



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

Processo nº 10707.000337/2008-89
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-002.018 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de maio de 2016
Matéria IRPJ/CSLL/PIS/COFINS - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente BELLA BEBIDAS LITORAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2003, 2004

NULIDADE DO LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DA DESCRIÇÃO DOS FATOS. IRREGULARIDADE FORMAL. IMPROCEDÊNCIA. A descrição dos fatos e das penalidades aplicadas, em campo próprio do auto de infração, mormente quando apoiada em anexos e termo de constatação, derruba a pretensão de anular o lançamento com base no argumento de irregularidade formal, fundado na ausência de indicação da infração cometida no espaço que lhe é reservado, no referido auto.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. EMPREGO DE ANEXOS AO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA

É inadmissível a tese de nulidade fundada na ausência da descrição dos fatos e das penalidades aplicadas, em campo próprio do auto de infração, em função do emprego de anexos (relatórios, demonstrativos e explicativos) e termo de constatação, quando se verifica, no referido campo reservado à exposição dos fatos e ao enquadramento legal, que os autuantes consignaram as infrações praticadas, apuradas com o suporte daquele termo e dos anexos, bem como os dispositivos legais que lhes são correlatos.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. LAVRATURA DE TERMO DE CONSTATAÇÃO. DESNECESSIDADE. IMPROCEDÊNCIA

Os termos processuais que descortinam o desdobramento da fiscalização têm supedâneo no artigo 2º do Decreto nº 70.235/1972 e justificam sua importância, para o julgamento da lide, na medida em que facultam a compreensão das minudências das investigações e das conclusões que delas ressaem para o devido juízo de adequação típica, a ser efetuado no auto de infração.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA NO CURSO DA FISCALIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

O procedimento de fiscalização é inquisitorial, vale dizer, transcorre sem que a autoridade fiscal esteja, em consequência do desenho do processo administrativo fiscal regido pelo Decreto nº 70.235/1972, sob qualquer constrição que a obrigue a reservar ao fiscalizado a oportunidade do contraditório e da ampla defesa. Os pedidos de esclarecimento mediante termo, no curso do procedimento de fiscalização, não decorrem da observância de um dever correspectivo a um direito individual de acesso aos fatos apurados pelo Fisco e de se manifestar sobre eles; decorrem, sim, da necessidade de reunir evidências que possibilitem aferir a legalidade dos atos praticados pelo fiscalizado ou terceiros.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. IMPROCEDÊNCIA.

É inaceitável o argumento que sustenta a nulidade do auto de infração por falta de individualização das condutas imputadas, diante da evidência segundo a qual estão perfeitamente identificados, em auto de infração lavrado com o apoio de anexos e termo de constatação, os fatos que constituem as infrações cometidas e os dispositivos legais que suportam a acusação.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. GENERALIDADE E IMPRECISÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

Não existem máculas de generalidade e de imprecisão descritivas no auto de infração, em seus anexos e no Termo de Constatação, quando tais documentos, veiculando a imputação da infração cometida e da responsabilidade tributária, descrevem o passo-a-passo das diligências realizadas no domicílio eleito pela Recorrente, a colheita de declarações de seus supostos compradores e da carga de documentos na qual se incluem contratos, procurações e fichas de cadastros bancários, tudo para especificar as práticas de distintas infrações e embasar a atribuição de responsabilidade tributária a pessoas físicas.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE COBRANÇA. IMPROCEDÊNCIA

O Fisco promove a cobrança do crédito tributário constituído de ofício já na lavratura do auto de infração. Faculta ao autuado, todavia, a oportunidade de impugnar o feito, no prazo legal, e de recorrer à segunda instância, se a decisão de primeira instância lhe for desfavorável, afora a instância especial restrita a casos de comprovada divergência com julgados anteriores. Enquanto pendente de julgamento nas instâncias administrativas previstas pelo Decreto nº 70.235/1972, a exigência fiscal mantém-se suspensa, em atenção ao artigo 151, III, do CTN, até a restauração de sua exigibilidade com o esgotamento das possibilidades de recorrer, a rigor do artigo 42 do Decreto 70.235/1972.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. CERCEAMENTO DA DEFESA. IMPROCEDÊNCIA

O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), enquanto existente, servia a duplo propósito: controle interno por parte da repartição fiscal e meio de comunicação ao contribuinte acerca da presença oficial de um agente do

Fisco previamente autorizado. A Portaria da Secretaria da Receita Federal que lhe emprestava fundamento era despida de autoridade suficiente para se sobrepor ao regramento do processo administrativo fiscal estabelecido pelo Decreto nº 70.235/1972, que jamais previu - assim como qualquer outro ato normativo de mesma hierarquia ou de hierarquia superior - a mácula incurável da nulidade, decorrente da alegada ausência da notificação do MPF com o fim de oferecer à Recorrente a oportunidade de esclarecer os fatos apurados pela Fiscalização.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. Lei nº 10.174/2001. DECRETO Nº 3.724/2001. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA PELO STF.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 601.314, submetido à sistemática da Repercussão Geral a que se referia o artigo 543-B do Código de Processo Civil de 1973, decidiu que não é inconstitucional a quebra de sigilo bancário fundado no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001. De qualquer forma, nos trilhos da Súmula CARF nº 2, este Colegiado não pode declarar a inconstitucionalidade de ato normativo aprovado pelo Congresso Nacional e devidamente sancionado pelo Presidente da República, no curso do devido processo legislativo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

WILSON FERNANDES GUIMARÃES - Presidente

(documento assinado digitalmente)

FLÁVIO FRANCO CORRÊA - Relator

EDITADO EM: 16/05/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Wilson Fernandes Guimarães, Waldir Veiga Rocha, Paulo Jakson da Silva Lucas, Flávio Franco Correa, José Eduardo Dornelas Souza e Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro.

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 17/05/2016 por FLAVIO FRANCO CORREA, Assinado digitalmente em 17/05/2016

por FLAVIO FRANCO CORREA, Assinado digitalmente em 17/05/2016 por WILSON FERNANDES GUIMARAES

Impresso em 17/05/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Trata-se de Recurso Voluntário interposto por BELLA BEBIDAS LITORAL LTDA, contra decisão da decisão da DRJ/RIO DE JANEIRO I, que julgou procedente a exigência fiscal de IRPJ, CSLL, PIS/PASEP e COFINS, além de multa de ofício, juros de mora e multa regulamentar.

Pela clareza do relatório do *orgão a quo*, às fls. 629/635, reproduzo-o para, em seguida, adotá-lo:

“Conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fl.383/420 e Termo de Constatação Fiscal (fl. 364/380) foram apurados os fatos abaixo descritos.

1.0 DA IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - PARTE I DO TERMO DE CONSTATAÇÃO

Em 28/11/2002, Flávio Favalli e João de Castro Moreira adquiriram a empresa Bella Bebidas Litoral Ltda, conforme consta na cláusula 1ª da Alteração Contratual (fl. 430/433).

Posteriormente, eles promoverem alterações contratuais em 25/08/2003, 10/12/2003 e 29/03/2004 (fl. 434 /439, 441/446 e 447/451), simulando a venda da empresa a pretensos compradores, que são pessoas a eles relacionados, a saber:

- Jorge Ozório Moreira, CPF nº 243.620.187-00, incluído através a Alteração Contratual de 25/08/2003 (fl. 434 a 439). Foi empregado de Flávio Favalli e João Castro Moreira na Distribuidora São Mateus de Bebidas Ltda, CNPJ: 27.300.698/0001-17, outra empresa pertencente a ambos, no período de janeiro de 2001 a outubro de 2002, como comprovam as cópias das DIRF anexadas às fl. 24 e 25.*
- Fernando de Carvalho Rodrigues, CPF nº 092.530.177-91, incluído na empresa através da Alteração Contratual de 10/12/2003 (fl. 441/ 446), é pessoa de confiança de Flávio Favalli e João de Castro Moreira, como provam as procurações (fl. 351, 355 e 363). Foi empregado da Bella Bebidas Litoral Ltda nos anos de 2003 e 2004, de acordo com as DIRF (fl. 34 e 35).*
- Arnaldo Kardec da Costa, CPF nº 198.823.947-87, incluído na empresa através da Alteração Contratual de 10/12/2003 (fl. 441/446), prestava*

serviços de contabilidade para empresas de Flávio Favalli e João de Castro Moreira.

• *Anderson de Lima Ferreira, CPF nº 052.768.877-05, incluído por meio da Alteração Contratual de 29/03/2004 (fl. 447/451), é pessoa vinculada ao contador Arnaldo Kardec da Costa, a quem conhece a (sic) mais de 6 anos e foi quem solicitou que o mesmo assinasse a referida alteração contratual (respostas 1 e 5 do seu Termo de Declaração (fl. 15 e 16)).*

Flávio Favalli e João de Castro Moreira, em suas Declarações de Ajuste, relativamente ao ano-calendário de 2003, no quadro 7 - Pagamentos e Doações Efetuados no quadro 9 - Declaração de Bens e Direitos (fl. 133/135 e 136/138), informaram à SRFB que doaram as suas cotas para Jorge Ozório Moreira, Fernando de Carvalho Rodrigues e Arnaldo Kardec da Costa. Porém, em atendimento aos Termos de Intimação nº 01 e 04 (fl. 40/105 e 139/289), declararam que venderam as cotas, conforme suas cartas respostas (fl. 109 /118, 123/132 e 291/293).

Também fizeram constar na cláusula 2 da Alteração Contratual de 29/03/2004, (fl. 447 a 451), um novo endereço para a sede da Bella Bebidas Litoral Ltda, sendo comprovado que a mesma nunca funcionou no local indicado.

Os Srs Flávio e João, desde de 2002, ano da aquisição da empresa, passaram a apresentá-la como inativa, de acordo com as declarações anexadas às fl. 4 a 11, apesar dos depósitos realizados em contas correntes da Bella Bebidas Litoral Ltda, mantidas nos Bancos Safra, Bradesco, Itaú, Sudameris, Mercantil do Brasil, Unibanco e Rural, em valores próximos a cento e vinte e cinco milhões de reais, bem como a compras de mercadorias realizadas junto aos seus fornecedores (dossiês - fl. 422 /428).

Dos fatos acima citados e comprovados na Parte II do Termo, a fiscalização apurou que a empresa Bella Bebidas Litoral Ltda pertence efetivamente a Flávio e João, que na verdade nunca deixaram de administrá-la.

Com base nos artigos 135, 136 e 137 do CTN, todas as responsabilidades tributárias da Bella Bebidas Litoral Ltda serão imputadas aos Srs. Flávio e João, inclusive as resultantes do Auto de Infração.

2.0.DA COMPROVAÇÃO DOS DONOS DE FATO- PARTE II DO TERMO DE CONSTATAÇÃO

2.1. DA SUPOSTA SEDE DA EMPRESA

Em visita ao local da sede da Bella Bebidas Litoral Ltda, situada na Av. Presidente Kennedy nº 1.555, sala 405, Centro, Duque de Caxias-RJ, conforme CNPJ (fl. 31), para proceder a entrega do Termo de Início de Fiscalização, constatou-se que a empresa nunca funcionou no local, segundo informação obtida junto a (sic) portaria do edifício.

Na sala 405 a fiscalização foi recebida pelo Sr. Roberto Inácio da Silva, técnico de contabilidade, que, em seu Termo de Declaração anexado às fl. 294 e 295, informou que:

- *Encontra-se neste endereço desde abril de 2003 (resposta nº 2 do Termo de Declaração), apresentando como prova o Contrato de Locação (fl. 296 a 299). Pesquisando no CNPJ (fl. 300), apurou-se que desde 11/2003, funciona neste local a empresa Prisma Assessoria Empresarial Ltda, tendo como sócia responsável Cláudia Machado, CPF: 036.187.847-83, que vem a ser a locatária do referido Contrato de Locação.*

- *Conhece a empresa Bella Bebidas Litoral Ltda somente de nome devido as correspondências enviadas para o seu endereço (resposta nº 3 do Termo de Declaração).*

2. DOS SUPOSTOS COMPRADORES DA EMPRESA

2.1 ANDERSON DE LIMA FERREIRA

Foi enviada ao domicílio de Anderson de Lima Ferreira uma das vias do Termo de Início de Fiscalização (fl. 12), que de acordo com o CNPJ (fl. 313), consta como sendo o responsável pela empresa perante à (sic) SRFB. Este compareceu a esta Receita Federal onde prestou esclarecimentos, sendo lavrado o Termo de Declaração (fl. 15 e 16):

Nas respostas de nº 1 e 2, informou que não comprou nenhuma cota do capital social da empresa Bella Bebidas Litoral Ltda, por não ter capacidade

financeira e econômica para dispor de R\$ 100.000,00 (cláusula 1ª da Alteração Contratual fl. 447 a 451).

Não conhece e nunca ouviu falar de Fernando de Carvalho Rodrigues, a quem teria pago R\$ 66.677,00 pela compra das cotas de capital da empresa Bella Bebidas Litoral Ltda (cláusula 1ª da Alteração Contratual - resposta nº 2 do Termo de Declaração).

Não conhece Jorge Ozório Moreira que de acordo com a Alteração Contratual seria seu sócio na empresa, detendo 50% do capital social (resposta nº 3 do Termo).

Trabalha das 8:00 às 17:30 horas, desde o ano de 2000 na empresa Procuratório Central Ltda, onde recebia na época de R\$ 500,00 por mês (resposta nº 6 do Termo), o que o impossibilita de exercer as atribuições da cláusula 3 da Alteração Contratual (fl. 447/ 451), que diz que ele seria o único administrador da sociedade.

Portanto, não corresponde a (sic) verdade o que está escrito nas cláusulas da Alteração Contratual, datada de 29/03/2004 (fl. 447/451).

2.2 JORGE OZÓRIO MOREIRA

Jorge Ozório Moreira, que constava como sócio da empresa (Alteração Contratual de 29/03/2004 (fl. 447/ 451)), compareceu no Serviço de Fiscalização da DRF/Vitória, onde respondeu as (sic) perguntas que constam do seu Termo de Declaração (fl. 17/20), de onde destaca-se:

- Não fez qualquer pagamento a Flávio Favalli e a João de Castro Moreira pela aquisição de 80% do capital social da empresa Bella Bebidas Ltda (resposta nº 4 do Termo de Declaração), no total de R\$ 160.000,00, apesar de constar na cláusula 1ª da Alteração Contratual de 25/08/2003 (fl. 434 a 439). Informou para Receita Federal, no quadro 9 -Declaração de Bens e Direitos da Declaração de Ajuste Anual a e 2004 (fl. 21 a 23), que as cotas lhe foram doadas por Flávio Favalli e João de Castro Moreira.*
- Não recebeu pagamento pela venda de parte de suas cotas a Arnaldo Kardec da Costa e Fernando de Carvalho Rodrigues, no valor de R\$*

93.333,00 (resposta nº 9 do Termo), o que contradiz a cláusula 1ª da Alteração Contratual de 10/12/2003 (fl.441/446).

- Declara que não conhece Anderson de Lima Ferreira, seu sócio com 50% do capital social, e que desconhece a participação dessa pessoa no quadro social da empresa (resposta nº 12 do Termo de Declaração).

- Nos anos de 2001 e 2002, foi empregado da Distribuidora São Mateus de Bebidas Ltda, CNPJ: 27.300.698/0001-17, (DIRF fl. 24 e 25), empresa pertencente a Flávio Favalli e João de Castro Moreira Ficha 42A da DIPJ 2003, fl. 306.).

- Assinou a Alteração Contratual de 10/12/2003 (fl.441/446) por solicitação do contador Roberto Penna Júnior (respostas nº 8 do Termo de Declaração). O contador Roberto Penna Junior é pessoa de confiança de Flávio Favalli e João de Castro Moreira, como provam as procurações (fl. 353/357). Ele trabalhou na Distribuidora de Bebidas Beira Mar Ltda, no período de fevereiro/2002 a agosto/2003 (fl. 302 e 303), e prestou serviços contábeis a Distribuidora São Mateus de Bebidas Ltda (ficha 03 da Declaração Simplificada de 2003 — fl.307), empresas pertencentes a Flávio Favalli e João de Castro Moreira (Alteração Contratual de 28/11/2003 — fl. 430/433).

- Declarou não conhecer Arnaldo Kardec da Costa e Fernando de Carvalho (respostas nº 7 e 8 do Termo de Declaração) para quem teria ter vendido as cotas do capital social da empresa, conforme Alteração Contratual de 10/12/2003 (fl.441/446). O nome de ambos aparece na Declaração de Ajuste de 2004 no campo 7 —Pagamentos e Doações efetuadas (fl. 21/23).

2.3 ARNALDO KARDEC DA COSTA

Intimou-se Arnaldo Kardec da Costa, que segundo a cláusula 1ª da Alteração Contratual de 29/03/2004 (fl. 447/451) teria vendido todas as suas cotas de capital para Anderson Lima Ferreira.

O Sr. Arnaldo compareceu na DIFIS da Superintendência Receita Federal da 7ª Região Fiscal, onde respondeu as perguntas que lhe foram feitas através do Termo de Declaração (fl. 38 e 39), tendo a destacar que, apesar de constar na cláusula 1ª da Alteração Contratual de 10/12/2003 (fl. 441 a 446) como tendo adquirido cotas do capital social da Bella Bebidas Litoral

Lida, a compra não se realizou em virtude de não ter havido pagamento de qualquer valor, conforme respostas nº 1 e 2 de seu Termo de Declaração.

O fato da compra e da venda da empresa sem pagamento de qualquer valor se repete, ficando evidenciado que as transações só se realizaram no papel, através das três últimas alterações contratuais realizadas nas datas de 25/08/2003, 10/12/2003 e 29/03/2004, anexadas às fls. 434 a 439, 441 a 446 e 447 a 451, respectivamente.

2.4 FERNANDO DE CARVALHO RODRIGUES

Intimou-se o outro antecessor na empresa, Sr. Fernando de Carvalho Rodrigues, face as (sic) informações da cláusula 1 a da Alteração Contratual de 10/12/2003 (fl. 441 a 446).

O Sr. Fernando compareceu na DIFIS da Superintendência da Receita Federal da 7ª Região Fiscal, onde respondeu as (sic) perguntas que lhe foram feitas através do Termo de Declaração (fl. 30 e 31), tendo a destacar o seguinte:

- Apesar de constar na cláusula 1ª da Alteração Contratual de 10/12/2003 (fl. 441 a 446) como tendo adquirido cotas do capital social da Bella Bebidas Litoral Ltda, a compra efetivamente não se realizou por não ter havido pagamento, conforme respostas nº 1 e nº 2 de seu Termo de Declaração.*
- Declarou na resposta de nº 8 do seu Termo de Declaração que conhece Anderson de Lima Ferreira. No entanto, conforme resposta nº 2 do Termo de Declaração de Anderson (fl. 15 e 16), este afirma não conhecê-lo.*

3. DAS PROVAS

Flávio Favalli e João de Castro Moreira continuaram a ser os donos de fato da empresa Bella Bebidas Litoral Ltda, apesar do constante na cláusula 1ª da Alteração Contratual realizada em 10/12/2003 (fl. 441 a 446), de que teriam vendido as suas cotas do capital social da empresa, o que também alegaram em suas respostas (fl. 109 a 118, 123 a 132 e 291 a 293).

3.1 PROCURAÇÕES

• Em 10/12/2003, Flávio Favalli e João de Castro Moreira passaram uma procuração para Roberto Penna Júnior, conferindo-lhe amplos poderes para assinar em nome da empresa escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária oferecida por terceiros, em favor da Cervejaria Cintra Indústria e Comércio Ltda, fl. 151 - Livro 0057, no Cartório 3º Ofício de Notas (Cartório Teixeira), Comarca da Capital do Estado do Espírito Santo (fl. 357).

• Em 08/01/2004, Flávio Favalli e João de Castro Moreira outorgaram a Fernando de Carvalho Rodrigues poderes para gerir e administrar todos os negócios concernentes a Firma outorgante, conforme consta na procuração lavrada à fl. 014 do Livro 69 do Cartório do 5º Ofício de Justiça, da cidade de Duque de Caxias, Estado do Rio de Janeiro, de acordo com a sua certidão anexada à fl. 363.

O Sr. Fernando, (sic) tornou-se procurador da empresa por determinação dos Sr. Flávio e João, que não seriam mais sócios da empresa desde 11/12/2003 (fl. 109 a 118, 123 a 132 e 291 a 293).

• Em 17/02/2004, Flávio Favalli e João de Castro Moreira, representando a Bella Bebidas Litoral Ltda, outorgaram procuração a José de Paula Diniz Neto e Edson Henrique Martins, a quem conferiram poderes para gerir e administrar todos os negócios concernentes a (sic) Firma outorgante, em desacordo com a procuração lavrada às fls. 100 e 101 do Livro 058, do Cartório do 3º Ofício de Notas (Sucursal), na cidade de Vila Velha, segundo traslado anexado às fl. 358 e 359.

• Em 15/03/2004, Flávio Favalli e João de Castro Moreira, representando a Bella Bebidas Litoral Ltda, outorgaram outra procuração a José de Paula Diniz Neto e Edson Henrique Martins, lavrada às fls. 163 e 164 do Livro 058, do Cartório do 3º Ofício de Notas (Sucursal), na cidade de Vila Velha, na Comarca da Capital do Estado do Espírito Santo, conforme traslado anexado às fls. 360 e 361.

3.2 EMPRÉSTIMOS

No período de 11/12/2003 à (sic) 29/12/2004, os senhores Flávio e João, (sic) levantaram empréstimos para financiamento de capital de giro junto à

Uniletra S/A - Sociedade de Crédito, Financiamento e Investimento em nome da Bella Bebidas Litoral Ltda.

Assinaram 165 contratos no total de R\$ 2.759.266,99 (fl. 316 a 337), conforme consta no documento de fl. 316/337, apresentado pelo agente financeiro em atendimento a Requisição de Informações " sobre Movimentação Financeira (fl. 314 e 315), cujos dados encontram-se no quadro das fl. 373/377.

Foram anexados, às fls. 339 a 344, 6 cópias desses contratos (0973, 241019, 241082, 111362, 241859 e 242977), fornecidas pela Uniletra A - Sociedade de Crédito, Financiamento e Investimento.

3.3 MOVIMENTAÇÕES BANCÁRIAS

Na renovação da Ficha Cadastral (fl. 345) referente a sete contas bancárias mantidas pela Bella Bebidas Litoral Ltda na agência 0052 -BANCO RURAL S/A, ocorrida em 20/04/2004 (fl. 345v), Flávio e João constam como únicos sócios da mesma, sendo cada um 50% de seu capital social.

Neste documento o sr. Fernando Carvalho Rodrigues figura como administrador da empresa, em contraposição a (sic) cláusula 1ª da Alteração Contratual, em que o mesmo seria acionista, detendo 33,3% do capital social da Bella Bebidas.

Os dados foram fornecidos pelo próprio Fernando, de acordo com sua assinatura no verso da ficha cadastral.

Da mesma forma se verifica na ficha Cadastro de Clientes (fls 348 e 349), referente a (sic) conta bancária nº 32.828/6 aberta em 21/01/2004 pela Bella Bebidas Litoral Ltda na agência 554/1 do BANCO BRADESCO S/A, cerca de 40 dias após à (sic) suposta venda da empresa, os srs. Flávio e João constam como únicos sócios da empresa (fl. 349).

4.0. DA OMISSÃO DE RECEITA -PARTE III - DO TERMO DE CONSTATAÇÃO

Foi quebrado o sigilo bancário do contribuinte, tendo sido apurada elevada movimentação financeira nos anos de 2003 e 2004, contradizendo as informações prestadas à SRFB de que a empresa está inativa, conforme cópias das Declarações Simplificadas dos referidos anos (fl. 6 a 11).

A empresa vinha declarando como estando ativa desde 1999 (fl. 421) e, assim que os Srs. Flávio e João adquiriram a mesma, no final de novembro de 2002 (fl. 430 a 433). passam a declará-la como inativa.

A empresa Bella Bebidas Litoral Ltda estando supostamente inativa, tenha efetuado compras de mercadorias junto aos seus fornecedores, nesse mesmo período, conforme consta nos Dossiês Integrados (fl. 422 a 428).

A Bella Bebidas informou ao Banco Real que durante o ano de 2003 teve faturamento de R\$ 69.476.000,00, como consta nas cópias das Fichas Cadastro (fl. 309 e 310).

Foram intimados os Srs. Flávio Favalli e João de Castro Moreira, responsáveis tributários pela Bella Bebidas Litoral Ltda, a comprovar, com documentos hábeis e idôneos, a origem dos recursos depositados nas contas correntes da empresa, relacionados nos anexos aos Termos de Intimação nº 01 e 04, apensados às fls. 40 a 105 e 139 a 289, e que encontram-se consolidados por mês e por banco nos quadros I e II, insertos nas fl. 378/379.

Não tendo o contribuinte em suas respostas (fl. 109 a 118, 123 a 132 e 291 a 293), comprovado a origem dos recursos utilizados nesses depósitos, a fiscalização, com fulcro no art. 42 da Lei nº 9.430/96, caracterizou os referidos recursos como receitas omitidas nos anos-calendário de 2003 e 2004, e que estão consolidados no Quadro III (fl.379).

5.0. DA TRIBUTAÇÃO PELO LUCRO ARBITRADO PARTE IV

Flávio Favalli e João de Castro Moreira foram intimados (fl. 40), a apresentarem (sic) os livros fiscais e contábeis da empresa.

Em suas respostas (fl. 109 a 118 e 123 a 132), não apresentaram os livros fiscais e contábeis solicitados, alegando que desde 11/12/2003 não são mais sócios da empresa, pois teriam vendido todas as suas cotas de capital, conforme consta na cláusula la da Alteração Contratual entregues pelos intimados (fl. 113a 118 e 127 a 132), que todavia apresenta o campo referente ao dia da assinatura do documento em branco (fls. 118 e 132).

Como demonstrado, na parte II do Termo de Constatação, a referida Alteração Contratual foi um ato simulado, com a intenção de se eximirem

perante terceiros das responsabilidades da empresa, e no caso em particular, das obrigações tributárias.

A fiscalização, com base no inciso III do artigo 530 do RIR199, apurou o lucro da Bella Bebidas Litoral Ltda nos anos-calendário de 2003 e 2004 adotando o regime de tributação pelo lucro arbitrado.

Por outro lado, considerando o que consta no artigo 532 e 537 do RIR199, a base de cálculo do lucro arbitrado foi determinado utilizando a receita bruta apurada na parte III do Termo de Constatação.

Foi lavrado o TERMO DE CONSTATAÇÃO FISCAL, em 6 vias, com as seguintes destinações: uma via para ser anexada ao Auto de Infração lavrado em decorrência das irregularidades apuradas neste Termo de Constatação Fiscal; uma outra via para ser apensada ao processo de Representação Fiscal para Fins Penais; duas vias para serem enviadas para Flávio Favalli e João de Castro Moreira, responsáveis tributários da Bella Bebidas Litoral Ltda e duas via para serem remetidas para Anderson de Lima Ferreira e Jorge Ozório Moreira que constam como sendo os atuais sócios da empresa.”

Despacho da Chefe da Divisão de Fiscalização da Superintendência da 7ª Região Fiscal, à fl. 460, dando ciência de que João de Castro Moreira havia sido intimado das exigências fiscais lançadas de ofício e do Termo de Constatação que compõe o auto de infração, determinando, ainda, o envio do processo à Agência da Receita Federal em Resende “*para aguardar o prazo de impugnação ou o pagamento, por parte dos seus responsáveis tributários, João de Castro Moreira — CP 147.331.296-53 e Flávio Favalli — CPF: 988.554.338-49, conforme demonstrado no Termo de Constatação Fiscal anexado às fls. 364 a 380.*”

Ciência do lançamento de ofício de IRPJ, CSLL, PIS/PASEP e COFINS, por via postal, com Aviso de Recebimento (AR) assinado no dia 22/03/2008, à fl. 458.

Bella - Bebidas Litoral Ltda impugna a exigência de PIS/PASEP no dia 22/04/2008, às fls. 461/492, assinada pela advogada Srª Kátia Leão Borges de Almeida (OAB/ES 9.315), juntando aos autos o instrumento de representação à f. 493.

Às fls. 501/532, impugnação à exigência de COFINS, em 22/04/2008, também em nome de Bella – Bebidas Litoral Ltda, assinada pela advogada Srª Kátia Leão Borges de

Almeida, juntando o instrumento que outorga os poderes de representação à citada advogada, à fl. 533.

Às fls. 541/572, impugnação à exigência de IRPJ, também apresentada no dia 22/04/2008, em nome de Bella – Bebidas Litoral - assinada pela advogada Srª Kátia Leão Borges de Almeida, com cópia da procuração passada à prefalada advogada, à fl. 573.

Às fls. 582/615, impugnação, dessa feita, ao lançamento de CSLL, em nome de Bella – Bebidas Litoral Ltda, assinada pela mesma advogada, entregue no dia 22/04/2004, trazendo ainda a procuração passada à Srª Kátia Leão Borges de Almeida à fl. 616.

Acórdão nº 12-20.164 da DRJ/Rio de Janeiro I, às fls. 626/653, assim ementado:

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

Ano-calendário: 2003, 2004

DA NULIDADE.

Descabe a nulidade quando não existirem atos insanáveis e quando a autoridade autuante observa os devidos procedimentos fiscais, previstos na legislação tributária.

*CERCEAMENTO. PROCEDIMENTO FISCAL. CARÁTER INQUISITÓRIO.
IMPUGNAÇÃO. INÍCIO DO CONTENCIOSO.*

A ação fiscal tendente a apurar e constituir o crédito tributário é um procedimento administrativo que tem caráter inquisitório. O sujeito passivo pode e exercer seu direito ao contraditório e a ampla defesa na impugnação ao lançamento, quando se instaura o contencioso administrativo fiscal.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO.

A autoridade fiscal pode requisitar de instituições financeiras, mediante RMF, dados bancários dos contribuintes para exame, quando há procedimento fiscal em curso e o exame desses dados pelo Fisco se revela indispensável.

OMISSÃO DE RECEITAS - MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Nos termos do art. 17 do Decreto nº. 70.23 /72, considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

ARBITRAMENTO.

Cabe o arbitramento do lucro da pessoa jurídica quando se deixa de apresentar os livros e documentos de sua escrituração.

*ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES**Ano-calendário: 2003, 2004**CSLL PIS, COFINS -. DECORRÊNCIA.*

Decorrendo a exigência da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o imposto de renda,

MULTA AGRAVADA.

A conduta que tenha a finalidade de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador, obtendo-se como resultado, a redução ou a s pressão de tributo, está sujeita à multa agravada aplicada sobre a totalidade ou diferença do tributo omitido

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados em infração de lei os representantes de fato das pessoas jurídicas de direito privado.”

Intimação nº 405/2008, de 08/08/2008, e Demonstrativo de Débito, em anexo a essa Intimação, da Agência da Receita Federal do Brasil em Duque de Caxias (ARF/Duque de Caxias), à fl. 655/659, destinados à ciência do Acórdão nº 12-20.164 da DRJ/Rio de Janeiro I. Ressalte-se que se expediu tal intimação à Bella - Bebidas Litoral, com endereço na Av. Presidente Kennedy nº 1.555, 405, Centro, Duque de Caxias, RJ.

Às fls. 660/664, cópia da Intimação nº 405 e do Demonstrativo de Débito, em anexo a essa Intimação, da Agência da Receita Federal em Duque de Caxias, inseridos às fl. 655/659, destinados à ciência do Acórdão nº 12-20.164 da DRJ/Rio de Janeiro I.

À fl. 665, despacho de anexação de envelope contendo a Intimação nº 405/2008, devolvidos pelos Correios por ser desconhecido o destinatário no endereço apostado na correspondência – Av. Presidente Kennedy nº 1.555, sala 405 – Centro Duque de Caxias, Estado do Rio de Janeiro.

À fl. 670, despacho da ARF/Duque de Caxias, de 27/08/2008, com a motivação da publicação de edital para ciência da contribuinte Bella – Bebidas Litoral Ltda, tendo em vista sua localização desconhecida. No mesmo ato, discorreu-se sobre a necessidade de se enviar o

processo para a Agência da Receita Federal do Brasil em Vila Velha (ARF/VVA), com vistas à intimação de Flávio Favalli e de João de Castro Moreira.

À fl. 671, Intimação nº 495/08, da ARF/Duque de Caxias, de 01/10/2008, para ciência do Acórdão nº 12-20.164 à Bella – Bebidas Litoral Ltda. Novamente expedida para o endereço na Av. Presidente Kennedy nº 1.555, sala 405, Centro, Duque de Caxias, RJ.

À fl. 676, cópia do AR relativo à Intimação nº 495/2008, da ARF/Duque de Caxias, enviada pela ARF/VVA, com a ciência de João de Castro Moreira, datado de 09/10/2008.

À fl. 677, cópia do AR relativo à Intimação nº 495/2008, da ARF/Duque de Caxias, enviada pela ARF/VVA a Flávio Favalli, não encontrado no local registrado no sistema CPF (Rua Santa Leocádia nº 41, Praia da Costa, Vila Velha, Espírito Santo, conforme fl 667). Esclareça-se que o Intimado já havia informado, à fl. 119, que seu domicílio é Rua Desembargador Augusto Botelho nº 140, apto. 202, Praia da Costa, Vila Velha, Espírito Santo.

Recurso de Bella - Bebidas Litoral Ltda a este Colegiado, às fls. 679/698, contra o lançamento de IRPJ, sem oposição de data de entrada na repartição preparadora. À fl. 699, cópia do instrumento mediante o qual a Recorrente nomeia e constitui sua procuradora a advogada Srª Kátia Leão Borges de Almeida.

Recurso de Bella – Bebidas Ltda contra as exigências de PIS/PASEP, COFINS e CSLL, respectivamente às 737/756, 796/815, 853/872. Todos sem a oposição da data de entrada na repartição preparadora.

Edital nº 51/2008, da ARF/Duque de Caxias, à fl. 911, para intimar Bella – Bebidas Litoral Ltda a recolher o crédito tributário constituído pelos autos de infração integrantes destes autos ou, querendo, a recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) contra a decisão de primeira instância.

Despacho à fl. 912, de 28/11/2008, com a proposta, aprovada, para intimar Flávio Favalli.

À fl. 913, Edital nº 037/2008, da ARF/VVA, pelo qual pretendia-se intimar Flávio Favalli a tomar conhecimento do Acórdão nº 12-20.164.

Às fls. 914/915, resposta de Arnaldo Kardec Costa ao Termo de Reintimação nº 1587-3/ 1160/2008.

Às fls. 947, Ofício nº 0739/2009/DRF/NIU/ARF/DCS/RJ ao CARF para encaminhar AR de fl. 948/949, o qual faz prova de que Flávio Favalli, localizado na Rua Desembargador Augusto Botelho nº 146, apto 701, Vila Velha, fora cientificado, em 08/04/2008, do auto de

infração lavrado contra Bella – Bebidas Litoral Ltda e do Termo de Constatação que faz parte do referido auto.

No Recurso a este Colegiado, às fls. 737/756, 796/815, 853/872, consta o seguinte:

- 1) Flávio Favalli e João de Castro Moreira já esclareceram que não são sócios de fato nem de direito da fiscalizada desde 11/12/2003, juntando aos autos a última alteração contratual, registrada na Junta Comercial do Estado do Espírito Santo, que comprova a venda de das cotas para os atuais sócios Jorge Ozório Moreira, Arnaldo Kardec Costa e Fernando de Carvalho Rodrigues, os quais assumiram o ativo e o passivo da sociedade (item 1, parágrafo único da alteração contratual);
- 2) toda a documentação fiscal e contábil e a movimentação bancária foram entregues aos atuais sócios, quando da aquisição das quotas aos ex-sócios;
- 3) para fazer prova de suas alegações, os ex-sócios anexam cópias das declarações de rendimentos do ano-calendário de 2003, período ao longo do qual efetivou-se a doação das quotas aos sócios atuais da pessoa jurídica autuada;
- 4) cerceou-se o direito de defesa da Recorrente na medida em que se efetuou o lançamento sem a anterior notificação para esclarecer os fatos;
- 5) houve quebra de sigilo bancário sem a prévia autorização judicial;
- 6) a autuação não cumpriu os requisitos formais da lei. Por se tratar de ato administrativo, o auto de infração está sujeito a limitações decorrentes do princípio da formalidade, que impõe à Administração o dever de agir em estrita observância à forma exigida pela lei, quanto à confecção de seus atos;
- 7) pode-se ver, no campo da descrição dos fatos constante dos autos de infração, que não há qualquer informação minuciosa sobre as ocorrências reais alcançadas, nem sobre as penalidades aplicadas, já que tudo está remetido aos famigerados anexos, o que afronta os princípios formais do preenchimento do auto;

- 8) esse descompasso com o artigo 10 do Decreto nº 70.235/1972 evidencia que o instrumento adotado não é um auto de infração, devendo ser considerado natimorto em razão de sua patente nulidade;
- 9) por outro lado, verifica-se, nos anexos (relatórios, demonstrativos e explicativos) ao Auto de Infração, que não foi individualizada a conduta ilegal, dado imprescindível à defesa efetiva do contribuinte. Dessa forma, "basta uma simples olhadela nessa hercúlea generalidade e imprecisão" para se verificar a indiscutível nulidade;
- 10) em momento algum os Auditores Fiscais mostraram a intenção de buscar a verdade material, pois, mesmos após informados sobre quem seriam os atuais sócios da empresa Recorrente e os respectivos endereços, ainda assim insistiram em intimar ex-sócios da fiscalizada e lançar de ofício os valores que entenderam devido;
- 11) não pode o Fisco cobrar tributo simplesmente à vista da alegação de que o sujeito passivo descumpriu seu dever legal; é preciso que a autoridade lance o tributo e notifique o contribuinte. Se este ainda assim resistir ao recolhimento, cabe prosseguir ao efetivo recebimento do valor;
- 12) conforme dito anteriormente, o Fisco não atentou para a legislação que diz respeito ao procedimento legal do lançamento de ofício, da notificação e do pedido de esclarecimento ao contribuinte antes do lançamento de ofício, dificultando o exercício dos direitos inerentes ao contribuintes e desrespeitando de forma acintosa o texto legal de princípios jurídicos basilares;
- 13) a Recorrente e seus atuais sócios não foram notificados do MPF para esclarecer os fatos apurados pelos auditores-fiscais, o que configura cerceamento ao direito de defesa;
- 14) o sigilo dos dados bancários não pode ser quebrado, salvo por ordem judicial e somente quando não restarem mais alternativas para se levar à frente a investigação criminal ou a instrução processual penal, ou seja, nunca por mera ordem administrativa para instruir um processo administrativo;

15) o Judiciário tem concedido a quebra de sigilo aos órgãos fiscalizadores em casos singulares e devidamente fundamentados. O direito da Impugnante sobrevive pelos fundamentos aqui expostos, já que não se enquadra em quaisquer das hipóteses legais de permissão à quebra;

16) não há interpretação de texto de lei em conformidade com a Constituição que assegure à Receita Federal o poder de vasculhar, de invadir a vida íntima da Recorrente, quebrando o seu sigilo bancário;

17) o artigo 145, § 1º, da Constituição da República, quando expressamente prevê que o Poder Público pode identificar os rendimentos, patrimônio e atividades econômicas do contribuinte, não deixa de ressaltar a absoluta necessidade de se preservarem os direitos e garantias individuais, a exemplo da inviolabilidade do sigilo bancário;

18) o sigilo bancário, que está incluído no rol dos direitos à intimidade pessoal, recebeu proteção do Direito na órbita penal e cível, de acordo com doutrina especializada;

19) a Receita Federal afirma que suas investigações têm amparo no Decreto nº 3.724/2001 e na Portaria SRF nº 180, de 2001. Sabe-se que decreto não pode assumir a função que se atribui à lei nem contrariar a Carta Superior. O sigilo bancário, acaso regulamentado, deverá ser tratado somente por emenda constitucional e não por decreto, como no presente caso;

20) portanto, é manifesta a inconstitucionalidade do citado Decreto, ao conferir ao órgão fiscal, absolutamente parcial e interessado, o poder de violar o sigilo bancário do contribuinte. Tal autorização contraria a própria razão de ser do Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e na tripartição do poder;

21) diante do que se expõe, percebe-se que o contribuinte não pode ficar à mercê do juízo direto de uma autoridade que é marcada pelo interesse e pela parcialidade;

22) os mesmos fundamentos aptos a afastar a aplicação do Decreto nº 3.724/2001 também embasam o afastamento da Portaria nº 180/2001, da Receita Federal;

23) já o artigo 6ª da Lei Complementar nº 105, de 2001, não passa de uma cópia do artigo 38, § 5º, da Lei 4.595, de 1964, adaptada aos novos interesses da Administração Fazendária, com o absoluto abandono de garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas; em suma, uma ofensa ao artigo 5º, XII, da Carta Magna;

24) por sua vez, a Lei nº 10.174, de 2001, ao estabelecer que a Secretaria da Receita Federal pode utilizar informações bancárias para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições, comete um atentado à democracia, uma afronta à tripartição dos poderes, ao direito ao sigilo de dados, ao Estado Democrático de Direito;

25) alfim, com base em toda argumentação tecida, tendo em vista as irregularidades praticadas pelo Fisco, além da falta de conteúdo probatório, requer a Recorrente que seja recebido e conhecido o presente Recurso para, no mérito, ser provido, determinando-se a reforma da decisão de primeira instância, anulando-se o crédito tributário lançado de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Flávio Franco Corrêa, Relator.

Recursos Voluntários de IRPJ, PIS/PASEP, CSLL e COFINS de Bella - Bebidas Litoral LTDA, sem a oposição do registro administrativo que assela a data em que foram interpostos. É de se adotar, nessas circunstâncias, a solução favorável ao administrado, quanto à tempestividade.

Ainda em sede de preliminar, a Recorrente se defende com os seguintes argumentos, todos relacionados à tese de nulidade por cerceamento do direito de defesa ou por preterição de requisitos formais essenciais:

- descumprimento de formalidades do auto de infração relacionadas à ausência de descrição dos fatos, em campo próprio, e das penalidades aplicadas;
- falta de notificação antes do lançamento;
- descumprimento à legislação respeitante ao procedimento legal do lançamento de ofício, da notificação e do pedido de esclarecimento ao contribuinte antes do lançamento de ofício;
- falta de individualização da conduta ilegal imputada;
- descumprimento do mandamento funcional que impõe à autoridade o dever de efetuar o lançamento do tributo e a notificação ao contribuinte para, só então, caso o notificado resista ao recolhimento, prosseguir ao efetivo recebimento do valor;
- falta de notificação do MPF com vistas ao esclarecimentos dos fatos apurados pelos auditores-fiscais.

Em primeiro lugar, é inadmissível a tese de nulidade fundada na ausência da descrição dos fatos e das penalidades aplicadas, em campo próprio, em função do emprego de anexos (relatórios, demonstrativos e explicativos). Pode-se ver, no campo do auto de infração reservado à descrição dos fatos e ao enquadramento legal, que os autuantes consignaram as seguintes ocorrências, bem como os dispositivos regulamentares que lhes são correlatos:

- a) arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo (s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los. Enquadramento Legal: A partir de 01/04/1999. Art. 530, inciso III, do RIR/99.
- b) depósitos bancários de origem não comprovada. Valor apurado na Parte III - Da Omissão de Receita, do Termo de Constatação Fiscal anexado às fls.364/380, o qual é parte integrante e inseparável do Auto de Infração. Artigos 27, inciso I, e 42 da Lei nº 9.430/96; artigos. 532 e 537 do RIR/99.

No caso específico dos depósitos bancários, avulta-se, no campo destinado à descrição dos fatos, a lista de 24 valores referentes aos fatos geradores dos meses de março, junho,

setembro e dezembro de 2003 e 2004. Esses valores, por sua vez, resultam da consolidação trimestral de depósitos em sete contas bancárias que compõem um rol de 147 folhas dos presentes autos, conforme Termo de Intimação nº 04, à fl. 139, e fls. 141/289.

Ademais, a emissão de termos processuais que descortinam o desdobramento da fiscalização não constitui irregularidade. Aliás, esses termos têm supedâneo no artigo 2º do Decreto nº 70.235/1972 e costumam justificar sua importância para o julgamento da lide na medida em que facultam a compreensão das minudências das investigações e das conclusões que delas ressaem para o devido juízo de adequação típica, a ser efetuado no auto de infração. Tais são as características indiscutíveis do Termo de Constatação às fls. 365/380, peça de apoio ao auto de infração, no qual se exibem os argumentos de fato e de direito concernentes à imputação da responsabilidade tributária e à omissão de receitas.

Também não é verdade que existem máculas da generalidade e da imprecisão descritivas na peça que veicula a imputação da infração cometida e da responsabilidade tributária. No Termo de Constatação já citado, os agentes mencionam o passo-a-passo das diligências realizadas no domicílio eleito pela Recorrente, a colheita de declarações de seus supostos compradores e da carga de documentos na qual se incluem contratos, procurações e fichas de cadastros bancários, tudo a convergir para a conclusão de que "a empresa Bella Bebidas Litoral Ltda pertence efetivamente a Flávio Favalli e João de Castro Moreira, que na verdade nunca deixaram de administrá-la", conforme fl. 367. Seguem os agentes fiscais, no arremate, na mesma página: "Desta forma, com base nos artigos 135, 136 e 137 do Código Tributário Nacional, todas as responsabilidades tributárias da Bella Bebidas Litoral Ltda serão imputadas aos Srs. Flávio Favalli e João de Castro Moreira, inclusive as resultantes de Auto de Infração a ser lavrado por conta das irregularidades apuradas na presente fiscalização." Sem dúvida, uma afirmação específica e precisa.

O mesmo se pode dizer com relação à omissão de receitas: quebrou-se o sigilo bancário da Recorrente, que se declarava inativa ao Fisco Federal, e se descortinou, a partir daí, uma vasta movimentação em sete contas de depósitos que a fiscalizada mantinha (fls. 378/379). Em 2003, o total movimentado alcançou R\$ 78.199.986,84; em 2004, R\$ 46.898.409,27 (fls. 379). No final, a imputação, à fl. 379: "Não tendo o contribuinte em suas respostas anexadas às fls. 109 a 118, 123 a 132 e 291 a 293, comprovado, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nesses depósitos, a fiscalização, com fulcro no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, caracterizou os referidos recursos como receitas omitidas nos anos-calendário de 2003 e 2004..."

Em outro norte, é fantasiosa a alegação de descumprimento à legislação respeitante ao procedimento legal do lançamento de ofício, da notificação e do pedido de esclarecimento ao contribuinte antes do lançamento de ofício. Os autos iluminam que o procedimento de fiscalização levado a efeito foi inaugurado com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização à fl. 12. O procedimento de fiscalização é inquisitorial, vale dizer, transcorre sem que a autoridade fiscal esteja, em consequência do desenho do processo administrativo fiscal regido pelo Decreto nº 70.235/1972, sob qualquer constrição que a obrigue a reservar ao fiscalizado a oportunidade do contraditório e da ampla defesa. Assim, os pedidos de esclarecimento mediante termo, no curso do procedimento de fiscalização, não decorrem da observância de um dever correspectivo a um direito individual de acesso aos fatos apurados pelo Fisco e de se manifestar sobre eles; decorrem, sim, da necessidade de reunir evidências que possibilitem aferir a legalidade dos atos praticados pelo fiscalizado ou terceiros. Com a autuação, o fiscalizado é intimado a cumprir a exigência fiscal ou impugná-la no prazo de 30 dias, em sintonia com o inciso V do artigo 10 do Decreto nº 70.235/1972. Esse é o momento a partir do qual deve-se assegurar ao autuado, no prazo da lei, o direito de obter as informações coligidas pelo Fisco e de se opor ao lançamento, com a contestação dos argumentos e das conclusões narradas pelo agente fiscal.

No parágrafo anterior também se responde à questão em torno do alegado descumprimento do mandamento funcional que impõe à autoridade o dever de efetuar o lançamento do tributo e notificar o contribuinte para, só então, caso o notificado resista ao recolhimento, prosseguir ao efetivo recebimento do valor. No entanto, para a melhor clareza, deve-se dizer que o Fisco promove a cobrança do crédito tributário constituído de ofício já na lavratura do auto de infração. Faculta ao autuado, todavia, a oportunidade de impugnar o feito, no prazo legal (artigo 10, inciso V, do Decreto nº 70.235/1972), e de recorrer à segunda instância (artigo 37, *caput*, do Decreto nº 70.235/1972), se a decisão de primeira instância lhe for desfavorável. Ainda há a previsão de uma instância especial restrita a casos de comprovada divergência com julgados anteriores (artigo 37, § 2º, do Decreto nº 70.235/1972). Acrescente-se que ao longo do processo administrativo regularmente instaurado, enquanto pendente de julgamento nas instâncias administrativas previstas pelo Decreto nº 70.235/1972, a exigência fiscal mantém-se suspensa, em atenção ao artigo 151, III, do CTN. Pelo visto, a exigibilidade do crédito tributário constituído de ofício somente se restaura após o esgotamento das possibilidades de recorrer, a rigor do artigo 42 do Decreto 70.235/1972.

Diante do exposto nos parágrafos anteriores, é indubitável a submissão dos autuantes aos preceitos legais trazidos à baila. Não há qualquer sinal de descumprimento aos mandamentos legais que são afetos ao ato de efetuar, por dever de ofício, o lançamento do tributo e de notificar (*rectius*, intimar) o contribuinte.

A Recorrente ainda suscita uma suposta falta de individualização da conduta ilegal imputada e ausência de notificação do MPF, com vistas aos esclarecimentos dos fatos apurados pelos auditores-fiscais.

A primeira questão, já se disse, carece de apoio nos fatos. No Termo de Constatação, à fl. 378/379, estão arrolados, em quadros demonstrativos, os montantes mensais, para os anos de 2003 e 2004, de depósitos bancários não justificados. Não se pode perder da memória a circunstância de que a Recorrente se declarava inativa. Os valores mensais constantes dos quadros referidos foram transcritos para o auto de infração, embora consolidados por trimestre, para se ajustarem ao regime de tributação do lucro arbitrado. A capitulação da indigitada ilegalidade é a mesma, no auto de infração e no Termo de Constatação: artigo 42 da Lei nº 9.430/1996. No auto de infração, está clara a referência de que a omissão de receitas está relacionada aos depósitos bancários de origem não comprovada, segundo o que está relatado no Termo de Constatação.

No tocante ao arbitramento, nada mais cristalino no corpo do auto de infração - descrição dos fatos: "o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da (sic) sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo (s) de intimação em anexo, deixou de apresentá-los."

No que se refere à ausência de notificação do MPF com vistas ao esclarecimentos dos fatos apurados pelos auditores-fiscais, cabe assinalar que tal documento, enquanto existente, servia a duplo propósito: controle interno por parte da repartição fiscal e meio de comunicação ao contribuinte acerca da presença oficial de um agente do Fisco previamente autorizado. No caso concreto, a fonte normativa imediata do MPF expedido à fl. 01 é a Portaria SRF nº 6.087, de 2005, despida de autoridade suficiente para se sobrepor ao regramento do processo administrativo fiscal estabelecido pelo Decreto nº 70.235/1972. Como é cediço, esse Decreto não prevê - como também não prevê qualquer outro ato normativo de mesma hierarquia ou de hierarquia superior - a mácula incurável da nulidade, decorrente da ausência da notificação suscitada..

Portanto, tendo em conta tudo o que está traçado nos parágrafos acima, rejeitam-se as preliminares arguidas.

No mérito, o Recurso não ataca a imputação da responsabilidade tributária aos sócios Flávio Favalli e João de Castro Moreira. Apenas tocou-se no tema, de passagem, ao aduzir que, objetivando produzir prova de suas alegações perante a autoridade *a quo*, providenciou-se a juntada das declarações de rendimentos dos aludidos imputados, relativas ao ano-calendário de 2003, quando saíram da sociedade mediante doação de suas cotas. Nada mais foi adicionado para repelir o que fora decidido pela DRJ. Não se insistiu na defesa contra tal acusação, seja com o retorno dos argumentos já levantados em primeira instância, seja com a oferta de argumentos novos, eventualmente construídos com foco na necessidade de atacar a tese jurídica daquela Turma julgadora.

Por oportuno, também acentue-se que não há uma linha que invista contra a omissão de receitas, a multa de 150% e o arbitramento.

Em outras palavras, há quatro temas que se tornaram definitivos, nestes autos, de acordo com o disposto no artigo 42, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972: imputação da responsabilidade tributária, omissão de receitas, multa de 150% e arbitramento.

Passa-se à questão relativa à quebra de sigilo bancário, conduzida com esboço no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e no Decreto nº 3.724, de 2001.

Na sessão de 24 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal garantiu ao Fisco o acesso a dados dos contribuintes sem a necessidade de autorização judicial. As decisões ainda não estão disponíveis ao público, em geral. Contudo, a Corte Suprema divulgou a notícia¹ em sua página na Internet, divulgando à coletividade o entendimento que passou a prevalecer desde a prolação dessas decisões noticiadas. Confira-se:

"O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu na sessão desta quarta-feira (24) o julgamento conjunto de cinco processos que questionavam dispositivos da Lei Complementar (LC) 105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial. Por maioria de votos – 9 a 2 –, prevaleceu o entendimento de que a norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal.

Na semana passada, foram proferidos seis votos pela constitucionalidade da lei, e um em sentido contrário, prolatado pelo ministro Marco Aurélio. Na decisão, foi enfatizado que estados e municípios devem estabelecer em regulamento, assim como fez a União no Decreto 3.724/2001, a necessidade de haver processo administrativo instaurado para a obtenção das informações bancárias dos contribuintes, devendo-se adotar sistemas certificados de segurança e registro de acesso do agente público para evitar a manipulação indevida dos dados e desvio de finalidade, garantindo-se ao contribuinte a prévia notificação de abertura do processo e amplo acesso aos autos, inclusive com possibilidade de obter cópia das peças.

Na sessão desta tarde, o ministro Luiz Fux proferiu o sétimo voto pela constitucionalidade da norma. O ministro somou-se às preocupações apresentadas pelo ministro Luís Roberto Barroso quanto às providências a serem adotadas por estados e municípios para a salvaguarda dos direitos dos contribuintes. O ministro Gilmar Mendes também acompanhou a maioria, mas proferiu voto apenas no Recurso Extraordinário (RE) 601.314, de relatoria do ministro Edson Fachin, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2859, uma vez que estava impedido de participar do julgamento das ADIs 2390, 2386 e 2397, em decorrência de sua atuação como advogado-geral da União.

O ministro afirmou que os instrumentos previstos na lei impugnada conferem efetividade ao dever geral de pagar impostos, não sendo medidas isoladas no contexto da atuação fazendária, que tem poderes e prerrogativas específicas para fazer valer esse dever. Gilmar Mendes lembrou que a inspeção de bagagens em aeroportos não é contestada, embora seja um procedimento bastante invasivo, mas é medida necessária e indispensável para que as autoridades alfandegárias possam fiscalizar e cobrar tributos.

O decano do STF, ministro Celso de Mello, acompanhou a divergência aberta na semana passada pelo ministro Marco Aurélio, votando pela indispensabilidade de ordem judicial para que a Receita Federal tenha acesso aos dados bancários dos contribuintes. Para ele, embora o direito fundamental à intimidade e à privacidade não tenha caráter absoluto, isso não significa que possa ser desrespeitado por qualquer órgão do Estado. Nesse contexto, em sua

opinião, o sigilo bancário não está sujeito a intervenções estatais e a intrusões do poder público destituídas de base jurídica idônea.

“A administração tributária, embora podendo muito, não pode tudo”, asseverou. O decano afirmou que a quebra de sigilo deve se submeter ao postulado da reserva de jurisdição, só podendo ser decretada pelo Poder Judiciário, que é terceiro desinteressado, devendo sempre ser concedida em caráter de absoluta excepcionalidade. “Não faz sentido que uma das partes diretamente envolvida na relação litigiosa seja o órgão competente para solucionar essa litigiosidade”, afirmou.

O presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, último a votar na sessão desta quarta, modificou o entendimento que havia adotado em 2010, no julgamento do RE 389808, quando a Corte entendeu que o acesso ao sigilo bancário dependia de prévia autorização judicial. “Tendo em conta os intensos, sólidos e profundos debates que ocorreram nas três sessões em que a matéria foi debatida, me convenci de que estava na senda errada, não apenas pelos argumentos veiculados por aqueles que adotaram a posição vencedora, mas sobretudo porque, de lá pra cá, o mundo evoluiu e ficou evidenciada a efetiva necessidade de repressão aos crimes como narcotráfico, lavagem de dinheiro e terrorismo, delitos que exigem uma ação mais eficaz do Estado, que precisa ter instrumentos para acessar o sigilo para evitar ações ilícitas”, afirmou.

O relator das ADIs, ministro Dias Toffoli, adotou observações dos demais ministros para explicitar o entendimento da Corte sobre a aplicação da lei: “Os estados e municípios somente poderão obter as informações previstas no artigo 6º da LC 105/2001, uma vez regulamentada a matéria, de forma análoga ao Decreto Federal 3.724/2001, tal regulamentação deve conter as seguintes garantias: pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; a prévia notificação do contribuinte quanto a instauração do processo e a todos os demais atos; sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso; estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de desvios.”

Faltou dizer que o julgamento do antedito RE 601.314 curvou-se à sistemática da Repercussão Geral a que se referia o artigo 543-B do Código de Processo Civil de 1973, *verbis*:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DE CONTRIBUINTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001). POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL."

Nessa linha, consideram-se repelidas todas as teses de suporte ao afastamento da Lei Complementar nº 105/2001, por inconstitucionalidade. Porém, independentemente do respaldo do STF à quebra de sigilo bancário fundada na Lei Complementar nº 105/2001, ressalta-se do caso concreto a existência de obstáculo institucional que impede este Colegiado de revisar ato normativo aprovado pelo Congresso Nacional e devidamente sancionado pelo Chefe do Poder Executivo federal, no curso de regular processo legislativo. Em outros termos, os Conselheiros do CARF não dispõem de autoridade institucional para sustentar oposição à Lei Complementar nº 105/2001, conforme o que está reconhecido na Súmula 2 do CARF:

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

As considerações tecidas no precedente parágrafo também se estendem à Lei nº 10.174, de 2001, à Portaria SRF nº 180/2001, à Lei nº 9.311, de 1996, e ao Decreto nº 3.724/2001, objetos da rejeição da Recorrente ao argumento de confronto com a Constituição.

Enfim, com base nos fundamentos ora reunidos, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

FLÁVIO FRANCO CORRÊA

Processo nº 10707.000337/2008-89
Acórdão n.º **1301-002.018**

S1-C3T1
Fl. 1.030

CÓPIA