



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA**

Processo n° 10935.003489/2006-88
Recurso n° 158.981 Embargos
Matéria SIMPLES - EX.: 2003
Acórdão n° 105-17.023
Sessão de 28 de maio de 2008
Embargante LYNIX LUBRIFICANTES LTDA.
Interessado QUINTA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2003

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO DE FUNDAMENTAÇÃO - INEXISTÊNCIA - Devem ser rejeitados os embargos declaratórios por omissão na fundamentação se os pontos embargados foram correta e claramente fundamentados.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - REABERTURA DE DISCUSSÃO DO MÉRITO - DESCABIMENTO - Incabíveis os embargos declaratórios na inexistência de obscuridade, omissão ou contradição no Acórdão embargado. Não é admissível, em sede de embargos, a reabertura de discussão sobre o mérito apreciado no acórdão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR os embargos de declaração e ratificar a decisão contida no Acórdão n° 105-16.715 de 17 de outubro de 2007, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSÉ CLÓVIS ALVES

Presidente



WALDIR VEIGA ROCHA

Relator

Formalizado em: 27 JUN 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WILSON FERNANDES GUIMARÃES, IRINEU BIANCHI, MARCOS RODRIGUES DE MELLO, LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA, ALEXANDRE ANTÔNIO ALKMIM TEIXEIRA e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.

Relatório

LYNIX LUBRIFICANTES LTDA., já qualificada nos autos, interpôs embargos de declaração (fls. 1099/2002) em face do Acórdão nº 105-16.715, de 17 de outubro de 2007, às fls. 1021/1066 deste processo, o qual conteria, por sua ótica, três omissões, a seguir resumidas.

1. Omissão por falta de fundamentação para a rejeição de sua alegação quanto à absoluta incompetência da Secretaria da Receita Federal para apurar e lançar a contribuição para o INSS.
2. Omissão por falta de fundamentação quanto à manutenção do lançamento mesmo em face da transferência ao Fisco do sigilo bancário da contribuinte, sem decisão judicial.
3. Omissão por falta de fundamentação convincente (sic) para manter a qualificação da multa de ofício aplicada.

Ao final, *“pede também que, com a finalidade de prequestionamento para acesso à via especial, haja expressa menção aos dispositivos constitucionais apontados (art. 5º, XII e 93, IX, da Constituição Federal – sigilo bancário e direito à fundamentação das decisões administrativas, respectivamente)”*.

Mediante o Despacho PRESI nº 105-0.094/08 (fl. 2006), o Sr. Presidente desta Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes designou este Relator para falar sobre os embargos, nos termos do art. 57, § 2º, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (RICC), aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25/06/2007.

É o relatório.



Voto

A ciência do acórdão ora embargado se deu em 18/02/2008, conforme comprovante de entrega à fl. 1098. Dado que os embargos foram apresentados em 22/02/2008 (fl. 1099), tenho-os por tempestivos, à luz do prazo de cinco dias estabelecido pelo § 1º do art. 57 do RICC.

Quanto à primeira alegada omissão (falta de fundamentação para a rejeição de sua alegação quanto à absoluta incompetência da Secretaria da Receita Federal para apurar e lançar a contribuição para o INSS), verifico que a fundamentação que a embargante considera inexistente se encontra no acórdão embargado, às fls. 1040/1041. Sua inconformidade se deve ao fato de que este Relator adotou expressamente as razões de decidir trazidas pela autoridade julgadora em primeira instância, inclusive fazendo transcrever seus parágrafos 31 a 35.

Os motivos para assim proceder foram:

- em primeira instância, foram abordados de forma minuciosa e rebatidos todos os pontos apontados pela defesa;
- no recurso voluntário (fl. 931), a recorrente não apontou nenhuma incorreção na decisão de primeira instância, tão somente questionou que a competência tributária estabelecida pela constituição não poderia ser alterada por lei ordinária. Mas também esse ponto já havia sido abordado pela Turma Julgadora, ao estabelecer a distinção entre a competência para instituir tributos – indelegável, e pertencente à União, e não ao INSS – e a competência para arrecadar ou fiscalizar tributos – delegável, nos termos do art. 7º do CTN;
- para preservar a autoria intelectual do texto. Talvez a embargante se satisfizesse se o texto fosse reproduzido com as mesmas palavras utilizadas no Acórdão da DRJ, sem indicar que se tratava de transcrição. Isso, no entanto, seria uma apropriação indevida, uma agressão ao autor do texto.

Concluo, quanto à primeira alegada omissão, que é inexistente, e rejeito os embargos. Os fundamentos se encontram claramente às fls. 1040/1041, e são os mesmos já adotados em primeira instância. Se com eles a embargante não se conforma, é matéria que não será decidida em sede de embargos.

A seguir, alega a embargante a ausência de fundamento para que o lançamento tenha sido mantido, mesmo na ausência de ordem judicial para a transferência ao Fisco das informações de sua movimentação bancária.

No recurso voluntário, suas razões sobre a matéria se encontram às fls. 938/944. Em nenhum momento afirma expressamente que seria indispensável ordem do Poder Judiciário para que as informações de sua movimentação bancária fossem repassadas ao Fisco. Ao contrário, sua irrisignação é dirigida contra os procedimentos adotados pela fiscalização, a seu ver simplistas e ilegais, para obter as informações. A então recorrente admite que a transferência do sigilo bancário pode se dar por via administrativa ou judicial, mas entende que o Auditor-Fiscal teria agido de moto próprio, ao arripio das regras legais aplicáveis.

É o que se extrai da argumentação do recurso, como ilustram os trechos a seguir transcritos (grifos não constam do original):



... o fiscal, sem qualquer decisão seja administrativa ou judicial, por conta própria, ferindo todas as regras processuais inerentes à matéria solicitou às instituições financeiras extratos ... (fl. 942).

Admitir que o fiscal fazendário saia por aí, ao aleatório, quebrando o sigilo bancário sem ordem alguma, seja de superior hierárquico ou do Poder Judiciário ... (fl. 943).

No trecho a seguir transcrito, que consta da impugnação e com igual redação no recurso voluntário, a interessada se contradiz em um mesmo parágrafo, ao negar poderes e competência à administração fazendária para acessar as informações bancárias e imediatamente após admitir que a administração pública dispõe de meios próprios para fazê-lo.

O Sigilo Bancário e Fiscal é direito assegurado constitucionalmente, não dispondo a administração fazendária de poderes, competência para simplesmente abrir as relações da então administrada. Dispõe a Administração pública de meios próprios para fazê-lo tendo que respeitar a intimidade das pessoas (fls. 831 e 939).

No Acórdão embargado, às fls. 1045/1048, ficou claramente demonstrado que o Auditor-Fiscal agiu em conformidade com a lei, especialmente o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, e seu regulamento, o Decreto nº 3.724/2001, tanto nos aspectos materiais quanto procedimentais. Não se tratou, como afirmou a recorrente, de ação aleatória, sem conhecimento e aprovação das autoridades administrativas da Receita Federal, como comprovam o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) e as Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) acostadas aos autos. O questionamento da recorrente foi apreciado, embora não tenha sido atendido.

A alegação que agora traz, quanto à indispensabilidade de ordem judicial e, ainda, a menção ao inciso XII do art. 5º da Constituição Federal em vigor não está de forma alguma explícita, nem na impugnação, nem no recurso. E o art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, a seguir transcrito, é bastante claro, ao considerar matéria não impugnada aquela que não tenha sido expressamente contestada.

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

Na verdade, o que identifico no presente caso é a tentativa de reabrir a discussão de mérito travada no acórdão ora embargado, apresentando argumentos que não foram trazidos a tempo e hora, pela via, neste caso inadequada, dos embargos declaratórios.

Quanto ao terceiro ponto embargado, a embargante reclama de falta de fundamentação convincente (sic) para a manutenção da multa qualificada de 150% aplicada no lançamento. Mais uma vez, verifico que não lhe assiste razão.

O Acórdão embargado discorre (fls. 1058/1062) sobre os motivos que levaram o colegiado, por maioria de votos, a manter a multa de 150% para as infrações 001 e 002 do auto de infração. Em apertada síntese, a conduta do contribuinte incluiu: omissões de compras de combustíveis, pagas com recursos à margem da contabilidade, ao longo dos anos de 2002 e 2003 (embora somente os fatos geradores ocorridos no ano de 2002, 89 operações totalizando mais de um milhão de reais, sejam objeto do presente processo); quatro contas-correntes



bancárias (duas no Sudameris e duas no Unibanco), não registradas na contabilidade, as quais receberam, no ano de 2002, depósitos em valores superiores a dois milhões de reais.

Foi essa conduta que levou a Câmara ao entendimento de que não havia, no caso, a possibilidade de lapso ou esquecimento, nem mesmo de descontrole administrativo/gerencial, mas sim a atitude deliberada de ocultar do fisco as operações de compras e os valores movimentados nas contas não escrituradas. Esta foi a motivação para manter a multa qualificada aplicada às infrações 001 e 002, expressa às fls. 1060/1061. Se a embargante não as considera convincentes, também é matéria que foge ao escopo dos embargos declaratórios.

Finalmente, o pedido de menção expressa aos dispositivos constitucionais mencionados pela embargante.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

LX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004)

[...]

Em que pese o dispositivo constitucional invocado dirigir-se diretamente ao Poder Judiciário, tenho que ficou suficientemente demonstrado que não houve ausência de fundamentação em qualquer dos três pontos embargados, mas tão somente irresignação por parte da embargante com os fundamentos e conclusões que lhe foram desfavoráveis.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Sobre o inciso acima transcrito, conforme esclarecido anteriormente, não foi expressamente mencionado nem na impugnação, nem no recurso. Nos presentes embargos, a interessada tenta apresentar a inviolabilidade do sigilo de dados, de que trata parte do inciso, como sinônimo de inviolabilidade do sigilo bancário. Reafirmo tratar-se de tentativa de reabertura de discussão do mérito em sede de embargos, como já dito, inadmissível.



Em síntese, voto por rejeitar os presentes embargos declaratórios, ratificando integralmente o Acórdão nº 105-16.715, de 17 de outubro de 2007, ora embargado.

Sala das Sessões, em 28 de maio de 2008


WALDIR VEIGA ROCHA

