



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

Processo nº 10882.722133/2012-58
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-001.117 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de junho de 2014
Matéria IRPJ e Reflexos - Omissão de Receitas - Depósitos bancários de origem não comprovada
Recorrente PLANSERVICE BACK OFFICE LTDA. (Responsáveis tributários ATRA PRESTADORA DE SERVIÇOS EM GERAL, GELRE TRABALHO TEMPORÁRIO S/A, PGP PLANEJAMENTO E GESTÃO DE PROCESSOS LTDA, GELDRIA PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

SIGILO BANCÁRIO. A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente não caracteriza violação de sigilo bancário, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

OMISSÃO DE RECEITA. MOVIMENTAÇÕES BANCÁRIAS NÃO JUSTIFICADAS. GLOSAS. As provas carreadas aos autos pelo Fisco são substanciais e dão lastro aos lançamentos perpetrados, mais ainda porque retiradas das próprias anotações do contribuinte - tanto no tocante aos créditos havidos em suas contas bancárias cujas origens dos recursos não restaram comprovadas (a despeito das diversas intimações realizadas) quanto em relação às informações por ela prestadas em DACON, DIPJ e DCTF. Assim, à míngua de qualquer nulidade ou cerceamento de direito, certo é que, para fulminar a presente autuação, bastaria que a contribuinte se contrapusesse - com provas e de forma robusta - à acusação fiscal e, certamente, os lançamentos não seriam realizados ou, caso fossem, não seriam mantidos, mas não foi isso que se viu no presente caso, razão pela qual devem ser mantidas as glosas.

AGRAVAMENTO DA PENALIDADE. Apesar de, no caso dos autos, o sujeito passivo efetivamente não ter atendido às intimações, penso que a penalidade agravada não pode aqui prosperar, eis que esse não atendimento ensejou o arbitramento dos resultados do sujeito passivo, não podendo essa mesma conduta dar azo à cobrança da penalidade majorada.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE. GRUPO ECONÔMICO. A caracterização da solidariedade por interesse comum na situação que constitui o fato gerador exige a demonstração de que os sujeitos

passivos praticaram conjuntamente o fato jurídico tributário ou desfrutaram de seus resultados, em razão de confusão patrimonial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Primeira Turma Ordinária da Primeira Câmara da Primeira Seção de Julgamento em: 1) por maioria de votos, REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento, vencido o Relator Conselheiro Benedicto Celso Benício Junior, sendo designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa; 2) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente ao principal exigido; 3) por maioria de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente ao agravamento da penalidade, divergindo a Conselheira Edeli Pereira Bessa; 4) por unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário dos responsáveis tributários, votando pelas conclusões os Conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado, José Sérgio Gomes, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Edeli Pereira Bessa, restando o Relator Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior vencido em suas razões, sendo designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Presidente em exercício e Redatora designada

(assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Edeli Pereira Bessa (presidente em exercício), Benedicto Celso Benício Júnior (Relator), Luiz Tadeu Matosinho Machado, José Sérgio Gomes, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Antônio Lisboa Cardoso.

Relatório

Cuida-se, na origem, de procedimento fiscal realizado pelo SEFIS/DRF/Osasco –SP, amparado pelo Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) n. 08.1.13.00201100183, concluído com a lavratura de Autos de Infração no total de R\$13.689.014,39, abrangendo o ano-calendário 2007, contemplando os tributos e valores a seguir descritos, incluindo-se o principal, multa de ofício de 75%, agravada em 50%, atingindo 112,50% e juros de mora calculados até 06/2012.

A ação fiscal iniciou-se com o Termo de início do Procedimento Fiscal datado de 21/03/2011, ciência da contribuinte em 05/04/2011 (fls. 4/5), no qual o Fisco comunicou o início do procedimento e requisitou a apresentação ou disponibilização dos seguintes Livros e documentos:

*“Prazo: IMEDIATO Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007
1 – Contrato/Estatuto Social e suas alterações.*

*Prazo: 10 dias Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007
2 – Deixar a disposição da fiscalização:
2.1 – Livros Diário e Razão (Lucro Real);
2.2 – Livro Registro de Entradas;
2.3 – Livro Registro de Saídas;
2.4 – Livro Registro de Apuração do ICMS;
2.5 – Livro Registro de Apuração do Lucro Real (LALUR);
2.6 – Livro Registro de Apuração do ISS;
2.7 – Livro Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências;
2.8 – NF de prestação de serviços a terceiros;
2.9 – Registro de Inventário.*

*Prazo: 20 dias Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007
3 – Extratos de todas as contas bancárias e de aplicações financeiras
(preferencialmente em meio magnético e papel).”*

Na mesma data e mediante “Termo de Intimação – Arquivos Digitais” (fls. 6/7), o Fisco requisitou “Arquivos Magnéticos – Contábeis” e “Arquivos Magnéticos – Notas Fiscais”, sempre com observância do Sistema “SINCO” e de acordo com o Ato Declaratório Executivo COFIS n. 15, de 23/10/2001.

Após pedido de prorrogação de prazo da contribuinte e apresentação de seu contrato social (fls. 8/16), o Agente Fiscal lavrou o “Termo de Reintimação Fiscal n. 0001” (fl. 19), de 10/06/2011 – ciência por via postal “AR” em 20/06/2011 (fl. 20) –, e o “Termo de Reintimação Fiscal nº 0002” (fl. 21), de 08/08/2011 – ciência por via postal “AR” em 26/08/2011 (fl. 22) –, sendo que, nesta última, a autoridade reiterou que a Contribuinte, no prazo de cinco dias úteis, deveria:

*“01 – Todos os livros, documentos e comprovantes solicitados através do Termo de Início do Procedimento Fiscal e do Termo de Intimação – Arquivos Digitais, lavrados em 21/03/2011, e não atendidos até a presente data;
02 – Prestar esclarecimentos sobre o não atendimento ao Termo de Prorrogação de Prazo nº 0001 e ao Termo de Reintimação Fiscal nº 0001, lavrados em 12/04/2011 e 10/06/2011, respectivamente”*

Ambas as (re)intimações não foram atendidas.

A seguir, o Delegado da Receita Federal do Brasil de Osasco/SP expediu diversas Requisições de Informações Sobre Movimentações Financeiras (RMF) – fls. 23/84.

Em sequência, mediante Termo de Intimação Fiscal de cujo teor foi cientificada a contribuinte por via postal “AR” em 10/01/2012 (fls. 87/88), o Fisco instou a contribuinte a :

“(…) apresentar, no prazo improrrogável de 05 (cinco) dias úteis, os elementos abaixo especificados:

01 – Cópia do último Balanço Patrimonial;

02 – Relação dos bens e direitos, que integram o ativo não-circulante imobilizado e intangível.”

Em atendimento, a Contribuinte apresentou, em 17/01/2012, petição juntando “o último Balanço Patrimonial da Empresa Planservice Back Office Ltda.” e requereu “prazo de 30 dias para juntada dos documentos requeridos no item 02, tendo em vista a dificuldade da empresa de atender ao pedido por constituir de um número pequeno de funcionários” (fls 89/93).

Prosseguindo no procedimento, a fiscalização lavrou, em 07/02/2012, novo Termo de Intimação Fiscal (fl. 94), com ciência por via postal “AR” em 13/02/2012 (fls. 95), impondo à fiscalizada, no prazo de dez dias, o dever de:

“1 – Comprovar mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a origem, dos valores depositados em suas contas correntes no ano calendário de 2007, conforme relação WP01.3 – Créditos a comprovar, em anexo, elaborada a partir dos extratos bancários fornecidos pelas respectivas instituições financeiras.”

Não havendo resposta da fiscalizada, lavrou o Fisco, em 13/04/2012, “Termo de Reintimação” tratando do mesmo tema (fl. 96) – ciência por via postal “AR” em 24/04/2012 (fl. 97) –, o qual igualmente não foi atendido pela Contribuinte.

Após, consta dos autos documentos diversos (fls. 98/471) juntados pelo Fisco, dentre eles: (i) cópias da DIPJ entregue pela contribuinte relativamente ao ano-calendário 2007 – exercício 2008, (ii) cópias das DCTFs do mesmo período; (iii) cópias dos DACONs do mesmo período; e (iv) do contrato social do sujeito passivo.

No Termo de Verificação Fiscal (fls. 472/484), as infrações foram assim descritas:

“01 – NÃO APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTO DE ESCRITURAÇÃO – HIPÓTESE DE ARBITRAMENTO DO LUCRO

(…)

4. Entretanto, diante do mais completo silêncio do contribuinte, em 10/06/2011, foi lavrado o Termo de Reintimação nº 0001 e, na sequência, o Termo de Reintimação nº 0002, de 08/08/2011, nos quais se reitera a apresentação dos elementos solicitados nas intimações iniciais; solicita-se esclarecimentos sobre o não atendimento aos termos já lavrados e cientifica-se o contribuinte sobre a possibilidade de início de procedimento de ofício para o arbitramento do lucro e agravamento da multa, caso de lançamento de ofício, por falta de atendimento às intimações, nos termos do artigo 44, da Lei 9.430/96. Posteriormente, ainda, lavrou-se o Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal nº 0001, de 24/10/2011.

5. Em 08/11/2011, referindo-se ao Mandado de Procedimento Fiscal 0811300/00183/2011, o sujeito passivo efetuou a entrega de 2 (dois) CDROM, onde dizia conter os arquivos SINCO – Contábeis e o Manual de Arquivos Digitais (MANAD), que não foram analisados pela falta dos livros e documentos de escrituração obrigatórios para aferição.

6. Ante ao exposto, verificada a completa impossibilidade de se apurar o real lucro da empresa, como consta da DIPJ 2008, fica caracterizada a hipótese de arbitramento do lucro, pela receita bruta declarada na DACON/2007, de acordo com o art. 530, inciso III, do RIR/99, combinado com o art. 16 da Lei 9.249/95 e art. 27 da Lei 9.430/96, abaixo transcritos:

(...)

02 – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA – OMISSÃO DE RECEITA

1. Em 12/agosto/2011, diante da falta de atendimento às intimações iniciais, e sendo indispensável a análise dos extratos bancários para o prosseguimento da ação fiscal, tornou-se imprescindível a requisição de informações às instituições financeiras, nos termos do artigo 3º, inciso VII, do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, c/c o artigo 33, inciso I, da Lei 9.430/1996, emitindo-se, portanto, as RMF's: Banco Bradesco nº 0811300.2011.00277-9; Banco do Brasil nº 0811300.2011.00278-6; Caixa Econômica Federal nº 0811300.2011.00279-4; Banco HSBC nº 0811300.2011.00280-8; Banco Votorantim nº 0811300.2011.00282-4; Banco Sudameris nº 0811300.2011.00283-2 e Banco Real nº 0811300.2011.00316-2.

2. Dessa forma, a partir das informações fornecidas pelas instituições financeiras requisitadas, foram elaboradas as planilhas WP01.0-Créditos/Total; WP01.1-Origem Comprovada/Extrato; WP01.2-Origem Comprovada/Mesma Titularidade e WP01.3 – Créditos a Comprovar.

3. Em 13/02/2012, a planilha WP01.3 – Créditos a Comprovar foi remetida ao sujeito passivo juntamente com o Termo de Intimação Fiscal nº 0002, lavrado em 07/02/2012, a fim de que o contribuinte pudesse comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados em suas contas correntes. Não tendo se manifestado no prazo concedido em 13/04/2012, lavramos o Termo de Reintimação Fiscal nº 0003, no qual se reintima a comprovação da origem dos depósitos bancários. Verifica-se, contudo, que também essa reintimação permanece sem resposta até a presente data.

4. Portanto, considerando que o contribuinte, regularmente intimado, não apresentou qualquer elemento que comprove de forma inequívoca a origem dos valores depositados em suas contas bancárias, fica caracterizada a omissão de rendimentos, nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96, abaixo transcrito:

(...)

E, uma vez caracterizada a omissão de receita como acima descrito, impõe-se que a mesma faça parte da base de cálculo do lucro arbitrado, nos termos do art. 24 da Lei 9.249/95, como segue:

(...)

03 – DA DEMONSTRAÇÃO DA RECEITA BRUTA

Demonstramos a seguir os valores apurados para o lançamento de ofício:

01- RECEITA DECLARADA EM DAON 2007 - TOTAL = R\$ 29.369.980,23				
Mês do trimestre	1º trimestre	2º trimestre	3º trimestre	4º trimestre
1º	1.735.971,12	2.038.844,03	2.495.251,30	2.267.465,43
2º	1.759.192,29	2.094.464,38	2.417.481,82	3.412.308,14
3º	1.971.068,63	2.265.125,25	2.483.517,07	4.429.290,77
Soma	5.466.232,04	6.398.433,66	7.396.250,19	10.109.064,34

02 - DEPÓSITOS BANCÁRIOS 2007 - TOTAL = R\$ 41.334.831,13				
Mês do trimestre	1º trimestre	2º trimestre	3º trimestre	4º trimestre
1º	5.852.154,73	3.424.944,15	2.539.349,33	3.259.742,88
2º	3.395.024,09	3.352.836,32	3.305.914,89	2.880.493,27
3º	3.814.787,27	2.859.231,61	2.851.873,72	3.798.478,87
Soma	13.061.966,09	9.637.012,08	8.697.137,94	9.938.715,02

03 - RECEITA OMITIDA 2007 (02 - 01) - TOTAL = R\$ 13.127.477,67				
Mês do trimestre	1º trimestre	2º trimestre	3º trimestre	4º trimestre
1º	4.116.183,61	1.386.100,12	44.098,03	992.277,45
2º	1.635.831,80	1.258.371,94	888.433,07	✓ -531.814,87
3º	1.843.718,64	594.106,36	368.356,65	✓ -630.811,90
Soma	7.595.734,05	3.238.578,42	1.300.887,75	992.277,45

04 - RECEITA BRUTA 2007 (01 + 03) - TOTAL = R\$ 42.497.457,90				
Mês do trimestre	1º trimestre	2º trimestre	3º trimestre	4º trimestre
1º	5.852.154,73	3.424.944,15	2.539.349,33	3.259.742,88
2º	3.395.024,09	3.352.836,32	3.305.914,89	3.412.308,14
3º	3.814.787,27	2.859.231,61	2.851.873,72	4.429.290,77
Soma	13.061.966,09	9.637.012,08	8.697.137,94	11.101.341,79

Salientamos que estamos aproveitando no lançamento de ofício os valores declarados pelo contribuinte nas DCTF's: ND's 1002.007.2007.1820008324; 1002.007.2007.1880004181; 1002.007.2007.1850098522; 1002.007.2007.18801141500; 1002.007.2008.1860324254, bem como os valores retidos na fonte de IRRF, CSLL, PIS, COFINS, declarados em DIRF por terceiros, como segue:

Mês	COFINS-DCTF	COFINS-Fonte	COFINS-SOMA	PIS-DCTF	PIS-Fonte	PIS-SOMA	IR-Fonte	CSLL-Fonte
Janeiro	-	54.845,70	54.845,70	-	11.883,24	11.883,24	31.578,12	18.753,60
Fevereiro	-	47.372,38	47.372,38	-	10.264,02	10.264,02	14.489,76	15.790,82
Março	8.268,52	45.307,32	53.575,84	2.696,79	9.816,59	12.513,38	17.222,29	15.277,14
Abril	60.981,49	74.398,22	135.379,71	15.335,98	16.119,63	31.455,61	21.207,04	24.986,17
Maio	-	46.345,37	46.345,37	-	10.041,51	10.041,51	15.552,46	15.448,48
Junho	-	65.359,42	65.359,42	-	14.161,22	14.161,22	24.423,97	21.786,51
Julho	-	59.668,28	59.668,28	-	12.928,14	12.928,14	23.653,80	19.889,46
Agosto	11.063,77	80.146,78	91.210,55	20.303,55	17.365,15	37.668,70	29.017,40	26.715,64
Setembro	116.766,39	42.770,16	159.536,55	25.743,58	9.266,88	35.010,46	22.063,48	14.256,74
Outubro	91.874,40	108.267,07	200.141,47	21.530,29	23.457,88	44.988,17	26.782,82	36.089,08
Novembro	-	78.981,74	78.981,74	-	17.112,72	17.112,72	26.474,07	26.327,29
Dezembro	-	95.818,11	95.818,11	-	20.760,61	20.760,61	30.291,93	31.939,42
Soma	288.954,57	799.280,55	1.088.235,12	85.610,19	173.177,59	258.787,78	282.757,14	267.260,33

(...)

04 - DA NÃO APRESENTAÇÃO DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS - NOTAS FISCAIS E NÃO ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS - AGRAVAMENTO DA MULTA

1. Como anteriormente relatado, não restam dúvidas de que o sujeito passivo, embora tenha apresentado arquivos magnéticos contábeis que não puderam ser analisados, deixou de atender a intimação para apresentar os arquivos magnéticos - Notas Fiscais 2007, conforme Termo de Intimação Fiscal-Arquivos Digitais,

lavrado em 21/03/2011; como também deixou de prestar os esclarecimentos solicitados, conforme Termo de Reintimação Fiscal nº 0002, de 08/08/2011. A penalidade relacionada a essas obrigações está disciplinada pelo art. 44, inciso I do caput, §2º, incisos I e II, da Lei 9.430/96, conforme redação abaixo transcrita:

(...)

05 – DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

No decorrer da auditoria fiscal, constatamos que o sujeito passivo fiscalizado encontra-se em Recuperação Judicial, conforme processo nº 152.01.2009.017062-5/000000-000, da 1ª Vara da Comarca de Cotia, e verificando os autos do processo em pauta, constatamos a existência de interesse comum entre a empresa fiscalizada e os sujeitos passivos solidários, conforme Certidão de Objeto e Pé, de 22/10/2010, abaixo, in verbis:

‘Requerente

ATRA PRESTADORA DE SERVIÇOS EM GERAL, CNPJ Nº 45.180.072/0001-04, com sede à R. Ralf Bolli nº 575, sala 06, GRANJA CAROLINA. Cotia, SP.

GELRE TRABALHO TEMPORÁRIO S/A, CNPJ Nº 47.192.091/0001-78, NIRE Nº 35300015401, com sede à R. Ralf Bolli nº 575, sala 06, GRANJA CAROLINA. Cotia, SP.

PGP PLANEJAMENTO E GESTÃO DE PROCESSO LTDA., CNPJ Nº 08.045.743/0001-90, NIRE Nº 35220710634, com sede à R. Ralf Bolli nº 575, sala 06, GRANJA CAROLINA. Cotia, SP.

PLANSERVICE BACK OFFICE LTDA, NIRE 35218584791, com sede à R. Ralf Bolli nº 575, sala 06, GRANJA CAROLINA. Cotia, SP.

Objeto da ação

As devedoras são parte de grupo econômico formado por doze empresas que têm como sócio majoritário a holding Geldria. O grupo econômico foi iniciado em 1963 com a Gelre Trabalho Temporário, sendo posteriormente formadas outras empresas a fim de atender diversos nichos do mercado de fornecimento de mão de obra. Essas empresas não corresponderam à expectativa do grupo, sendo ao final custeadas pelas empresas ora autoras, resultando na falta de capital de giro das mesmas, inúmeros empréstimos bancários e finalmente à redução de colaboradores e prejuízos. Requerem o deferimento do processamento da recuperação judicial nos termos do artigo 52 da lei de Recuperação de Empresas. ’

Nessas circunstâncias, restando caracterizado o interesse comum entre empresas integrantes do mesmo grupo econômico, como abaixo, estas devem ser solidariamente trazidas ao pólo passivo da obrigação em tela, segundo o ordenamento do art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966).

1. **ATRA PRESTADORA DE SERVIÇOS EM GERAL**, CNPJ Nº 45.180.072/0001-04;

2. **GELRE TRABALHO TEMPORÁRIO S/A**, CNPJ Nº 47.192.091/0001-78;

3. **PGP PLANEJAMENTO E GESTÃO DE PROCESSOS LTDA**, CNPJ Nº 08.045.743/0001-90;

4 **GELDRIA PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS**, CNPJ Nº 60.837.275/0001-06.”

Cientes da conclusão do procedimento fiscal e da lavratura dos autos de infração (fls. 485/534), tanto a Contribuinte quanto os sujeitos passivos solidários apresentaram as respectivas impugnações (contribuinte – fls. 630/644 e sujeitos passivos solidários – fls. 557/627) em 03/08/2012.

A Contribuinte deduziu, em síntese, os seguintes argumentos:

(i) A obtenção de extratos bancários da Contribuinte junto a instituições financeiras através da emissão de Requisições de Movimentações Financeiras

– RMF é procedimento que não se coaduna com a legislação vigente e configura quebra de sigilo bancário, vez que não foi fundado em ordem judicial, informando, no tópico, a existência de precedentes do plenário do Eg. STF nesse sentido (citou o julgamento do RE 389.808/PR);

(ii) Diferente do que prevê o art. 9º do Decreto n. 70.235/72 e o art. 149 do CTN, nos presentes autos não há documentos e demais elementos comprobatórios das infrações – afirma que *“não existe um extrato das instituições financeiras mencionadas, e tampouco cópia das supostas RMF’s emitidas para elas”* (fl. 637), de modo que *“o AIIM efetivado sem a devida comprovação da ocorrência do ilícito é nulo, haja vista que a prova é fundamento crucial do lançamento tributário”* (fl. 638), sob pena, inclusive, de ofensa às garantias de ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, da CF/88);

(iii) A presunção legal havida no presente caso estaria incorreta, na medida em que *“o D. Fiscal para terminar e encerrar rapidamente seu trabalho simplesmente aplicou as determinações da Lei nº 9430/96, e considerou a movimentação financeira nas contas bancárias em questão como omissão de receitas advindas das operações mercantis realizadas pela Impugnante”* (fl. 640), sendo que, a seu sentir, *“a finalidade da utilização dos valores em conta bancária como omissão de receitas são [sic] quando estes demonstram uma exteriorização de riqueza e apontam montantes diferentes aos declarados para a Secretaria da Receita Federal do Brasil”* (fl. 640).

Assim, prossegue o contribuinte, *“a presunção legal é adotada como técnica de lançamento indiciário”* e que *“não pode se considerar este fato isoladamente”* (fl. 640). Defende que cabia ao Fiscal buscar saber se *“os depósitos bancários tratavam-se de disponibilidade econômica omitida ao fisco”* (fl. 641), sob pena de desrespeito ao *“princípio da busca da verdade material”* (fl. 643);

(iv) Por fim, defende, em três parágrafos, o agravamento da multa se deu em razão de *“sonegação de informações por parte da Contribuinte”* (fl. 643), o que, a seu sentir, não se configura no caso, porquanto *“não existiu nenhuma omissão por parte da contribuinte, está atendeu a fiscalização corretamente, apesar de estar com dificuldades financeiras, inclusive em recuperação judicial conforme narrado no próprio termo de verificação fiscal e atendeu todas as solicitações do Auditor e não sonegou nenhuma informação”* (fl. 643).

Os sujeitos passivos solidários defenderam – nas quatro impugnações similares que apresentaram –, em resumo, que:

(i) A partir do art. 124 do CTN, é *“forçoso concluir, portanto, que o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta na constituição do fato imponible. / Destarte, o artigo 124, do CTN, não se aplica ao caso em tela, uma vez que a Impugnante não está envolvida na realização dos fatos geradores que originaram os presentes autos de infrações. É apenas empresa do grupo econômico a que pertence a autuada e goza de independência de seus atos e gestão, conforme o princípio da independência dos estabelecimentos”* (fl. 615 exemplificativamente); e

(ii) Para além disso, “o ato de responsabilização das empresas pertencentes ao mesmo grupo económico da Autuada é nulo, pois carece de motivação” (fl. 615 exemplificativamente), o que ofende o art. 50 da Lei nº 9.784/99.

Em 27/11/2012, foi julgado o caso (Acórdão n. 05-39.553) pela douta 4ª Turma da DRJ/CPS, que houve por bem julgar parcialmente procedente a impugnação, por constatar, de ofício, que houve “*recolhimentos de PIS e COFINS para os fatos geradores de março/2007*”, de modo que encontrar-se-iam “*decaídas as exigências pertinentes a tal período, pelo que cancelam-se os respectivos lançamentos, mantidos os relativos aos demais meses*” (fl. 661).

Em relação aos demais pontos, assentou a d. instância a qua o seguinte:

(i) A despeito do pedido de juntada de provas a posteriori, “desde a ciência dos lançamentos, a contribuinte não trouxe aos autos nova explicação ou documentos que pudessem vir a ‘provar o alegado’” (fl. 678); e

(ii) “Os lançamentos feitos pelo Fisco originaram-se da conjugação das receitas informadas pela autuada nos DACON relativos ao ano-calendário de 2007 (sem que tivesse submetido tais valores à tributação – fls. 128/463) e de sua movimentação bancária mantida junto a instituições financeiras e cujos créditos havidos em suas contas correntes, devidamente intimada a esclarecer a origem dos recursos para tais operações, não conseguiu justificar, destacando-se que o Fisco considerou, ainda, os valores declarados em DCTF e as informações de terceiros envolvendo a fiscalizada e constantes das DIRF entregues à Receita Federal.” (fl. 686);

(iii) Foram mantidos os lançamentos pertinentes aos valores informados em DACON, “tendo em vista que estes valores foram obtidos junto a demonstrativos de preenchimento e entrega obrigatórios pela contribuinte (obrigação acessória a que se submetem todas as pessoas jurídicas que se enquadrem na norma impositiva) e considerando ainda que sobre eles não houve manifestação da defesa, o trabalho do Fisco ficou robustecido, posto que baseado em dados fornecidos a Autoridade Tributária pelo próprio sujeito passivo. / De outro lado, em face da compulsoriedade do preenchimento e entrega dos referidos demonstrativos pelos contribuintes à Autoridade Tributária, é certo que, salvo fraude praticada pelo declarante, **presumem-se verdadeiras as informações nele inseridas**, de tal forma que os dados apostos pela autuada nos DACON de 2007, transmitidos à Receita Federal, refletem efetivas ‘receitas’ por ela obtidas e sobre as quais não houve a devida oposição tributária, exigindo os lançamentos de ofício realizados pela Fiscalização e aqui apreciados” (fl. 687/688);

(iv) Em relação aos “lançamentos envolvendo **omissão de receita**, apurada pela existência de registros a crédito das contas bancárias mantidas pela autuada junto a instituições financeiras e para os quais, devidamente intimada, não conseguiu justificar as **origens dos depósitos havidos**” (fl. 688), restou mantida a presunção de omissão de rendimentos, nos termos do art. 42 da Lei n. 9.430/96, porquanto eventual “prova contrária à presunção legal, como dito, não foi fornecida pela autuada, nem durante os procedimentos fiscais nem na presente impugnação apreciada, **remanescendo sem comprovação a totalidade dos depósitos questionados**”

(fl. 692). Ressaltou, em tempo, que *“do valor total dos créditos não justificados, o Fisco subtraiu os montantes inseridos nos Demonstrativos de Apuração de Contribuições Sociais”* (fl. 693);

(v) Afastou eventual cerceamento de defesa, eis que *“a mera compulsação dos autos mostra, à fatura, as sucessivas intimações e reintimações do Fisco, a abertura e reabertura de prazo à contribuinte para oferecer os esclarecimentos necessários (prazos totalmente ignorados pela autuada, diga-se)”* (fl. 693), restando *“patente a inexistência de qualquer barreira imposta à fiscalizada para que pudesse exercer seu constitucional direito de defender-se, não apenas no curso da ação fiscal, mas até o momento da realização deste julgamento”* (fl. 693);

(vi) Entendeu pela inexistência de irregularidades ligadas às RMFs e a eventual quebra de sigilo fiscal *“por estar o acesso às informações bancárias regularmente autorizado nas leis mencionadas, bem como no Decreto nº 3.724, de 2001, válidos os procedimentos aqui adotados e as provas assim obtidas”* (fl. 702), destacando, ainda no ponto, a impossibilidade de a autoridade administrativa analisar argumento de inconstitucionalidade de lei;

(vii) Sobre o argumento do Contribuinte de que haveria necessidade de demonstração de uma suposta *“exteriorização de riqueza”*, o CARF já editou a Súmula n. 26 pacificando a questão;

(viii) Em relação à sistemática aplicada no caso – “Lucro Arbitrado” –, lembrou a DRJ que, *“excluída a disponibilização de arquivos digitais onde constavam existir arquivos SINCO – Contábeis (que, alerte-se, sequer puderam ser analisados, em razão da não entrega, pela fiscalizada, dos livros e documentos que dariam suporte à escrituração), nenhum outro documento, Livro ou informação foi entregue ou apresentada pela contribuinte, aí incluindo-se o não esclarecimento sobre as origens dos recursos que permitiram os créditos havidos em suas contas correntes mantidas junto a instituições financeiras”* (fl. 704), sendo certo que *“dúvidas não pairam de que, impossibilitada a adoção do Lucro Real (opção da contribuinte em sua DIPJ relativa ao ano-calendário/2007 – exercício de 2008), não restaria ao Fisco outro caminho que não lançar mão da alternativa legalmente prevista para tais circunstâncias, no caso, o Lucro Arbitrado”* (fl. 705);

(ix) A despeito de a defesa rebelar-se *“contra a possível aplicação de ‘multa qualificada’ aos lançamentos de ofício”* (fl. 708), esclareceu a douta DRJ que inexistiu a ‘qualificação’ da multa de ofício, porquanto *“o Fisco impingiu à autuada o ‘agravamento’ da multa de ofício, elevando-a em 50%, ou seja, para 112,50%, (...) procedimento [que] está em consonância com o mesmo artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, porém em outro parágrafo”* (fl. 709) – art. 44, §2º, inc. I, da Lei n. 9.430/96;

(x) Em relação às quatro empresas designadas como responsáveis solidárias, nos termos do art. 124 do CTN, chancela a DRJ o referido entendimento, com base no fato de que *“elas integram o mesmo grupo econômico, em conjunto com a contribuinte Planservice, denotando ainda confusão patrimonial, vinculação gerencial e coincidência de sócios e administradores”* (fl. 713), o que se extrai da *“petição inicial do processo de*

recuperação judicial n. 152.01.2009.017062-5/0000000-000 e respectiva decisão judicial, bem como dos instrumentos contratuais dessas empresas” (fl. 712), o que caracteriza interesse comum no fato gerador da obrigação principal, hipótese de responsabilidade estabelecida no art. 124, I, do CTN;

(xi) Por fim, esclareceu a DRJ que “*sendo, pois, os lançamentos reflexos mera decorrência do principal e havendo sido este julgado procedente, igual sorte devem colher as exigências referentes ao PIS, à COFINS e à CSLL*” (fl. 715).

Intimada do acórdão da d. DRJ – AR de 19/12/2012 (fl. 738) –, a contribuinte interpôs recurso voluntário (fl. 780/794) em 18/01/2013. Na mesma data, os responsáveis solidários também apresentaram recursos voluntários (fls. 740/747, 750/757, 760/767, 770/777).

Todos os recursos apresentados apenas repetem os mesmíssimos argumentos e pedidos das respectivas peças impugnatórias.

Na assentada de 12/09/2013, esta Eg. 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção decidiu, por maioria de votos, determinar o SOBRESTAMENTO do processo enquanto não sobreviesse decisão do STF para o RE n. 601.314/SP, nos termos do art. 62-A, §1º, do RICARF.

Contudo, com o advento da Portaria MF n. 545/2013 que revogou os §§ 1º e 2º do art. 62-A do RICARF, devem ser incluídos em pauta novamente os processos anteriormente sobrestados (com base nos referidos dispositivos) para prosseguimento do julgamento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR

Contra o r. acórdão recorrido – do qual se teve ciência em 19/12/2012 (fl. 738) –, houve a tempestiva interposição de Recursos Voluntários no dia 18/01/2013 (fls. 740/747, 750/757, 760/767, 770/777 e 780/794), razão por que deles conheço.

Da impossibilidade de manutenção de lançamentos escorados em dados de movimentação bancária obtidos por meio de emissão de RMFs

Como visto, os lançamentos feitos pelo Fisco escoram-se na conjugação (i) das receitas informadas pela autuada nos DACON relativos ao ano-calendário de 2007 (sem a necessária submissão de tais valores à tributação – fls. 128/463) e (ii) de movimentação bancária da contribuinte em contas mantidas junto a instituições financeiras e cujos créditos havidos em suas contas correntes não conseguiu justificar.

Assim, é absolutamente estreme de dúvidas que o caso em vergaste envolve – dentre outros temas – lançamentos de ofício lastreado em presunção legal de omissão de receitas por depósitos bancários (art. 42 da Lei n. 9.430/96), tendo esses dados sido obtidos pelo Fisco sem amparo em qualquer decisão judicial, sendo inequívoca a expedição de bastantes Requisições de Movimentação Financeira – RMFs.

A contribuinte expressamente pleiteia o reconhecimento da nulidade do lançamento em virtude de dito procedimento e com ele concordo.

Com efeito – nos termos de meu posicionamento já externado noutras ocasiões neste colegiado –, entendo que, para obter dados por meio de RMFs, deve o Fisco ter fundamento em ordem judicial, sob pena de quebra de sigilo bancário, conforme preconiza o art. 1º, *caput* e §1º, da LC n. 105/2001.

Esse entendimento, a propósito, já foi externado pelo Plenário do Eg. Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 389.808/PR, em acórdão assim ementado:

*“SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. **SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.**”*
(RE 389808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, **Tribunal Pleno**, Julgado em 15/12/2010, Publicado em 10/05/2011)

A par disso, penso ser o caso de afastar a aplicação da sistemática estruturada pela conjugação da LC n. 105/2001, da Lei n. 10.174/2001 e pelo Decreto n. 3.724/2001 com base no art. 26-A, § 6º, inc. I, do Decreto nº 70.235/72 e art. 62-A, par. único, inc. I, do RICARF, os quais preveem, respectivamente, o seguinte, *in verbis*:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.
(...)
§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:
I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (...)”

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.
Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:
I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ”

Pelo exposto, encaminho meu voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para declarar a nulidade dos Autos de Infração fundados em RMFs expedidos sem amparo em qualquer decisão judicial, em conformidade com julgamento definitivo promovido no seio do plenário do Eg. STF.

Contudo, caso meu posicionamento seja vencido nesta Col. 1ª Turma, passo a análise dos demais fundamentos a partir da premissa de validade dos RMFs.

Das razões para a manutenção do acórdão recorrido – Análise do Recurso Voluntário da Contribuinte Planservice Back Office Ltda.

Na hipótese de ser considerado legal o procedimento de obtenção de dados de movimentação bancária por meio de emissão de RMFs sem amparo em decisão judicial, entendo que o Recurso da contribuinte deve ser desprovido.

Isso porque, conforme se depreende do relatório, além do argumento de inconstitucionalidade na emissão de RMFs sem decisões judiciais, a contribuinte segue em seu recurso afirmando que – em afronta ao art. 9º do Decreto n. 70.235/72 e ao art. 149 do CTN –, nos presentes autos não haveria documentos e demais elementos comprobatórios das infrações.

Nesse sentido, assevera a Recorrente que “*não existe um extrato das instituições financeiras mencionadas, e tampouco cópia das supostas RMF’s emitidas para elas*” (fl. 786), de modo que “*o AIIM efetivado sem a devida comprovação da ocorrência do ilícito é nulo, haja vista que a prova é fundamento crucial do lançamento tributário*” (fl. 788), sob pena, inclusive, de ofensa às garantias de ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, CF/88).

Ora, tais afirmações carecem de qualquer fundamento.

Com efeito, as provas carreadas aos autos pelo Fisco são substanciais e dão lastro aos lançamentos perpetrados, mais ainda porque retiradas das próprias anotações da Recorrente – tanto no tocante aos créditos havidos em suas contas bancárias cujas origens dos recursos não restaram comprovadas (a despeito das diversas intimações realizadas), quanto em relação às informações por ela prestadas em DACON, DIPJ e DCTF.

Além disso, para afirmar que inexistiria “*um extrato das instituições financeiras mencionadas, e tampouco cópia das supostas RMF’s emitidas para elas*” (fl. 786), a Recorrente não deve ter lido as fls. 23/84, em que constam expressamente diversos RMFs e extratos bancários.

Assim, à míngua de qualquer nulidade ou cerceamento de direito, certo é que, para fulminar a presente autuação, bastaria que a contribuinte se contrapusesse – com provas e de forma robusta – à acusação fiscal e, certamente, os lançamentos não seriam realizados ou, caso fossem, não seriam mantidos.

No caso em tela, não foi isso que ocorreu.

Como visto, a despeito de exaustivamente intimado a esclarecer as irregularidades detectadas pelo Fisco, a Recorrente manteve-se completamente inerte, o que obrigou as autoridades fiscais a procederem ao arbitramento dos lucros do sujeito passivo.

Para além disso, também **se mostra descabido o argumento no sentido de que a presunção legal havida no presente caso estaria incorreta**, na medida em que “o D. Fiscal para terminar e encerrar rapidamente seu trabalho simplesmente aplicou as determinações da Lei nº 9430/96, e considerou a movimentação financeira nas contas bancárias em questão como omissão de receitas advindas das operações mercantis realizadas pela Recorrente” (fl. 790), sendo que, a seu sentir, “a finalidade da utilização dos valores em conta bancária como omissão de receitas são [sic] quando estes demonstram uma exteriorização de riqueza e apontam montantes diferentes aos declarados para a Secretaria da Receita Federal do Brasil” (fl. 790), sob pena de desrespeito ao “princípio da busca da verdade material” (fl. 793).

Trata-se de tema inúmeras vezes enfrentado por esse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que já pacificou entendimento no sentido de que “o artigo 42 da Lei n.º 9.430/96 estabelece presunção relativa que, como tal, inverte o ônus da prova, cabendo ao contribuinte desconstituí-la. ” (CARF, 1ª Turma Ordinária / 1ª Câmara / 2ª Seção de Julgamento, P.A. 13.884.004117/2004-48, Acórdão n. 2101-01.464, Sessão de 07/02/2012).

Como é cediço, a presunção é meio de prova que prescreve o reconhecimento jurídico de um fato provado de forma indireta. Ou seja, provando-se diretamente o fato indiciário, tem-se, por conseguinte, a formação de um juízo de probabilidade com relação ao fato presumido que, a partir de então, necessita ser afastado pelo contribuinte.

No caso dos autos, **prova-se especificamente a ocorrência de movimentações bancárias não justificadas**, decorrente desta comprovação o reconhecimento da omissão de rendimentos na apuração da base de cálculo dos tributos cobrados nos autos de infração.

Nesse sentido, a presunção referida pelo art. 42 da Lei n. 9.430/96 é legítima, não ferindo, em nenhum ponto, a legislação tributária em vigor.

De outro lado, em relação a eventual necessidade de demonstrar uma suposta “exteriorização de riqueza”, este Col. CARF já possui jurisprudência consolidada nos termos da Súmula n. 26, *in verbis*: “A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada”.

É importante salientar que, para além de o sujeito passivo não ter apresentado qualquer dos seus livros fiscais, constatou-se que as receitas que o art. 42 da Lei n. 9.430/96 autorizou presumir como omitidas perfazem quase 50% das receitas que o sujeito passivo declarou em sua DIPJ/2008, o que apenas ratifica a conclusão quanto ao acerto do arbitramento levado a efeito, em que se levou em conta o preceito inserto no art. 27 da Lei n. 9.430/96.

Ao final de seu recurso, a contribuinte afirma, em três parágrafos (fl. 793), que o agravamento da multa se deu em razão de “sonegação de informações por parte da Contribuinte” (fl. 793), o que, a seu sentir, não se configuraria no caso, porquanto “não existiu nenhuma omissão por parte da contribuinte, está atendeu a fiscalização corretamente, apesar de estar com dificuldades financeiras, inclusive em recuperação judicial conforme narrado no próprio termo de verificação fiscal e atendeu todas as solicitações do Auditor e não sonegou nenhuma informação” (fl. 793).

Conforme já foi exaustivamente narrado neste voto, o que se passou no presente caso foi exatamente o oposto do quanto afirmado pela contribuinte.

In casu, nos termos do Termo de Verificação Fiscal, a contribuinte “deixou de atender a intimação para apresentar os arquivos magnéticos – Notas Fiscais 2007, conforme Termo de Intimação Fiscal-Arquivos Digitais, lavrado em 21/03/2011; como também deixou de prestar os esclarecimentos solicitados, conforme Termo de Reintimação Fiscal nº 0002, de 08/08/2011. A penalidade relacionada a essas obrigações está disciplinada pelo art. 44, inciso I do caput, §2º, incisos I e II, da Lei 9.430/96” (fl. 476).

Apesar de, no caso dos autos, o sujeito passivo efetivamente não ter atendido às intimações, penso que a penalidade agravada não pode aqui prosperar, eis que esse não atendimento ensejou o arbitramento dos resultados do sujeito passivo, não podendo essa mesma conduta dar azo à cobrança da penalidade majorada.

Deveras, tivesse o sujeito passivo atendido às intimações que lhe foram dirigidas, então seria possível ao Fisco apurar o Lucro Real do sujeito passivo, o que envolveria a formalização de exigência substancialmente mais branda – tendo em vista a omissão de receita que as autoridades fiscais lograram presumir, que é da ordem de 44% da receita que efetivamente foi declarada ao Fisco.

Destarte, não pode prosperar a penalidade agravada.

Por todo o exposto – restando vencido meu posicionamento de irregularidade na quebra de sigilo bancário a partir de expedição de RMF sem a competente ordem judicial e partindo-se da premissa de regularidade em tal procedimento –, deve ser DADO PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário interposto pela contribuinte, tão somente para que a penalidade de ofício seja aplicada em 75%.

Das razões para a reforma do acórdão recorrido – Análise dos Recursos Voluntários dos responsáveis solidários: (i) Atra Prestadora de Serviços em Geral; (ii) Gelre Trabalho Temporário S/A; (iii) PGP Planejamento e Gestão de Processos Ltda.; e (iv) Planservice Back Office Ltda.

No Termo de Verificação Fiscal (fl. 477), a Fiscalização afirma que, “*no decorrer da auditoria fiscal, constatamos que o sujeito passivo fiscalizado encontra-se em Recuperação Judicial, conforme processo nº 152.01.2009.017062-5/000000-000, da 1ª Vara da Comarca de Cotia, e verificando os autos do processo em pauta, constatamos a existência de interesse comum entre a empresa fiscalizada e os sujeitos passivos solidários, conforme Certidão de Objeto e Pé*”, na qual consta o seguinte trecho:

“(…) O grupo econômico foi iniciado em 1963 com a Gelre Trabalho Temporário, sendo posteriormente formadas outras empresas a fim de atender diversos nichos do mercado de fornecimento de mão de obra. Essas empresas não corresponderam à expectativa do grupo, sendo ao final custeadas pelas empresas ora autoras, resultando na falta de capital de giro das mesmas, inúmeros empréstimo bancários e finalmente à redução de colaboradores e prejuízos. Requerem o deferimento do processamento da recuperação judicial nos termos do artigo 52 da lei de Recuperação de Empresas”

Em todos os recursos voluntários apresentados pelos solidários – todos similares –, o argumento principal apresentado pelos Recorrentes é no sentido de que *“interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que causou a ocorrência do fato imponible”* (fl. 773), de modo que *“o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunto na constituição do fato imponible”* (fl. 774).

Por isso, concluem as empresas solidárias, *“o artigo 124, do CTN, não se aplica ao caso em tela, uma vez que a Recorrente não está envolvida na realização dos fatos geradores que originaram os presentes autos de infrações”*, porquanto se trataria apenas de empresas *“do grupo econômico a que pertence a autuada e goza de independência dos seus atos e gestão”* (fl. 774/775).

Em seguida, defendem a nulidade da autuação em razão de carência de motivação, obrigação que se encontra no art. 50 da Lei n. 9.784/99 em relação aos atos administrativos.

Pois bem.

A responsabilização solidária das sociedades empresárias que compõem o mesmo grupo econômico da contribuinte é absolutamente improsperável.

Com efeito, é incontestável que o Termo de Verificação Fiscal calca a responsabilização solidária das sociedades empresárias integrantes do mesmo grupo econômico exclusivamente no inciso I do art. 124 do CTN, que estabelece que a solidariedade tem lugar entre pessoas que tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal.

Ora, por mais que haja sócios em comum entre as empresas, não há que se falar em responsabilização solidária por pretense interesse comum das sociedades, tendo em vista que em momento algum se disse que essas pessoas jurídicas não se constituíam em entidades que, por mais que apresentassem certos vínculos, efetivamente tinham existências distintas.

É importante salientar que, por mais que as sociedades aqui controvertidas – à exceção da holding *GELDRIA* – estejam passando por processo de recuperação judicial, essa circunstância não significa que tais entidades tenham perdido a sua individualidade, ao mesmo tempo em que não há qualquer preceito legal no sentido de que o evento em referência engendra a responsabilização solidária por créditos tributários entre os partícipes do processo de recuperação.

Frise-se: o Fisco jamais afirmou que as empresas em destaque eram, em verdade, uma sociedade apenas, razão pela qual não consigo vislumbrar o interesse comum que as pretensas responsáveis solidárias poderiam ter na situação que constituiu o fato gerador das exações aqui controvertidas, ao menos não aquele interesse comum que enxergo no inciso I do art. 124 do CTN.

De fato, o interesse comum a que se refere o citado inciso I do art. 124 do CTN apenas tem lugar nas hipóteses em que os solidariamente obrigados ao pagamento do

tributo encontram-se absolutamente no mesmo polo das relações que engendram o nascimento dos tributos, o que não se verifica entre empresas que, por mais que integrantes de um único grupo econômico, têm personalidade jurídica e atividades próprias e que não se confundem nem mesmo aos olhos das autoridades autuantes.

Por todo o exposto, devem ser PROVIDOS OS RECURSOS VOLUNTARIOS dos responsáveis solidários, nos termos das razões acima tecidas.

É como voto.

(assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR – Relator

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Com referência à nulidade do lançamento baseado em informações financeiras obtidas por meio de Requisição de Movimentação Financeira – RMF, cumpre ter em conta que o procedimento tem amparo no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, dispositivo legal objeto do Recurso Extraordinário nº 601.314, que aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal em rito de repercussão geral, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. A decisão que reconheceu a repercussão geral desta matéria foi assim ementada:

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.

Todavia, no referido recurso extraordinário ainda não foi editada decisão definitiva de mérito que pudesse impor a reprodução, pelos Conselheiros, no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, do entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal em outros casos semelhantes, como pretendem os recorrentes. Nem mesmo o sobrestamento antes previsto nos §§ do art. 62-A do RICARF prevalece, dada sua recente revogação pela Portaria MF nº 545/2013.

Por sua vez, o Decreto nº 70.235/72 somente autoriza os órgãos administrativos de julgamento a afastar a aplicação de lei que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

O art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal em caso concreto que ali chegou por meio do Recurso Extraordinário nº 389.808, decidido em 10/05/2011 nos termos da seguinte ementa:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

Contudo, a Procuradoria Geral da República opôs embargos de declaração a esta decisão, os quais aguardam julgamento, estando conclusos ao relator desde 09/11/2011, de modo que não se verificou o trânsito em julgado, não se podendo falar, aqui, da existência de *decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal*, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo legal que autoriza o procedimento aqui utilizado para reunião das provas que fundamentam a exigência.

Estas as razões, portanto, para REJEITAR a arguição da nulidade do lançamento em razão de inconstitucional acesso às informações bancárias da pessoa jurídica autuada.

No que tange à responsabilidade tributária, a maioria do Colegiado decidiu afastá-la por razões distintas daquelas esposadas pelo I. Relator. Isto apenas porque o art. 124, inciso I do CTN, além de cogitar de solidariedade em face daqueles que, no mesmo pólo da relação jurídica tributária, praticam o fato gerador, permite que o interesse comum também seja caracterizado em razão de confusão patrimonial, em razão da qual a riqueza manifestada pelo fato jurídico tributário é compartilhada irregularmente entre os sujeitos passivos solidários, ainda que estes possuam personalidade jurídica e atividades próprias.

No presente caso, a imputação de responsabilidade solidária decorreu, apenas, do reconhecimento judicial de que as pessoas jurídicas integram um mesmo grupo econômico, e que algumas delas não dispunham de capital de giro, valendo-se de ajuda financeira de outras empresas do grupo e de empréstimos bancários para subsistir. Não há

Processo nº 10882.722133/2012-58
Acórdão n.º **1101-001.117**

S1-C1T1
Fl. 824

qualquer evidência de que estas ocorrências seriam contemporâneas aos fatos geradores autuados, de modo a demonstrar a confusão patrimonial que poderia justificar a responsabilização na forma do art. 124, I do CTN.

Estas as razões, portanto, para DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário dos responsáveis tributários.

(assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada