



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.000442/2004-16
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-004.548 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de setembro de 2020
Recorrente H&H COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA DO BRASIL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1998

PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Há de se rejeitar a preliminar de nulidade quando comprovado que a autoridade fiscal cumpriu todos os requisitos pertinentes à formalização do lançamento, tendo o sujeito passivo sido cientificado dos fatos e das provas documentais que motivaram a autuação e, no exercício pleno de sua defesa, manifestado contestação de forma ampla e irrestrita, que foi recebida e apreciada pela autoridade julgadora.

APLICAÇÃO DE LEI. INCONSTITUCIONALIDADE. CARF. INCOMPETÊNCIA.

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1998

MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. ACESSO PELO FISCO. SIGILO BANCÁRIO. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

A faculdade de o Fisco acessar os extratos bancários dos contribuintes, independentemente de decisão judicial, com base no art. 6º da Lei Complementar 105, de 2001, 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.

MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. OUTROS TRIBUTOS. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE. EFEITOS RETROATIVOS.

A alteração realizada pela Lei 10.174, de 2001, em relação à utilização dos dados de movimentação bancária para a constituição de créditos tributários relativos a impostos e contribuições, 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.

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

Ano-calendário: 1998

LUCRO ARBITRADO. MEDIDA EXCEPCIONAL E OBRIGATÓRIA.

O arbitramento do lucro é medida excepcional e só se aplica nas restritas hipóteses elencadas na legislação, como por exemplo, quando há declaração de imprestabilidade das demonstrações contábeis do sujeito passivo. Como regra, deve-se apurar eventuais tributos devidos de acordo com a opção do contribuinte de tributação para o referido ano - calendário. Contudo, sendo identificada alguma das hipóteses legais de arbitramento, a apuração pelo lucro arbitrado se torna obrigatória.

LUCRO PRESUMIDO. ESCRITURAÇÃO COMERCIAL E FISCAL OU LIVRO CAIXA. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. ARBITRAMENTO

O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando o contribuinte, pelo lucro presumido, deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 1998

CSLL. LANÇAMENTO REFLEXO. MESMA DECISÃO.

Ao lançamento reflexo relativo à CSLL, não havendo razão para entendimento diverso, aplica-se a mesma decisão adotada em relação ao lançamento principal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, em dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado- Presidente

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Maurîtânia Elvira de Sousa Mendonça (Suplente convocada) e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Em relação ao Acórdão nº 01-9.704, de 8 de novembro de 2007, proferido pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém/PA, que julgou parcialmente procedente a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo principal acima identificado (fls. 309/320), foram interpostos Recurso Voluntário e Recurso de Ofício.

Por bem sintetizar a discussão tratada nos autos, valho-me do relatório do Acórdão de fls. 397/420, complementando-o, ao final:

Trata o processo de lançamentos consubstanciados em Autos de Infração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, Programa de Integração Social - PIS, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, relativamente aos atos geradores de 31/03, 30/06, 30/09 e 31/12 do ano de 1998, com multa de ofício no percentual de 112,5% e juros de mora com base na taxa Selic, em razão do autuado ter efetuado movimentação financeira das suas operações junto aos Bancos Bradesco -agência 0368-9, conta - 46.891-6 e no Banco Itaú - agência 191 conta - 04.865-1, em nome de seu sócio, Sr. José Akira Ishikawa, e em conta da própria autuada, no Banco Bradesco -agência 0368-9 conta - 81.182-3, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal, de fls. 166 a 167, sem oferecimento à tributação.

Regularmente intimado, o contribuinte não comprovou; mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, o que caracteriza a presunção da omissão de receita, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

O autuado entregou a Declaração DIPJ/1999, cópia de fls. 82 a 116, com a opção pela apuração do lucro presumido trimestral, com os valores “zerados”, indicando não ter exercido atividades nesse ano de 1998.

Inconformado, o contribuinte impugnou as exigências, mediante arrazoado, de fls. 233 a 262, com as seguintes alegações, que foram assim resumidas em parte do relatório do Acórdão nº 01-9.704, da DRJ/BELÉM/PA, de fls. 298 a 309, o qual adoto e transcrevo:

“PRELIMINARES.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

1) A impugnante recebeu somente cópia dos autos de infração, do Termo de Verificação e do Demonstrativo dos depósitos bancários. Os demais documentos embasadores da autuação não lhe foram encaminhados;

2) Destaca, também, a omissão no Termo de Verificação ao fato de que o sujeito passivo, quando intimado, informou a sua impossibilidade de prestar as informações em decorrência de extravio de seus documentos, causado por assaltos;

MÉRITO.

DECADÊNCIA.

3) Quando a impugnante foi cientificada das exações já houvera decaído o direito à sua formalização, em decorrência do lapso temporal de mais de 5 anos dos fatos geradores;

SIGILO BANCÁRIO.

4) A impugnante foi surpreendida pela quebra do seu sigilo bancário, fato que afronta dispositivo constitucional em vigor;

CPMF.

5) A utilização de informações da CPMF para fundamentar os lançamentos questionados é ilegal por estar expressamente vedada à época dos fatos geradores por força do disposto no artigo 11, parágrafo 2º da Lei nº 9.311, de 1996;

6) A Lei nº 10.174, de 2001, que revogou a vedação tratada no parágrafo pretérito somente entrou em vigor 9 de janeiro de 2001, não podendo retroagir seus efeitos ao ano-calendário de 1998;

INCIDÊNCIA DA TRIBUTAÇÃO.

7) Os valores que transitaram pela conta corrente da impugnante não representam rendimentos sujeitos a lançamento de ofício, conforme farta jurisprudência reproduzida na peça impugnatória. A fiscalização sequer considerou os valores indicados na DIRPJ;

ARBITRAMENTO.

8) A fiscalização não juntou ao processo o demonstrativo de cálculo do lucro, fato que configura vício formal;

9) A autuação foi inteiramente formalizada por presunção divergindo inteiramente dos julgados das instâncias administrativas. Assim, presumiu-se que a impugnante não pagou pelos produtos vendidos porque não se computou os custos correspondentes. Da mesma forma não foram consideradas as despesas operacionais e as demais deduções previstas nos artigos 581 a 614 do Decreto nº 3.000, de 1999;

10) Os valores dos depósitos bancários poderiam apenas ter circulado pela conta da impugnante, sem representar necessariamente renda tributável sujeita à incidência do tributo e contribuições;

12) Se o lucro foi arbitrado com base em todos os depósitos efetivados na com impugnante, o lançamento da CSLL também é improcedente;

PIS.

13) A base de cálculo do PIS é o faturamento, não havendo previsão legal que ampare a exação com base em movimentação bancária. Ressalte-se que a base de cálculo utilizada no lançamento de ofício desconsiderou, no mínimo, as exclusões previstas em lei no caso de serviços prestados e produtos industrializados;

COFINS.

14) Os mesmos argumentos contra o lançamento do PIS aplicam-se ao lançamento da COFINS. Assim, tratou-se de erro no arbitramento e excesso de presunção;

MULTA.

15) A multa de ofício de 112,5% tem caráter eminentemente confiscatório, por alcançar mais que o valor do principal lançado. A sua imposição, portanto, fere o disposto no artigo 150, IV da Constituição Federal;

16) A respeito do assunto, os tribunais superiores já se posicionaram, tal como se comprova com a reprodução de julgados na peça impugnatória;
j

OMISSÃO DE RECEITA.

17) Os valores movimentados em conta corrente bancária não representam, necessariamente, receita tributável. Ressalte-se que é plenamente justificável a impugnante não dispor das justificativas da movimentação bancária porque já se passaram mais de 5 anos dos fatos.

18) E mesmo assim, o máximo que a falta de justificativa para os depósitos poderia ser considerada seria erro formal, nunca omissão de receita. Neste sentido, a jurisprudência administrativa tem se manifestado pela improcedência de lançamentos com base em depósitos bancários, o mesmo ocorrendo com o poder judiciário;

INTERPRETAÇÃO DA LEI.

19) O próprio CTN dispõe que em caso de dúvida, a legislação será interpretada de forma mais favorável ao sujeito passivo.”

Na sequência, foi emitido o Acórdão nº 01-9.704, da DRJ/BELÉM/PA, de fls. 298 a 309, com o seguinte ementário:

“CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não estando configurada a ocorrência de preterição do direito de defesa, rechaçam-se as alegações do sujeito passivo.

DECADÊNCIA. IRPJ.

Nos termos do disposto no artigo 173, I, do CTN, decai em 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido formalizado, o direito a constituição, do crédito tributário do IRPJ.

CSSL, PIS E COFINS. DECADÊNCIA.

O prazo decadencial das contribuições sociais é de 10 anos, nos termos do disposto no artigo 45, I, da Lei nº 8.212, de 1991.

PRELIMINAR DE NULIDADE – SIGILO BANCÁRIO. EXAME DE EXTRATOS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando 'houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial

**LEGISLAÇÃO QUE AMPLIA OS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO.
INAPLICABILIDADE; PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.**

Incabível falar-se em irretroatividade da lei que amplia os meios de fiscalização, pois esse princípio atinge somente os aspectos materiais do lançamento.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a legislação autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária, para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ÔNUS DA PROVA.

Uma vez constituído o crédito tributário instruído com extratos da movimentação bancária do contribuinte, cabe ao interessado demonstrar, mediante provas contrárias, a improcedência do lançamento.

PIS E COFINS. FATO GERADOR. ERRO.

O fato gerador do PIS e da COFINS é mensal nos termos do disposto nas Leis Complementares nº 07, de 1970 e 70, de 1991, restando improcedente o lançamento de ofício formalizado com erro na determinação do fato gerador das obrigações.

ALEGAÇÃO DE CONFISCO E DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

Não há de se cogitar da materialização das hipóteses de confisco e de ofensa ao Princípio da Capacidade Contributiva quando os lançamentos se pautaram nos pressupostos jurídicos, declarados no enquadramento legal, e fáticos, esses coadunados com o conteúdo econômico das operações comerciais do contribuinte.

CSLL. DECORRÊNCIA.

Quando as provas que ampararam o lançamento do IRPJ são as mesmas que lastreiam o lançamento da CSLL, o que foi decidido em relação àquele aplica-se a esta, com exceção do prazo decadencial.

Lançamento Procedente em Parte

Os principais fundamentos utilizados pelo acórdão recorrido podem ser resumidos nos seguintes pontos:

- i) o sujeito passivo poderia solicitar cópias das provas para instruir a sua defesa. Se não o fez, está-se diante da falta de exercício do direito de defesa, e não do cerceamento desta, como alega a impugnante.
- ii) o prazo decadencial iniciou em 1º de janeiro de 1999 para os trimestres 1, 2 e 3 do ano-calendário de 1998 e 1º de janeiro de 2000 para o trimestre 4 do mesmo ano. Assim, os trimestres 1, 2 e 3 do ano-calendário de 1998 foram alcançados pela decadência em 1º de janeiro de 2004. Como a impugnante foi cientificada da exação do IRPJ no dia 2 de março de 2004 (fl. 168), mister reconhecer a decadência para os períodos indicados no presente parágrafo. No caso do trimestre 4 do ano-calendário de

2004, a impugnante foi cientificada da exação do IRPJ antes do prazo fatal, razão pela qual rejeita-se o argumento da impugnante para o mencionado período. Por fim, o prazo decadencial do PIS, da COFINS e da CSLL é de 10 anos nos termos do disposto no artigo 45, I, da Lei nº 8.212, de 1991. Assim, rejeitam-se os argumentos de que já houvera decaído o direito à formalização das exações das contribuições sociais.

iii) a obtenção de informações junto às instituições financeiras pela autoridade fiscal, além de amparada legalmente, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais (art. 201 e §§ 1º e 2º, e art. 202 do Decreto-lei nº 5.844/1943, dispositivos consolidados nos art. 998 e 999 do vigente Regulamento do Imposto de Renda); de sorte que inócorre a alegada ilicitude na obtenção das provas.

iv) o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e a Lei nº 10.174/2001, cuidam de regras adjetivas que visam instrumentalizar o Fisco com novos meios de fiscalização, mediante a ampliação dos poderes de investigação. Cuidam, pois, de normas regulamentadoras do procedimento fiscalizatório e anteriores ao lançamento. Dessa forma, podem ter aplicação imediata, nos termos do art. 144, § 1º, do CTN, descabendo, assim, todas as alegações do contribuinte no sentido de que deveria ser aplicada norma anterior.

v) quando os depósitos bancários não são justificados, o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1999, dispõe que esses depósitos representam receita omitida. Ressalte-se que a jurisprudência citada pela impugnante refere-se a fatos anteriores à entrada em vigor da Lei nº 9.430, de 1996, que passou a vigorar a partir de janeiro de 1997. Portanto, a exação com base em presunção legal de omissão de receita é legítima.

vi) não há que se falar em lucro arbitrado porque se tratou de lançamento decorrente de receita omitida para o qual a fiscalização observou o regime de tributação do sujeito passivo. Na folha 82 consta cópia da folha de rosto da DIPJ apresentada pela impugnante informando a sua opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido.

Assim, a fiscalização nada mais fez que observar este regime quando materializou o lançamento do IRPJ e da CSLL.

vii) Os lançamentos do PIS e da COFINS são improcedentes porque ocorreu erro na determinação do fato gerador dessas contribuições sociais. Como pode ser observado nas folhas 220 e 224, a fiscalização indicou que o fato gerador seria trimestral. Entretanto, o fato gerador do PIS e da COFINS é mensal, nos termos do disposto nas Leis Complementares nº 07, de 1970 e 70, de 1991. O erro na determinação do fato gerador infringe o disposto no caput do artigo 142 do Código Tributário Nacional, razão pela qual estas exações são improcedentes.

viii) No que se refere ao confisco, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 150, inciso IV, veda a utilização de tributo com efeito de confisco, mas tributo não deve ser confundido com penalidade, mormente por não ter esta o caráter de prestações permanentes.

ix) Assim, o acórdão recorrido elaborou uma tabela com saldo remanescente das autuações, que ficou resumido:

Tributo	Fato gerador	moeda	valor lançado	valor mantido	multa
IRPJ	03/98	REAL	99.500,11	0,00	-
IRPJ	06/98	REAL	133.510,70	0,00	
IRPJ	09/98	REAL	113.425,18	0,00	
IRPJ	12/98	REAL	102.147,72	102.147,72	112,5%
CSLL	03/98	REAL	12.660,01	12.660,01	112,5%
CSLL	06/98	REAL	16.741,28	16.741,28	112,5%
CSLL	09/98	REAL	14.331,02	14.331,02	112,5%

CSLL	12/98	REAL	12.977,72	12.977,72	112,5%
PIS	Improcedente	-	-	==	=
COFINS	Improcedente	-	-	-	-

A DRJ/Belém recorreu de ofício da decisão, por ter cancelado crédito tributário em valor superior ao limite previsto na Portaria MF n.º 375, de 07 de dezembro de 2001.

Irresignado com a decisão proferida pela DRJ, o contribuinte apresentou, tempestivamente, recurso voluntário, mediante arrazoad, de fls. 323 a 350, repisando praticamente os mesmos argumentos trazidos na peça impugnatória.

Os Recursos foram objeto de apreciação pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARE, resultando no Acórdão nº 1202-00.370 (fls. 397/420), que negou provimento ao Recurso de Ofício e, em relação ao Recurso Voluntário, acolheu a preliminar de decadência dos lançamentos relativos ao IRPJ e à CSLL. A referida decisão se embasou no entendimento de que, ainda que inexistente prova de pagamento antecipado, a contagem do prazo decadencial, para os lançamentos por homologação deve-se dar na forma do art. 150, §4º, do CTN.

A decisão recebeu, então, a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1998

DECADÊNCIA. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

No lançamento de ofício formalizado em Auto de Infração, para a caracterização do lançamento por homologação, não se faz imprescindível a comprovação de pagamento antecipado do tributo pelo sujeito passivo, devendo o termo inicial do prazo decadencial começar a contar da data da ocorrência do fato gerador.

EXTRATOS BANCÁRIOS. RMF. PROVA ILÍCITA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

A entrega, pela instituição financeira, mediante RMF, dos extratos com a movimentação financeira bancária do fiscalizado, quando há procedimento fiscal em curso e o exame desses dados pelo Fisco se revela indispensável, não configura a existência de prova ilícita, nem necessita de autorização judicial.

UTILIZAÇÃO DAS INFORMAÇÕES RELATIVAS À CPMF. APLICAÇÃO RETROATIVA.

O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para fins da constituição do crédito tributário de outros tributos, pode ser aplicada a fatos pretéritos, não caracterizando quebra indevida do sigilo bancário.

OMISSÃO DE RECEITAS DA ATIVIDADE DA EMPRESA. DEPÓSITOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM. CONTA BANCÁRIA DE INTERPOSTA PESSOA

Por expressa disposição legal, consideram-se receitas omitidas os valores creditados em conta mantida junto à instituição financeira cuja origem não seja comprovada, mediante documentação hábil e idônea. Provado que os valores depositados na conta bancária de sócio da pessoa jurídica correspondiam às operações habituais da empresa, o

lançamento deverá ser efetuado em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito.

LUCRO PRESUMIDO. DEDUÇÃO DE CUSTOS. IMPOSSIBILIDADE.

O Lucro Presumido é uma das formas de apuração do lucro da pessoa jurídica. A sua apuração ocorre mediante a aplicação de um percentual incidente sobre a sua receita bruta e demais receitas previstas na legislação. Nessa sistemática, descabe qualquer dedução a título de custos ou despesas.

MULTA AGRAVADA. NÃO ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. ESCLARECIMENTO. CONFISCO.

O agravamento em 50% no percentual da multa de lançamento de ofício é aplicável quando comprovado que o sujeito passivo não atendeu à intimação fiscal para a apresentação de esclarecimentos relacionados com as atividades do fiscalizado. É inaplicável às multas o conceito de confisco, o qual é dirigido unicamente aos tributos.

LANÇAMENTO DECORRENTE. CSLL.

Subsistindo o lançamento principal, devem ser mantidos os lançamentos que lhe sejam decorrentes, na medida que os fatos que ensejaram os lançamentos são os mesmos.

Contra a parte da referida decisão que se refere aos fatos geradores de IRPJ e CSLL ocorridos em 31/12/2008, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial (fls. 426/446), no qual pugnou pelo afastamento da preliminar de decadência, com a contagem do prazo na forma do art. 173, inciso I, do CTN.

Após ser admitido e objeto de contrarrazões, o Recurso Especial foi provido pelo Acórdão nº 9101-001.636 (fls. 477/482), que recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 1998

DECADÊNCIA TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ACÓRDÃO EM RECURSO ESPECIAL Nº 973.733/SC SUBMETIDO AO REGIME DO ARTIGO 543C, DO CPC ARTIGO 62A DO REGIMENTO INTERNO DO CARF.

Segundo o entendimento do STJ, proferido no julgamento do Recurso Especial 973.733 submetido ao regime do artigo 543C do CPC, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que não houve pagamento, deve ser aplicado o prazo decadencial inserto no artigo 173, I do CTN. Aplicação do artigo 62A do Regimento Interno do CARF.

A decisão da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, além de afastar a decadência, determinou o retorno dos autos, para o enfrentamento das demais matérias contidas no Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, quanto ao 4º trimestre de 2008.

O processo retornou para julgamento, sendo distribuído, por sorteio, a este Conselheiro, ante a renúncia ao mandato do relator e do redator original e extinção da Turma Julgadora que proferiu o Acórdão anterior.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator.

1 DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

A Turma Julgadora que proferiu o Acórdão anterior já realizou o exame de admissibilidade, tendo conhecido do Recurso Voluntário e não encontro razão para divergir da referida análise.

2 DAS PRELIMINARES DE NULIDADE

2.1 CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

O sujeito passivo sustenta a existência de cerceamento do seu direito de defesa, na constituição do crédito tributário, ante o fato de haver recebido somente a cópia dos Autos de Infração, do Termo de Verificação Fiscal e de Demonstrativo, “sem receber cópia de quaisquer outros elementos embasadores da ação fiscal”, o que a teria impedido de exercitar plenamente o seu direito ao contraditório.

A alegação do sujeito passivo não merece acolhida, todavia.

O procedimento adotado pela autoridade fiscal é o padrão no Processo Administrativo Federal, por meio do qual se dá ciência ao sujeito passivo das principais peças que constituem o crédito tributário e lhe é facultado o acesso à íntegra do processo, por todo o prazo para a apresentação da Impugnação.

O sujeito passivo não faz prova de que tenha tentado ter acesso aos demais elementos de prova que constituem o processo administrativo, em especial os extratos bancários, e que tal direito lhe tenha sido negado.

Ademais, os depósitos bancários que constituíram a base do lançamento tributário foram expressamente identificados no Demonstrativo de fls. 178/220, a ele entregue no ato de ciência da autuação. Na verdade, ainda antes do lançamento, o sujeito passivo já tinha conhecimento dos referidos valores, posto que foi intimado a comprovar as respectivas origens, conforme Termo de Intimação de fls. 125/169.

Tanto é assim, que foi apresentada Impugnação e Recurso Voluntário contra o lançamento, nos quais o sujeito passivo demonstra total compreensão dos fatos que lhe são imputados.

Isto posto, não vislumbro qualquer cerceamento do direito de defesa que pudesse conduzir à declaração de nulidade do lançamento, com base no art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 1972.

2.2 BOA FÉ

O Recorrente pleiteia, ainda, a anulação do lançamento com base no fato de que estaria comprovada a sua boa-fé, na medida em que esteve impedido de prestar os

esclarecimentos exigidos pela autoridade fiscal devido a assalto sofrido em 01/05/2002 e que, ainda assim, envidou esforços no sentido de localizar os documentos solicitados. Invoca, assim, o princípio do *in dubio pro reo*, com base no art. 112 do CTN.

Em primeiro lugar, o motivo invocado pelo Recorrente não é causa de nulidade do lançamento, posto não se enquadrar nas hipóteses de que trata o, já referido, art. 59, do Decreto nº 70.235, de 1972. Quando muito, poderia levar à improcedência do lançamento, caso comprovada a total impossibilidade de o sujeito passivo, por motivos alheios à sua vontade, prestar os esclarecimentos exigidos pela autoridade fiscal.

No caso dos autos, tais esclarecimentos dizem respeito à identificação da origem dos depósitos bancários realizados nas contas de titularidade da Recorrente e do seu sócio-administrador. Como bem apontado no voto vencido do Acórdão nº 1202-00.370, o sujeito passivo jamais comprovou que os documentos relacionados com os fatos geradores da autuação foram subtraídos de sua propriedade. Na verdade a sua justificativa é totalmente incoerente: afirma haver sofrido assalto em 01/05/2002, quanto os Boletins de Ocorrência de fls. 298/301 são datados de 23/11/1998 e 31/07/1998; os referidos Boletins não se reportam a qualquer documento contábil ou caixas de documentos; por fim, na Manifestação de Inconformidade, limita-se a afirmar que “tais documentos poderiam estar em uma das caixas levadas em tal ocasião”.

Pelo exposto, deve ser rejeitada a referida preliminar.

2.3 SIGILO BANCÁRIO

A Recorrente se irressigna contra o fato de que “a fiscalização buscou diretamente junto à instituição financeira, cópias de extratos bancários do (seu) sócio (...), em total ofensa a direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o do sigilo bancário, e assim agiu sem que houvesse a competente autorização judicial para tanto”.

A questão acerca da possibilidade de o Fisco acessar os extratos bancários dos contribuintes, sem prévia autorização judicial, foi definitivamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, resultando da Tese de Repercussão Geral assim redigida:

I - 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;

II - 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.

Observa-se deste modo que foram validados tanto a possibilidade de a autoridade fiscal obter diretamente junto às instituições financeiras as informações relativas à movimentação bancária dos sujeitos passivos, quanto os efeitos retroativos da Lei nº 10.174, de 2001, que também tratou desta possibilidade.

No caso dos autos, os extratos bancários da Recorrente foram obtidos pela autoridade fiscal no uso da referida previsão legal, após o não atendimento à regular intimação para apresentá-los.

Não se observa qualquer vício no procedimento realizado.

2.4 CPMF

A Recorrente alega que os dados obtidos pela autoridade fiscal acerca da sua movimentação bancária estão relacionados à Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), de modo que somente poderiam ser empregados para a constituição de créditos tributários relativos a tal tributo.

A assertiva não é procedente, como se constata pelo teor do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, em especial o §3º, na redação conferida pela Lei nº 10.174, de 2001, aplicável a períodos anteriores, conforme explanado no tópico anterior:

Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação. (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º No exercício das atribuições de que trata este artigo, a Secretaria da Receita Federal poderá requisitar ou proceder ao exame de documentos, livros e registros, bem como estabelecer obrigações acessórias.

§ 2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário **relativo a impostos e contribuições** e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores. (Redação dada pela Lei nº 10.174, de 2001) (*Destacou-se*)

Deve ser rejeitada, portanto, mais esta alegação.

2.5 ERRO FORMAL NO LANÇAMENTO

Argui a Recorrente que a autoridade fiscal não juntou aos autos o “Demonstrativo de cálculo do IRPJ”, o que constituiria vício formal do lançamento.

A assertiva não é procedente. Às fls. 221 a 222, há demonstrativo de apuração, cujos montantes de partida são aqueles discriminados às fls. 178/220.

Por todo o exposto, cabe rejeitar todas as preliminares suscitadas.

3 DO ARBITRAMENTO

Alega a Recorrente que “o regime de tributação mais adequado ao caso em questão seria com base no lucro arbitrado”.

Aqui, cabe-lhe reconhecer razão.

É que, conforme o art. 530, inciso III, do Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99), cuja matriz legal é o art. 47, inciso III, da Lei nº 8.981, de 1995:

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

(...)

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;

No caso dos autos, a Recorrente, que apurou o IRPJ com base no Lucro Presumido, foi intimada, por meio do Termo de Início de Fiscalização (fls. 5 e 9), a apresentar “Livros Caixa ou Diário e Razão”, mas não ofereceu qualquer resposta, tanto que a autoridade fiscal lavrou Termo de Embaraço à Ação Fiscal (fl. 13), constatando o referido fato:

Transcorrido o prazo para apresentação daqueles documentos, os mesmos não foram exibidos, impedindo os trabalhos de auditoria que se pretendia desenvolver.

Assim sendo, constatado que até a presente data, embora exaustivamente solicitado por esta Auditoria, os livros e documentos não foram exibidos, não havendo qualquer justificativa, por escrito, para este procedimento por parte do contribuinte, é o presente para caracterizar o embaraço à fiscalização, nos termos da Lei 9.430/96, art.33 inciso I, e, conseqüentemente, o acesso às informações relacionadas com operações e serviços das instituições financeiras, nos exatos termos do quanto previsto no inciso VII do Art. 30, do Decreto 3.724/2001.

A omissão do sujeito passivo, portanto, faz, obrigatoriamente, incidir o dispositivo do art. 530, inciso III, do RIR/99, com a necessária apuração do IRPJ com base no Lucro Arbitrado.

Não se trata, portanto, de uma mera faculdade da autoridade fiscal, como já reconheceu esta Turma Julgadora, em decisão cuja ementa, parcialmente, transcreve-se a seguir:

LUCRO ARBITRADO. MEDIDA EXCEPCIONAL E OBRIGATÓRIA.

O arbitramento do lucro é medida excepcional e só se aplica nas restritas hipóteses elencadas na legislação, como por exemplo, quando há declaração de imprestabilidade das demonstrações contábeis do sujeito passivo. Como regra, deve-se apurar eventuais tributos devidos de acordo com a opção do contribuinte de tributação para o referido ano-calendário. Contudo, sendo identificada alguma das hipóteses legais de arbitramento, a apuração pelo lucro arbitrado se torna obrigatória. (Acórdão nº 1302-004.096, de 11 de novembro de 2019, Relator Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias)

Deve-se reconhecer, deste modo, a improcedência do lançamento efetuado, que se limitou a aplicar o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, acrescentando, à base de cálculo do IRPJ com

base no Lucro Presumido apurada pelo sujeito passivo, os valores apurados no procedimento fiscal.

Ao assim proceder, incorreu a autoridade administrativa em evidente erro na determinação das bases de cálculo de apuração do IRPJ e da CSLL.

4 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por rejeitar as preliminares de nulidade e por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para determinar o cancelamento do lançamento do lançamento em relação às parcelas ainda remanescentes.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo