



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

Processo nº 11634.000196/2009-49
Recurso nº
Resolução nº 1402-00.115 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Data 10 de maio de 2012
Assunto Sobrestamento
Recorrente BAHIA DIVISORIAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, determinar o sobrestamento do processo, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)
Leonardo de Andrade Couto – Presidente

(assinado digitalmente)
Antônio José Praga de Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

BAHIA DIVISORIAS LTDA recorre a este Conselho contra a decisão de primeira instância administrativa, que julgou procedente em parte a exigência, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Transcrevo e adoto o relatório da decisão recorrida:

Trata o processo de autos de infração exigindo os impostos e contribuições:

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ –Simples, fls. 367/375, no valor de R\$ 18.888,19, devido a:

a omissão de receitas da atividade, relativas a depósitos bancários não escriturados recebidos em contas bancárias de sua titularidade com fatos geradores mensais de 28/02/2006 a 31/12/2006;

insuficiência de recolhimento nos períodos com os mesmos fatos geradores mensais, resultante da alteração nas alíquotas de recolhimento do Simples, em razão das omissões que aumentaram o valor das receitas;

a autuação tem por base legal: art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, *a*, 5º, 7º, § 1º e 18 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 c/c art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998; art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998; arts. 186, 188 e 199 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR de 1999 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999);

contribuição ao Programa de Integração Social – PIS – Simples, fls. 376/384, no valor de R\$ 13.907,01, relativamente às mesmas infrações e mesmos períodos, com base no art. 3º, *b* da Lei Complementar nº 7, de 07 de setembro de 1970, c/c o art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973; arts. 2º, I, 3º, 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 14 de dezembro de 1995, e suas reedições; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, “*b*”, 5º, 7º, § 1º, 18 da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL- Simples, fls. 385/394, no valor de R\$ 19.919,01, relativamente às mesmas infrações:

a omissão de receitas da atividade, relativas a depósitos bancários não escriturados recebidos em contas bancárias de sua titularidade com fatos geradores mensais de 31/01/2006 a 31/12/2006;

insuficiência de recolhimento nos períodos com fatos geradores mensais de 31/01/2004 a 31/12/2004, resultante da alteração nas alíquotas de recolhimento do Simples, em razão das omissões que aumentaram o valor das receitas;

base legal no art. 1º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, “*c*”, 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;

Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins-Simples, fls. 395/399 e 402/406, no valor de R\$ 58.908,99, relativamente às mesmas infrações:

a omissão de receitas da atividade, relativas a depósitos bancários não escriturados recebidos em contas bancárias de sua titularidade com fatos geradores mensais de 31/01/2006 a 31/12/2006;

insuficiência de recolhimento nos períodos com os mesmos fatos geradores mensais, resultante da alteração nas alíquotas de recolhimento do Simples, em razão das omissões que aumentaram o valor das receitas;

com base nos arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, arts. 2º, § 2º, 3º, 1º, “d”, 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998;

Contribuição para a Seguridade Social – INSS-Simples, fls. 407/413, no valor de R\$ 167.434,70, relativamente às mesmas infrações e aos períodos mensais de 01 a 12/2006, com base nos arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, “f”, 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317, de 1996; art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998

2. Exige-se multa de ofício de 150% sobre os impostos e contribuições devidos, do art. 44, II (alterado para art. 44, I § 1º pelo art. 18 da MP nº 303, de 2006) da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, c/c o art. 19 da Lei nº 9.317, de 1996, exceto no mês 06/2006, em relação ao qual foi exigida a multa de ofício de 112,50% e juros de mora segundo o art. 61, § 3º da Lei nº 9.430, de 1996.

Às fls. 319/354, encontram-se demonstrados pela fiscalização os percentuais aplicáveis sobre a receita bruta apurada do art. 23, II, da Lei nº 9.317, de 1996, e alterações; às fls. 355/361, o demonstrativo de apuração dos valores não recolhidos e às fls. 362/366, apuração do imposto/contribuição sobre diferenças apuradas.

Às fls. 419/447, o autuante descreveu os fatos no Termo de Verificação e Encerramento Parcial da Ação Fiscal, no qual relata que **Gustavo Gattass de Campos, CPF nº 879.898.759-34 foi cientificado de que a fiscalização concluiu ser ele sócio de fato e verdadeiro administrador da empresa, sendo qualificado como contribuinte solidário**, conforme art. 124, I do Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Às fls. 448 e 182 respectivamente, termos de apensação e de desapensação do processo de Representação Fiscal para Fins Penais, apresentado pelo fiscal, processo nº 11634.000197/2009-93.

Cientificados a empresa e o sócio de fato em 19/05/2009, fls. 450/451, apresentaram a impugnação tempestiva em 18/06/2009, fls. 763/795, por meio de advogados constituídos por meio das procurações de fl. 52 e de fl. 491, esta última feita por Gustavo Gattass de Campos, CPF 879.898.759-34, responsável solidário pelo crédito tributário constituído e procurador da empresa (para gerir, administrar e liquidar a firma, conforme fl. 106).

Reclamam que fiscal obteve extratos bancários sem a imprescindível autorização judicial, dado que o art. 5º, X e XII da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 - CF de 1988, elenca a intimidade e o sigilo da comunicação de dados como invioláveis, tratando-se de direitos e garantias fundamentais, cláusulas pétreas que somente nova Assembléia Nacional Constituinte pode modificar; assevera que apenas o poder judiciário pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo sobre os dados financeiros de seus clientes; por isso, na ausência de ordem judicial na quebra do sigilo bancário da contribuinte, a utilização dos mesmos pela autoridade fiscal não tem suporte em leis complementares (Lei Complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001) ou ordinárias (Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996), pois essas leis são inconstitucionais; que a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 - CF de 1988, não equipara a Secretaria da Receita Federal do Brasil ao Poder Judiciário, por isso, inconstitucional a quebra do sigilo bancário e cita autores e jurisprudência nesse sentido; requer a declaração da insubsistência dos autos de infração.

Argumentam que não há omissão de receitas, devido à ausência de riqueza tributável que represente incremento patrimonial; que o lançamento sequer se amolda à hipótese do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, pois seria necessário para tanto que a movimentação bancária da contribuinte contemplasse unicamente créditos; que é preciso interpretar sistematicamente o dispositivo, que se refere a omissão de receitas, então, seria necessário considerar apenas a parcela da receita apropriada pela empresa, ou seja, o seu acréscimo patrimonial, mas a movimentação bancária não é exclusivamente composta de créditos, mas também empréstimos tomados, crédito bancário rotativo, transferências entre contas, pagamentos e outras operações; também se percebe que o resultado final desta movimentação não se incorporou ao patrimônio da contribuinte, senão no valor declarado e que o saldo final das movimentações é inferior aos valores movimentados.

Também, que a simples movimentação bancária não pode motivar lançamento de tributos sobre os rendimentos, pois redundaria em violação ao art. 150, IV da CRF de 1988, que veda a instituição de tributos confiscatórios; a litigante movimentou recursos mas não se apropriou deles, não havendo riqueza a ser tributada; cita autores, invoca a Súmula nº 182 do Tribunal Federal de Recursos - TFR

Asseveram que o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, foi revogado pelo art. 5º, § 4º da LC nº 105, de 2001 (legislação posterior), que não tratam da obtenção de informações gerais a que se refere o § 3º do mesmo artigo, que já são fornecidas mensalmente, mas da determinação de que só se pode quebrar o sigilo bancário de contribuinte em virtude de “indícios de omissão de receitas, movimentação financeira expressiva e não apresentação dos extratos bancários solicitados” e que “a autoridade interessada poderá requisitar as informações e documentos de que necessitar” a fim de apurar os fatos; então o fisco pode requisitar os documentos e com isso apurar a receita da empresa e tributar a real e efetiva omissão de receitas, encontrada e provada, não podendo mais utilizar-se de presunção; que os princípios da legalidade cerrada, da capacidade contributiva, da isonomia tributária determinam que sempre deve prevalecer a apuração real da base de cálculo dos tributos, em detrimento da apuração arbitrada ou presumida.

Que o tributo que ostentava como hipótese de incidência a simples movimentação bancária, à época, era a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF, cuja quitação foi providenciada pelas instituições bancárias; mas, ao pretexto de apuração de IRPJ, os presentes autos efetuam lançamento também sobre a mesma movimentação financeira, sem previsão legal; descreve os aspectos material, temporal, espacial e pessoal da hipótese de incidência tributária, que impõe a definição do sujeito ativo, do sujeito passivo, da base de cálculo e alíquota ou do valor fixo, adições e subtrações, como pagar e onde, para concluir que não há tributo incidente sobre simples movimentação financeira exceto a CPMF, portanto, resta a hipótese da não-incidência ara os demais tributos existentes no sistema brasileiro e por isso, o lançamento de ofício do IRPJ tendo como base a simples movimentação financeira implica na criação de uma nova hipótese de incidência tributária e uma nova norma jurídica tributária, violando o art. 150, I da CF de 1988; que não se diga que a Lei nº 9.430, de 1996, criou uma presunção de renda que é fato gerador de tributo constitucionalmente previsto, pois os depósitos bancários jamais poderiam ser considerados “renda” no conceito constitucional, nem conforme o Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Pugnam pela necessidade da redução da multa de ofício de 150%, pois a duplicação da multa de 75% aplicada é reservada para os casos de evidente intuito fraudulento, que não é o presente caso; que a autoridade admitiu não ter tido acesso aos documentos da autuada, mas isso foi pela simples razão de que a contribuinte havia fechado suas portas, não foi utilizado artifício algum, nenhuma escrita adulterada, nenhum passivo

fictício ou algo semelhante; transcreve jurisprudência no sentido de que deve ser evidenciado dolo, fraude ou simulação, a justificar a qualificação da multa e requer a redução para 75%.

Afirmam que não pode subsistir o arrolamento de bens, efetuado nos termos do art. 7º da IN SRF nº 264, de 20 de dezembro de 2002, sob pena de infração legal dado que nem todos os requisitos indispensáveis foram preenchidos, a saber: a AFRFB não comprovou haver coletado todas as informações necessárias à efetivação do arrolamento (art. 8º, I, “b” da citada IN); não comprovou haver comunicado o fato a seu superior hierárquico, antes do encerramento da ação fiscal (art. 8º, I “b”) e não foi anexada aos autos cópia dos bens e direitos que se pretende arrolar.

Requerem a desistência da ação condicionada à Representação Fiscal para Fins Penais, porque a conduta da empresa não configurou crime contra a ordem tributária descrito no art. 1º, I da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, omitir informação ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias, conforme relata o autuante no item 9 do Termo de Verificação e Encerramento Parcial a Ação Fiscal. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990

A decisão recorrida está assim ementada:

SIGILO BANCÁRIO. A legislação autoriza à autoridade competente requisitar informações referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, e depois de o sujeito passivo ter sido intimado para a apresentação de informações sobre movimentações financeiras necessárias à execução do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF.

MULTA QUALIFICADA. DOLO. SONEGAÇÃO. Aplica-se multa qualificada à exigência de impostos e contribuições sonegadas, estando caracterizado o dolo e sonegação.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. APRECIÇÃO. VEDAÇÃO. Não compete à autoridade administrativa manifestar-se quanto à inconstitucionalidade ou ilegalidade das leis, por ser essa prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS. A Lei nº 9.430, de 1996, no seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

LANÇAMENTO COM BASE EM PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE. O lançamento com base em presunção legal transfere o ônus da prova ao contribuinte em relação aos argumentos que tentem descaracterizar a movimentação bancária detectada; a prova carreada aos autos são os depósitos/créditos recebidos cuja origem a autuada não esclareceu.

SÚMULA 182 DO TFR. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM LANÇAMENTOS RELATIVOS A FATOS GERADORES OCORRIDOS SOB A ÉGIDE DE LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. A Súmula 182 do TFR, tendo sido editada antes do ano de 1988 e por reportar-se à legislação então vigente, não serve como parâmetro para decisões a serem proferidas em lançamentos fundados em lei editada após aquela data.

Processo nº 11634.000196/2009-49
Resolução nº 1402-00.115

S1-C4T2
Fl. 6

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS, CSLL E INSS - SIMPLES. Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido.

Impugnação Procedente em Parte.

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual contesta as conclusões do acórdão recorrido, repisa as alegações da peça impugnatória e, ao final, requer o provimento nos seguintes termos (verbis):

II – DOS REQUERIMENTOS FINAIS

Diante de todo o exposto, requer-se a reforma da decisão e que sejam acatados todos os argumentos do presente recurso para o fim de que seja declarada a insubsistência dos atos declaratórios nº 16 e 17 e dos autos de infração ora recorridos.

E. Provimento.
Curitiba, 17 de dezembro de 2010.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais e regimentais para sua admissibilidade, dele conheço.

Apesar de ter pautado o presente processo para julgamento, ao elaborar o voto constatei que a contribuinte, no item 7 de seu recurso, alega nulidade em face de a Fazenda Nacional ter acessado os dados de sua movimentação bancária sem autorização do Poder Judiciário.

Em conformidade com o artigo 62-A, § 1º, do /regimento Interno do CARF, “Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.”

Assim, em face da repercussão geral atribuída ao Recurso Extraordinário nº 601314, pelo Supremo Tribunal Federal, e do artigo 62-A, § 1º, do Regimento Interno do CARF, propugno pelo sobrestamento do julgamento do presente processo para aguardar a decisão do Supremo Tribunal Federal, no recurso acima referido.

(assinado digitalmente)

Antônio José Praga de Souza