



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

Processo nº 10909.003539/2009-97
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1201-002.931 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de maio de 2019
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS
Recorrente ADMINISTRADORA DE BINGOS CATARINENSE LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

NULIDADE. SIGILO BANCÁRIO.

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

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA.

A teor da Súmula CARF nº 2, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006, 2007

INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE. NATUREZA.

A responsabilidade por infração tributária tem natureza objetiva, não sendo afastada por caso fortuito em que os documentos fiscais são extraviados, independentemente da vontade do contribuinte.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2006, 2007

OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO LEGAL. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PIS E COFINS.

A presunção de omissão de receitas estipulada no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 não faz qualquer segmentação das receitas presumidas, submetendo todas à tributação, na qualidade de receita omitida, inclusive para o PIS e a COFINS.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. DOLO.

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

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em dar provimento parcial ao recurso, para diminuir a multa para 75%.

(assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Neudson Cavalcante Albuquerque, Luis Henrique Marotti Toselli, Allan Marcel Warwar Teixeira, Gisele Barra Bossa, Efigenio de Freitas Junior, Alexandre Evaristo Pinto, Bárbara Santos Guedes (suplente convocada) e Lizandro Rodrigues de Sousa (Presidente).

Relatório

ADMINISTRADORA DE BINGOS CATARINENSE LTDA., pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida no Acórdão nº 07-27.661 (fls. 286), pela DRJ Florianópolis, interpôs recurso voluntário (fls. 303) dirigido a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, objetivando a reforma daquela decisão.

O processo trata de lançamentos tributários (fls. 202) para exigir IRPJ, CSLL, PIS e COFINS relativos aos anos 2006 e 2007, bem como juros de mora e multa de ofício qualificada (150%). A fiscalização presumiu a omissão de receitas a partir da constatação de depósitos bancários de origem não comprovada e arbitrou o lucro, conforme apontado no Termo de Verificação Fiscal (fls. 239).

A decisão recorrida (fls. 286) considerou improcedente a correspondente impugnação (fls. 250).

Em seu recurso voluntário (fls. 303), o contribuinte apresentou os argumentos a seguir sintetizados:

- i) o procedimento fiscal é nulo em razão de ter como fundamento fático a movimentação financeira do contribuinte, a qual foi obtida sem a autorização judicial, o que violaria o sigilo bancário;
- ii) a ocorrência de sinistro em que os documentos do contribuinte foram extraviados sem o controle do sujeito passivo seria causa de exclusão da responsabilidade por infração a legislação tributária;
- iii) a fiscalização efetuou a tributação da receita presumida sem considerar a receita já declarada na DIPJ do contribuinte, o que violaria o princípio da verdade real;

iv) a qualificação da multa de ofício deve ser exonerada uma vez que não foi praticado qualquer ato tendente a esconder do Fisco o seu faturamento, pelo que não haveria que se falar em intuito de fraude;

v) não deve prosperar a tributação do PIS e da COFINS pelos mesmos fatos que levaram à tributação do IRPJ, considerando que as referidas contribuições sociais alcançam apenas as receitas decorrentes da venda de mercadorias e da prestação de serviços;

vi) o julgamento deve alcançar tanto as questões legais quanto às reclamações de ordem constitucional.

Ao final, requer a declaração de improcedência dos lançamentos tributários.

É o relatório

Voto

Conselheiro Neudson Cavalcante Albuquerque, Relator.

O contribuinte foi cientificado da decisão recorrida em 21/06/2012 (fls. 301) e apresentou o seu recurso voluntário em 13/07/2012 (fls. 303), dentro do prazo recursal. O recurso voluntário atende aos demais pressupostos de admissibilidade, pelo que passo a conhecê-lo.

1 Sigilo bancário - nulidade

O recorrente afirma que o procedimento fiscal é nulo em razão de ter como fundamento fático a movimentação financeira do contribuinte, a qual foi obtida sem a autorização judicial, o que violaria a constituição Federal, nos seguintes termos (fls. 306):

Em síntese, faz-se necessário destacar que todo o lançamento fiscal foi baseado em informações fiscais obtidas diretamente pela Secretaria da Receita Federal, através de requisição à Instituição Financeira, e sem qualquer ordem judicial.

Nesse passo, trata-se de ato totalmente nulo e avesso ao princípio da privacidade defendido constitucionalmente no art 5º, XII, da CRFB/88. Essa questão já foi pacificada pelo PLENÁRIO do STF:

O recorrente propugna pela anulação dos lançamentos por terem sido realizados com fundamento em sua movimentação financeira. Acredita que a forma pela qual o Fisco obteve essas informações violou o sigilo bancário, uma vez que foram viabilizadas por meio de requisição administrativa, enquanto apenas o Poder Judiciário poderia determinar a colheita de tais informações.

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

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou

procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Assim, o recorrente quer que se afaste a aplicação dessa Lei em razão de uma alegada inconstitucionalidade. Todavia, este Conselho Administrativo não é competente para se pronunciar sobre a eventual inconstitucionalidade de lei tributária, conforme a Súmula CARF nº 2¹.

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

4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresse, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espreque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, §1º, da Constituição Federal.

Assim, entendo que deve ser afastada a presente alegação de nulidade.

2 Documentos comprobatórios - impossibilidade de apresentação

O recorrente afirma que estava impossibilitado de atender às intimações fiscais pelas quais foi exigida a apresentação dos documentos do contribuinte em razão de estes terem sido destruídos em incêndio ocorrido em propriedade da sócia do recorrente. Com isso, restou impossível reconstituir a sua escrita fiscal, em razão de caso fortuito, imprevisível, que não estava ao alcance ou controle do sujeito passivo e que seria causa de exclusão de qualquer responsabilidade por infração a legislação tributária, uma vez que esta teria natureza subjetiva, que possibilita a existência de excludentes de ilicitude, como o erro, o estado de necessidade e o caso fortuito e de força maior.

Entendo que a exegese do Direito oferecida pelo recorrente afronta expressamente a lei, na espécie, o artigo 136 do CTN, que determina a natureza objetiva da responsabilidade por infração tributária, *verbis*:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Assim, ainda que o desaparecimento dos documentos que estavam sob a guarda do contribuinte tenha ocorrido em razão de caso fortuito (incêndio), ele não foi exonerado de sua responsabilidade sobre as infrações tributárias que forem constatadas pela fiscalização, cabendo a esta o mister de articular os meios dados pela legislação para fazer emergir o objeto da relação tributária.

¹ Súmula CARF nº 2 - O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Na espécie, os meios legais adotados pela fiscalização foram o arbitramento do lucro a partir da receita conhecida e o conhecimento da receita, de forma presumida, a partir da movimentação financeira conhecida e não comprovada pelo contribuinte.

Com isso, entendo que não há reparos a fazer no procedimento fiscal adotado, em relação à imputação de responsabilidade pela infração tributária constatada.

3 Omissão de receitas - princípio da verdade real

O recorrente afirma que a fiscalização efetuou a tributação da receita do contribuinte sem considerar a receita já declarada na sua DIPJ, o que violaria o princípio da verdade real, conforme o seguinte excerto (fls. 323):

Não se pode pretender tributar a riqueza que já foi submetida à apuração regular pelo lucro real. Ora, se houveram diferenças supostamente não justificadas ou não tributadas, a apuração do tributo somente poderá ocorrer sobre essa diferença. Inclusive, porque a Administração deve respeitar o caráter de subsidiariedade do arbitramento, razão pela qual somente pode se valer em caráter excepcional, mas sempre prezando pela verdade real.

Todavia, ao contrário do que afirmou o recorrente, a fiscalização retirou da tributação os valores declarados pelo contribuinte em DIPJ e em DCTF, conforme apontado no TVF (fls. 243) e demonstrado na planilha de fls. 198.

Portanto, a reclamação do recorrente não possui suporte fático.

4 Multa de ofício - qualificação

O recorrente combate a qualificação da multa de ofício afirmando, em síntese, que não praticou qualquer ato tendente a esconder do Fisco o seu faturamento, pelo que não haveria que se falar em intuito de fraude.

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

O inciso I do art. 71 da Lei 4.502/64 reza que sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais. Dolo é a vontade conscientemente dirigida ao fim de obter um resultado criminoso ou de assumir o risco de o produzir, risco que a contribuinte assumiu, EM TESE, ao não contabilizar ou contabilizar suas operações em valores inferiores à realidade da empresa.

A conduta em questão está tipificada. EM TESE, como crime contra a ordem tributária, conforme definido nos arts 1º e 2º Lei 8.137/90. O art. 1º diz que constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante determinadas condutas ali enumeradas e, no inciso I do art. 2º diz que constitui crime da mesma natureza fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo.

A decisão recorrida corroborou o entendimento da fiscalização, adotando o entendimento, em síntese, de que as declarações apresentadas, por dois anos consecutivos, apontando um faturamento muito inferior ao constatado seria suficiente para caracterizar o dolo.

É certo que existem muitas decisões do CARF que adotam como critério para identificar o dolo a reiteração da omissão e a desproporção entre receita omitida e receita declarada. Todavia, constato que esse critério carrega um importante problema conceitual, que é a determinação da medida em que se passa a reconhecer algo como reiteração do falso e a determinar a proporção em que a omissão se torna relevante. Em outras palavras, esse critério é falho porque não determina a medida em que o falso e a reiteração deixam de acompanhar uma mera omissão e passam a ser determinantes de uma omissão dolosa. Tal medida é essencial para a solução das lides, mormente quando a Sumula CARF nº 14² determina que a simples apuração de omissão de receita, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício.

Nesse mister, adoto o entendimento de que a conduta do contribuinte passa a ser qualificada quando este faz um esforço adicional para ocultar a omissão de receitas, praticando atos que não fazem parte do núcleo da ação que concretizou a omissão, por exemplo, a simulação, a emissão de notas fiscais subfaturadas, a ocultação de documentos ou de registros contábeis.

Na espécie, o contribuinte não simulou, não fraudou documentos e não praticou atos tendentes a ocultar do Fisco a sua omissão. É certo que não foram apresentados os documentos contábeis e fiscais exigidos, mas isso se deu com uma justificativa a qual não foi afastada pela fiscalização.

Assim, entendo que não está caracterizado o dolo necessário para a qualificação da multa de ofício.

5 PIS e COFINS - inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98

O recorrente combate a tributação do PIS e da COFINS pelos mesmos fatos que levaram à tributação do IRPJ, considerando que as referidas contribuições sociais alcançam apenas as receitas decorrentes da venda de mercadorias e da prestação de serviços, não sendo aplicáveis às receitas financeiras, conforme decisões judiciais vinculantes que declararam a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998.

Verifico que a tributação do PIS e da COFINS não foi realizada sobre receitas financeiras. Os depósitos bancários apontados pela fiscalização sequer são receitas financeiras e também não são estes o objeto da tributação.

Na verdade, a tributação foi realizada com base em presunção legal que maneja dois tipos de fato: o fato conhecido e o fato não conhecido. O mecanismo de presunção consiste em verificar a existência de um fato conhecido e, daí, presumir a existência de um fato desconhecido, conforme autorização legal.

² Súmula CARF nº 14

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Na espécie, os fatos conhecidos são os depósitos bancários sem origem comprovada. Tais fatos foram constatados pela informação prestada pelas instituições financeiras mas, nem por isso, podem ser confundidos com receitas financeiras. A partir de tais fatos conhecidos, a lei autoriza a presunção da existência de outros fatos, desconhecidos, mas que caracterizam omissão de receitas.

Assim, foram provados os fatos conhecidos e foram presumidos os fatos não conhecidos, dentro do mecanismo de presunção legal previsto no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996. A lei não faz qualquer segmentação dos fatos desconhecidos, submetendo todos à tributação, na qualidade de receita omitida. Não há questionamento de inconstitucionalidade do referido dispositivo, de forma que a tributação realizada é legal.

Diante do exposto, entendo que não procede a presente reclamação do recorrente.

6 Julgamento conforme o Direito e a Constituição

O recorrente propugna pela realização do presente julgamento conforme o Direito e a Constituição, ou seja, tendo como fonte não apenas as leis formais, mas também a Carta Magna.

O presente tribunal administrativo não pode afastar a aplicação de lei diante de uma alegação de inconstitucionalidade, conforme entendimento pacificado na Súmula nº 2³ do CARF, mas está obrigado a reproduzir as decisões judiciais que declaram a inconstitucionalidade de lei, conforme o artigo 62, §1º, I, do Regimento Interno do CARF. Portanto, é lícito afirmar que as decisões do CARF são sempre tomadas diante do Direito e da Constituição, embora esta última esteja subordinada à atividade da Suprema Corte.

7 Conclusão

Diante das razões acima expostas, voto por conhecer do recurso voluntário e dar-lhe parcial provimento para que seja exonerada a qualificação da multa de ofício.

(assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Relator

³ Súmula CARF nº 2 - O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.