



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

**Processo n°** 13864.000059/2008-45  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1201-000.925 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 3 de dezembro de 2013  
**Matéria** AUTO DE INRAÇÃO DE IRPJ, CSLL, PIS e COFINS  
**Recorrente** DURAFLEX ENGENHARIA DE PISOS E REVESTIMENTOS LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2004, 2005

FALTA DE APRESENTAÇÃO DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL OU DE LIVRO CAIXA. ARBITRAMENTO. IRPJ. CSLL. Mantém-se a forma de tributação pelo arbitramento do lucro adotada na autuação se a pessoa jurídica, durante a ação fiscal, deixar de exibir a escrituração contábil e/ou o Livro Caixa que a ampararia na tributação com base no lucro presumido.

**OMISSÃO DE RECEITAS. SIGILO BANCÁRIO.**

A despeito da matéria envolver critérios de ilegalidade, o fundamento que respalda o direito do contribuinte está fulcrado em dispositivo constitucional, nos termos do artigo 5º, inciso XII, da CF. Aplicação da Súmula 2 do CARF. Impossibilidade da Corte Administrativa em afastar regras por inconstitucionalidade.

**DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.**

A Lei 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

**TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.**

Em se tratando de exigências reflexas que tem por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do IRPJ, a decisão de mérito prolatada no principal constitui prejudgado na decisão dos decorrentes.

**MULTA DE OFÍCIO. FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO.**

Diante da falta de atendimento às intimações, nos prazos marcados pela legislação de regência, não há como afastar a multa aplicada no percentual de 112,5%, previsto no art. 44, I, combinado com o § 2º, da Lei 9.430/96.

OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

A apreciação de questionamentos relacionados a ilegalidade e inconstitucionalidade da legislação tributária não é de competência da autoridade administrativa, sendo exclusiva do Poder Judiciário. Súmula 2 do CARF.

Recurso conhecido e não provido.

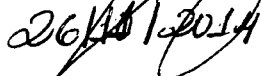
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao Recurso Voluntário. Ausente o Conselheiro João Carlos de Lima Junior, sendo substituído pela Conselheira Meigan Sack Rodrigues.

  
FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ - Presidente.

  
RAFAEL CORREIA FUSO - Relator.

EDITADO EM:



Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Marcelo Cuba Netto, Rafael Correia Fuso, Roberto Caparroz de Almeida, Luiz Fabiano Alves Penteado e Meigan Sack Rodrigues.

## Relatório

Tratam-se de Autos de Infração lavrados em face da contribuinte, em 21/02/2008, exigindo Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, Contribuição para o PIS/Pasep, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins, e a Contribuição Social sobre o Lucro — CSLL, no valor total de R\$ 1.944.275,97, com juros de mora calculados até 31/01/2008 e multa de ofício aplicada no percentual de 112,50%, devido as irregularidades assim descritas no auto de infração do IRPJ, fls. 301/313:

*Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte supracitado, efetuamos o presente Lançamento de Ofício, nos termos do art. 926 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda 1999), tendo em vista que foram apuradas as infrações abaixo descrita (s), aos dispositivos legais mencionados.*

*Razão do arbitramento no(s) período(s): 03/2004, 06/2004, 09/2004, 12/2004, 03/2005, 06/2005, 09/2005, e 12/2005.*

*Arbitramento do lucro que se faz em virtude de que a empresa, estando autorizada a optar pela tributação com base no Lucro Presumido, deixou de cumprir as obrigações acessórias relativas a sua determinação, em relação aos seguintes fatos.*

*A empresa entregou as Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica dos anos-calendário de 2004 (DIPJ/05, fl. 4) e 2005 (DIPJ/06, fl. 39) manifestando sua opção pelo lucro presumido nesses anos-calendário e informando que havia feito escrituração contábil. Desta forma, estava obrigada a manter escrituração contábil nos termos da legislação comercial ou Livro Caixa, no qual deveria estar escriturada toda a movimentação financeira, inclusive bancária, além do Livro Registro de Inventário (artigo 527 do RIR/99).*

*Através do Termo de Início de Ação Fiscal 296/07-01 (fl. 47), a empresa foi intimada a apresentar à Fiscalização seus livros Diário e Razão, relativos aos anos-calendário de 2004 e 2005, ou, alternativamente, seus livros Caixa e Registro de Inventário, relativos ao mesmo período.*

*Não havendo apresentado resposta no prazo estipulado, a empresa foi reintimada a fazê-lo, através do Termo Fiscal de Reintimação 296/07-02 (fl. 49).*

*Em 04/09/07, a empresa apresentou resposta (fl. 50), informando que "... deixamos de apresentar o Livro Diário e Razão relativos aos anos calendários 2004 e 2005 haja visto sua inexistência, pois o regime adotado e a legislação vigente à época não obrigava a sua escrituração". Nenhuma menção foi feita aos livros Caixa e Registro de Inventário.*

*A empresa foi então mais uma vez reintimada a apresentar os livros Caixa e Registro de Inventário relativos aos anos-calendário de 2004 e 2005, através do Termo Fiscal de Reintimação 296/07-03 (fl. 66). Porem, vencido o prazo concedido, a empresa não os apresentou, nem trouxe qualquer justificativa para tal omissão.*

*Assim, não havendo a empresa apresentado à autoridade tributária os livros da escrituração comercial e fiscal dos anos-calendário de 2004 e 2005, ou o Livro Caixa, seu lucro nesses anos-calendário deverá ser arbitrado, nos termos do artigo 530, III, do RIR/99.*

*Enquadramento Legal: A partir de 01/04/1999. Art. 530, inciso III, do RIR/99.*

#### *Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada*

*Valores depositados e/ou creditados junto a instituições financeiras, em favor do contribuinte, dos quais este, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, apurados como se segue.*

*O contribuinte foi intimado, através do Termo de Início de Ação Fiscal 296/07-01 (fl. 47), e reintimado, através do Termo Fiscal de Reintimado 296/07-02 (fl. 49), a apresentar os extratos bancários com a movimentação diária ocorrida de 01/01/2004 a 31/12/2005, referentes a todas as suas contas-correntes mantidas em instituições financeiras.*

*Em sua resposta entregue em 04/09/07 (fl. 50), o contribuinte não apresentou os extratos solicitados, com o que foi, mais uma vez, reintimado a fazê-lo, através do Termo Fiscal de Reintimação 296/07-03 (fl.66).*

*Como o novo prazo concedido também expirou sem que o contribuinte houvesse apresentado os extratos bancários, eles foram requeridos diretamente as instituições bancárias, conforme Solicitações de Emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira de folhas 67 e 76, que deram origem às Requisições de Informação sobre Movimentação Financeira (RIME) de folhas 70 a 75 e 78 a 79. Essas RIME' foram atendidas com o envio das informações de folhas 80 a 277, sendo que as recebidas em meio magnético foram posteriormente destruídas, conforme folha 278.*

*Com base nos extratos fornecidos pelas instituições bancárias, foi elaborada a planilha de folhas 284 a 295, com os valores creditados e/ou depositados em suas contas bancárias, já excluídos os identificados como passíveis de serem decorrentes de transferências inter-contas do próprio contribuinte (relacionados às folhas 281 a 283) e também aqueles que, pelo seu histórico, foram identificados como decorrentes de empréstimos, resgates de aplicações financeiras, estornos, cobertura de saldos devedores, devoluções de cheques e similares.*

*O contribuinte foi então intimado, através do Termo Fiscal de Intimação 296/07-05 (fl. 280), a comprovar, no prazo de vinte dias, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, as origens desses valores. Foi também cientificado que o não atendimento ao solicitado no prazo marcado significaria admissão tácita da impossibilidade de efetuar as comprovações solicitadas.*

*Porem, o contribuinte não apresentou resposta à intimação.*

*Com isso, não foram comprovadas as origens dos recursos utilizados nas operações listadas em anexo ao Termo Fiscal de Intimação 296/07-05 (fl. 280), reagrupadas em ordem cronológica nas planilhas anexas a este auto de infração, as quais se caracterizam como omissão de receitas, nos termos do artigo 42 da Lei 9.430/96, nos valores mensais discriminados nessas planilhas.*

#### *Lançamento de Ofício*

*No presente lançamento de ofício, a multa legal foi aumentada de metade, nos termos do artigo 44, parágrafo 2º, inciso I, da Lei 9.430/96, face ao não atendimento pela empresa, no prazo marcado, da intimação para prestar esclarecimentos (Termo Fiscal de Reintimação 296/07-03, fl.66). Cabe destacar que, nesse termo fiscal, a empresa já havia sido cientificada de que o não atendimento implicaria na aplicação dessa penalidade. Cabe ainda salientar que a empresa também não atendeu ao Termo Fiscal de Intimação 296/07-05 (fl. 280) e ao Termo Fiscal de Intimação 296/07-06 (f. 296), fato do qual foi cientificada através do Termo Fiscal de Constatação 296/07-07 (fl. 297), ao qual, mais uma vez, não apresentou nenhuma contestação.*

*Também neste lançamento de ofício, no caso do imposto de renda, o percentual de presunção de lucro foi determinado com base no disposto no parágrafo único do artigo 537 do RIR/99, qual seja:*

*"No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela que corresponder o percentual mais elevado". Na cláusula terceira de seu contrato social, apresentado pela empresa (fl. 52), constam como sendo seu objeto social:*

*a)importação, exportação, comércio e distribuição de peças, componentes e equipamentos, insumos e matérias-primas, produtos e soluções químicas e minerais para execução, revestimento, tratamento e recuperação de pisos, paredes e outras obras de concreto, aço e outros materiais, independentemente do uso a que se destinem;*

*b)contratação de equipamentos e mão-de-obra fabril ou administrativa, especializada ou não, e materiais, para a execução de serviços de qualquer natureza;*

*A*

*c) preparação e formulação de produtos e revestimentos protetores contra ataques abrasivos, corrosivos e ambientais;*

*d) serviços de impermeabilização e de jateamento de superfícies em geral, independente do uso a que se destinem;*

*e) execução de revestimentos de qualquer natureza, pintura, tratamento e recuperação de pisos, paredes, telhados e outras obras de concreto, aço e outros materiais.*

*Nesse caso, o percentual mais elevado corresponde atividade de prestação de serviços em geral, exceto hospitalares, nos termos dos artigos 518, 519, parágrafo 1º, e 532 do RIR/99.*

*Inclusive, de acordo com o código da atividade econômica principal (CNAE-Fiscal) informado pelo contribuinte no CNPJ (l. 3), 43.30-4-01, essa é realmente a atividade principal da empresa, haja vista que a divisão 43 do CNAE 2.0 trata de "serviços especializados para a construção"; o grupo 433 compreende as "obras de acabamento" e a sub-classe 43.30-4-01 compreende as atividades de "impermeabilização em obras de engenharia civil".*

*Não havendo também sido possível, face ao não atendimento ao Termo Fiscal de Intimação 296/07-05 (fl. 280) e ao Termo Fiscal de Intimação 296/07-06 (fl. 296), comprovar que na prestação desses serviços houve o emprego de materiais, o percentual a ser utilizado, à luz do Ato Declaratório Normativo Cosit 06/97, e de 32% (trinta e dois por cento), acrescido de 20% (vinte por cento), nos termos do artigo 532 do RIR/99. Destaque-se que o contribuinte foi alertado que o não atendimento ao Termo Fiscal de Intimação 296/07-06 (fl. 296) significaria admissão tácita de que todas as receitas declaradas como auferidas em 2005 haviam decorrido da prestação de serviços de impermeabilização em obras de engenharia civil, conforme seu CNAE principal 4330-4-01, sem o uso de materiais (s6 serviços).*

*[tabela contendo: Fato Gerador com período trimestrais de 31/03/2004 a 31/12/2005; Valor tributável ou imposto, e multa de ofício no percentual de 112,50%]*

*Enquadramento legal: Arts. 27, inciso I, e 42 da Lei nº 9.430/96;*

*Arts. 518, 519, parágrafo 1º, III, a, 532 e 537 do RIR/99 (Decreto 3.000/99); ADN Cosit 06/97.*

*Receitas Operacionais. Prestação de Serviços Gerais*

*Em suma Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica de 2006 (DIPJ/2006, fl. 39), a empresa informou sua opção pelo lucro presumido no ano-calendário de 2005, com o que, nos termos do artigo 527 do RIR/99 (Decreto 3.000/99), estava obrigada a manter Livro Registro de Inventário e escrituração contábil nos termos da legislação comercial ou, alternativamente, Livro Caixa, com escrituração de toda a movimentação financeira, inclusive bancária.*

*A empresa foi então intimada, através do Termo de Início de Ação Fiscal 296/07-01 (fl. 47), e reintimada, através do Termo Fiscal de Reintimação 296/07-02 (fl. 49), a apresentar esses livros, relativamente ao ano-calendário de 2005. Em sua resposta entregue em 04/09/07 (fl. 50), a empresa informou que deixava de apresentar os livros Diário e Razão face sua inexistência, "pois o regime adotado e a legislação vigente à época não obrigava sua escrituração". Nenhuma menção foi feita aos livros Caixa e Registro de Inventário.*

*A empresa foi então reintimada, mais uma vez, através do Termo Fiscal de Reintimação 296/07-03 (fl. 66), a apresentar seus livros Caixa e Registro de Inventário, relativos ao ano-calendário de 2005. Nesse mesmo termo, a empresa foi cientificada de que o não atendimento ao solicitado no prazo marcado significaria admissão tácita da inexistência dos livros solicitados. Não obstante, a empresa não apresentou resposta.*

*Face ao exposto, a empresa teve seu lucro arbitrado no ano-calendário de 2005, nos termos do artigo 530, inciso III, do RIR/99, através deste auto de infração. Para seu cálculo, nos termos do artigo 532 do RIR/99, foram utilizadas as receitas declaradas em sua DIPJ/2006 (fl. 41 e 42), a saber:*

*1º trimestre: R\$ 119.094,35.*

*2º trimestre: R\$ 146.778,90.*

*3º trimestre: R\$ 64.852,66.*

*4º trimestre: R\$ 277.531,71.*

*Também foi utilizado, pelos motivos expostos na "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal" da infração "Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada", o percentual de presunção de lucro de 32% (trinta e dois por cento), acrescido de 20% (vinte por cento), nos termos do artigo 532 do RIR/99.*

*Os eventuais pagamentos indevidamente efetuados pelo contribuinte na forma do lucro presumido poderão, a seu critério, serem objetos de pedido de compensação ou de restituição, à luz da legislação de regência.*

*Neste lançamento de ofício, a multa legal foi aumentada de metade, nos termos do artigo 44, parágrafo 2º, inciso I, da Lei 9.430/96, pelos motivos expostos na "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal" da infração "Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada".*

Cientificada da autuação em 28/03/2008 (AR de fl. 371), e inconformada com a exigência fiscal, a interessada apresentou em 23/04/2008 a impugnação de fls. 375/394, acompanhada dos documentos de fls. 395/401, com as seguintes razões de defesa.

*- Alega que a autuação se baseou em extratos bancários em completa afronta As bases de cálculo e hipóteses de incidência dos tributos lançados. Sustenta, ainda, que informações*

*bancárias não se confundem com a base de cálculo constitucionalmente fixada para o imposto de renda, sendo, por isso, insustentável a autuação.*

*- Diz que houve quebra do sigilo bancário, restando infringidos direitos e garantias individuais da impugnante.*

*- Assevera que, diante da exorbitante multa lançada, ocorreu verdadeira violação ao Princípio Constitucional do Não-Confisco.*

*- A seguir, quanto ao direito, aduz ser a impugnante optante pelo lucro presumido, pelo que só haveria a necessidade de manter controle da real movimentação da empresa pelo caixa, o que teria sido ignorado pela fiscalização a qual, na ausência dos livros contábeis e fiscais, teria lançado mão de outros meios — (o arbitramento) - para apurar o crédito tributário constituído no auto de infração. Cita jurisprudência.*

*- Acrescenta que a autoridade fiscal, em uma atitude descabida, arbitrou o lucro da empresa, sem que, à interessada, fosse dada oportunidade de "recompor sua escrita fiscal e, ainda, verificar a partir das informações disponíveis o valor exato do tributo devido."*

*- Prosseguindo, adverte que sendo a base de cálculo do imposto de renda um dos elementos da regra-matriz de incidência tributária, não competiria à lei ordinária alargar o restrito conceito de renda constitucionalmente estabelecido, só o podendo fazê-lo, o Código Tributário Nacional, norma com status de Lei Complementar, pelo que não se sustenta a autuação calcada no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996.*

*- Nesse compasso, com fulcro no Código Tributário Nacional e em doutrinadores que cita, sustenta que apenas a aquisição de disponibilidade econômica revela-se como base de cálculo para incidência do imposto de renda, sendo certo que, no caso vertente, incorreu o confronto entre entradas e saídas, a fim de que se pudesse constatar renda tributável.*

*Assim, a simples existência de depósitos bancários, declara a interessada, não tem o condão de revelar a aquisição de disponibilidade econômica, pelo que, entende, estar-se-ia diante de urna nova base de cálculo ao desamparo do texto constitucional.*

*- A robustecer seus argumentos, assevera que diante de tamanha impropriedade o Poder Executivo editou o Decreto-lei nº 2.471, de 1988, cancelando todos os débitos originados de análise de extratos e comprovantes bancários. Colaciona jurisprudência.*

*- Calcado no mesmo raciocínio antes exposto, ou seja, na indevida utilização dos depósitos bancários como base de cálculo do imposto lançado, alega que, a base de cálculo do PIS e da COFINS, é o faturamento, entendido este como o produto da venda de mercadorias ou da prestação de serviços, não se confundindo, pois, com os depósitos bancários.*

- No tópico seguinte aborda a questão da quebra do sigilo bancário, a qual se encontra regulamentada pela Lei Complementar nº 105, de 2001, afirmando que as informações bancárias foram obtidas inconstitucionalmente, pois ofensivas ao seu direito líquido e certo de sigilo, uma vez que os atos praticados pela Recorrente não se revestem de qualquer indício de ilícito penal. Cita doutrina e jurisprudência.

Com isso, em razão do abuso da autoridade fiscal na utilização de dados sigilosos para a fiscalização tributária, requer que tais informações sejam desconsideradas.

- Passa, então, a combater a multa aplicada, a qual entende confiscatória.

Para tanto, assegura ser devido, também em relação As multas e penalidades aplicadas, a obediência ao Princípio da Capacidade Contributiva, por se tratar de garantia individual ao contribuinte, devendo, portanto, ser observado o artigo 150, IV, da Constituição Federal, em que pese referir-se o texto maior a tributo e não a multa.

- Ao final, reprisa seus argumentos e reforça seu pleito de que seja julgado improcedente o lançamento consubstanciado no auto de infração ora guerreado e pugna pela a diminuição da multa aplicada.

A DRJ manteve o lançamento fiscal, em sua integralidade, conforme ementa abaixo transcrita:

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

*Ano-calendário: 2004, 2005*

**FALTA DE APRESENTAÇÃO DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL OU DE LIVRO CAIXA. ARBITRAMENTO. IRPJ. CSLL.** Mantém-se a forma de tributação pelo arbitramento do lucro adotada na autuação se a pessoa jurídica, durante a ação fiscal, deixar de exibir a escrituração contábil e/ou o Livro Caixa que a ampararia na tributação com base no lucro presumido.

**OMISSÃO DE RECEITAS. SIGILO BANCÁRIO.**

*A utilização de informações regularmente obtidas junto a instituições bancárias não caracteriza violação de sigilo bancário, sendo desnecessária prévia autorização judicial.*

**DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.**

*A Lei 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

*Ano-calendário: 2004, 2005*

*TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.*

*Em se tratando de exigências reflexas que tem por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do IRPJ, a decisão de mérito prolatada no principal constitui prejudgado na decisão dos decorrentes.*

*MULTA DE OFÍCIO. FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO.*

*Diante da falta de atendimento às intimações, nos prazos marcados pela legislação de regência, não há como afastar a multa aplicada no percentual de 112,5%, previsto no art. 44, I, combinado com o § 2º, da Lei 9.430/96.*

*OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.*

*A apreciação de questionamentos relacionados a ilegalidade e inconstitucionalidade da legislação tributária não é de competência da autoridade administrativa, sendo exclusiva do Poder Judiciário.*

A contribuinte foi intimada por edital fixado na Delegacia da Receita Federal de São José dos Campos, 16/11/2011 (prazo de 30 dias contados do 16º dia de fixação do edital), e apresentou Recurso Voluntário em 24/12/2011, portanto, de forma tempestiva, alegando:

- que a quebra de sigilo bancário é medida que já foi julgada pelo STF, reconhecendo a inconstitucionalidade de tal medida sem autorização judicial;

- que em relação à multa de 112,5% fere o princípio do não confisco, que não houve intuito doloso, sendo uma impossibilidade momentânea da contribuinte na apresentação do Livro Diário.

Este é o relatório!



## Voto

Conselheiro Relator Rafael Correia Fuso

O Recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais, por isso o conheço.

Não havendo matéria preliminar, passemos ao mérito.

Dois pontos são atacados pela contribuinte em seu recurso, conforme mencionado no relatório, todos eles contemplam matéria de ordem constitucional.

A questão da quebra de sigilo bancário, a despeito de passar pela análise da Lei nº 4.595/64, em seu artigo 38, § 5º, que trata de procedimento instaurado pela autoridade fiscal competente, para fins de obter esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras, a despeito de envolver o artigo 197 do CTN e a Lei Complementar nº 105/2001 (vide artigos 1º e 6º), é uma matéria reflexa no plano da discussão de eventual ilegalidade, tendo como fundamento principal a inconstitucionalidade do acesso às informações sem decisão judicial fundamentada para tanto, qual seja violação clara do artigo 5º, inciso XII.

Sob esse prisma, a violação dos dados e informações bancárias pelas autoridades Fazendárias, a despeito de ter total rechaço por esse julgador, é matéria que deve ser levada ao Poder Judiciário, que já sinalizou no brilhante voto do Ministro Marco Aurélio, que é um direito do contribuinte não se sujeitar à quebra de sigilo bancário sem ordem judicial. Vejamos:

*“SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. RE 389808/PR, Min. Rel. Marco Aurélio, Julgamento em 15/12/2010. Pleno.”*

No caso específico ora julgado o fundamento do lançamento fiscal, a despeito de se tratar de omissão de receita em razão de depósitos bancários, tem como preceito a quebra de sigilo bancário sob a forma de RMF – Requisição de Movimentações Financeiras, não existindo nenhuma outra peculiaridade.

Toda a retórica da DRJ de que as informações apenas mudaram de mão, mantendo-se sigilosa é retórica para dar constitucionalidade ou mesmo de legalidade num ato que não há.



Se estamos diante de entidades distintas (Banco Central x Receita Federal), sendo o primeiro uma autarquia federal criada pela Lei Federal nº 4.595/64 e o segundo se trata de órgão do poder executivo, não há como sustentar tamanha argumentação.

Faltou a esses que sustentam a referida tese conhecimento em direito administrativo, pois as informações mudaram de mão sim, entre entes distintos, e a Fazenda, maior interessada nas informações, não manteve sigilo, agiu publicizando a movimentação financeira.

Como esse E. Tribunal não pode cancelar lançamentos fiscais por violação de regra constitucional, visto o teor da Súmula nº 2 do CARF, que exclui a competência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, matéria essa reservada ao Poder Judiciário, não podemos acolher a pretensão da contribuinte na parte que ventila essa matéria em seu Recurso:

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

Cabe então analisarmos a questão da Receita omitida, que não fora afastada por elementos de provas ou justificativas objetivas pelo contribuinte, preferindo impugnar a forma, do que a essência dos depósitos bancários, que resultou por conta disso no arbitramento do lucro, em razão da não apresentação de escrituração de livros fiscais (Livro Diário), nos termos do artigo 530, inciso III, do RIR/99.

Nesse caso, é sabido que movimentação financeira não pode ser considerada como receita tributada sob uma verdade absoluta.

Também é notório que existe uma lei que inverte o ônus da prova quando a fiscalização, ao se deparar com a movimentação financeira incompatível com as informações declaradas pelos contribuintes, sob o manto da presunção, notifica o contribuinte a demonstrar e esclarecer as movimentações financeiras, sob pena de autuação fiscal.

Essa regra está insculpida no artigo 42 da Lei nº 9.430/06:

*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.*

(...)

Diante disso, cabe ao contribuinte afastar a presunção legal de omissão de receita. Ao não apresentar provas e justificativas plausíveis, fica difícil acolher os argumentos pela afastabilidade da acusação fiscal.

Outro ponto que merece destaque e que coloca por terra as alegações da Recorrente, especificamente quanto à ilegalidade do trabalho fiscal e o arbitramento é o fato de que o contribuinte não apresentou nenhum documento ou livro fiscal que pudesse justificar as movimentações financeiras ou as informações prestadas pelo contribuinte à Fazenda quanto à sua receita.



Portanto, agiu de forma correta a fiscalização ao aplicar o disposto no artigo 530, inciso III, do RIR/99, medida essa que traduz apenas no arbitramento a possibilidade de apuração dos tributos devidos:

*Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei n.º 8.981, de 1995, art. 47, e Lei n.º 9.430, de 1996, art. 1.º):*

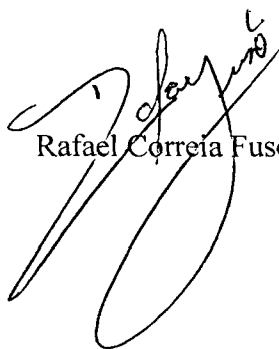
*III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;*

Por fim, quanto à multa de 112,5%, as reiteradas intimações da Fazenda ao contribuinte, que se mostrou silente quanto à exibição do Livro Diário, respondendo apenas uma intimação e não mencionando nada a respeito do documento exigido, demonstra descaso com o trabalho de fiscalização.

Sabemos que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, princípio esse que pode ser aplicado no Direito como um todo, não apenas no Direito Penal.

Contudo, ao não responder o mesmo justificar a ausência do livro diário à fiscalização, demonstrou desprezo e descrença no trabalho legal realizado pelo auditor fiscal, o que configura a aplicação do agravamento da multa, nos termos do artigo 44, I, combinado com o seu § 2º, da Lei 9.430/96.

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso, e no mérito, NEGO-LHE provimento.



Rafael Correia Fuso - Relator