



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10805.000340/2007-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-005.536 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de dezembro de 2021
Recorrente GESA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

CONSTITUCIONALIDADE DE LEI/DECRETO. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO DE JULGAMENTO. SÚMULA CARF N. 2

No âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2002

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITO BANCÁRIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM.

Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Diante da falta de comprovação da origem/causa e da escrituração regular de, em média, 85% dos depósitos efetuados nas contas correntes de titularidade da pessoa jurídica, configurou-se a hipótese de incidência da presunção legal de omissão de receitas, prevista no art. 42 da Lei n. 9.430, de 1996, e conseqüentemente, o fato gerador do IRPJ e de outras contribuições federais, não havendo amparo a alegação da defesa de mera "opção" pelo "arbitramento" da receita.

Deve ser excluído da imputação de omissão de receitas o depósito efetuado na conta corrente da empresa, e que tem origem, segundo documentação hábil apresentada na impugnação, em Contrato de Abertura de Crédito/Mútuo, e não em receita da atividade da empresa.

LUCRO PRESUMIDO.

Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período - base a que corresponder a omissão, *in casu*, o Lucro Presumido.

IRPJ. ADICIONAL.

Mantém-se a exigência constituída de acordo com a legislação em vigor.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS

O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para a seguridade social - COFINS e da contribuição para os Programas de

Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Junior, Jeferson Teodorovicz, Wilson Kazumi Nakayama, Fredy José Gomes de Albuquerque, Sérgio Magalhães Lima, Viviani Aparecida Bacchmi, Maurîtânia Elvira de Sousa Mendonça (suplente convocada) e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, fls. 838/852, contra acórdão da DRJ, fls. 802/825 que julgou improcedente a impugnação administrativa contra autuação fundada em omissão de receitas por depósitos bancários de origem não comprovada.

Para síntese dos fatos, reproduzo o relatório constante no acórdão recorrido:

Trata-se de autos de infração à legislação do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas —IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL, e das Contribuições para o Programa de Integração Social — PIS e para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins, lavrados em 13/02/2007, pelo Serviço de Fiscalização — Sefis da DRF Santo André/SP, para constituir o crédito tributário no montante de R\$ 1.573.121,13, incluídos o principal, a multa de ofício de 112,5% e os juros de mora devidos até a data da lavratura, tendo em conta as irregularidades apuradas, no ano-calendário 2002, e assim descritas no Termo de Verificação Fiscal de fls. 685/691, parte integrante da peça acusatória:

No exercício das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal, e em cumprimento a determinação do Sr. Delegado da Receita Federal em Santo André, conforme Mandado de Procedimento Fiscal nº 0811400-2005-00183-5, emitida em 06/10/05, estivemos efetuando trabalhos de verificações fiscais, com a finalidade única e exclusiva de verificar o cumprimento das suas obrigações tributárias quanto à apuração e ao recolhimento do IRRJ e seus reflexos, referente ao período de janeiro a dezembro de 2002, tendo a relatar o seguinte:

A) PROCEDIMENTOS ADOTADOS E VERIFICAÇÕES EFETUADAS

A.1) PROCEDIMENTOS INICIAIS

O trabalho fiscal foi iniciado em 22/12/2005, quando foi feito contato com a Sra. Rosana Aparecida Roque Avoglia, sócia da empresa, a quem foi dada ciência do Termo de Início de Fiscalização (fls. 27/27-v), intimando a mesma a apresentar, no prazo de 20 (vinte) dias, entre outros documentos, os Livros Contábeis e/ou Fiscais e os extratos da movimentação bancária do ano de 2002.

Em 11/01/2006 a empresa solicitou prorrogação do prazo em 10 (dez) dias úteis, alegando estar em procedimentos de fechamento anual (fl. 28). Em 25/01/2006 a empresa solicitou nova prorrogação de prazo, desta vez em 15 (quinze) dias (fl. 29).

Em 08/02/2006 a empresa ora fiscalizada apresentou os Livros Diário e Razão e as cópias do contrato social e alterações, porém deixou de fazê-lo com relação aos extratos bancários (fls. 30/31).

Em 24/02/2006 reintimamos a fiscalizada a apresentar, no prazo de 10 (dez) dias, "os extratos de todas as instituições bancárias com as quais a empresa operou no período compreendido entre janeiro a dezembro de 2002" (fls. 155/157). Naquela oportunidade, alertamos a empresa do agravamento das penalidades, no caso do não atendimento, inserindo, no Termo de Reintimação, o texto a seguir: - "Fica consignado, ainda, que no caso de não atendimento à presente, além da representação fiscal necessária, far-se-á o lançamento de ofício, fixando os rendimentos tributáveis de acordo com as informações de que se dispuser, com o agravamento das penalidades de conformidade com o disposto no Art. 845, incisos II e III e Art. 959 inciso I, todos do RIR/99 aprovado pelo Decreto 3000/1999"-.

Em 08/03/2006 a fiscalizada, através de seus representantes/procuradores Pablo Arruda Araldi e Fábio Bovo, apresentou o arrazoadado de fls. 158/164, porém novamente deixou de apresentar os extratos bancários, conforme consta na sua parte final: "Diante do exposto, deixaremos de apresentar os extratos ora requeridos, vez que já apresentados em perfeito estado de conservação todos os livros contábeis e fiscais do período solicitado, os quais se revestem de total idoneidade".

Em 23/03/2006 (fl. 165) intimamos a empresa a informar sobre a existência de ações judiciais movidas contra a União Federal/Fazenda Nacional. Em resposta, esta esclareceu não haver em trâmite nenhuma demanda judicial contra a União Federal.

Diante das sucessivas negativas da empresa fiscalizada em apresentar os referidos extratos, enviamos ao Supervisor de Equipe de Fiscalização a Solicitação de Emissão de Requisição de Informação Sobre Movimentação

Financeira (RMF), a ser enviada aos bancos onde a mesma mantinha conta época objeto do trabalho fiscal.

Assim, e tendo em vista o descrito, enviamos, devidamente autorizados pelo Sr. Delegado da DRF/Santo André, as Requisições de Informações Sobre Movimentação Financeira nº 0811400-2006-00013-1 (Banco do Brasil – AR 11/04/2006), 00014-0 (Banco Safra - AR 07/04/2006, 00015-8 (Banco Banespa - AR 12/04/2006), 00016-6 (Banco Santander - AR 12/04/2006), respectivamente, solicitando os extratos de movimentação de conta corrente, de aplicações financeiras e os dados constantes da ficha cadastral do sujeito passivo.

A.2) DA ANÁLISE DA DOCUMENTAR APRESENTADA

Em 19/04/2006 recebemos a documentação contendo os extratos em papel do Banco Safra S/A (fls. 175/238). Em 20/04/2006 recebemos a documentação contendo os extratos em papel do Banco do Brasil S/A (fls. 239/255). Em 24/04/2006 recebemos a documentação com os extratos em papel do Banco do Estado de São Paulo S/A (fls. 256/373). Em 02/05/2006 recebemos correspondência do Banco Santander S/A informando não terem sido localizadas aplicações financeiras em nome da empresa fiscalizada (fl. 374). Em 05/05/2006, o Banco Santander encaminhou os extratos empapei da conta corrente da fiscalizada (fls. 375/396).

Em 25/05/2006 o Banco Safra, atendendo a nossa solicitação, nos enviou mídia eletrônica contendo os extratos de movimentação financeira solicitados (fl. 397).

Em 12/06/2006 o Banco Banespa, atendendo a nossa solicitação, encaminhou os extratos em meio magnético da contribuinte fiscalizada (fls. 399/402). Em 30/06/2006 o Banco do Estado de São Paulo, atendendo a nossa solicitação, encaminhou os arquivos em meio magnético (fl. 403). Em 24/07/2006 o Banco Santander nos encaminhou os arquivos em meio magnético (fls. 404/406). Em 08/08/2006, recebemos do Banco Safra,

em atenção a nossa solicitação, nova mídia eletrônica contendo a movimentação da fiscalizada (fls. 408/411).

De posse da documentação apresentada pelos Bancos em questão, analisamos os créditos existentes nos extratos de conta corrente, eliminando aqueles decorrentes de resgates de aplicações financeiras.

Em 24/08/2006, intimamos o contribuinte a comprovar, no prazo de 20 dias, a origem dos valores dos créditos lançados em conta corrente nos Banco Safra, Banco do Brasil, Banco Banespa e Banco Santander, no período objeto do trabalho fiscal, conforme planilhas detalhadas anexas ao Termo de Intimação (fls. 412/427).

Em 01/09/2006, a pedido do representante/procurador da empresa, devolvemos os livros Diário e Razão, a fim de auxiliar no atendimento da intimação retro referida (fl. 428).

Em 13/09/2006 a empresa solicitou prorrogação de prazo em 30 (trinta) dias (fl.429).

Em 11/10/2006 a empresa solicitou mais 30 (trinta) dias de prorrogação para atender à intimação al. 430).

Em 17/10/2006, tendo em vista a demora no atendimento, reintimamos a empresa a apresentar, no prazo de 10 (dias), os elementos/informações solicitados na intimação cuja ciência foi tomada pelo representante da contribuinte em 14/08/2006 (fls. 431/432). Naquela oportunidade, alertamos novamente a empresa sobre o agravamento das penalidades, conforme o disposto no Art. 845, incisos II e III e Art. 959, inciso I, todos do RIR199 aprovado pelo Decreto 3000/1999.

Em 30/10/2006 a empresa apresentou parte dos documentos solicitados, identificando os valores oriundos de transferência entre contas de mesma titularidade e aqueles decorrentes de recebimentos de receitas, neste caso identificados pelo número da nota fiscal de venda (fls. 434/555).

Em 08/11/2006 reintimamos a fiscalizada a apresentar, no prazo de 05 (cinco) dias, o restante dos documentos/esclarecimentos já descritos, e preencher e apresentar o formulário "Levantamento do Ativo Permanente para Efeito de Arrolamento" (fls. 564/566).

Em 13/11/2006 a empresa informou que, no seu entender, já havia entregue toda a documentação exigida, bem como esclarecimentos da grande maioria da movimentação bancária ocorrida nas instituições bancárias onde possuía conta corrente. Informou ainda não possuir bens (fls. 567/570).

De posse da documentação acima descrita, procedemos ao cotejamento entre os extratos fornecidos pelas instituições financeiras e aqueles identificados pela empresa. Eliminamos todos os valores identificados como transferência entre contas, aplicações financeiras e respectivos resgates, bem como créditos provenientes de estornos e cheques devolvidos. Elaboramos planilhas contendo apenas os créditos remanescentes, nestes incluídos aqueles identificados pela empresa como decorrentes de recebimentos de notas fiscais (fls. 571/649).

Elaboramos então as planilhas de fls. 650/656, onde comparamos os valores dos créditos não comprovados e os identificados como receitas de vendas pela empresa, com os valores de Receita Bruta informados em DIPJ. Consideramos a diferença entre a soma dos créditos remanescentes das instituições financeiras e os valores de Receita Bruta informados pela empresa na DIPJ 2003 como omissão de receita, conforme preceitua o art. 42 da Lei 9.430/96.

A. 3) IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS

A empresa ora fiscalizada apresentou DCTF para os 1º, 2º, 3º e 4º trimestres (fls. 556/563), informando valores devidos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS. Dessa forma, consideramos os valores da diferença apurada da forma acima descrita como omissão de receita, conforme determina o art. 528 do RIR/99.

"Art. 528. Verificada a omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 519".

Assim, tendo sido constatada a omissão de receitas, é necessário se efetuar o lançamento das diferenças apuradas e constituir o conseqüente crédito tributário, com base no art. 841, inc. VI do RIR/99 que determina:

"Art. 841. O lançamento será efetuado de ofício quando o sujeito passivo: VI - omitir receitas".

A. 3.1) Ano de 2002- DIPJ - Lucro Presumido

Assim, tendo em vista que o contribuinte apresentou DIPJ para o ano-calendário de 2002, o lançamento da omissão apurada será lançado de ofício com base neste regime, na forma do art. 24 da Lei 9.249/95, que preceitua:

"Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão".

A. 3.2) Tributação Reflexa

A constituição de crédito tributário de IRPJ, relativo a omissão de receitas, também ensejou tributação reflexa, referentemente ao PIS, CSLL e Cofins, conforme art. 24, par. 2º da Lei n. 9.249/95:

"O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para a seguridade social - COFINS e da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP".

A. 3.2.1) PIS

Em relação ao período de 2002, a legislação fiscal dispõe que a apuração do PIS será efetuada mediante a aplicação de alíquota de 0,65% sobre o faturamento (receita omitida, neste caso), segundo arts 2º, inc. I, 8º, inc. I, e 13, da Medida Provisória n. 1.212/95, convalidada pela Lei n. 9.715/98:

"Art. 2º A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:

I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;

Art. 8º. A contribuição será calculada mediante a aplicação, conforme o caso, das seguintes alíquotas: I - 0,65% sobre o faturamento;"

B) DA MULTA AGRAVADA

Tendo em vista que o contribuinte, regularmente intimado em 22/02/2006 e reintimado em 24/02/2006, novamente intimado em 24/08/2006 e reintimado em 17/10/2006 e 08/11/2006, e mesmo tendo sido alertado naquela oportunidade sobre o agravamento das penalidades, não atendeu ao solicitado nos prazos marcados, tendo apresentado apenas parte dos documentos a este Serviço de Fiscalização somente em 30/10/2006, a multa de ofício ora imposta será agravada (112,5 %) relativamente ao montante das receitas omitidas, nos termos do Art. 959, inciso I, do Decreto 3000/99 (RIR/99), no forma do Art. 44, § 2º, da Lei 9.430/96, com a nova redação dada pela MP 351, de 22 de janeiro de 2007.

C) ENCERRAMENTO

Isto posto, encerramos nesta data os trabalhos relativos ao Mandado de Procedimento Fiscal nº 0811400-2005-00183-5, com a lavratura do presente, onde fica consignado que as verificações realizaram-se tomando-se por base os procedimentos acima descritos.

Deste modo, ulteriores verificações poderão ser levadas a efeito, em função de fatos ou circunstâncias não conhecidas nesta oportunidade, com a respectiva cobrança do crédito tributário, porventura existente.

Saliente-se que este Termo de Verificação Fiscal é parte integrante do citado Auto de Infração, lavrado nesta oportunidade, onde constam as bases de cálculos e os respectivos enquadramentos legais.

E, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente em 03 (três) vias de igual teor, que vão assinadas por mim, AFRF e pelo contribuinte/responsável, o qual recebe, neste ato, uma das cópias.

Cientificada dos lançamentos, em 05/03/2007, na pessoa de seu advogado e bastante procurador (cf. instrumento de procuração de fls. 32), e por intermédio dele, protocolizou a contribuinte a impugnação de fls. 694/728, em 03/04/2007, alegando em sua defesa as seguintes razões de fato e de direito.

Protesta pela tempestividade da peça de defesa afirmando que o procedimento de fiscalização, assim como os lançamentos dele decorrentes, estariam eivados de arbitrariedade e ilegalidade, em ofensa ao direito à inviolabilidade da intimidade e de sigilo das comunicações e dados das pessoas, garantias individuais constitucionalmente asseguradas.

Somente com autorização judicial, e em situações extremas, o direito à inviolabilidade da intimidade poderia ser afastado. Colaciona doutrina e jurisprudência para respaldar as suas arguições, para requerer a anulação dos lançamentos, porque fundado em procedimento atentatório à garantia constitucional.

Assevera que a exigência dos extratos bancários e a quebra de sigilo bancário teria sido efetuada de forma: (i) desnecessária, tendo em conta o perfeito estado de conservação e a inexistência de qualquer indicio de fraude na escrituração contábil e fiscal, e (ii) arbitrária, na medida em que efetuada sem observância de processo administrativo, tendente à comprovação prévia de sua imprescindibilidade.

Reputa ainda abusivo o lançamento efetuado pela modalidade de arbitramento, em desrespeito ao CTN. Nas palavras da defesa:

"Em decorrência da violação da intimidade da Impugnante mediante a quebra de sigilo bancário, sem a necessária autorização judicial ou mesmo a instauração de procedimento administrativo, vulnerou ainda o i. auditor fiscal, regra inscrita na Constituição Federal, art. 145, §1º, qual seja, de que **a administração pública, no exercício de seu regular poder fiscalizatório deve 'respeitar os direitos individuais e nos termos da Lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes. (...)**

De fato, **ao desconsiderar, imotivadamente, toda a escrituração contábil/fiscal da contribuinte, invadiu o i. auditor fiscal, desnecessariamente sua intimidade, em afronta ao quanto disposto no art. 5º, X e XII e 145, §1º, todos da Constituição Federal**" [grifos do original].

Registra que apesar de haver atendido à intimação e apresentado a escrituração comercial (livros Diário e Razão) do ano-calendário 2002, em plena ordem e revestida da idoneidade necessária, a fiscalização teria exigido a apresentação dos extratos bancários. Questiona o fato de o agente fiscal ter desconsiderado imotivadamente a escrituração apresentada, e optado pelo arbitramento das receitas com base na movimentação financeira, em afronta As disposições do art. 148 do CTN:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, **a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo** ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial [destaques acrescidos pelo Impugnante].

Acrescenta ainda que o arbitramento não teria sido precedido de processo regular em que lhe fosse concedido prazo para opor-se aos termos dos valores arbitrados, conforme a prescrição acima do art. 148 do CTN. E continua:

"A aceitar-se a proposta do i. auditor fiscal, de se desconsiderar a verdade inscrita nos livros fiscais (por ele mesmo aceita, presumidamente, quando não fez qualquer menção à sua inidoneidade e regularidade), por uma ficção/presunção inscrita nos extratos bancários, estar-se-ia admitindo tributação em descompasso com a Constituição Federal (..)".

Menciona também a existência de decisão do extinto Tribunal Federal de Recursos, acerca da impossibilidade de se arbitrar as receitas dos contribuintes, tendo por base apenas os extratos bancários, e a Súmula nº 182, com a seguinte dicção:

"É ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários".

Afirma também que estaria sendo reputado indevidamente como receita omitida, valor referente a crédito de contrato de empréstimo junto ao Banco Safra, na conta corrente da Impugnante, no valor de R\$ 33.000,00, em dezembro de 2002. Diz proceder à juntada ao processo de cópia do contrato nº 1148781 para comprovar as suas alegações.

Refere-se à ocorrência de erro na apuração do adicional do IRPJ, quando não teriam sido consideradas as parcelas isentas.

Contesta também o agravamento da penalidade, tendo em conta que teria atendido a todas as intimações para apresentação de documentos, requerendo sempre que necessária a dilação de prazo adicional. Assevera ainda que não teria simplesmente deixado de atender à intimação para apresentação dos extratos bancários, mas teria expressa e fundamentadamente discordado acerca da necessidade de sua apresentação, conforme excerto de petição protocolizada pela Impugnante em 08/03/2006:

"3. Desta forma, tempestivamente e em estrito cumprimento à intimação de V.Sa. no dia 08/02/2006 foram encaminhados os livros contábeis/fiscais e os contratos sociais com suas ulteriores modificações.

4. Nesta mesma oportunidade JUSTIFICAMOS formalmente que deixaríamos de apresentar os extratos bancários requeridos, eis que esta drástica providência somente se aplicaria em casos extremos, tal qual a inexistência ou falta de apresentação dos documentos fiscais e/ou contábeis (os quais haviam sido devidamente entregues), sendo vejamos: " Transcreve ementas de julgados do Eg. Conselho de Contribuintes, em que o agravamento da penalidade teria sido afastado: (i) pela falta de apresentação de extratos bancários e de comprovação da origem dos depósitos (Acórdão nº 104-20.184 de 16/09/2004), e também quando (ii) o contribuinte responde à intimação e apresenta os livros e documentos disponíveis (Acórdão no 101-94.247, de 13/06/2003).

Para a defesa, ainda, seria inconstitucional a multa de 112,5% sobre o crédito tributário apurado ex-officio, por afrontar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do não-confisco, a afetar a capacidade contributiva. Transcreve doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — STF e do Tribunal Regional Federal — TRF, para requerer a aplicação da multa de 20%, prevista no art. 61, §2º da Lei no 9.430, de 1996.

Protesta também contra a ilegalidade e a inconstitucionalidade da incidência de juros de mora cobrados com base na variação da Taxa Selic, tendo em conta o princípio da legalidade estrita da tributação, previsto na Constituição Federal — CF, e as disposições do art. 161, do CTN. Transcreve ementas de decisões do Superior Tribunal de Justiça — STJ (REsp no 215.881/PR de 24/09/2002, e 426.967/MG de 19/09/2002). Requer a anulação da presente exigência fiscal.

No despacho de encaminhamento de fls. 750, não se manifestou a autoridade preparadora acerca da tempestividade da impugnação apresentada.

O acórdão recorrido, no entanto, deu parcial provimento à impugnação administrativa, para afastar a majoração da multa de ofício, mantida em 75%, bem como

cancelar a imputação de omissão de receitas sobre o valor de R\$ 33.000,00, em relação aos fatos geradores ocorridos no 4º trimestre de 2002 ou no mês de dezembro de 2002, conforme ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

CONSTITUCIONALIDADE DE LEI/DECRETO. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO DE JULGAMENTO.

No âmbito do processo administrativo fiscal, é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2002

SIGILO BANCÁRIO.

As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios 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.

Como o resultado dos exames, as informações e os documentos devem ser conservados em sigilo, há transferência de sigilo, e não quebra de sigilo.

Os exames serão considerados indispensáveis, se intimado, o contribuinte não fornecer as informações sobre a sua movimentação financeira.

A escrituração mantida com observância das disposições legais somente faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

A falta de apresentação dos extratos bancários compromete a verificação da regularidade da escrituração apresentada pela pessoa jurídica, pelo que foi necessária a emissão das Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF às instituições financeiras.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITO BANCÁRIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM.

Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Diante da falta de comprovação da origem/causa e da escrituração regular *de*, em média, 85% dos depósitos efetuados nas contas correntes de titularidade da pessoa jurídica, configurou-se a hipótese de incidência da presunção legal de omissão de receitas, prevista no art. 42 da Lei n. 9.430, de 1996, e conseqüentemente, o fato gerador do IRPJ e de outras contribuições federais, não havendo amparo à alegação da defesa de mera "opção" pelo "arbitramento" da receita.

Deve ser excluído da imputação de omissão de receitas o depósito efetuado na conta corrente da empresa, e que tem origem, segundo documentação hábil apresentada na impugnação, em Contrato de Abertura de Crédito/Mútuo, e não em receita da atividade da empresa.

LUCRO PRESUMIDO.

Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período -base a que corresponder a omissão, *in casu*, o Lucro Presumido.

IRPJ. ADICIONAL.

Mantém-se a exigência constituída de acordo com a legislação em vigor.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS

O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para a seguridade social - COFINS e da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP.

MULTA. AGRAVAMENTO.

A multa de ofício de 75% deve ser agravada em 50% nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos.

Deve ser afastado o agravamento quando, se verifica que a pessoa jurídica atende às intimações, para: (i) esclarecer que a apresentação dos extratos bancários, em seu entender, além de dispensável, configuraria ofensa a direitos constitucionalmente garantidos; e (ii) apresentar as justificativas de que dispunha acerca da origem dos depósitos efetuados em suas contas corrente, procedendo a fiscalização à tributação, com base na presunção legal, dos valores cuja origem não foi regularmente identificada.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário mantido em Parte.

Irresignado, o contribuinte interpôs recurso voluntário, repisando os argumentos já expostos na impugnação administrativa, centrando-se nos seguintes argumentos para reformar a decisão de primeiro grau: a) da ofensa ao direito constitucional da intimidade (inviolabilidade do sigilo de dados) - CF art 5º, XII; b) da necessária observância pelos órgãos da administração das decisões proferidas pelo C. Supremo Tribunal Federal - RE nº 389.808 e; c) conclui que a atuação da autoridade de origem, por sua vez confirmada pela autoridade julgadora de primeiro grau, violou “(...) o direito constitucional à inviolabilidade da intimidade da contribuinte, bem como não se pautou pela disposição contida no artigo 148 do CTN, eis que determinou o arbitramento das receitas da contribuinte, levando em consideração os extratos bancários obtidos sem a devida e necessária determinação judicial, desconsiderando os livros fiscais apresentados pela contribuinte, sendo de rigor a reforma da r. decisão impugnada, redundando na declaração da nulidade do lançamento em tela”.

Após, os autos foram encaminhados para esta Turma para apreciação e julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Jeferson Teodorovicz, Relator.

O recurso é tempestivo e interposto por parte legítima. Portanto, conheço do recurso apresentado pelo contribuinte.

Preliminarmente, afasto as alegações de violações a princípios constitucionais/constitucionalidade suscitados pelo recorrente.

Isso porque a recorrente argui a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 105/2001, bem como do arbitramento das receitas realizado, fundamentação vedada no âmbito administrativo, nos termos da Súmula 2 do CARF:

Súmula CARF nº 2

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

Ademais, ainda que se ultrapassasse essa questão, especificamente em relação à Lei Complementar n. 105/2001, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da constitucionalidade do referido diploma legal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **“O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”**. 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **“A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”**. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 601314, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016)

No mérito, sustenta que determinou o arbitramento das receitas da contribuinte, levando em consideração os extratos bancários obtidos sem a devida e necessária determinação judicial, desconsiderando os livros fiscais apresentados pela contribuinte, em violação ao art. 148 do CTN.

Trata-se, contudo, de má compreensão do auto de infração lavrado! Isso porque, na hipótese dos autos, não há que se falar em arbitramento ou desconsideração de livros fiscais.

O que ocorreu foi o aumento da base de cálculo por presunção legal de omissão de receitas, nos termos do art. 42 da Lei n. 9.430/96, conforme se depreende do TVF (e-fls 734 e seguintes):

Elaboramos então as planilhas de fls. 650/656, onde comparamos os valores dos créditos não comprovados e os identificados como receitas de vendas pela empresa, com os valores de Receita Bruta informados em DIPJ. Consideramos a diferença entre a soma dos créditos remanescentes das instituições financeiras e os valores de Receita Bruta informados pela empresa na DIPJ 2003 como omissão de receita, conforme preceitua o art. 42 da Lei 9.430/96.

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.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão as normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

A3) IRPJ - OMISSÃO DE RECEITAS

A empresa ora fiscalizada apresentou DCTF para os 1º, 2º, 3º e 4º trimestres (fls. 556/563), informando valores devidos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS. Dessa forma, consideramos os valores da diferença apurada da forma acima descrita como omissão de receita, conforme determina o art. 528 do RIR/99.

"Art. 528. Verificada a omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 519"

Assim, tendo sido constatada a omissão de receitas, é necessário se efetuar o lançamento das diferenças apuradas e constituir o consequente crédito tributário, com base no art. 841, inc. VI do RIR/99 que determina:

"Art. 841. O lançamento será efetuado de ofício quando o sujeito passivo:

VI - omitir receitas".

A3.1) Ano de 2002 - DIPJ - Lucro Presumido

Assim, tendo em vista que o contribuinte apresentou DIPJ para o ano-calendário de 2002, o lançamento da omissão apurada será lançado de ofício com base neste regime, na forma do art. 24 da Lei 9.249/95, que preceitua:

"Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão".

Assim, entendo não haver reparos a serem feitos na r. decisão recorrida que concluiu no mesmo sentido:

Diante dos preceitos da legislação em vigor, não tem qualquer amparo a alegação da defesa de que o agente fiscal teria desconsiderado imotivadamente a escrituração. Ao contrário, ao justamente confrontar a escrituração apresentada, com a movimentação financeira constante dos extratos, fornecidos pelas instituições financeiras, verificou a fiscalização que a maior parte dos recursos depositados nas contas correntes não estavam regularmente escriturados, procedendo, então, à regular intimação para que a contribuinte comprovasse, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados em função dessas operações.

No demonstrativo de fls. 650 e ora reproduzido, verifica-se que em média 86% dos recursos depositados nas contas correntes de titularidade da contribuinte não foram escriturados como receitas da atividade empresarial, e a fiscalizada não conseguiu fazer a prova de origem/causa distinta de receitas da atividade empresarial e/ou de sua regular escrituração:

(...)

Da mesma forma, com base na presunção legal instituída pelo art. 42 da Lei no 9.430, de 1996, afasta-se a argumentação retórica da defesa de que a fiscalização teria "optado" pelo "arbitramento" das receitas com base na movimentação financeira. E consabido que, em matéria de tributação, a Administração Tributária não dispõe de tal margem de discricionariedade, a permitir a constituição de obrigação e crédito tributário sobre fato jurídico não previsto como necessário e suficiente à ocorrência do fato gerador.

In casu, não houve opção pelo "arbitramento" da receita, mas diante da falta de comprovação da origem/causa e da escrituração regular dos depósitos efetuados nas contas correntes de titularidade da pessoa jurídica, configurou-se a hipótese de incidência da presunção legal de omissão de receitas, prevista no art. 42 da Lei no 9.430, de 1996, e conseqüentemente, o fato gerador do IRPJ e de outras contribuições federais (CSLL, PIS e Co fins).

Afasta-se, portanto, a aplicação ao caso dos preceitos do art. 148 do CTN, porque a determinação da omissão de receitas não se fez com base em "arbitramento", mas com base em "presunção" instituída em Lei, presunção relativa, passível de ser afastada por prova em contrário a ser produzida pelo titular da conta corrente.

De qualquer forma, registre-se que o direito ao contraditório e à ampla defesa está garantido, nos termos do processo administrativo fiscal, pela apreciação que ora se faz das razões e provas apresentadas na impugnação.

A jurisprudência do extinto TFR, trazida pela Impugnante, além de não ter caráter vinculante, refere-se a outro contexto normativo, antes do advento das prescrições contidas no art. 42 da Lei no 9.430, de 1996, pelo que inaplicável para afastar a presente incidência.

Ante o exposto, conheço do recurso voluntário para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz

Fl. 13 do Acórdão n.º 1201-005.536 - 1ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10805.000340/2007-11