇÃO.

É válida a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

INCONSTITUCIONALIDADE.

Deixa-se de examinar arguições de inconstitucionalidade dos dispositivos legais, por tratar-se de matéria da estrita competência do Poder Judiciário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Configura omissão de receitas a ocorrência de valores depositados em conta bancária para os quais a contribuinte, titular da conta, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO.

Na falta de escrituração regular, e constatada a ocorrência de omissão de receitas, é cabível o arbitramento dos lucros com base no valor das receitas omitidas acrescida aos montantes declarados.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

Contribuição para o PIS/Pasep

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL

Em se tratando de bases de cálculo originárias das infrações que motivaram o lançamento principal, deve ser observado para os lançamentos decorrentes o que foi decidido para o matriz, no que couber.

Intimada da referida decisão em AR de 22/10/2010, a Recorrente interpôs o presente recurso em 17/11/2010 (Fls. 337 a 361), em síntese, com o seguinte pedido:

Ante o exposto, requer seja recebido e provido o presente Recurso Voluntário, para, reconhecendo a nulidade da autuação, declarar a sua nulidade, e, conseqüentemente, extinguir o crédito tributário ora constituído, tendo em vista que a atividade fiscalizatória fora realizada de forma inconstitucional, ilegal, ferindo os preceitos contidos nos artigos 5º caput e incisos X, XII, LIV e LV da Constituição Federal, consoante todas as razões já acima demonstradas.

Em sessão de 11/09/2013, o presente Colegiado sobrestou o julgamento do presente recurso, consoante a Repercussão Geral do RE nº 601.314, o qual trata da constitucionalidade das Requisições de Movimentação Financeiras (RMF), e o disposto no então vigente art. 62A, § 1º do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009.

Sobreveio a Portaria MF nº 545, de 28 de novembro de 2013, a qual revogou os §§ 1º e 2º do art. 62-A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009. Por essa razão, os presentes autos retornaram a este Colegiado para continuação do julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Plínio Rodrigues Lima, Relator

Trata-se de autos de infração de IRPJ e reflexos, decorrentes de omissão de receitas sem a comprovação de origem de recursos a que se referem os artigos 27, I, e 42, da Lei nº 9.430, de 1996, no valor total de R\$2.305.878,13 (Fls 2).

Conheço do presente recurso quanto ao requisito da tempestividade do art. 33, do Decreto nº 70.235, de 1972, a seguir transcrito, de acordo com o período transcorrido entre a intimação e a interposição mencionado neste relatório.

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

Passo à análise dos pontos levantados pela Recorrente.

DA ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO

Em que pese a importância da atividade fiscal, esta não pode passar por sobre todo o ordenamento jurídico, analisando-se a partir da Carta Magna até os atos normativos da própria RFB.

Assim, a atividade fiscalizatória não pode passar por cima do preceito constitucional insculpido no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual "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".

A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, em seus dispositivos, prevê a hipótese de as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, examinarem livros e registros de instituições financeiras.

Porém, esta previsão da Lei Complementar não tem força para afastar preceito constitucional, o que significa dizer que para o exercício desta prerrogativa, prevalece a necessidade de autorização judicial.

(...)

*É mister ressaltar que o conteúdo da Lei Complementar 105/01 não autoriza à Administração Pública a invadir a base de dados, informações e operações financeiras das pessoas, **NEM TAMPOUCO, A PROMOVER POR SI SÓ E DE FORMA GERAL, ROTINEIRA, ININTERRUPTA E IRRESTRITA**, a quebra automática do sigilo destes dados e informações, determinando às instituições financeiras que, independentemente de indícios, suspeitas ou qualquer outro fundamento, forneçam o registro de todas as operações efetuadas pelos usuários de seus serviços, como de fato ocorreu com a Recorrente.*

VIOLAÇÃO DA GARANTIA À LIBERDADE, À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA (ART. 5º, CAPUT E INCISO X)

*Já por diversas ocasiões, a mais Alta Corte manifestou convicção de ver o sigilo de dados de operações financeiras como desdobramento do direito à privacidade assegurado no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, que ainda constitui uma das formas de expressão da liberdade prestigiada no caput do citado artigo 5º, **SÓ É PASSÍVEL DE FLEXIBILIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OU PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ATRAVÉS DE ORDEM JUDICIAL***

(...)

É, pois, por demais ilegal o ato praticado pelo agente autuador, tomando como fundamento os dispositivos da LC 105/01, olvidando-se, todavia, do quanto disposto no inciso X do art. 5º da C.F.

VIOLAÇÃO DA GARANTIA AO SIGILO DE DADOS (ART. 5º, INCISO XII da CF/88)

*É verdade que o sigilo bancário não é absoluto, como acima delineado, mas demanda o preenchimento de certos requisitos para sua quebra, sendo o principal deles **A AUTORIZAÇÃO JUDICIAL**, inexistente até então para o caso da Recorrente.*

*Assim, acresça-se à violação antes explanada, de fato perpetrada, o desrespeito a um dos requisitos expressamente impostos pelo inciso XII do art. 5º da CF/88 para permitir e legitimar a violação de dados da pessoa: **A ORDEM JUDICIAL**.*

(...)

De tudo isso, resulta que o direito individual ao sigilo de dados reservados da vida financeira e bancária das pessoas nem sempre pode se opor ao interesse público, mas sua quebra só pode advir de determinação judicial, estampando, em decorrência, a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar 105/01 relacionados, por afronta ao inciso XII do art. 5º.

(...)

VIOLAÇÃO AO § 1º DO ART. 145 DA CF

(...)

*Esta a razão porque não há se admitir, como quer o agente fiscal, que a obtenção direta de informações privadas pela Administração Tributária se apoie no § 1º do art. 145 da CF. Muito ao revés, posto que ali ao se facultar ao Poder Público aferir a capacidade econômica do contribuinte para fins de graduação dos impostos, identificando o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, **RESSALVOU-SE, EXPRESSAMENTE, O RESPEITO AOS DIREITOS INDIVIDUAIS**.*

Os dispositivos da LC 105/01, que fundamentam os atos praticados e ora guerreados, que se pretende ver expungidos no presente caso, sem cerimônia, ignoram exatamente a condição estatuída na parte final do § 1º do art 145, descartando a inviolabilidade da privacidade e de dados cristalizada nos incisos XII do art. 5º.

(...)

***VIOLAÇÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO
LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA
(ART. 5º INCISOS LIV e LV)***

*A quebra automática do sigilo de dados de operações financeiras despida de justa causa, sequer da existência de indícios ou suspeita, e sem que tenha sido instaurado o devido processo legal, sobretudo, sem que a pessoa tenha tido oportunidade de formular defesa ou recurso, efetivada na fiscalização ora guerreada, que culminou no lançamento de débito contra a Recorrente, consubstancia ato de privação de algumas das formas de liberdades das pessoas: **direito à privacidade, intimidade e ao sigilo de dados, aos quais para serem afastadas, anuncia o legislador constitucional, somente mediante o devido processo legal, com observância do contraditório e/da/ampla defesa, garantias constantes do inciso LIV e LV do art. 5º da C.F***

Desta forma, não há conseqüência lógica que justifique a lavratura do presente Auto de Infração, devendo ser o mesmo anulado.

(...)

Conforme se depreende das razões recursais, todos os seus itens apontam pelo entendimento da inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar nº 105, de 2001, os quais viabilizaram as RMF pelo Fisco, independente de autorização judicial.

Em cumprimento ao disposto no art. 62 do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 2009, fica vedado aos membros desta turma afastar a aplicação da Lei Complementar nº 105, de 2001, sob o fundamento de inconstitucionalidade, não se enquadrando o caso nas exceções previstas no referido artigo.

Destarte, não há que se falar em nulidade dos autos de infração em decorrência de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105, de 2001.

Afastadas as prejudiciais de mérito, não houve recurso contra a omissão de receitas, o arbitramento do lucro, a multa de 112,5% e os juros de mora, pelo que se deve considerar definitiva a decisão em primeira instância.

Em face de todo o exposto, afasto todas as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, nego provimento ao presente recurso.

(documento assinado digitalmente)

Plínio

Rodrigues

Lima

Processo nº 10580.728934/2009-26
Acórdão nº **1202-001.142**

S1-C2T2
Fl. 10

CÓPIA