



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

Processo nº 10803.720039/2011-16
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1402-000.416 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 14 de fevereiro de 2017
Assunto IRPJ
Recorrente EDR3 COMUNICAÇÃO TOTAL LTDA.
Recorrida FAZENDA PÚBLICA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em determinar o retorno dos autos à instância *a quo* a fim de que seja proferida decisão complementar com análise das razões de defesa contra a responsabilização dos coobrigados Dagoberto Tenaglia Junior e Evandro Luiz Silva Amidani.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Caio Cesar Nader Quintella, Paulo Mateus Ciccone, Luiz Augusto de Souza Goncalves, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório.

Tratam-se de Recursos Voluntários, interpostos pela empresa autuada e responsáveis solidários, face v. acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil, que decidiu pela procedência das exigências perpetradas nos Autos de Infração (ano-calendário 2006), excluindo apenas a responsabilidade solidária do Sr. Manuel Martins de Souza, mantendo os demais responsáveis solidários apontados no termo de sujeição passiva de fls. 9040/9047.

Importante ressaltar, que apesar de o Termo de Sujeição Passiva tratar dos anos-calendários de 2005 e 2006, o processo em epígrafe trata apenas do ano de 2006, sendo que a matéria relativa ao período de 2005 encontra-se em trâmite no processo 10803.000024/2010-57, que segundo andamento do site do E. CARF/MF, permanece aguardando julgamento na Delegacia da Receita Federal de Ribeirão Preto.

O Auto de Infração trata de omissão de receita, constatada: 1- por meio de extratos bancários, nos termos do artigo 42 da Lei 9.430/96; 2 - receita apurada devido a constatação de diferença nos valores escriturados nas notas fiscais obtidas junto aos tomadores de serviços com o montante declarado como receita bruta na DIPJ (Receita operacional omitida - prestação de serviços gerais) e 3 - valor da receita bruta informada na DIPJ na forma de lucro presumido, que devido a falta de escrituração suficiente para identificar a movimentação financeira, inclusive bancária, foi arbitrado o lucro.

Devido a impossibilidade de se calcular a receita com os documentos entregues pela Recorrente, foi necessário o arbitramento do lucro com base no critério da receita bruta conhecida, conforme dispõe a alínea "a", do inciso II c/c inciso III do art. 530 do Decreto 3.000/1999.

Para melhor esclarecer qual foi o procedimento utilizado para o arbitramento e para se chegar a base tributável, vejamos o relatado pela Fiscalização às fls. 9/10, no Termo de Verificação Fiscal (TVF).

Tomar-se-á por base para o arbitramento do lucro a receita bruta informada pelo contribuinte em DIPJ e DACON, fls. 00 a 00 e 00 a 00, a receita omitida no mês de fevereiro de 2006, apurada com base em notas fiscais obtidas junto aos tomadores de serviços e, por último, os créditos bancários cuja origem dos recursos restou injustificada, tudo nos valores demonstrados no denominado Anexo VIII, fls. 00.

Dos valores apurados a título de Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica – IRPJ, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Programa de Integração Social – PIS e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, serão deduzidos os valores informados devidos em Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, fls. 00 a 00.

Após a parte do TVF acima colacionada, insta esclarecer que a Recorrente optou pela sistemática do lucro presumido, com apuração trimestral.

A CSLL, o PIS e o COFINS são decorrentes das mesmas infrações imputadas no Auto de Infração do IRPJ.

Foi aplicada multa de ofício de 75% para todos os AIs.

Consta nos autos, Termo de Sujeição Passiva às fls. 9040/9047, indicando as pessoas físicas como responsáveis solidários nos termos dos artigos 134 e 135 do CTN, Sr. Dagoberto Tenaglia Junio, Rose Mary de Paula, Evandro Luis da Silva Amidani e Manuel Martins de Souza.

Colaciono abaixo o fundamento nos termos para responsabilizar solidariamente os sócios:

Nos termos do Artigo 135, inciso I, combinado com o inciso VII do Artigo 134, da Lei nº 5172/66 (CTN), os sócios são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração a lei.

Considerando a inexistência de bens em nome da sociedade, suficiente a garantir o crédito tributário, e que o apurado no procedimento fiscal junto a EDR3 Comunicação Total Ltda., constitui a prática de ato com infração a lei, respondem os sócios pelo crédito tributário apurado, na forma dos Artigos 134 e 135 acima mencionados.

Retornando ao histórico processual, intimados da lavratura do Auto de Infração, a Recorrente e os responsáveis solidários, Srs. Dagoberto e Evandro apresentaram, em conjunto, impugnação alegando e requerendo o seguinte:

- Prova ilícita, eis que ocorreu quebra de sigilo bancário, acarretando em nulidade do Auto de Infração.

- A omissão de receita não resta caracterizada, eis que existe contrato que prevê distribuição de prêmios, que são mero repasse de valores que não integram o patrimônio da empresa.

- Inexistência de lucro, faturamento ou receita a justificar a imposição do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

- Clama a aplicação da busca da verdade real, eis que existe justa causa para não apresentação das notas fiscais por serem objeto de apreensão judicial.

- Alega o bis in idem quanto a apuração da base de cálculo do lucro arbitrado, eis que o Agente Fiscal ao adotar como base de cálculo não apenas os valores declaradas na DIPJ e na DACON e os créditos em conta corrente não identificados, deixou de demonstrar

que os créditos bancários não identificados não tinham constituído os valores declarados em DIPJ e DACON também, considerando como base para arbitramento do lucro.

- que como a Recorrente é optou pelo lucro presumido e adotava o regime de caixa, o raciocínio do Agente Fiscal não pode prevalecer, pois no regime de caixa, não basta a emissão da nota fiscal para tornar tributável a receita, sendo necessário o efetivo ingresso de recursos, o que não restou demonstrado pelo Agente Fiscal.

- do caráter confiscatório da multa aplicada.

- Da ilegalidade e impossibilidade de ser atribuir responsabilidade solidária aos sócios da Recorrente.

A responsável solidária Sra. Rose Mary, por sua vez, também apresentou impugnação em separado, requerendo a sua exclusão do pólo passivo da exigência fiscal, por entender que não seria legítimo atribuir responsabilidade solidária para sua pessoa.

Da mesma forma, o Sr. Manuel Martins também apresenta impugnação em separado requerendo sua exclusão da exigência fiscal como responsável solidário.

Em seguida a DRJ de São Paulo, proferiu v. acórdão mantendo integralmente o Auto de Infração, excluindo apenas o responsável solidário, Sr. Manuel Martins, registrando a seguinte ementa:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA
IRPJ Ano-calendário: 2006 ARBITRAMENTO. ESCRITURAÇÃO.
VÍCIOS.*

A escrituração que contenha vícios e não reflita toda a movimentação bancária da empresa implica o arbitramento do lucro.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS/OMISSÃO DE RECEITAS.

Nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96, a partir de 1997, caracteriza omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular regularmente notificado não comprove a origem dos recursos utilizados, mediante documentação hábil e idônea.

OMISSÃO DE RECEITAS.

A falta de escrituração dos valores auferidos bem como a ausência da comprovação de sua natureza caracteriza omissão de receitas e o montante omitido será considerado para o cálculo dos tributos devidos de acordo com a legislação de regência.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

A contribuinte que não integrou o quadro societária da empresa bem como não exerceu qualquer ato de gestão ou administração não pode ser enquadrado na situação prevista de responsabilidade solidária nos termos da legislação.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS, COFINS e CSLL.

Aplica-se aos lançamentos decorrentes ou reflexos o decidido sobre o lançamento que lhes deu origem, por terem suporte fático comum.

Impugnação Procedente em Parte Crédito Tributário Mantido Inconformada com o v. acórdão, a Recorrente e os Srs. Dagoberto e Evandro interpõe Recurso Voluntário em conjunto, repisando os mesmos argumentos da impugnação e juntam documentos (fls. 9587/11069), que são duplicatas e notas fiscais de prestação de serviço.

A Sra. Rose Mary também interpôs Recurso Voluntário requerendo que seja afastada sua responsabilidade solidária, com a conseqüente exclusão do pólo passivo da autuação.

Em seguida, os autos forma distribuídos para a C. 1 Câmara, da 2 Turma Ordinária, da 1 Seção de Julgamento deste E. CARF/MF, que preferiu Resolução sobrestando o julgamento dos recursos até que o E. STF decida sobre a matéria relativa a quebra de sigilo bancário.

Nada obstante discorde do entendimento supra, por entender que (a) os casos apreciados pelo C. STF acima citados não se referem direta e especificamente à questão versada neste processo (inconstitucionalidade da quebra sigilo bancário de contribuinte pessoa jurídica em geral, e, notadamente, nos anos-calendários de 2002 e seguintes, em particular), o que, por princípio e definição, impediria no meu sentir a mera reprodução no caso do quanto decidido pela Suprema Corte nos citados paradigmas (causa única da conveniência e obrigatoriedade da suspensão do processo administrativo) e (b) não apresentam o requisito específico previsto na Portaria CARF n. 1/2012 (decisão proferida pelo Plenário do STF determinando a suspensão dos feitos), curvo-me à orientação do Colegiado e proponho a conversão do julgamento em diligência para que seja sobrestado o andamento desta lide “até que transite em julgado a decisão a ser proferida pelo STF nos termos do art. 543B, do CPC a respeito do acesso, pela autoridade fiscal, aos dados bancários dos contribuintes, sem ordem judicial”. Ato contínuo, os autos retornaram para o E. CARF/MF e foram distribuídos para este Conselheiro relatar e votar.

É o relatório.

Voto.

Conselheiro Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator

Inicialmente, insta ressaltar que, (obviamente) não existe nos autos Recurso de Ofício, relativo a exclusão do Sr. Manuel Martins como responsável solidário.

Quanto a admissibilidade do Recurso Voluntário, entendo que já foi analisada pelo Colegiado do CARF/MF, no momento em que proferiram a Resolução, que sobrestou o julgamento do recurso.

Em relação ao sobrestamento determinado pela Resolução de número 1102-000.129, para que se aguarde a decisão definitiva do STF, em relação a obtenção pela Receita Federal - Fiscalização, de dados bancários junto as instituições financeiras, sem autorização judicial, contrariar o direito constitucional de sigilo bancário (Quebra de sigilo bancário), entendo que após recente decisão do Pretório Excelso, abaixo colacionada, não existe mais óbice para julgamento dos recursos interpostos pelas partes. Vejamos.

Quanto a quebra de sigilo bancário pela fiscalização, sem autorização do judiciário e a arguição de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105 e da Lei nº 10.174, ambas de 2001, o Pretório Excelso, decidiu, em repercussão geral, da seguinte forma, conforme pode se verificar da ementa abaixo colacionada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno

coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “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”. 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “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”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016)

No mesmo sentido:

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. (RE 601314 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-07 PP-01422)

Desta forma, não verifico motivos para prevalecer o sobrestamento do julgamento do processo, conforme determinado pela Resolução 1102-000.129, eis que o Supremo Tribunal Federal, decidiu definitivamente sobre a matéria relativa a quebra de sigilo bancário, devendo assim, serem julgados os recursos interpostos pelas partes.

Pois bem, passo ao julgamento.

Ao compulsar mais detidamente os autos, constatei uma falha no v. acórdão recorrido, que no meu entender, deve ser sanada antes de serem analisadas as alegações preliminares e de mérito apresentadas pelas partes e os responsáveis solidário do processo em epígrafe.

Na impugnação oferecida pela empresa Recorrente, em conjunto com os responsáveis solidários (Srs. Dagoberto e Evandro), consta um enorme tópico relativo a impossibilidade de responsabilizá-los como solidários, com expresse requerimento da exclusão do pólo passivo da autuação de tais pessoas físicas.

Em seguida, ao proceder a leitura do v. acórdão recorrido, notei que as alegações relativas a responsabilização solidária dos Srs. Dagoberto e Evandro, previstas no Recurso Voluntário, não foram analisadas.

Com exceção do relatório, não existe qualquer outra motivação ou fundamentação no v. acórdão recorrido, sobre a manutenção dos Srs. Dagoberto e Evandro, como responsáveis solidários.

Assim, para que se respeite o devido processo legal, o duplo grau de jurisdição, bem como se evite cerceamento do direito de defesa e supressão de instância, ou futura alegação de nulidade processual devido a omissão do v. acórdão recorrido, voto para que os autos retornem à instância *a quo*, para que os D. Julgadores complementem a decisão, analisando todos os argumentos de defesa relativos a responsabilidade solidária dos Srs. Dagoberto e Evandro, constantes na impugnação de fls.9083/9119. (fls. 32/36 da impugnação).

Pelo exposto e por tudo que consta processado nos autos, voto no sentido de que os autos devem retornar a instância *a quo*, para que sejam analisados os argumentos relativos a responsabilidade solidária dos Srs. Dagoberto e Evandro, apresentados na impugnação.

Em seguida, retornem os autos para este E. CARF/MF para julgamento dos Recursos Voluntários.

(assinado digitalmente)

Leonardo Luis Pagano Gonçalves - Relator.