



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

**Processo n°** 10140.721412/2014-40  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2402-005.788 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 6 de abril de 2017  
**Matéria** CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXCLUSÃO DO SIMPLES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA  
**Recorrente** S. R. DOS SANTOS SOINSKI - ME  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Período de apuração: 01/01/2010 a 30/04/2013

ALEGAÇÃO DE ERRO NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. APRESENTAÇÃO DA TRIBUNA. NÃO CONHECIMENTO.

Por não representar questão de ordem pública, a alegação de erro na aplicação da norma tributária ao caso concreto, trazida da tribuna, não merece conhecimento.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2010 a 30/04/2013

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE GESTÃO UNIFICADA E CONFUSÃO PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO. IMPROCEDÊNCIA.

A falta de comprovação de que as empresas arroladas como solidárias formavam grupo econômico, por não se vislumbrar na espécie gestão unificada e confusão patrimonial, conduz a improcedência do vínculo de solidariedade atribuído pelo fisco.

FALTA DE DECLARAÇÃO DE FATOS GERADORES NA GFIP. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA. IMPROCEDÊNCIA DA QUALIFICAÇÃO DA MULTA.

Não se deve manter a qualificação da multa com base em mero relato de omissão de fatos geradores na GFIP, havendo necessidade para tal procedimento que o fisco demonstre cabalmente a existência de conduta dolosa.

MULTA. ALEGAÇÃO DE CARÁTER CONFISCATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE SEU AFASTAMENTO OU ALTERAÇÃO.

Inexiste a possibilidade dos órgãos de julgamento administrativo afastarem/alterarem a multa imposta por descumprimento de obrigação pagar o tributo, sob o fundamento de que seria confiscatória.

**OBTENÇÃO DE DADOS BANCÁRIOS DE SUJEITO PASSIVO SOB PROCEDIMENTO FISCAL. CONSTITUCIONALIDADE.**

O Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a obtenção pelo fisco de dados de contribuintes submetidos a procedimento fiscal não representa inconstitucionalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e, por maioria não conhecer das alegações trazidas da tribuna, vencidos Túlio Teotônio de Melo Pereira, Theodoro Vicente Agostinho e Bianca Felícia Rothschild, e, no mérito, por unanimidade, em dar-lhe provimento parcial no sentido de afastar do polo passivo a empresa RESIPIM COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA e reduzir a multa ao patamar de 75% do tributo não recolhido.

(assinado digitalmente)

Kleber Ferreira de Araújo - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Kleber Ferreira de Araújo, Ronnie Soares Anderson, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Túlio Teotônio de Melo Pereira, Theodoro Vicente Agostinho, Mário Pereira de Pinho Filho, Bianca Felícia Rothschild e João Victor Ribeiro Aldinucci.

## Relatório

Trata-se de recursos voluntários apresentados pelo sujeito passivo acima e corresponsável contra decisão de primeira instância que declarou improcedente a sua impugnação apresentada para desconstituir os autos de infração que integram o presente processo.

Os lançamentos dizem respeito à:

a) AIOP DEBCAD 51.062.811-7, no valor principal de R\$1.705.584,32, refere-se às contribuições sociais da parte da empresa (FPAS – Fundo de Previdência e Assistência Social e RAT- contribuições para o financiamento dos benefícios concedidos em razão de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, ambas incidentes sobre a remuneração de segurados empregados), não declaradas em GFIP, no período de 01/2010 a 04/2013.

b) AIOP DEBCAD 51.062.812-5, no valor principal de R\$302.973,65, refere-se às contribuições sociais da parte de segurados empregados, incidentes sobre sua remuneração, não declaradas em GFIP, no período de 01/2012 a 04/2013. Essas contribuições foram descontadas pela empresa.

c) AIOP DEBCAD 51.062.815-0, no valor principal de R\$230.947,69 refere-se às contribuições sociais da parte de segurados empregados, incidentes sobre sua remuneração, não declaradas em GFIP, no período de 01/2010 a 13/2011.

Segundo o relatório fiscal de fls. 56/70, o contribuinte em questão foi excluído da sistemática de tributação simplificada SIMPLES Nacional, a partir de 01/2010, através do Ato Declaratório Executivo – ADE nº 03, de 10/04/2014.

Foi arrolada como devedora solidária a empresa RESIPIM COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA – CNPJ: 02.261.180/0001-90, em razão de supostamente formar com a autuada grupo econômico de fato.

A multa foi imposta no patamar de 150% em razão do fisco haver entendido que se configurou a hipótese do § 1.º do art. 44 da Lei n.º 9.430/1996.

As empresas apresentaram defesas rechaçando o lançamento, todavia, as razões apresentadas não foram acolhidas pelo órgão de primeira instância, que as declarou improcedentes, mantendo o crédito na íntegra.

Inconformadas as empresas interpuseram recursos contra a decisão, conforme a seguir.

Em 21/05/2015, fls. 424/465, a RESIPIM protocolizou seu apelo, acompanhado dos documentos de fls. 466/519. Ali foram lançadas, em resumo, as seguintes alegações:

a) para atribuir à RESIPIM a responsabilidade solidária, a autoridade fiscal deveria comprovar objetivamente - e não presumir - que esta e a empresa SOINSKI estavam sob direção, controle ou administração única no período fiscalizado;

b) os elementos colhidos pelo fisco representam meros indícios da existência de grupo econômico de fato, contudo, isoladamente não se mostram suficientemente capazes de comprovar o que pretendeu o agente tributário;

c) a própria doutrina e a jurisprudência colacionadas no acórdão recorrido confirmam a indispensável necessidade de se comprovar a existência de unidade de comando, administração e gestão;

d) inexistem nos autos provas contundentes de vinculação gerencial entre as empresas, tampouco de possível confusão societária, contábil ou patrimonial entre elas, ou mesmo a ocorrência de gestão unificada;

e) embora o fisco tenha enumerado quatro empresas que teriam arcado com o arrendamento firmado pela SOINSKI para exploração vegetal, apenas a recorrente foi chamada a responder pelo crédito tributário;

f) nem mesmo a empresa Capital Brasil Comércio Importação e Exportação foi instada a justificar por que assumiu a integralidade do custo do arrendamento, mediante pagamento aos arrendadores da área;

g) havendo indícios de existência de grupo econômico com as outras empresas, independentemente do volume financeiro das operações realizadas, o fisco obrigatoriamente teria que aprofundar as investigações em relação a cada uma delas;

h) apresenta textos doutrinários e jurisprudenciais que evidenciam a necessidade do fisco de esgotar o campo probatório, antes de lançar mão da presunção simples;

i) a recorrente não arcou com custos do arrendamento formalizado pela SOINSKI, posto que os pagamentos a ela atribuídos se referem na verdade a compras de goma de resina de pinus diretamente do Sr. Joares Antônio Santin, conforme comprova mediante a juntada de cópias de notas fiscais;

j) o fato do arrendamento ter sido pago pela SOINSKI com goma de resina e este material ter sido vendido pelo arrendante à RESIPIM não autoriza a presunção de que os valores relativos à esta transação mercantil sejam tratados como quitação do mencionado arrendamento;

k) a atividade da SOINSKI não se resume basicamente ao fornecimento de mão-de-obra, conforme comprova o documento de inscrição no CNPJ, além de que não há uma linha no relato fiscal que comprove a cessão de mão-de-obra;

l) a procuração outorgada pela SOINSKI ao Sr. André da Cunha Ribeiro não tem o alcance que lhe pretendeu dar a autoridade lançadora, eis que se restringe exclusivamente a resolver assuntos do FGTS, não havendo o que se falar em poderes de gestão;

m) além de que esta pessoa é profissional vinculado ao setor extrativista e florestal desde os idos de 2006, antes mesmo da constituição da SOINSKI, o que demonstra ser infundada a pretensão fiscal de vincular o parentesco dos dois sócios da RESIPIM com o Sr. André da Cunha, com vistas a materializar uma unidade de gestão formada por esta e pela SOINSKI;

n) o fato do fisco haver detectado omissão de receitas por parte da SOINSKI, ao comparar o repasse financeiro da recorrente para aquela e as notas fiscais emitidas para acobertar as operações de venda de resina, não autoriza que de pronto se conclua que os valores envolvidos se caracterizaram como despesas operacionais da RESIPIM;

o) apresenta vários julgados administrativos que serviriam para amparar a sua tese de que, sem estar ancorado em um lastro probatório razoável que comprove a existência de unidade de comando entre as empresas, não poderia o fisco concluir pela existência de grupo econômico;

p) para tentar salvar o lançamento, a decisão recorrida inovou nos fundamentos apresentados pelo fisco, ao inserir dentre as normas aplicáveis à espécie o inciso I do art. 124 do CTN;

q) o mencionado dispositivo, na interpretação do STF, somente é aplicável aos casos em as empresas realizem conjuntamente a situação que configura o fato gerador, o que não se faz presente no caso dos autos;

r) a recorrente não pode ser alcançada pela multa exasperada de 150% do tributo não recolhido, posto que nos autos não há individualização de sua conduta, para demonstração de ocorrência de dolo;

s) o procedimento encontra-se maculado em razão da falta de autorização judicial para obtenção de dados bancários da SOINSKI.

Ao final, pede pela reforma da decisão atacada.

A autuada juntou recurso de fls. 400/422, onde apresenta, com outras palavras, as mesmas alegações, adicionando apenas o argumento de que a multa aplicada no patamar de 150% é inconstitucional em razão de seu caráter confiscatório.

Sem contrarrazões, os autos vieram a julgamento.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

### **Admissibilidade**

As ciências da decisão da DRJ ocorreram em 23/04/2015, fl. 397, e 23/04/2015, fl. 398, para RESIPIM e SOINSKI, respectivamente, sendo que a primeira interpôs recurso em 21/05/2015, fl. 424, e a outra em 23/04/2015, fl. 400. Verifica-se, portanto, que os recursos foram protocolizados dentro do prazo legal. Assim, merecem conhecimento, uma vez que atendem aos demais requisitos de admissibilidade.

### **Erro na fundamentação legal.**

Foi apresentada da tribuna o argumento de que o lançamento seria nulo em razão de erro na fundamentação legal do lançamento. Em razão de se aplicar a produtor rural as normas tributárias próprias das empresas em geral.

Nos termos do art. 16 do Decreto n. 70.235, o momento de o sujeito passivo apresentar as suas razões é a impugnação. Neste sentido, entendo não ser cabível conhecer deste argumento.

Não desconheço que as questões de ordem pública podem ser suscitadas em qualquer fase do processo administrativo fiscal, todavia, a alegação relativa à erro na fundamentação legal do lançamento não me parece se enquadrar nessa hipótese.

O conceito de "ordem pública" não é tão simples de ser apreendido, mas grosso podemos dizer que se refere àquelas questões que ultrapassa o interesse das partes e transborda consequências para toda a sociedade, reflexo do interesse público.

A meu sentir, a verificação se os fatos narrados na peça de acusação se subsumem à norma invocada pelo fisco é uma questão que se limita ao interesse das partes, fisco e contribuinte, não podendo ser considerada questão de ordem pública.

Nessa toada, encaminho pelo não conhecimento da questão relativa ao erro na citação da fundamentação legal, apresentada em memoriais.

### **Limites da lide**

Observa-se que as recorrentes não se contrapõem ao lançamento ou a exclusão da autuada do Simples. As alegações de ambas focam em atacar a vinculação da RESIPIM como devedora solidária e a multa, que foi aplicada no patamar de 150% do tributo não recolhido, além da ilegalidade na obtenção dos dados bancários da empresa autuada.

### **Da responsabilidade solidária da RESIPIM**

O fisco, em seu relatório de fls. 56/70, inicia apresentando tabela para demonstrar que praticamente toda a produção de resina pinus extraída pela SOINSKI era vendida para a RESIPIM (100% em 2010; 98% em 2011 e 94% em 2012).

Acrescenta que obteve, mediante Requisição de Movimentação Financeira à instituição bancária, informações que possibilitaram aferir que no período de 01/2010 a 04/2013 dos R\$ 16.370.865,95 que transitaram pela conta da SOINSKI, R\$ 15.396.452,54 foram depositados pela RESIPIM. Concluiu, então, que foi este suporte financeiro que possibilitou ao sujeito passivo autuado custear suas despesas operacionais.

Menciona ainda que a RESIPIM pagou parte do arrendamento de terras para a produção da resina diretamente ao arrendante Joares Antônio Santin.

Chama atenção que os valores das notas fiscais de vendas emitidas em nome da RESIPIM pela SOINSKI são bem inferiores aos depósitos efetuados em sua conta bancária.

Segundo a autoridade lançadora, a RESIPIM apresentou livros contábeis que comprovam que os valores transferidos a SOINSKI eram contabilizados na conta “112090005 – S. R. dos Santos Soinski” como adiantamento a fornecedores.

Mostra que a contabilidade da RESIPIM apresenta divergência entre os valores repassado à SOINSKI e o valor da compras efetuadas, sendo que no final de abril de 2013, esta diferença acumulada ao longo dos anos entre os valores adiantados e as compras de resina atingia a cifra de R\$ 11.391.929,72, ou seja, os adiantamentos eram sempre maiores que o valor das entregas da matéria-prima.

Afirma também que no ano de 2010 a empresa RESIPIM registrou em sua contabilidade compras do sujeito passivo no valor de R\$ 527.970,00, no entanto, este informou ao fisco receita bruta no valor de R\$ 39.300,00, incorrendo, portanto, em omissão de rendimentos tributáveis.

O fisco registrou ainda a existência de laços familiares entre gestor da SOINSKI e os sócios da RESIPIM. Afirma que o responsável pelo setor de recursos humanos da autuada e que detém procuração da empresa é sobrinho de dois dos sócios da empresa apontada como responsável solidária.

Com base nesses fatos, a autoridade lançadora concluiu:

"4.15. As evidências aqui delineadas mostram que a empresa RESIPIM, além de adquirir praticamente a totalidade da produção de goma de resina, provê financeiramente o sujeito passivo, repassando-lhe recursos financeiros muito acima dos valores devidos em decorrência das aquisições de goma de resina. Não pode ser crível e merecedora de fé a situação que se apresenta, pois, há de se convir, não existe no mundo real dos negócios atos de tão notável benevolência entre cliente e fornecedor. Em uma relação natural de mercado entre cliente e fornecedor não ocorrem adiantamentos tão exorbitantes e que extrapolam em muito os montantes dos produtos fornecidos. Os “adiantamentos” apresentam valores elevadíssimos e se sucedem em frequência excessivamente incomum. Embora escriturados como “adiantamentos”, a forma como esses valores acumulam-se no decorrer dos anos denotam manifestamente que jamais serão recuperados, consistindo por sua real natureza em autênticas despesas operacionais da empresa RESIPIM. Infere-se que não há entre o sujeito passivo e a empresa RESIPIM uma relação tipicamente comercial, mas de dependência financeira e operacional.

(...)

4.17. Resta, pois, claro que o sujeito passivo S. R. dos Santos Soinski e a empresa RESIPIM Comércio e Exportação Ltda. têm apenas aparência de unidades autônomas, porquanto, conforme denotam os fatos, apresentam atuação complementar. O liame existente entre estas é inequívoco e vai muito além de uma natural relação comercial cliente-fornecedor. Deduz-se que esta estratégia tem por fim concentrar a atividade que requer o uso intensivo de mão de obra em um estabelecimento aparentemente autônomo, represando neste a carga tributária incidente sobre a Folha de Pagamento."

As recorrentes apresentam vários argumentos para afastar o vínculo de solidariedade atribuído pelo fisco. Primeiramente argumentam que não há comprovação nos autos de que existia unidade de comando entre as empresas. Depois afirmam que a RESIPIM não era a única que adquiria a resina pinus da autuada, além de que o pagamento do arrendamento foi feito por outra empresa, jamais pela esta. Argumentam ainda que o sobrinho dos sócios desta empresa que atuava no setor de recursos humanos da SOINSKI era um profissional que atuava no ramo extrativista desde 2006, além de que este não possuía procuração com poderes gerais, mas era mandatário apenas para atuar junto a CEF.

Asseveram ainda que o fato de haver omissão de receitas tributáveis por parte da autuada não autoriza a conclusão de que as empresas formavam grupo econômico de fato, ao contrário, apenas demonstra que havia uma relação comercial entre a RESIPIM e a SOINSKI e que esta não declarava ao fisco a totalidade dos valores envolvidos.

Para a DRJ, o fisco teve razão em vincular por solidariedade apenas a RESIPIM, haja vista que eram os valores por esta repassados a título de "adiantamento a fornecedores" que permitiam à empresa autuada fazer frente as suas despesas operacionais.

Acrescenta que somente a partir de dezembro de 2013 é que a empresa Capital Brasil Comércio Importação e Exportação Ltda passou a assumir os custos do arrendamento firmado entre a autuada e a empresa MASEAL, portanto, esse fato não tem relevância para solução da lide, posto que está fora do período fiscalizado.

Concluiu o órgão de primeira instância que, como o pagamento do arrendamento era feito com resina extraída pelos trabalhadores da SOINSKI, a venda dessa matéria prima pelo arrendante a terceira empresa deveria ser considerada como pagamento pelo arrendamento diretamente pela terceira compradora, posto que o arrendante não dispunha de empregados para extrair a resina do pinheiral. Assim concluiu que o arrendamento das matas feitos pela MASEAL à SOINSKI era pago pela RESIPIM.

Diante dessas constatações, a DRJ concluiu haver a solidariedade entre as empresas em razão da existência de grupo econômico e, mesmo que este não tivesse sido configurado, caberia a atribuição de responsabilidade solidária com base no interesse comum das empresas na realização do fato gerador.

Passo, então, as minhas considerações.

A motivação baseada no parentesco entre o chefe do setor de recursos humanos da SOINSKI e os sócios da RESIPIM sequer foi enfrentada pela DRJ, o que me leva à conclusão de que esse fato alegado pelo fisco não foi considerado relevante no julgamento de primeira instância.

De fato, vejo que esse fundamento não deve ser mantido para fins sustentar a responsabilidade solidária imputada à empresa RESIPIM. Os argumentos lançados no recurso são hábeis a afastar esse fundamento, eis que comprova-se que o Sr. André da Cunha Ribeiro,

sobrinho de dois dos sócios da RESIPIM, já atuava no setor de extração de resina desde 2006, portanto, em data anterior à constituição da própria empresa autuada.

Por outro lado, não se sustenta o argumento de que o mencionado funcionário possuía procuração com amplos poderes para representar a SOINSKI. Consultando o documento de fl. 75, pude verificar que o mandato ali conferido restringe-se à representação junto à CEF para resolver assuntos concernentes ao FGTS.

Outro tema fundamental para solução da questão da comprovação da existência de grupo econômico é o suposto pagamento efetuado pela empresa RESIPIM de valores concernentes ao arrendamento firmado entre a autuada e a empresa.

A meu ver as provas colacionadas nos documentos 1 e 2 da impugnação, fls. 240/256, comprovam que havia sim a venda de resina do arrendante das florestas para a empresa RESIPIM. Mas vislumbro que o entendimento da DRJ de que o fato do Sr. José Antônio Santin e sua empresa MASEAL receberem o pagamento da autuada em goma de resina e vender este material a RESIPIM seria indicativo de que esta pagaria pelo valor do arrendamento não se sustenta, por não se basear em documentos ou provas, mas em meras suposições. Ainda mais quando o contrato de arrendamento prevê o pagamento em matéria-prima e há notas fiscais que comprovam a venda para a RESIPIM.

Por outro lado, não dá pra tomar este suposto pagamento do arrendamento pela RESIPRIM como prova da existência de grupo econômico, uma vez que se vê, em período posterior ao lançamento, que o ônus do arrendamento passou a ser integralmente assumido pela empresa Capital Brasil Comércio Importação e Exportação. Além de que no período fiscalizado o próprio fisco aponta que outras empresa também arcavam com os custos do arrendamento.

Nesse sentido, não encontramos os elementos exigidos pela legislação para caracterização do grupo econômicos, quais seja unidade de controle e administração, conforme se extrai de comando da CLT:

*Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.*

*§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.*

*§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.*

Diante dessas constatações, encaminho por excluir a empresa RESIPIM COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO do polo passivo da lavratura.

### Multa qualificada

Passemos a analisar os motivos que levaram ao fisco qualificar a multa, aplicando-a no patamar de 150% das contribuições não recolhidas:

"11.2 APLICAÇÃO DE MULTA QUALIFICADA 11.2.1 Como restou caracterizado e demonstrado pelo conjunto de documentos probatórios e evidências expostas ao longo deste relatório, houve evidente intuito do contribuinte em sonegar as contribuições ora lançadas e em fraudar a Administração Tributária Federal com o fito específico de usufruir indevidamente das vantagens tributárias proporcionadas pelo Simples. A não declaração de inumeráveis segurados empregados na GFIP impediu o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência dos fatos geradores das contribuições ora lançadas.

Esta omissão ainda dissimulou as reais condições do sujeito passivo, conduta dolosa que tornou possível a sua permanência no regime tributário do Simples. Os procedimentos adotados visavam dissimular a realidade dos fatos com o claro escopo de modificar as características essenciais da obrigação tributária principal de modo a reduzir o seu pagamento. Segundo Bernardo Ribeiro de Moraes, a fraude fiscal, que pode se dar em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, pressupõe sempre a intenção de causar dano à Fazenda Pública, um propósito deliberado de subtrair-se no todo ou em parte a uma obrigação tributária.

11.2.2 Desta forma, restou configurada a hipótese prevista no §1º do artigo 44 da Lei 9.430/96, acarretando aplicação de multa qualificada de 150%, incidente sobre as contribuições ora lançadas."

Do texto, verifica-se claramente que a imposição da multa exasperada deu-se em razão da omissão de fatos geradores na GFIP. Entendeu o fisco que ao não declarar parte da remuneração de segurados empregados, o contribuinte incorreu em fraude fiscal, concernente na vontade consciente de dissimular a realidade dos fatos com a intenção de reduzir o pagamento de contribuições sociais.

Não me sinto seguro para concordar com o fisco quanto a este ponto do lançamento. É que o não pagamento do tributo, acompanhado da omissão de fatos geradores na GFIP é tido pela legislação como fato a ensejar a imposição da multa de 75%, penalidade esta que já é seguramente pesada. É assim que dispõe o art. 35-A da Lei n. 8.212/1991:

*Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.*

Por sua vez o art. 44 da Lei de 1996 explicita:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;*

(...)

Nesse sentido a penalidade por falta de pagamento da contribuição e pela declaração inexata prevista na lei é 75% para lançamento de ofício, não sendo cabível a qualificação, no caso, smj.

A multa de 150%, segundo PAULO DE BARROS CARVALHO, “é a espécie de multa que tem por conteúdo a agravação da penalidade...É aplicada quando a Administração demonstra, por elementos seguros de prova, no Auto de Infração, a existência da intenção do sujeito infrator de atuar com dolo, fraudar ou simular situação perante o Fisco” (CARVALHO, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário, 21 ed. Saraiva, 2009, p 581).

Nesse sentido caminha a jurisprudência do CARF, como se pode ver da súmula n.º 14, onde, malgrado tenha surgido de precedentes relacionados a infrações da legislação do imposto de renda, pode muito bem ser aproveitada para o caso que ora se julga. Vejamos os verbete:

*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.*

Aplicando-se esta diretriz interpretativa à omissão de fatos geradores na GFIP, conclui-se que não basta ao fisco mencionar a omissão de remunerações na GFIP para caracterizar o dolo que atraia a imposição da multa qualificada de 150%.

Nesse sentido, encaminho que a multa seja reduzida ao seu patamar ordinário de 75%.

Quanto à inconstitucionalidade da multa em razão do seu caráter confiscatório, é matéria que não nos cabe apreciar em razão do comando expresso na Súmula CARF n.º 02:

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

### **Illegalidade na obtenção de dados bancários**

As recorrente acusam o fisco de agir fora da legalidade ao utilizar dados bancários da SOINSKI sem autorização judicial.

Vejamos.

A celeuma acerca da inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário estava contida no Tema de Repercussão Geral nº 225, da Corte Constitucional. Ocorre que a matéria já foi decidida no bojo do RE nº 601.314, citado pelos recorrentes para requerer o sobrestamento do feito, no qual se definiu que:

*“Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 225 da repercussão geral, conheceu do recurso e a este negou provimento, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Por maioria, o Tribunal fixou, quanto ao item “a” do tema em questão, a seguinte tese: “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”; ...”*

Em suma, o STF já se pronunciou em sede de Repercussão Geral (no RE nº 601.314) sobre a constitucionalidade da referida norma. Nesse sentido é obrigatória a aplicação deste entendimento pelos membros do CARF, a contrário senso do que determina o inciso I do art. 62 do Regimento Interno do CARF, inserto no Anexo do II da Portaria MF n.º 343, de 09/06/2015 e alterações posteriores, assim redigido:

*Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*

(...)

*I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;*

(...)"

Diante dessas considerações, não é possível dar provimento ao pleito do contribuinte no sentido de cancelar o auto de infração em razão de suposta ilegalidade na utilização de seus dados bancários pelo fisco, mormente quando se demonstra que os dados bancários referem-se a empresa sob ação fiscal.

### **Conclusão**

Voto por conhecer do recurso e não conhecer da nulidade suscitada da tribuna e, no mérito, dar-lhe provimento parcial no sentido de afastar do polo passivo a empresa RESIPIM COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA e reduzir a multa ao patamar de 75% do tributo não recolhido.

(assinado digitalmente)

Kleber Ferreira de Araújo