



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

Processo nº 11516.007788/2008-57
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1301-000.604 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 14 de junho de 2018
Assunto Conversão em diligência
Recorrente J N TRANSPORTE RODOVIÁRIO LTDA. - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros Roberto Silva Junior e Carlos Augusto Daniel Neto que votaram por dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Roberto Silva Junior, Jose Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Ausente, justificadamente, a Conselheira Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

Erro! A origem da referência não foi encontrada.

Fls. 471

J N TRANSPORTE RODOVIÁRIO LTDA. - ME recorre a este Conselho, com fulcro no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, objetivando a reforma do acórdão nº 07-21.593 proferido pela 3ª Turma da Delegacia de Julgamento em Florianópolis que julgou, por unanimidade de votos, improcedentes as impugnações e a manifestação de inconformidade apresentadas contra os autos de infração e a exclusão de ofício do Simples.

Por bem refletir o litígio até aquela fase processual, reproduzo o relatório da decisão recorrida, complementando-o ao final:

Por meio dos Autos de Infração, às folhas 239 a 298, foram exigidas da contribuinte acima qualificada as importâncias abaixo indicadas, acrescidas de juros de mora e multa de ofício de 75%:

Tributo	Valores em Reais
Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ/Simples	15.275,02
Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS/Simples	15.275,02
Contribuição Social sobre Lucro Líquido – CSLL/Simples	25.660,37
Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins/Simples	51.320,70
Contribuição para Seguridade Social – INSS/Simples	98.719,31

As exigências referem-se a fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2005.

Do relato da fiscalização

No “Termo de Verificação Fiscal” - TVF (f. 294 a 298), a fiscalização revela o seguinte:

1- DA CONTRIBUINTE

A contribuinte em questão é uma empresa cadastrada sob o CNAE 4930-2-02 e que explora a ramo de transporte de cargas, constituída em 21/01/1987, conforme Contrato Social e alterações (fls. 26/34).

O Capital Social de R\$ 20.000,00, segundo a 10ª alteração contratual, está dividido de acordo com o seguinte quadro societário:

- Marcelo Koch Mendes, CPF 912.648.049-20..... 95,5%

- Elen Koch Mendes, CPF 036.925.629-85..... 4,5%

Possui atualmente 2 (duas) filiais.

Realizou em 01/01/2001 a opção pela sistemática do SIMPLES, e vem apresentando, desde então, suas declarações segundo esse formato (fls. 04).

Apresentou declaração do SIMPLES referente ao ano-calendário de 2005 com receitas compatíveis com a sistemática daquela forma de tributação (fls. 06/23), muito embora o desenrolar da auditoria venha a demonstrar que tais valores estão aquém da realidade financeira e comercial da empresa, como veremos a seguir.

(...)

3 - DA AÇÃO FISCAL

Em atendimento ao Termo de Início de Ação Fiscal, a empresa, em 10/07/2008, apresentou procuração nomeando o Sr. Vicente Lisboa Capella como seu representante perante a presente ação fiscal (fls. 37/38).

Nessa mesma oportunidade foi disponibilizada parte dos documentos solicitados (fls. 24/38).

Em virtude da demora em atendimento pleito ao solicitado mediante o Termo de Início de Fiscalização foi emitido, em 13/08/2008, o Termo de Intimação Fiscal 001 (fls. 40).

Através da correspondência datada de 18/08/2008 (fls. 46/47) a empresa encaminhou o livro CAIXA referente ao ano sob fiscalização. Nessa mesma oportunidade a contribuinte expressa seu entendimento de que a empresa, por estar protegida pelo sigilo bancário, não forneceria cópias dos extratos bancários.

Nessa ocasião, tendo por base a falta de disponibilização dos extratos bancários, foram encaminhados às instituições financeiras nas quais a empresa mantinha contas bancárias, Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira, solicitando a apresentação por aquelas das cópias dos referidos extratos (fls.48/52).

Com a disponibilização dos extratos bancários pelas instituições financeiras (fls.53/174), foi elaborado o Termo de Intimação Fiscal 002. de 13/10/2008 (fls.175/184), mediante o qual solicita-se a empresa que esclareça a origem dos recursos que ingressaram em suas contas correntes, uma vez que representam volume de recurso muito superiores as suas receitas declaradas.

A contribuinte, através da correspondência de 07/10/2008, encaminha planilhas com informações acerca de parte dos valores listados nos anexos do Termo de Intimação Fiscal 002 (fls. 189/229).

A partir dos esclarecimentos prestados, foram elaboradas relações consolidadas mediante o expurgo dos valores justificados e da totalização mensal dos valores remanescentes (fls. 230/237).

4 - DA OMISSÃO DE RECEITAS

Diante de todo o exposto. temos que a diferença entre os valores efetivamente ingressados em suas contas correntes, oriundos de serviços de transportes efetivamente prestados. e àqueles declarados a Receita Federal do Brasil, representa receitas omitidas, conforme preconiza a legislação Decreto nº 3. 000/99 (RIR):

“Art. 287. Caracterizam-se também como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (Lei nº9.430, de 1996, art. 42).

(...)

5 - DA EXCLUSÃO DO SIMPLES

A partir da constatação de que a receita auferida pela empresa., mediante os fatos detalhados nos itens anteriores, no ano-calendário de 2005, conforme demonstrativo (fls. 237), ultrapassou o limite legal permitido para o enquadramento na sistemática do SIMPLES. formalizou-se, em 13/11/2008, Representação Fiscal solicitando à autoridade competente que a mesma fosse excluída do SIMPLES a partir de 01/01/2006 (fls. 01/02).

Através do Ato Declaratório Executivo DRFB/FNS nº 65, de 14/11/2008 (fls. 238) a empresa foi formalmente excluída do SIMPLES, devendo, a partir de 01/01/2006, submeter-se a outra forma de tributação de seus lucros e de recolhimento de tributos e contribuições federais.

6 - DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

Durante o procedimento de auditoria obteve-se a informação de que o real gestor dos negócios da empresa seria o Sr. Norberto Koch Mendes.

A análise das procurações encaminhadas pelas instituições bancárias (fls. 54/57 e 143/146) confirma que os sócios da empresa delegam plenos poderes ao Sr. Norberto Koch Mendes, CPF 551.485.309-87, para administração financeira dos negócios da empresa.

Sendo assim, foi lavrado Termo de Sujeição Passiva Solidária, anexo ao presente Termo, onde são narrados os fatos que conduziram ao entendimento de que o Sr. Norberto Koch Mendes era pessoa interessada nos atos negociais da empresa, e. era quem praticava esses atos negociais em nome da fiscalizada, embora seu nome não constasse de seu quadro societário.

Diante do exposto no Termo de Sujeição Passiva Solidária, restou caracterizada a sujeição passiva solidária do Sr. Norberto Koch Mendes, nos termos do artigo 124 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

7 - DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS

De acordo com o estabelecido nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, que define os crimes contra a Ordem Tributária, e com base na obrigação funcional de Servidor Público Federal, constituiu-se, em junção do ilícito descrito no presente item, Representação Fiscal, através do processo administrativo 11516. 007789/2008-00. Este ficará apenso ao processo nº 11516. 007788/2008- 57 até que ocorra o seu desfecho no esfera administrativa.

À f. 238, consta o Ato Declaratório Executivo DRF/FNS nº 65, de 14 de novembro de 2008, em que a autoridade competente declara a empresa excluída do Simples a partir de 1º de janeiro de 2006, em razão da apuração de excesso de receita bruta no ano de 2005.

Da impugnação e da manifestação de inconformidade

Intimada da autuação em 05/12/2008, a empresa autuada apresentou a impugnação e manifestação de inconformidade de f. 305 a 335, em 05/01/2009, na qual apresenta, em síntese, os seguintes argumentos:

Da quebra do sigilo bancário ao arrepião da Constituição

- A Constituição exige para a quebra do sigilo bancário ordem judicial, nos termos do art. 5º, incisos X e XI. Assim, os procedimentos efetuados pela autoridade fiscal no sentido de obter os extratos bancários diretamente com as instituições financeiras esbarra nos referidos limites.

Da ausência de ato ou formalidade essencial - descumprimento do art. 4º, parágrafo 5º, do Decreto nº 3.724/2001

- O Decreto nº 3.724/2001, no art. 4º, parágrafo 5º, prevê a necessidade do “relatório circunstanciado” que será elaborado pelo Auditor-Fiscal para embasar a expedição da Requisição de Informações sobre a Movimentação Financeira;

- A fiscalização não observou o requisito 'previsto para a requisição do RMF. Não existindo o referido “relatório circunstanciado”, pressuposto para expedição do O RMF, não foram preenchidas as exigências que dão suporte à utilização das informações bancárias para justificar o auto de infração, ferindo o parágrafo único, do art. 142 do CTN;

- Ora, nesse relatório deveria constar a justificativa para o acesso do fisco aos dados bancários do contribuinte (fundamento fático), bem como a indicação do embasamento legal do requerimento (fundamento legal). Ao cidadão não poderá ser negado o direito de controlar a legalidade dos atos administrativos que lhe afetam diretamente. Portanto, não há como afastar a necessidade da presença do relatório nos autos do processo administrativo, sob pena de cerceamento de defesa. É este o entendimento do Auditor-fiscal da Receita Federal, Dr. Mauro Silva, emitido em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, cuja cópia integral segue anexa;

- Sobre a ausência de relatório circunstanciado que justifique a expedição do RMF, já decidiu a 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes no acórdão nº 101-96.355, julgado em 17/10/2007, por unanimidade de votos:

PRELIMINAR - REQUISICÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA A AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PREVIA AO CONTRIBUINTE PARA COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS E DO RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO - NULIDADE DA PROVA - é requisito fundamental para a emissão de Requisição de Movimentação Financeira - RMF a negativo de entrega dos documentos pela pessoa jurídica regularmente intimada para tanto, bem como o relatório circunstanciado, elaborado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal encarregado da execução do MPF ou por seu chefe imediato. com a motivação da proposta de expedição da RMF. que demonstre. com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade das informações requeridas. Tendo o sujeito passivo entregue parte dos extratos bancários, caberia a sua re-

intimação para a apresentação dos documentos faltantes. A ausência a essa re-intimação é que configuraria a recusa necessária para a emissão do RMF.

Da ausência de demonstração dos requisitos - fundamentação fática e legal do ato administrativo (motivação) ~ para expedição do RMF

- Todas as requisições de informações às instituições financeiras foram baseadas na Lei Complementar nº 105/2001;

- Para a quebra do sigilo bancário sem manifestação do Judiciário foram impostas condições objetivas para minimizar a invasão de privacidade. Tais requisitos estão dispostos de forma clara no Decreto nº 3724/2001, publicado no mesmo dia da Lei Complementar nº 105/2001;

- Somente se a situação do contribuinte sob fiscalização enquadrar-se em uma das hipóteses previstas no art. 3º do Decreto nº 3724/2001, seria possível a quebra do sigilo bancário;

- O cotejo do fundamento fático e do fundamento legal deveria constar do “relatório circunstanciado”, nos termos do art. 4º, § 6º, do Decreto nº 3.724/2001. Entretanto, conforme já relatado, não faz parte do presente processo o referido documento o que limita em muito a defesa do contribuinte. Deste modo, deve ser invalidada a expedição do RMF sem apresentação das justificativas cabíveis ao ato vinculado.

- Da ausência de forma do ato determinada pela Portaria SRF nº 180 de 01/02/2001 - anexo I.

- A Portaria SRF nº 180/2001 estabelece a necessidade de um documento (forma exigida) prévio à expedição do RMF, nos termos do parágrafo 1º do art. 5º, in verbis:

Art. 5º Incumbe ao Auditor-Fiscal da Receita Federal (AFRF). responsável pela execução do procedimento de fiscalização em curso, solicitar a expedição da RMF.

§ 1º A solicitação de que trata este artigo será apresentada conforme modelo constante do Anexo I e conterá, obrigatoriamente:

I - a identificação:

a) do sujeito passivo submetido a procedimento de fiscalização;

b) do MPF -F a que se vincular e da respectiva data de expedição;

c) da hipótese de indispensabilidade, que motivou a expedição da RMF;d) da instituição financeira, ou equiparado, destinatário da RMF, bem assim das informações requisitadas, forma de apresentação e prazo para atendimento;

II - relatório circunstanciado contendo, no mínimo:

a) descrição, com precisão e clareza, dos fatos que motivaram o enquadramento na hipótese de indispensabilidade;

b) demonstração da razoabilidade da solicitação;

c) identificação das intimações efetuadas ao sujeito passivo, para fins de obtenção das informações sobre movimentação financeira, bem assim, se for o caso, dos correspondentes atendimentos:

III - nome e matrícula do AFRF responsável pela execução do MPF -F;

IV - aprovação do Chefe de Equipe de Fiscalização ou da chefia imediata.

- A Portaria trouxe no anexo I 0 modelo a ser seguido para que, somente depois, fosse expedido o RMF. Ausente tal . documento no formato definido, restou descumprida determinação legal as quais estão vinculados tanto o agente fiscal (CTN, art. 142, § único), como a cobrança do tributo (CTN, art. 3º).

Do excesso de tributação

- Conforme se denota da planilha de folha 237, a fiscalização fixou os seguintes critérios para a apuração do montante do tributo no ano de 2005: equiparação dos ingressos à receita total; dedução do valor já oferecido a tributação; e, apuração do saldo objeto do presente lançamento;

- Ao analisar a planilha de folha 237, parcialmente transcrita em seguida, e' possível identificar os diversos critérios mencionados. Apesar de a fiscalização ter utilizado os ingressos nas contas correntes como receita total para 10 (dez) meses, esta conduta foi alterada para os meses de julho e agosto, conforme segue:

Mês	Receita Bancos Total	Receita Declarada	Diferença
jan/05	183.947,70	42.395,92	141.551,78
fev/05	100.664,41	20.039,31	80.625,10
mar/05	171.042,07	35.001,33	136.040,74
abr/05	194.324,57	54.192,40	140.132,17
mai/05	246.254,27	38.383,58	207.870,69
jun/05	165.294,78	48.032,63	117.262,15
jul/05	22.427,93	40.108,52	0,00
ago/05	4.900,97	36.417,33	0,00
set/05	91.823,05	38.870,32	52.952,73
out/05	369.344,60	56.342,44	313.002,16
nov/05	580.530,94	57.331,72	523.199,22
dez/05	590.720,37	37.135,64	553.584,73

- O levantamento fiscal não possui coerência. Assim, para continuidade da exigência e sob pena de nulidade da totalidade do lançamento, deve ser deduzido da base de cálculo apurada pela fiscalização os montantes oferecidos à tributação nos meses de julho e agosto de 2005 (R\$ 40.108,52 e R\$ 36.417,33).

Semelhanças entre a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/9 e o saldo credor de caixa - forma de apuração da omissão

- O art. 42 pode, para fins de forma de apuração do montante omitido, ser equiparado à figura do saldo credor de caixa na pessoa jurídica. A presunção que fundamentou o presente processo parte da premissa de que o contribuinte possui, para aplicação, as receitas declaradas. Caso o valor da movimentação bancária supere as receitas, presume-se haver omissão;
- O caso do saldo credor é análogo. A empresa possui o valor em caixa constante na contabilidade e, se aplicar/pagar/transferir montante superior, presume-se a existência de omissão de receita;
- Entretanto, havendo saldo credor em vários meses não se pode imputar a omissão de receita a cada estouro do caixa, pois este será recorrente no ano. Em todo o momento que houver uma entrada no caixa e o saldo voltar a ser devedor, um pagamento posterior implicará, novamente, no estouro de caixa, sem que haja uma nova receita omitida;
- Nesta situação, a esfera administrativa tem entendido por tributar o maior saldo credor no ano e desconsiderar os demais estouros, evitando assim a tributação;
- No presente caso, de acordo com as conclusões da fiscalização, o contribuinte não teria oferecido à tributação o valor de R\$ 553.584,73 (f. 237) no mês de dez/05, sendo que nos demais meses houve apenas a circulação de parte deste mesmo montante;
- Assim, a tributação deve ser limitada à quantia movimentada no mês de dezembro de 2005, visto que é a maior do ano, sendo o restante das entradas decorrência destes montantes.

Do aproveitamento dos rendimentos tidos como omitidos como origem das movimentações dos meses seguintes

- Alternativamente ao debatido no item anterior, o valor tributado no mês de janeiro deve servir para justificar a movimentação do mês seguinte e assim sucessivamente. Caso contrário estar-se-ia afastando a justificativa baseada nos levantamentos do próprio fiscal.

Também é este o entendimento da 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes nos acórdãos nºs 10,4-19.454 e 104-19.482, cuja ementa segue transcrita:

IRPF - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - LEIN", 9.430. DE 1996 - COMPROVAÇÃO - Estando as Pessoas Físicas desabrigadas de escrituração, os recursos com origem comprovada bem como outros rendimentos já tributados, inclusive àqueles objetos da mesma acusação, servem para justificar os valores depositados posteriormente em contas bancárias, independentemente de coincidência de datas e valores.

- Assim, não tendo sido demonstrado pela fiscalização que os valores considerados como omissão de receita foram consumidos, estes devem servir de origem para as movimentações ocorridas nos meses seguintes, como tem decidido o Conselho de Contribuintes.

Da obrigatoria suspensão dos efeitos da exclusão de ofício do Simples

- A exclusão de ofício do Simples, baseada em apuração de excesso de receita bruta, a qual está consubstanciada em presunção de omissão de receitas, cujo lançamento fiscal está sendo discutido administrativamente, deve aguardar a constituição definitiva dos créditos tributários correspondentes;

- Em função da intrínseca relação de dependência do presente lançamento com as questões atinentes à exclusão do Simples, o Ato Declaratório de exclusão deverá ter seus efeitos suspensos, ou alternativamente, ter sua análise obstada até o julgamento final das questões prejudiciais ao mérito.

Da responsabilidade passiva solidária

- O “Termo de Sujeição Passiva Solidária” pretende equiparar o procurador da empresa, Sr. Norberto Koch Mendes, ao responsável solidário pelo crédito tributário constituído no presente processo, nos termos do art. 124 do CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

- Sem indicar em qual dos dois incisos do artigo citado a fiscalização simplesmente decreta a “sujeição passiva tributária”. A simples ausência da fundamentação, tanto fática como de direito, já implica na nulidade de tal ato administrativo;

- Apesar do afirmado, não há nos autos qualquer comprovação da ciência do pretense responsável tributário. Tal conhecimento é imprescindível para a validade da responsabilização e para facultar a ampla defesa ao “penalizado”;

- Assim, deve ser afastada a responsabilidade em virtude da inexistência de comprovação da ciência do responsável acerca do lançamento, como exige o art. 145 do CTN.

Da ilegalidade de inserção dos juros previstos na Lei nº 8.981/95 e da taxa Selic

- Devido à falta de lei tributária (lei complementar) que crie e delimite a aplicação da taxa Selic para correção de créditos tributários, ferindo o disposto no art. 150, I, da Constituição Federal de 1988, configurando-se numa majoração ilegal dos tributos, deve ser recalculado conforme preceitua o art; 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, num patamar de 12% por ano.

Da diligência para ciência do sujeito passivo solidário

Por conta da ausência de comprovação da ciência do sujeito passivo solidário, o processo foi encaminhado em diligência por esta Turma de

Julgamento (f. 347), a repartição de origem, para que o interessado fosse devidamente cientificado do Termo de Sujeição Passiva Solidária e demais peças do processo e pudesse apresentar sua impugnação, no prazo legal.

Da impugnação do responsabilizado solidariamente

Devidamente cientificado em 18/08/2010 (f. 349), o interessado Norberto Koch Mendes apresentou, em 15/09/2010, impugnação ao Termo de Sujeição Passiva Solidária, na qual apresenta, em síntese, os seguintes argumentos:

Da impossibilidade da autoridade julgadora suprir atos privativos da autoridade lançadora

- A constituição do crédito tributário é tarefa da autoridade lançadora;*
- O Conselho de Contribuintes tem anulado acórdãos da 1ª Instância quando se depara com invasão de competência para lançamento fiscal, restrita aos Auditores Fiscais da Receita Federal, como se pode observar na seguinte ementa:*

IRPJ e CSLL - Exs: 1994 e 1995

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AGRAVAMENTO DA EXIGÊNCIA. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS DA AUTUAÇÃO EM DECISÃO DE DELEGADO DE JULGAMENTO. LANÇAMENTO REALIZADO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. NULIDADE Nulo é o agravamento da exigência, promovido em decisão de primeiro grau mediante inovação nos fundamentos da autuação. porque falece competência do Delegado de Julgamento para lavratura do ata.

- O Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 30/2005, não prevê a conclusão da atividade de lançamento fiscal.*

Do decurso do prazo - MPF

- Após expirado o prazo de validade do mandado, isto é, após cessada a competência dos fiscais para atuarem em nome da Receita, ocorreram atos típicos da fiscalização, dentre eles a constituição do crédito tributário que se perfectibiliza com a ciência do sujeito passivo. Assim, não poderia ter sido dada continuidade à fiscalização posto que é um ato administrativo vinculado, isto é, deve observar estritamente o previsto na legislação, emitindo-se um novo MPF.*

Da decadência em relação ao período de janeiro a agosto de 2005

- Sendo necessária a constituição do crédito contra o responsável, aplica-se a este o limite temporal denominado decadência. No caso em tela, o art. 150, parágrafo 1º estabelece o marco de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador para o lançamento. Tal prazo foi extrapolado em relação aos fatos geradores ocorridos antes de 18/08/2005, vez que a ciência do sujeito passivo deu-se em 18/08/2010 (f. 349).*

Da inexistência de interesse comum nos fatos geradores - inexistência de sujeição passiva solidária

- A ausência de indicação expressa do fundamento legal no qual se embasa o ato administrativo é razão suficiente para sua nulidade. Contudo, tomando 'o contexto geral das vagas afirmações transcritas acima, passa-se a analisar a situação sob o enfoque do inciso I, do art. 124 do CTN, que prevê a responsabilidade solidária entre pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Mesmo porque para a aplicação do inciso II, seria necessário designar a lei específica;

- O "interesse comum" vem sendo tratado pela doutrina especializada como a atuação conjunta dos sujeitos passivos na realização de um único fato gerador. Ensina Leandro Paulsen:

Refere-se à hipótese de, eg., duas pessoas serem co-proprietários de um imóvel rural. Responderão solidariamente pelo total do ITR respectivo. Ou seja, o raciocínio vale para quando mais de uma pessoa pode ser enquadrada como contribuinte pela ocorrência de uma situação de fato comum a ambas.

- O Sr. Norberto Koch Mendes e' procurador da empresa. Os poderes a ele outorgados pelo sócio-gerente, Sr. Marcelo Koch Mendes, seu irmão, com a concordância da outra sócia, Sra. Elen Koch Mendes, sua mãe. As referidas procurações não retiram os poderes contratuais dos sócios, que, como se pode verificar nos próprios autos administrativos, praticam regularmente atos em nome da sociedade: ciência do Tenno de Início de Fiscalização (f. 03), outorga de procuração (f. 37 e 299), solicitações às instituições financeiras (f. 40, 41, 42, 43, 44 e 45) e etc.;

- A existência de pessoa alheia ao quadro societário não é novidade no mundo empresarial e tampouco fere a lei ou o contrato social. Do mesmo modo, a capacidade de gestão não torna o administrador responsável solidário pelos débitos da pessoa jurídica. Se assim fosse, todos os sócios-gerentes estariam, automaticamente, sujeitos ao Termo de Sujeição Passiva Solidária, quando da lavratura de auto de infração contra suas empresas. Para a caracterização da solidariedade, o art. 124, inciso I, do CTN exige a demonstração de interesse comum no fato gerador, o que não decorre da simples competência de gestão da empresa;

- Responsabilidade, se houvesse, no caso de atuação em desacordo com o contrato social, seria aquele do artigo 135, inciso III, do CTN, de caráter subsidiário. O CTN prevê que a atuação de administradores de bens alheios em desacordo com o mandato, atrai a responsabilidade tributária pelos tributos devidos pelos representados. A diferença de situações é gritante. Enquanto o art. 124 coloca o responsável solidário como verdadeiro sujeito passivo da obrigação, por participar diretamente na realização do fato gerador, o art. 135 regula o caso específico de responsabilidade decorrente de abuso de poder ou omissão.

Na seqüência, foi proferido o acórdão recorrido, pela 3ª Turma da DRJ/FNS, com o seguinte ementário:

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2005

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS.

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Nesta presunção legal, os depósitos bancários sem origem comprovada são considerados de forma individualizada e independente, competindo ao contribuinte esclarecer se, eventualmente, correspondem ao mesmo recurso, ou se existe outra relação entre eles.

ATO DECLARATÓRIO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES. SUSPENSÃO DOS EFEITOS. HIPÓTESE.

Quando as exigências de crédito tributário relativo a infrações apuradas no Simples tiverem dado origem à exclusão do sujeito passivo dessa forma de pagamento simplificada, a exclusão do Simples e o lançamento de ofício de crédito tributário dela decorrente serão objeto de um único processo administrativo. Nesta situação, o recurso eventualmente interposto contra o mérito de qualquer um destes atos tem o condão de suspender os efeitos de ambos os atos, ante o vínculo de dependência.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

SIGILO BANCÁRIO. ACESSO AS INFORMAÇÕES PELO FISCO. LEGITIMIDADE.

Os agentes do fisco podem ter acesso a informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes sem que isso se constitua violação ao sigilo bancário, eis que se trata de exceção expressamente prevista em lei.

MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. REQUISIÇÃO AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. HIPÓTESE.

As informações referentes à movimentação bancária do contribuinte, podem ser obtidas pelo fisco junto às instituições financeiras, no âmbito de procedimento de fiscalização em curso, quando ocorrer embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição do auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

ARGÜIÇÃO DE NULIDADE. REQUISICÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA (RMF). AUSÊNCIA DO RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO.

Constando do relatório fiscal e demais peças dos autos que a RMF foi emitida por agente competente e nas situações previstas na legislação, de forma a possibilitar ao contribuinte aferir a legalidade do procedimento administrativo, não há que se falar em nulidade do procedimento, ainda que não conste dos autos um relatório circunstanciando a hipótese que determinou a emissão da RMF.

ARGÜIÇÃO DE NULIDADE. CIÊNCIA DO TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA APOS O PRAZO DE VALIDADE DO MPF.

Valida é a ciência do Termo de Sujeição Passiva, ainda que feita após O prazo de validade do MPF, pois este ato não se inclui dentre os procedimentos de fiscalização sujeito ao prazo previsto no MPF.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIACÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

Assunto: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SOLIDÁRIA. SÓCIO-GERENTE DE FATO.

Comprovado que o sujeito passivo solidário atuava, de fato, como sócio-gerente da empresa, na qual se apurou a prática de infração de lei (reiterada omissão de receitas), que beneficiou tanto a empresa quanto O próprio sócio-gerente de fato, deve o fisco vinculá-los na condição de responsáveis solidários pelo crédito tributário resultante.

Impugnação Improcedente e Crédito Tributário Mantido

Após sua regular intimação, a empresa autuada apresenta, tempestivamente, o respectivo Recurso Voluntário, pugnando pelo seu provimento, onde apresenta argumentos que serão posteriormente analisados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Eduardo Dornelas Souza, Relator

Compulsando os autos, entendo que os recursos ainda não se encontram em condições para julgamento.

Sendo o presente processo embasado em extratos bancários obtidos pela fiscalização diretamente às instituições bancárias, através da denominada "Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira" (RMF), é imprescindível que os atos que envolvam sua obtenção tenham observado os ditâmes da Lei Complementar nº 105/2001 e Decreto nº 3.724/2001, sob pena dos extratos serem considerados inválidos.

O Decreto nº 3.724/2001, no art. 4º, parágrafo 5º, prevê a necessidade do "relatório circunstanciado", para embasar a expedição da referida RMF, destacando-se que a autoridade responsável pela fiscalização deve demonstrar, de forma clara e precisa, a indispensabilidade do acesso às informações financeiras da pessoa fiscalizada.

Eis o dispositivo:

Art. 4º Poderão requisitar as informações referidas no caput do art. 2º as autoridades competentes para expedir o MPF.

(...)

§1º A requisição referida neste artigo será formalizada mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) e será dirigida, conforme o caso, ao:

(...)

§2º A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do MPF.

(...)

§5º A RMF será expedida com base em relatório circunstanciado, elaborado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal encarregado da execução do MPF ou por seu chefe imediato.

§6º No relatório referido no parágrafo anterior, deverá constar a motivação da proposta de expedição da RMF, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no artigo anterior, observado o princípio da razoabilidade. (g.n.)

Não encontro nos autos este relatório, não sendo possível avaliar (ou não), pelo menos neste instante, a legalidade das emissões das RMF's (essas sim existentes nos autos). Ou seja, os autos não foram instruídos com informações necessárias para que seja possível analisar a legalidade das emissões das RMF's, em especial o mencionado relatório circunstanciado com o enquadramento nas hipóteses de indispensabilidade previstas no art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001, devendo tal providência ser sanada, nos termos deste voto.

Por outro lado, ainda há uma outra providência a ser sanada: ciência do Sr. Norberto Koch Mendes da decisão recorrida, com abertura do prazo de 30 dias para eventual apresentação de recurso.

De fato, em que pese ter apresentado regulamente impugnação, manifestando-se tanto sobre a exigência do crédito tributário como sobre o Termo de Sujeição Passiva Solidária, seus argumentos foram rejeitados pela DRJ. Portanto, se faz necessário seja intimado da

Processo nº 11516.007788/2008-57
Resolução nº **1301-000.604**

S1-C3T1
Fl. 484

referida decisão, com a abertura do prazo de trinta dias para apresentar, se desejar, recurso voluntário a este Conselho.

CONCLUSÃO

Desse modo, encaminho meu voto no sentido de converter o julgamento em diligência a fim de que:

a) intimar o Sr. Norberto Koch Mendes da decisão recorrida, fornecendo cópia da referida decisão, com abertura do prazo de 30 dias para eventual apresentação de recurso.

b) em seguida, a unidade origem deve anexar aos autos cópia do relatório circunstanciado que embasou a emissão das RMFs.

c) na seqüência, os recorrentes (empresa atuada e devedor solidário) deverão ser cientificados do resultado da diligência, fornecendo-se cópia dos documentos em questão e abrindo-se prazo de 30 dias para que, querendo, manifestem-se sobre seu conteúdo (art. 35, parágrafo único, do Decreto nº 7.574/2011).

Cumprido o rito determinado, retornem-se os autos ao CARF para prosseguimento do julgamento.

(assinado digitalmente)

José Eduardo Dornelas Souza