



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

Processo nº 10840.720392/2011-50
Recurso nº
Resolução nº **1103-00.039 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Data 1 de fevereiro de 2012
Assunto SOBRESTAMENTO
Recorrente KAVIWA COMERCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, sobrestar o julgamento, conforme o art. 2º da Portaria CARF nº 1/12, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Aloysio José Percínio da Silva- Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aloysio José Percínio da Silva, Hugo Correia Sotero, Mário Sérgio Fernandes Barroso, Marcos Shigueo Takata, José Sérgio Gomes e Eric Moraes de Castro e Silva.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata o presente processo de autos de infração de IRPJ-Simples (fls. 614 a 619) no valor de R\$ 75.841,68; PIS-Simples (fls. 626 a 631) no valor de R\$ 55.538,89; CSL-Simples (fls. 638 a 643) no valor de R\$ 75.841,68; COFINS-Simples (fls. 650 a 655) no valor de R\$ 222.386,79; e INSS-Simples (fls. 662 a 667) no valor de R\$ 644.413,41, além de juros e multa qualificada de 150% sobre as receitas não escrituradas, multa de 75% sobre os depósitos bancários não escriturados e multa de 75% sobre a insuficiência de recolhimento.

O Termo de Conclusão de Procedimento Fiscal de fls. 687 a 706 descreve a ação fiscal e informa que a fiscalizada ofereceu à tributação, a título de receita de vendas no ano-calendário de 2006 o valor de R\$ 964.608,95, enquanto sua movimentação financeira foi de R\$ 7.431.159,27 para o mesmo ano. Da análise dos documentos apresentados, constatou-se que a recorrente não mantinha escrituração regular de sua movimentação financeira e bancária.

O autuante observou que o total de lançamentos a crédito nas contas bancárias da fiscalizada somavam R\$ 16.184.895,13, dos quais foram excluídos aqueles que correspondem a transferências entre contas de mesma titularidade e os depósitos identificados, o que resultou no valor de depósitos a serem comprovados de R\$ 6.720.034,85.

Intimada, por duas vezes, a comprovar a origem desses depósitos, inclusive com o envio de cópia da intimação ao sócio-administrador, Sr. Walter Rodrigues da Silva, a recorrente não respondeu as intimações.

Apurou-se, ainda, que dentro dos valores da movimentação bancária da recorrente, há depósitos correspondentes a créditos por desconto de títulos (duplicatas) e cobrança bancária, que tiveram origem em operações comerciais e cuja identificação foi possível, por meio dos borderôs de desconto de títulos e de cobrança fornecidos pelas instituições financeiras e pelos próprios extratos bancários.

Concluiu o autuante que os elementos trazidos aos autos permitem afirmar que, durante o ano de 2006, a recorrente auferiu receitas de vendas, perfeitamente identificadas, portanto comprovadas, no valor de R\$ 3.630.417,44, que, cotejadas com a receita declarada, indicam a existência de omissão de receitas em quase todos os períodos de apuração, no total de R\$ 2.720.474,90.

Ressaltou-se que a conduta de omissão de receitas ocorreu reiteradas vezes, com recolhimento a menor do Simples em dez dos doze meses do ano, o que foi confirmado com a entrega da Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica (DSPJ). Tal procedimento é incompatível com a hipótese de erro, revelado tão somente a intenção da conduta.

Informou-se que os valores relativos aos depósitos bancários de origem não comprovada superaram em muito os valores da omissão supramencionada, o que levou à apuração de omissão de receitas com base na presunção legal do art. 42 da Lei 9.430/96, no valor total de R\$ 3.025.178,69.

Considerando que a recorrente cometeu crime contra a ordem tributária e incorreu na prática de sonegação fiscal, ao omitir da apuração mensal do Simples e em sua

DSPJ parte das receitas auferidas, o autuante aplicou a multa de 150%, sobre a exigência baseada na omissão de receitas por prova direta.

Foi lavrado Termo de Sujeição Passiva Solidária, em face do Sr. Walter Rodrigues da Silva, sócio com totais poderes de administração da empresa, tendo em vista o interesse comum na situação que constituiu fato gerador da obrigação principal, conforme o CTN, art. 124, I, e a prática de sonegação fiscal, prática contrária à lei e definida por esta como crime contra a ordem tributária, nos termos dos arts. 135, III e 137, I do CTN.

Por entender que a receita auferida pela empresa supera em muito o limite legal para enquadramento no Simples para o ano de 2006, conforme Lei 9.317/96, art. 9º, II, foi formalizado Termo de Representação para Exclusão do Simples, e ato declaratório de exclusão.

Foi formalizada Representação Fiscal para fins penais, por meio do Processo nº 15956.000043/2001-34, tendo em vista que no curso na ação fiscal foram identificadas situações que, em tese, configuram crimes definidos nos arts. 1º e 2º, da Lei 8.137/90.

DA IMPUGNAÇÃO

Notificada do lançamento em 14/03/2011, a recorrente apresentou impugnação de fls. 711 a 720, em 11/04/2011, alegando, em síntese, o que segue.

Alegou preliminarmente a nulidade pela utilização de prova ilícita, onde os extratos bancários foram requisitados para uso em processo administrativo, por meio de RMF da Receita Federal.

A Lei Complementar 105/2001 é inconstitucional, pois desrespeita dispositivos da Constituição Federal, como o princípio da intimidade, inviolabilidade de correspondência, igualdade tributária. Que no momento em que os extratos bancários foram utilizados pelo agente fiscal, ocorreu a quebra do sigilo bancário.

Aduz a ilegitimidade passiva do Sr. Walter, pois não se capitulou nenhuma hipótese do art. 135 do CTN. O mero inadimplemento das obrigações tributárias não é considerado infração à lei hábil à imputação de responsabilidade aos sócios. Para tanto, é necessário que a Fazenda Pública comprove que houve, por parte dos diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica de direito privado, a prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatutos, até mesmo dissolução irregular da empresa.

Há desnecessidade da multa, pois a recorrente sempre atendeu aos chamados do fisco, e se não há negligência, não há possibilidade para a utilização da multa de ofício. Piorando a situação, o fisco aplicou multa de 150% somente pela não comprovação da origem do dinheiro; o que não pode ocorrer, pois não houve fundamentação do fiscal para justificar que a conduta da recorrente seria dolosa.

A recorrente não agiu com fraude, conluio ou sonegou informação, pois não fez prova nenhuma.

Alega que a autuação não obedeceu à nova redação imposta ao art. 44 da Lei 9.430/96, introduzida pela Lei 11.488/07, que diz que a multa será de, no máximo, 75%, tendo como regra o valor de 50%.

Afirma que, de acordo com o art. 112 do CTN, a interpretação deve ser feita em favor do contribuinte.

Requer a produção de perícia contábil sobre os valores apontados pelo fisco, em razão de serem exorbitantes e desvinculados da legislação em vigor, sob pena de cerceamento ao direito de defesa.

Aduz que a arrecadação fiscal não pode ser utilizada como meio de confisco. E, caso a autuação seja mantida, os recorrentes ficarão sem quaisquer bens para suprir suas necessidades.

Requer seja cancelado e anulado o auto de infração, ante os argumentos em preliminar de defesa. E, caso assim não entenda, que, no mérito, seja afastada a pretensão do fisco, pois há várias irregularidades mencionadas durante esta pela que dão azo a modificação no auto de infração e na decisão proferida pela DRJ/São Paulo II.

DA DECISÃO DA DRJ

E DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Em 7/07/2011 acordaram os membros da 3ª Turma de Julgamento da DRJ/Ribeirão Preto, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido. A seguir, os fundamentos sintetizados.

Em relação à inconstitucionalidade da LC 105/2001, não compete à autoridade julgadora afastar o direito positivado sob pretexto de alegados vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade, reatando à recorrente levar suas considerações ao Poder Judiciário.

Sobre a quebra do sigilo bancário, o acesso pelas autoridades administrativas às informações bancárias tem fundamento no art. 145 da CF, no art. 197 do CTN, posteriormente, na Lei 8.021/90, que dispôs sobre o acesso às informações bancárias, condicionando a requisição ao início do procedimento fiscal. A Lei Complementar 105/01 sobreveio regulando com mais detalhes a solicitação de informações.

Imprópria, assim, a tentativa de vincular esta atividade tão só ao Poder Judiciário, sob o argumento de que somente este atua com razoabilidade necessária à garantia do direito fundamental à intimidade ou à inviolabilidade de dados. Os atos legais e regularmente mencionados disciplinaram as hipóteses específicas nas quais o acesso é permitido e, ao circunscrever-se a este âmbito, a prova obtida é plenamente válida.

Ainda, cumpre observar que o acesso às informações bancárias não configura, propriamente, quebra do sigilo bancário, haja vista a imposição às autoridades administrativas de seu resguardo durante todo o procedimento, não só em virtude do sigilo fiscal determinado no art. 198 do CTN, como também do disposto nos arts. 5º, § 5º, 6º, parágrafo único, da LC 105/01. Ademais, as informações se prestam apenas à constituição de crédito tributário e eventual apuração de ilícito penal. Há, na verdade, mera transferência do sigilo, que antes vinha sendo assegurado pela instituição financeira e passa a ser mantido pelas autoridades administrativas.

Quanto às alegações relacionadas ao termo de sujeição passiva solidária, restou amplamente demonstrado no processo que o Sr. Walter Rodrigues da Silva, sócio-administrador da recorrente, efetivamente exerceu a administração da empresa durante o ano fiscalizado e era, portanto, responsável por todas as decisões em relação aos procedimentos de apuração, recolhimento e declaração dos tributos federais.

Sendo assim, restando caracterizada a conduta reiterada de omissão de receitas, implicando o cometimento de crime contra a ordem tributária, restou clara a infração da lei neste caso. Também houve infração de lei na medida em que a empresa, na pessoa de seu sócio, deixou de comunicar sua exclusão do Simples em função de ter ultrapassado o limite de enquadramento nesse regime.

Em relação à perícia requerida, o PAF, art. 16, IV e § 1º, alterado pela Lei 8.748/93, determina que todo pedido de perícia deve indicar os motivos que o justifiquem e o perito do sujeito passivo. Caso contrário, o pedido deve ser considerado não formulado. Portanto não tem efeito o pedido de perícia da empresa, mesmo porque não há matéria contestada nos presentes autos de infração que necessite de opinião de perito para ser decidida.

No mérito, esclareça-se que a recorrente faz menção a suposta decisão proferida pela DRJ/São Paulo II, que inexistente neste processo, até porque o que está em debate é o auto de infração lavrado, julgado em primeira instância na DRJ/Ribeirão Preto.

A recorrente não questiona a situação fática que originou o lançamento combatido (omissão de receitas). Seus protestos voltaram-se apenas contra a multa aplicada e os valores cobrados, que considerou confiscatórios. Portanto, tem-se como consolidada a acusação fiscal nesse aspecto.

A vedação ao confisco é dirigida ao legislador, orientando a feitura da lei. Uma vez positivada a norma, é dever da autoridade aplicá-la, sendo que o lançamento é uma atividade vinculada.

Quanto à necessidade de multa, essa tem natureza punitiva e está prevista na Lei 9.430/96. Tratando-se de lançamento de ofício em função da constatação de omissão de receitas, correta a exigência de multa de ofício.

Sobre os protestos quanto à qualificação da multa, o dolo resta caracterizado, conforme demonstrado no processo, onde se mostra evidente a sonegação. Portanto, cabível a multa qualificada no percentual de 150%.

Cientificados a recorrente e o responsável tributário em 25/07/2011, a recorrente apresentou recurso voluntário, de fls. 767 a 776, em 1º/08/2011, reiterando as alegações contidas na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Takata

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele, pois, conheço.

A recorrente articula ofensa a direito fundamental em face da aplicação do art. 6º da Lei Complementar 105/01. Vale dizer, invoca-se agressão ao direito ao sigilo bancário, consumada pela aplicação do referido preceito legal.

O art. 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/09, com a redação da Portaria MF 586/10, dispõe:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Incluído pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

§ 1º. Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º. O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

De seu turno, na dicção do art. 1º, parágrafo único, da Portaria CARF 1/12, o procedimento de sobrestamento “somente será aplicado a casos em que tiver comprovadamente sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal – STF o sobrestamento de processos relativos à matéria recorrida, independentemente da existência de repercussão geral reconhecida para o caso”.

A questão deduzida nos autos é objeto do RE nº 601.314-RG/SP com reconhecimento de repercussão geral, nos termos do art. 543-B do CPC.

Na apreciação do Agravo de Instrumento nº 668.843, pelo STF, em 1º/02/10, o Ministro Ricardo Lewandowski determinou a devolução dos autos de tal feito ao tribunal de origem para o sobrestamento do feito, conforme o art. 543-B do CPC, em face do referido RE, sob repercussão geral, em que se discute idêntica questão.

Também, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 765.714/SP, pelo STF, em 19/10/10, em decisão monocrática, o Ministro Ricardo Lewandowski determinou a devolução dos autos de tal feito ao tribunal de origem para sobrestamento, em observância ao art. 543-B do CPC, *ex vi* do RE supramencionado.

Conforme o art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do STF, quando se verificar a subida ou distribuição de múltiplos recursos fundados em idêntica controvérsia, o

Processo nº 10840.720392/2011-50
Resolução n.º **1103-00.039**

S1-C1T3
Fl. 7

Presidente do Tribunal ou o Relator determinará a devolução dos processos aos tribunais de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do CPC.

Outrossim, nos termos do art. 2º, *caput* e § 2º, da Portaria CARF 1/12, identifico a hipótese para sobrestamento do julgamento do presente feito.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 1 de fevereiro de 2012

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator