



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

Processo n° 10945.000177/2011-61
Recurso n° De Ofício
Acórdão n° 1101-000.768 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de julho de 2012
Matéria Auto de Infração - SIMPLES
Recorrente DRJ/CURITIBA
Recorrida 1ª TURMA DA 1ª CÂMARA DA 1ª SEÇÃO DO CARF

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006

VÍCIO FORMAL E INSANÁVEL. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Declarado nulo o lançamento por vício formal em processo anterior, não pode a Autoridade Fiscalizadora ao dar início a novo procedimento de fiscalização se valer dos mesmos documentos julgados maculados de vício. Destarte, mesma sorte terá o lançamento fundamentado em documentação já julgada impingida de vício formal que ocasionou a nulidade do lançamento precedente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso de ofício.

Considerando: i) que o Presidente à época do Julgamento não compõe o quadro de Conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) na data da formalização da decisão; ii) que a 1ª Turma da 1ª Seção foi extinta pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015 (que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF); e, iii) as atribuições dos Presidentes de Câmara previstas no Anexo II do RICARF, a presente decisão é assinada pelo Presidente da 1ª Câmara/1ª Seção Marcos Aurélio Pereira Valadão que o faz meramente para a formalização do Acórdão.

Da mesma maneira, tendo em vista que na data da formalização da decisão, a relatora, Nara Cristina Takeda Taga, não mais integra o quadro de Conselheiros do CARF, o Conselheiro Paulo Mateus Ciccone, nos termos do artigo 17, inciso III, do RICARF, foi designado redator *ad hoc* responsável pela formalização do voto e do presente Acórdão, o que se deu na data de 15 de setembro de 2015.

(documento assinado digitalmente)

Processo nº 10945.000177/2011-61
Acórdão n.º **1101-000.768**

S1-C1T1
Fl. 3

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO

Presidente para formalização do acórdão

(documento assinado digitalmente)

PAULO MATEUS CICCONE

Redator "ad hoc" designado para formalização do voto e do acórdão

Composição do colegiado. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Edeli Pereira Bessa, José Ricardo da Silva (vice-presidente), Nara Cristina Takeda Taga e Valmar Fonseca de Menezes (presidente da turma).

Relatório

O presente Recurso de Ofício refere-se ao Acórdão exarado pela DRJ em Curitiba que determinou o cancelamento dos créditos tributários exigidos ao considerar improcedente o lançamento realizado.

Em 2009, foi lavrado Auto de Infração que deu origem ao processo nº 10945.001567/2009-33, relativo ao ano-calendário de 2006, que conforme o Acórdão nº 29.472, proferido em 02/12/2010, os lançamentos foram julgados improcedentes tendo em vista a apuração de erro formal (a autoridade fiscalizadora solicitou a apresentação dos extratos bancários ao contador da contribuinte e não ao sujeito passivo como determina a lei; como não obteve resposta, expediu RMF. Os extratos bancários acostados aos autos foram julgados maculados de vício).

Ocorre que a autoridade fiscal solicitou o reexame do período já fiscalizado, o que deu início ao processo em análise. No Termo de Início de Ação Fiscal (proc. fl. 04) solicitou-se a apresentação de livros, documentos e extratos bancários. Ao final, a autoridade fiscalizadora mencionou o resultado do processo de 2009 nos seguintes termos: “*A presente fiscalização refere-se ao reexame do ano-calendário de 2006, tendo em vista que o lançamento do crédito tributário no processo 10945.001567/2009-33 foi exonerado por vício formal*”.

Não houve qualquer manifestação da interessada, e, em 26/01/2011, efetuou-se nova intimação para que a empresa justificasse a origem dos depósitos bancários extraídos do processo original (proc. fls. 52 a 56). Novamente não houve manifestação da fiscalizada, sendo então lavrado o presente Auto de Infração.

Segundo o Termo de Verificação Fiscal (proc. fls. 69 e verso), frente a não manifestação da contribuinte para a apresentação dos livros, documentos e extratos bancários, “*os documentos relevantes para a fiscalização foram extraídos do processo 10945.001567/2009-33. É importante frisar que os extratos bancários foram obtidos regularmente junto às instituições financeiras no curso do procedimento fiscal 0910600.2009.0018, tendo em vista que foi constatado que o contribuinte efetuou gastos superiores a sua renda no ano de 2006, conforme enquadramento e relatório constantes das solicitações de emissão de RMF que faz parte do processo fiscal*”. Além disso, não havendo qualquer tipo de resposta à intimação que questionava a origem dos valores apurados nos extratos bancários, as receitas questionadas foram presumidas omissas.

Por derradeiro, a autoridade fiscalizadora qualificou as multas sob o argumento de que os fatos descritos evidenciavam fraude com o objetivo de omitir receitas e pagar os impostos devidos a menos. “*Ressaltamos na caracterização da fraude a falta do registro da movimentação financeira em livro caixa, as declarações incorretas apresentadas na declaração PJSI, e a sistemática omissão ocorrida em todos os meses do ano calendário de 2006. Torna-se claro nesse caso que o contribuinte assim procedeu omitindo boa parte de suas receitas com o objetivo de sonegação*”. Já o agravamento das multas se deu pelo não atendimento das intimações.

Foram lavrados os Autos de Infração IRPJ – SIMPLES (proc. fls. 88 a 90), PIS – SIMPLES (proc. fls. 94 a 96), CSLL – SIMPLES (proc. fls. 100 a 102), COFINS –

SIMPLES (proc. fls. 106 a 108), IPI – SIMPLES (proc. fls. 112 a 114), INSS – SIMPLES (proc. fls. 118 a 120). A contribuinte foi cientificada em 01/03/2011.

Em 16/03/2011, foram apensados os processos nº 10945.0001567/2009-33 e 10945.000178/2011-13.

A Impugnação foi tempestivamente apresentada em 31/03/2011 (proc. fls. 128 a 151). De início, a contribuinte alegou que em tempo algum foi notificada da decisão exarada pela DRJ que anulou o Auto de Infração lavrado em 2009.

Em preliminar de mérito argumentou a nulidade do Auto de Infração sob os seguintes fundamentos:

1) Falta de intimação da decisão do Auto de Infração lavrado em 2009. Afirmou que em consulta ao sistema COMPROT da RFB identificou o processo anterior ainda em trâmite, estando com movimentação em 16/03/2011. Logo, entendeu que como o processo anterior ainda não fora arquivado e não sendo notificada da decisão proferida pela DRJ nos autos daquele processo, não seria possível iniciar novo procedimento fiscal, referente ao mesmo período, já que o contraditório não fora efetivado no processo anterior em sua plenitude.

2) Utilização de documentos obtidos sem o contraditório no processo anterior. Ao utilizar os extratos bancários obtidos de forma ilegal no processo anterior, o agente fiscal acabou por transferir a nulidade daquele processo para este, já que se julgado nulo o processo anterior, nulo todos os seus elementos, vez que atingidos por vícios intransponíveis.

3) Descumprimento de preceito legal, caracterizando cerceamento de defesa. Segundo dispõe o art. 9º do Decreto nº 70.235/72, ao ser cientificado de que foi autuado, o contribuinte deve receber, na mesma oportunidade, cópia de todos os documentos que dão sustentação ao lançamento. Relatou a Impugnante que somente obteve cópia do processo por meio de solicitação e pagamento de custas, sendo entregues apenas em 30/03/2011, ou seja, 29 dias após a intimação por correio. Destarte, entendeu que houve prejuízo do seu direito de defesa, e afronta ao Princípio da isonomia, visto que aos outros contribuintes foi assegurado o prazo de 30 dias para a apresentação de Impugnação.

4) Quebra do sigilo bancário. Asseverou que a autoridade fiscal não se deu ao trabalho de proceder à busca de autorização para obtenção de extratos bancários, apenas utilizou cópia dos extratos colacionados ao processo de 2009. Ressaltou ainda que a autoridade fiscalizadora cumpriu mera formalidade ao conceder 5 dias para que a empresa apresentasse os extratos bancários, pois já pretendia utilizar os extratos do processo anterior, desta forma, não houve intimação válida ou moralmente válida no presente processo. Ademais, como não houve intimação do sujeito passivo para apresentação dos extratos bancários, nos autos do processo originário, não houve negativa; se não houve negativa no fornecimento dos extratos, não houve impedimentos à fiscalização; não havendo impedimento ou resistência, não se pode falar em requisição de informações via sistema bancário. Manifestou-se ainda sobre a inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário pela autoridade fazendária sem autorização judicial.

Ainda em sede de preliminar, alegou a decadência do direito de lançar referente aos fatos geradores anteriores a 01/03/2006, visto que foi intimada da autuação em 01/03/2011.

No mérito, alegou que a industrialização que realiza diz respeito a artefatos de cimento, estando então enquadrada no código de NCM 6810.91.00, sendo tributada à alíquota zero. Destarte, por não estar sujeita à incidência de IPI, não caberia a majoração em 0,5% nos percentuais do SIMPLES, o que caracterizou excesso de cobrança.

No que toca à movimentação financeira, a Impugnante afirmou que no ano calendário de 2006 manteve saldo devedor, uma vez que passava por dificuldades financeiras e tomou valores emprestados junto a agiotas. Segundo afirmou, estas operações tornaram-se cada vez maiores, o que pode ser provado pela quantidade de cheques depositados e devolvidos na conta da empresa. Sustentou que a utilização da técnica de desconto de cheques pré-datados, os quais em sua maioria eram devolvidos por insuficiência de fundos, acabou por gerar uma receita não condizente com a realidade da empresa.

Além disso, alegou que os cheques que buscou junto a terceiros foram considerados pela fiscalização como receitas da empresa, porém, na data do vencimento dos mesmos, estes eram depositados pelo banco na conta da empresa, que lançava a débito a operação de desconto. No entanto, para cada cheque descontado junto aos bancos, foram consideradas duas operações, uma no momento do desconto do cheque e outra no momento da liquidação do cheque descontado uma vez que este é depositado na conta corrente da empresa. Desta forma, é necessária a revisão do relatório para excluir do lançamento os valores considerados como receitas e lançados sob a rubrica de desconto de cheques ou cheques descontados. Na sequência, elaborou uma planilha detalhando quais os valores a serem descontados para cada banco.

Ainda fez menção a créditos relacionados à venda de quotas de consórcio. Relatou que possuía créditos relativos a quotas de consórcio não contemplado com o Consórcio GAPLAN, as quais vendeu para amenizar seu déficit de caixa e reduzir as saídas de recursos. Portanto, entendeu que os créditos nos valores de R\$ 68.467,68, recebidos em 02/05/2006, e R\$ 86.824,99, 08/05/2006, devem ser excluídos do lançamento, já que sua origem consta dos próprios extratos bancários. Neste mesmo sentido, questionou alguns valores que seriam decorrentes de transferência entre contas, perfazendo o montante de R\$ 454.298,82, valor este que também deve ser excluído do lançamento.

A Impugnante observou que há erro material nos lançamentos realizados. Asseverou que em 11/01/2006, o agente lançou em sua planilha o valor de R\$ 9.100,00 como depósito liberado pelo Banco do Brasil, no entanto, alertou que este valor é relativo à liberação de depósito bloqueado, ou seja, refere-se a valores depositados anteriormente à data liberada. Melhor sorte não deve ter o valor de R\$ 25.000,00 lançado em 08/05/2006, relativo a depósito no Banco Bradesco, que corresponde a valor estornado na mesma, visto que o depósito foi irregular, o envelope estava vazio.

Asseverou que os valores movimentados em sua conta corrente dizem respeito a depósitos obtidos no mercado financeiro – agiotas, factoring etc. A contribuinte foi enfática ao afirmar que não existiu faturamento sem a emissão de documento fiscal e que os valores depositados em conta corrente referem-se a movimentação financeira. Ademais, o demonstrativo de fornecedores, elaborado pelo Fisco, comprova o relatado já que as informações dos fornecedores são no sentido de que houve pouco volume de vendas além do que consta de suas próprias declarações. Destarte, não havendo efetivo faturamento, não há receita a ser tributada.

No que toca às penalidades, foi aplicada multa na sua forma qualificada e multa agravada. Quanto à primeira, a interessada asseverou que é frágil a alegação de que a falta de contabilização dos depósitos bancários indica claramente a intenção da contribuinte de não recolher os tributos devidos, caracterizando-se o dolo. Entendeu que a simples falta de registro ou registro inexato de valores na escrituração caracteriza falta de declaração e/ou declaração inexata, com infração prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, multa de 75%. Valeu-se ainda do disposto na súmula nº 14 do CARF que requer a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo nos casos de simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos.

Já quanto à multa agravada, alegou que a concessão de 5 dias para apresentação dos documentos previsto no Termo Inicial só confirma a imparcialidade da autoridade fiscalizadora que agiu apenas com o intuito de salvar o lançamento anteriormente cancelado. Desta forma, o agravamento da multa se deu sem qualquer justificativa legal e plausível. Ademais, a contribuinte recebeu intimação em 28/01/2011, sexta-feira, iniciando-se o prazo na segunda, 31/01/2011. No entanto, em 23/02/2011, o agente fiscal já estava com o Auto de Infração lavrado, com multa agravada de 225% sob o argumento de que não houve atendimento a intimação. A Impugnante afirmou que se quer foi permitido o transcurso do prazo, ou ao menos efetuada reintimação, o auditor fiscal de plano agravou a multa sem qualquer embasamento legal, desta forma, descabida a aplicação da mesma.

Por fim, contestou a aplicação da taxa Selic no cálculo dos juros, taxando-a de inconstitucional. Transcreveu jurisprudência sobre o tema.

A DRJ proferiu Acórdão em 15/09/2011 por meio do qual, por unanimidade de votos, considerou improcedentes os lançamentos e determinou o cancelamento dos créditos tributário exigidos.

De início, a Turma afirmou que a Impugnante teve ciência do Acórdão proferido nos autos do processo de 2009 por meio de um Termo de Ciência, que segundo o Colegiado foi remetido à contribuinte de acordo com informações prestadas pelo chefe da Agência de Matelândia/PR, que jurisdiciona o domicílio da interessada. Desta forma, entendeu que não há que se falar em desconhecimento do teor do Acórdão proferido nos autos do processo original.

Quanto à alegação de nulidade dos documentos provenientes do processo de 2009 e juntados a estes autos, o colegiado afirmou que a legislação tributária autoriza o Fisco a utilizar as informações fornecidas pelas instituições bancárias, para proceder ao lançamento tributário (art. 42 da Lei nº 9.430/96 c/c art. 6º da Lei Complementar 105/01, c/c art. 4º do Decreto 3.724/01).

Relatou o órgão julgador que nos autos do processo originário, foi enviada correspondência ao escritório do contador, solicitando os extratos das contas correntes bancárias. No entanto, como não houve manifestação, os extratos foram solicitados via RMF. Ocorre que tais requisições foram irregulares já que a legislação tributária determina que a RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira. Destarte, os extratos bancários que serviram de base para o lançamento de 2009 estavam maculados de vício o que desencadeou na improcedência daquele lançamento.

Processo nº 10945.000177/2011-61
Acórdão n.º **1101-000.768**

S1-C1T1
Fl. 8

O órgão *a quo* entendeu que o traslado das peças do primeiro processo para este, e entre elas as cópias das RMF e dos extratos bancários impingidos de vício formal, acabou por viciá-lo também. Desta forma, entendeu pela improcedência do presente feito.

Ademais, asseverou que ante a íntima relação de causa e efeitos, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Por meio de Declaração de Voto, o julgador Sr. Roberto Massao Chinem, afirmou que o procedimento correto seria a fiscalização emitir nova RMF para obtenção dos mesmos dados após a intimação do sujeito passivo. Teceu ainda alguns comentários sobre a emissão de RMF e o questionamento da constitucionalidade da Lei Complementar no STF; a possibilidade de se efetuar um lançamento complementar para corrigir a falha na obtenção da prova; e, o cabimento de Recurso de Ofício no processo administrativo fiscal.

É o relatório.

Voto

PAULO MATEUS CICCONE – Redator “Ad Hoc” designado.

Considerando que a relatora, Nara Cristina Takeda Taga, não mais integra o quadro de Conselheiros do CARF, este Conselheiro, nos termos do artigo 17, inciso III, do RICARF, foi designado *ad hoc* para a formalização do presente Acórdão.

Nesta condição de Redator designado, transcrevo literalmente a minuta que foi apresentada pela Conselheira durante a sessão de julgamento. Portanto, a análise do caso concreto reflete a convicção daquela relatora na valoração dos fatos. Ou seja, não me encontro vinculado, no caso aqui tratado: i) ao relato dos fatos apresentado; ii) a nenhum dos fundamentos adotados para a apreciação das matérias em discussão; e, iii) a quaisquer das conclusões da decisão, incluindo-se a parte dispositiva e a ementa, com as quais posso ou não concordar em situações concretas .

Passo, a seguir, à transcrição do voto.

Nara Cristina Takeda Taga, Conselheira Relatora

No caso em análise a DRJ interpôs Recurso de Ofício contra a decisão que considerou improcedente os lançamentos e cancelou os créditos tributários exigidos.

De acordo com o Acórdão exarado, a juntada aos autos deste processo de documentos julgados viciados em processo antecedente acaba por transmitir o vício ao processo em análise. Assiste razão a autoridade julgadora *a quo*.

De início, é importante ressaltar que o objeto do presente Recurso limita-se unicamente ao julgamento de lançamento realizado com fundamento em prova manifestamente maculada de vício substancial cujo saneamento é inviável.

A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo fiscal no âmbito da Administração Pública Federal em seu art. 30, prevê que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Ademais a própria Constituição veda a utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI).

No caso em análise, a Receita Federal do Brasil já se manifestou nos autos do processo nº 10945.001567/2009-33 no sentido de que os extratos bancários que embasaram o lançamento do processo mencionado foram obtidos de forma irregular, motivo pelo qual justificou a improcedência dos lançamentos realizados, conforme Acórdão nº 29.472.

A utilização dos mesmos extratos nos autos deste processo, já julgados como viciados pela própria RFB, acaba por transmitir o mesmo vício ao presente lançamento. Destarte, não tendo a autoridade fiscalizadora vencido o vício do processo antecedente, não deve prosperar este lançamento, já que fundamentado em documentos manifestamente maculados de vício.

Assim, entendo que não há nada a ser reparado no V. Acórdão prolatado pela 2ª Turma da DRJ em Curitiba, pois como é sabido, a existência de vício insanável obriga a **administração a anular seus próprios atos**:

Processo nº 10945.000177/2011-61
Acórdão n.º **1101-000.768**

S1-C1T1
Fl. 10

Destarte, a decisão emanada pelo órgão julgador *a quo* deve prevalecer.

Ante o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, para manter a improcedência dos lançamentos realizados, bem como cancelar os créditos tributários exigidos.

Sala de Sessão, 05 de julho de 2012.

Nara Cristina Takeda Taga - Relatora

(documento assinado digitalmente)

PAULO MATEUS CICCONE – Redator “Ad Hoc” designado.