



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

Processo nº 13603.720604/2011-90

Recurso nº Voluntário

Resolução nº 3402-001.402 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

Data 29 de agosto de 2018

Assunto IPI - AUTO DE INFRAÇÃO

Recorrente METALPOLI COMÉRCIO DE METAIS E POLIETILENO LTDA.

Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Voluntário nesta Terceira Seção e declinar da competência, convertendo o presente julgamento em Diligência, para que o processo nos termos do art. 2º, inciso IV, do RICARF, seja remetido à **1ª Seção de Julgamento**, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Waldir Navarro Bezerra, Diego Diniz Ribeiro, Maria Aparecida Martins de Paula, Rodrigo Mineiro Fernandes, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Pedro Sousa Bispo, Cynthia Elenade Campos e Renato Vieira de Ávila (Suplente convocado). Ausente justificadamente a Conselheira Thais De Laurentiis Galkowicz, substituída pelo Suplente convocado.

Relatório

Trata o presente processo de Autos de Infração contemplando apuração de diferenças de recolhimentos do IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados (fls. 03/15), lavrado contra a empresa METALPOLI - COMÉRCIO DE METAIS E POLIETILENO LTDA., doravante denominada de **METALPOLI**, que exige o montante de R\$ 223.948,14, pelas razões constante do (TVF) Termo de Verificação Fiscal - parte integrante do Auto de Infração (fls. 16/33), que encontra-se desta forma disposta pela DRJ em seu Acórdão nº 09-38.859, de 30/01/2012 (fls. 533/571), que destaco seus principais trechos:

"(...) No Termo de Verificação Fiscal, a Fiscalização explica, pormenoradamente, (i) o procedimento fiscal realizado; (ii) a circularização feita com clientes do contribuinte; (iii) a necessidade da obtenção dos extratos bancários do contribuinte, cujo exame se tornou indispensável para prosseguimento da fiscalização; (iv) as requisições de informação sobre movimentação financeira procedidas; (v) e justifica por que qualificou a multa, no percentual de 150%, e imputou responsabilidade solidária e pessoal ao sócio da empresa.

A Descrição dos Fatos, às fls. 05/06, e o Termo de Verificação Fiscal, às fls. 16/33, assim identificam as infrações cometidas e os argumentos para a autuação:

1) Falta de lançamento do imposto nas saídas de produtos do estabelecimento industrial, apuradas através de receitas de origem não comprovada, caracterizada por depósitos bancários não justificados nas contas correntes bancárias do contribuinte.

Titulação da Infração:

PRODUTO SAÍDO DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL OU EQUIPARADO SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL VENDA SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL APURADA EM DECORRÊNCIA DE RECEITA NÃO COMPROVADA.

O DELEGADO desta Unidade emitiu Requisições de Movimentações Financeiras, RMF, ao Bancos do Brasil, Bradesco e HSBC, os quais forneceram os extratos bancários solicitados. Do exame destes, selecionamos alguns créditos em conta corrente para que o sujeito passivo comprovasse as respectivas origens, no que foi feito mediante lavratura do Termo de Intimação nº 494/2010.

Em resposta, datada de 13/09/2010, o contribuinte justificou a procedência de alguns dos créditos, muitos deles como transferências e depósitos de empresas e do sócio, além de um como empréstimo como garantia de cheques que, indubitavelmente, teve origem em faturamento ocorrido em data anterior.

A fim de identificar as notas fiscais que deram origem a este crédito, bem como reintimar o sujeito passivo a justificar a origem dos demais, não mencionados na referida resposta, lavrou-se o Termo de Intimação nº 666/2010, entregue pelos Correios em 21/10/2010. Não houve resposta da empresa a estes esclarecimentos, também reforçados no Termo de Intimação nº 778/2010.

Os crédito citados no Termo de Intimação nº 666/2010 não foram comprovados por documentação hábil e idônea. Os demais sequer foram mencionados.

Assim sendo, mediante autorização contida no art. 287, §1º, foi caracterizada a omissão de receita e, por consequência, aplicada a regra do art. 448, caput e §§ 1º e 2º, do RIPI/2002, para o cálculo do IPI devido (planilha às fls. 26/27).

2) Falta de lançamento do imposto nas saídas de produtos tributados do estabelecimento industrial, lançadas em seu livro Registro de Saídas Titulação da Infração:

001- PRODUTO SAÍDO DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL OU EQUIPARADO COM EMISSÃO DE NOTA FISCAL IPI NÃO LANÇADO – CARACTERIZAÇÃO DE INDUSTRIALIZAÇÃO Apesar de negar a ocorrência de industrialização, ficou demonstrado que o contribuinte realiza a reciclagem de polietileno e polipropileno em seu estabelecimento, operação esta identificada, no Regulamento do IPI, como transformação, de acordo com o Parecer Normativo nº 483/707.

Não bastasse a terceira alteração contratual, em sua cláusula 3^a, declarar a reciclagem como um de seus objetivos sociais, pudemos observar a existência de maquinário próprio a esse fim, conforme resposta ao Termo de Início, além da venda de plástico reciclado a seus clientes.

Embora intimado e reintimado a apresentar os livros Registro de Entradas e Saídas Diário, Razão, Lalur e Registro de Inventário, o contribuinte não os apresentou.

Após a entrega da DIPJ, ND 1951910, sem informações sobre o IPI, foi novamente intimado a apresentar a escrituração fiscal e contábil, as notas fiscais de entrada e de saída. Mesmo com a solicitação de prorrogação de prazo deferida, apresentou somente os livros Registro de Entradas e de Saídas. Os demais documentos não foram apresentados, bem como todos os questionamentos pendentes.

*Diante da falta de esclarecimentos da empresa, não sendo possível determinar todas as ocasiões em que ocorreram as saídas de polietileno e polipropileno reciclados, foram lançados os débitos de IPI, nos termos determinados no RIPI/2002, art. 448, §§1º e 2º. A base de cálculo foi a receita bruta, obtida no Livro Registro de Saídas, sobre a qual lançouse, nos meses de agosto a dezembro de 2007, a alíquota de 5% (cinco por cento). A tributação foi a definida na TIPI para os produtos polietileno e polipropileno, ambos tributados a 5% e classificados respectivamente nos códigos 3901.90.90 e 3902.90.00. Das receitas, foi apenas excluída a quantia de R\$240,00 ocorrida em 13/11/2007 (planilha à fl. 25). Daí resultou a autuação no montante de **R\$223.948,14**.*

Cientificados, pessoalmente, em 15/02/2011, sujeito passivo, por meio do auto de infração, à fl. 04, e responsável, Sr. Júlio César Morito Pimentel, mediante Termo de Sujeição Passiva, às fls. 34/35, apresentaram conjuntamente e tempestivamente, em 15/03/2011, por intermédio de seu procurador, constituído às fls. 436 (representação do sócio) e 475 (representação da empresa), a impugnação de fls. 441/464. As argumentações apresentadas são:

“A LIDE E SEUS CONTORNOS

[...] 2. No presente auto de infração está o Fisco a exigir da impugnante o imposto sobre produtos industrializados (IPI), acrescido de multa fixada em 150% (...), sob alegação que “deliberadamente, o contribuinte omitiu-se da entrega da DIRJ a que estava obrigado, com a clara intenção, s.m.j. de ocultar ou retardar o conhecimento por parte da fazenda pública dos fatos geradores ocorridos, conduta esta caracterizada como sonegação pelo art. 71 da Lei 4.502/64” (sic).

[...] Esclarece a fiscalização que a empresa Triflex Indústria e Comércio de Termoplásticos Ltda afirma ter feito 03 vendas no último bimestre de 2007 à impugnante. Apesar de fazer alusão nas notas fiscais e aos respectivos comprovantes de pagamentos, que diz estarem “anexos”, o Fisco não os junta aos autos, o que constitui, data venia, cerceamento do direito de defesa da impugnante.

[...] 3. Concessa venia, o lançamento está estribado em mera presunção.

*3.1. Todo o raciocínio desenvolvido pelos ilustres autuantes não passa de uma praesumptio hominis, totalmente inválida para alicerçar o lançamento, já que presume a ocorrência de fato gerador do imposto de renda, com base em vendas que a impugnante realizou a 03 empresas acima identificadas, **receitas num total de R\$282.604,50, que foram declaradas pela ora impugnante**, através da DIPJ de nº 1951910, de 25/11/2010, na qual informa um faturamento, no período fiscalizado, de R\$ 1.362.925,33. De outro lado, o lançamento estriba em valores constantes de extratos bancários da impugnante, obtidos junto às instituições financeiras com total*

afronta à Constituição Federal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vez que referidos dados bancários foram obtidos utilizando do método mais **inconstitucional, ilegal e arbitrário** possível: **a quebra do sigilo bancário, por autoridade própria**, isto é, em ato unilateral, sem prévia autorização judicial.

DOS FUNDAMENTOS IMPUGNATÓRIOS

4. Antes de enfrentar propriamente o mérito da *quaestio*, importante tecer alguns esclarecimentos preliminares, acerca dos apontamentos inseridos no Relatório de Fiscalização, como forma de justificar algumas atitudes ou comportamento da impugnante e, até mesmo, preservar os princípios da ampla defesa e do contraditório assegurados em processo administrativo, à luz do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

4.1. Faz-se mister ressaltar que a impugnante seguirá a mesma ordem constante do relatório fiscal, onde a digna Autoridade Fazendária pensou haver captado a simulação da impugnante, em detrimento do erário Federal.

(...)

5.1. Inicialmente, a douta fiscalização ressalta que foi exigido da impugnante, entre outros documentos, os livros fiscais, notas fiscais de entradas e saídas de abril de 2007, **extrato das contas bancárias, arquivos magnéticos referentes às notas fiscais de entradas e saídas, bem como o seu detalhamento** em relação aos produtos transacionados.

5.2. Esclarece, ainda, em síntese, que solicitou da impugnante diversos esclarecimentos, **como a relação dos produtos produzidos e respectivo processo produtivo, bem como uma relação pormenorizada de todos os bens atualmente pertencentes ao seu ativo permanente**.

6. Atendendo à solicitação do Fisco, a impugnante declarou que não fabrica e nunca fabricou qualquer tipo de produto.

6.1. A impugnante não fabrica qualquer tipo de produto, razão pela qual não é contribuinte do IPI, não estando sujeita, outrossim, ao recolhimento do aludido tributo, nem mesmo ao cumprimento das obrigações acessórios dele decorrentes.

6.2. Nesse ponto, releva anotar que quando a impugnante foi visitada pelos autuantes constataram **in loco**, a presença de uma esteira para separar, moinho para triturar, tanque metálico para lavar, secadora e silo metálico para armazenar plásticos da marca Gold Press, que a Fiscalização deu o nome de Conjunto Reciclagem. Conjunto este que não se presta para a fabricação da mercadoria vendida pela impugnante às empresas nominadas.

7. No que pertine aos extratos bancários informa o Fisco que a impugnante apresentou os extratos bancários de janeiro a dezembro de 2007, impressos por meio da **internet**, referentes à conta corrente 140287, agência 29777, do Banco do Brasil, todos com a informação "sem lançamento no período".

7.1. No entanto, assevera o Fisco que DCPMFs Declaração da Contribuição Provisória Sobre Movimentação Financeira, enviadas pelas Instituições Financeiras mostravam uma situação diferente da que foi apresentada pela impugnante, razão pela qual com base no art. 3º, inciso VII, do Decreto nº 3.724/2001, **foi quebrado o sigilo bancário da impugnante**, digase de passagem **ilegalmente**. Mas, nesta seara entraremos mais adiante, neste momento da defesa gostaríamos de deixar claro que **em nenhum momento a impugnante teve a intenção de criar embaraço à fiscalização**, vejamos:

8. Os extratos bancários, de janeiro a dezembro de 2007, solicitados e entregues à fiscalização pela impugnante foi emitido por meio da internet e realmente saiu sem os devidos movimentos porque os extratos emitidos pela internet com movimento após 01 ano não registram o movimento, o que pode ser comprovado no próprio Banco do Brasil.

8.1. Mesmo assim, a impugnante solicitou às instituições financeiras os extratos com a movimentação real, para serem entregues à fiscalização. A impugnação foi informada pelos Bancos que em 30 (trinta) dias receberia os documentos, mas como o prazo concedido pela Fiscalização estava se esgotando, resolveu entregar os extratos emitidos pela internet, sem ressalvar que os extratos já tinham sido solicitados às instituições bancárias. (Aqui realmente houve um deslize da impugnante, em não ter feito a ressalva junto à Fiscalização).

9. Mas, contudo, é preciso ter presente neste ponto, que jamais a impugnante tentou criar qualquer embaraço à fiscalização. Durante toda a fiscalização a impugnante colaborou com os autuantes entregando-os todos os documentos **que dispunha**.

9.1. Até mesmo, os extratos bancários o que não era sua obrigação ela entregou, da maneira que os mesmos se apresentavam (sem movimentação), mas atendeu ao Fisco. Inclusive, em 14.09.2010, entregou à Fiscalização uma relação onde informa os nos das contas correntes e a origem dos créditos, prova inconteste de sua boa fé.

9.2. Ainda que assim não fosse, não poderia a Fiscalização quebrar o sigilo bancário da impugnante, **por autoridade própria**, isto é em **ato unilateral, sem prévia autorização judicial**. O art. 3º, VII, do Decreto nº 3.724/2001, que regulamentou a Lei Complementar nº 102/2001, que serviu de apoio para Fiscalização quebrar o sigilo bancário em comento, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por consequência, os dados coletados (valores) dos extratos bancários que foram objetos de quebra do sigilo, **sem a devida autorização judicial**, não servem como prova para alicerçar lançamento tributário, que à toda evidência deve estar fulcrado no princípio a legalidade, o que não aconteceu **in casu**, conforme se demonstrará.

10. É importante ressaltar que durante a ação fiscal, isto é, em 25/11/2010, a impugnante apresentou a DIPJ de nº 1951910, referente ao período fiscalizado, onde optava pelo Lucro Real Anual. O faturamento anual informado chegava a R\$ 1.362.925,33, com lucro líquido de R\$7.164,46.

10.1. O Fisco desconsiderou as informações declaradas pela impugnante, sob entender não refletir a situação contábil da empresa, e com base em dados e elementos colhidos ilegalmente da impugnante arbitrou o lucro para fins de determinação da base de cálculo do Imposto de Renda e demais contribuição reflexas no período de 2007, com base no inciso I, do art. 530 do RIR/99.

11. Nesse iter, pode-se afirmar, concessa venia, que o lançamento fica no campo da presunção, *prae*sumptio hominis**, como se verá:

MÉRITO. A INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IPI E A ILEGAL QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO DA IMPUGNANTE.

12. Assevera a r. Fiscalização que, apesar da impugnante negar a ocorrência de industrialização, ficou demonstrado que a mesma realiza a reciclagem de polietileno e polipropileno em seu estabelecimento, operação que se enquadra no conceito de transformação. E mais, diz que a impugnante possui maquinário próprio para esse fim, ale de ter constatado a venda de plástico reciclado a seus clientes.

[...]15.1. Ora, o referido Conjunto de Reciclagem não se presta para a reciclagem do polietileno e sim de garrafa PET.

16. Tecnicamente falando, esse conjunto de reciclagem, constitui-se, em síntese, de esteiras para separar a Pet (cores), moinho para triturá-las, tanque metálico para lavá-las e secadora. Desse modo, o produto final que continua sendo Flocos de Pet, posto que não muda a sua característica, é colocado no silo de 500 kg para ser ensacado, e transformar novamente em outras garrafas Pet. Confira as amostras dos produtos e as fotos anexas.

17. Não foi a impugnante que fabricou os produtos ou reciclagem os produtos vendidos à METALÚRGICA GG LTDA, PLAXMETAL LTDA, OFICINA DO PLÁSTICO LTDA e CERA INGLEZA IND. e COM. LTDA.

17.1. Tais produtos (polietileno) foram adquiridos da TRIFLEX Indústria e Comº de Termoplásticos Ltda e revendidos pela impugnante.

18. Para comprovar esta assertiva basta verificar que, com exceção das notas fiscais emitidas para a Plaxmetal Ltda, que consta o CFOP 6.102 (venda de mercadoria para fora do Estado adquirida de terceiros), todas as demais constam o CFOP 5.102 (venda de mercadoria adquirida de terceiros) e não industrializada na empresa.

19. Por fim, é de se observar pelo consumo de energia elétrica no exercício de 2007, que a impugnante não fabricou as mercadorias vendidas às empresas arroladas, eis que o seu consumo chega a ser menor do que de um imóvel residencial. Maquinário para tanto também não possui. O único conjunto de reciclagem que possui é o que já restou aqui comentado, mesmo assim, como o mercado ficou muito concorrido, nunca foi posto para funcionar a não ser para a realização de testes na época da montagem.

20. Desse modo o lançamento não pode prosperar, por total ausência do fato gerador do tributo reclamado, ou seja, a impugnante não fabricou a mercadoria vendida às empresas antes nominadas como restou comprovado.

21. Em relação aos créditos em contacorrente, não obstante a impugnante ter entregue à Fiscalização relação contendo os créditos, o nº da conta depositada, o nº da agência e do banco, o seu sigilo bancário foi quebrado ao arrepio Constituição Federal, isto é, arbitrariamente.

[...] 23.1. O **thema decidendum** que se projeta nesta impugnação é saber se os dados coletados ilegalmente das contas correntes da impugnante podem servir de provas para embasar o lançamento tributário, ora impugnado.

À toda evidência, entendemos que não. É o que passaremos a demonstrar 25. Outrora, a legislação aplicável, desde os idos de 1964, ao sigilo bancário, em nosso país, era insculpida na Lei nº 4.595/64, que reorganizou todo o sistema financeiro brasileiro.

25.1. Foi necessário ao Superior Tribunal de Justiça firmar jurisprudência no sentido de que as expressões **processo e autoridade**, constantes no art. 38 da citada lei, diziam respeito a **processo judicial e autoridade judiciária**.

25.2. Referida interpretação teve fundamento no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

[...]27. Por meio, através da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, removeuse, finalmente, a nódoa do plano formal, mas não se extirpou o vício material, porque nem mesmo a lei complementar poderia introduzir no sistema as expressões autoridades, agentes fiscais tributários e processo administrativo (art. 6º), como adiante veremos, se

tais expressões não se fazem presentes numa interpretação harmônica dos princípios constitucionais, data máxima venia.

OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS

28. *Consabido, o Direito é um sistema e como tal deve ser analisado e aplicado.*

28.1. *Infelizmente, o Fisco não tem analisado o sigilo bancário à luz do sistema jurídico brasileiro, mas tãosó da Lei Complementar nº 105/2001.*

28.2. *Dessa forma, fulcrado em interpretação ilhada e superficial do art. 6º da já mencionada lei complementar, vem quebrando, repita-se:*

por autoridade própria, em ato unilateral, ou seja, sem autorização judicial, sem nenhuma motivação plausível e proporcional a gravidade do ato o sigilo bancário do contribuinte, sem observância de princípios que constituem cláusulas pétreas da Constituição.

23. *Nesse lume é o ensinamento de ARNOLDO WALD:*

[...] 24. *O em. Ministro CARLOS VELLOSO, j. 25/03/92, RTJ v. 148/370, sobre o tema, assim se manifestou:*

[...] 30.1. *Infere-se, pois, que o tema sigilo aninhase no campo da intimidade, daí porque encontra amparo constitucional.*

30.2. *Este princípio foi consagrado na Constituição Brasileira no art. 5º, inciso X, ao estabelecer que:*

[...] 30.3. *E no inciso XII do mesmo artigo, de forma genérica, é mencionado:*

[...] 31. *Estes princípios se revestem da característica de cláusulas pétreas da Constituição como direito e garantia individual, porque suas gêneses encontram-se mencionadas no capítulo Dos Direitos e Garantias Individuais ao tratar do direito à intimidade e do sigilo de dados (cf. FERNANDO FACURY SEAFF, in Sigilo Fiscal e Reserva de Jurisdição, RDDT nº 71, pág. 62).*

31.1 *Na realidade, a doutrina, de maneira praticamente unânime, tem considerado o sigilo bancário, como manifestação do direito à **intimidade e à vida privada**, o que lhe dá **status** de direito constitucional, porém não revestido de caráter absoluto (...)*

[...] 32. *Em regra, o sigilo bancário é conceituado pela doutrina como "a obrigação que têm os Bancos de não revelar, **salvo justa causa**, as informações que venham obter em virtude de sua atividade profissional." (cf. SÉRGIO CARLOS COVELHO, Sigilo Bancário, São Paulo, Leud, 1991, p. 69).*

[...] 33. *Não se pode desconsiderar que falase em **justa causa e salvo nos casos expressos em lei**, não só para exprimir o caráter de relatividade do sigilo bancário, mas, também, e, principalmente, para revelar a necessidade de existir situação excepcional, isto é, grave, concretamente motivada e comprovada por parte da autoridade administrativa, em face da pessoa da Impetrante (o que não esta acontecendo **in casu**), e que encontre suporte na lei.*

A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SOBRE A MATÉRIA

34. *Ademais, a vasta doutrina nacional e a jurisprudência sempre consideraram imprescindível a autorização judicial para a quebra do sigilo, sob pena de considerar-se ilícita a prova dela decorrente. (...)*

[...] 38. O STF já se manifestou, por diversas vezes, sobre o sigilo bancário, conforme já referenciamos e, recentemente, por ocasião das CPI's do Congresso Nacional o tema foi reavivado. Em todas as ocasiões considerou presente na Constituição o princípio da privacidade da atividade econômica, abrangendo o sigilo bancário.

A QUEBRA DO SIGILO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N° 105/2001 QUE SERVIU DE SUPEDÂNEO PARA EMBASAR o PEDIDO DO FISCO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

39. A Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724, da mesma data, inobstante ter superada a inconstitucionalidade formal como já ressaltado, não conseguiu, contudo, transpor a inconstitucionalidade material, eis que suas normas estão em conflito com os preceitos constitucionais mencionados, interpretados como já foram pelo STJ e também pelo STF.

[...] 35. Assim, a disposição acima citada contida na Lei Complementar nº 105/2001 (art. 6º), que prevê a quebra do sigilo bancário pela autoridade administrativa, sem autorização judicial, é inconstitucional, ainda que tenham vindo ao mundo jurídico por meio de lei complementar, porque nenhuma lei complementar poderá limitar o alcance de garantia constitucional que constitui cláusula pétreia, como sabido.

[...] 39. Recentemente, o eg. Supremo Tribunal Federal, por maioria, ao julgar o RE 389808 (STF/Pleno), de relatoria do em. Ministro MARCO AURÉLIO (decisão publicada no Informativo nº 613/2010, de 13 a 17 de dezembro de 2010), manteve o entendimento da necessidade de autorização judicial para se quebrar o **sigilo bancário do contribuinte**, tendo em vista, dentre outros, o princípio constitucional da jurisdição.

[...] 41.1. Desse modo, prova colhida ilicitamente, como a in casu, é **prova absolutamente inválida**.

[...] A MULTA QUALIFICADA DA INOBSEERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE

44. Descabida é a penalidade capitulada no art. 44, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.430/96.

44.1. Diz o Fisco que a multa qualificada é aplicável ao caso em apreço (multa de 150%), uma vez que deliberadamente, o contribuinte omitiu-se da entrega da DIRJ a que estava obrigado, com a clara intenção de ocultar ou retardar o conhecimento por parte da fazenda pública dos fatos geradores ocorridos, conduta esta caracterizada como sonegação pelo art. 71 da Lei 4.502/64.

45. Perceba-se que a vinculação da multa qualificada no citado preceito legal está restrita aos casos de evidente intuito de fraude, o que não ocorreu in casu, conforme restou demonstrado nesta peça impugnatória.

45.1. Decorre daí, ausência de tipicidade da multa aplicada, por falta a absoluta conformação do fato à hipótese arquetípica descrita na norma.

46. Resta, assim, afrontado o princípio da tipicidade in casu, pelo que não pode prosperar a penalidade qualificada imposta.

47 Nesse passo, restando evidenciado que a imputação em xeque decorre do subjetivismo da doutra Fiscalização e não estando fulcrada em expressa disposição de lei, como deve ser, e em provas válidas e licitamente obtidas, não pode subsistir lançamento.

A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS GERENTES À LUZ DO ART. 135, III, DO CTN É PESSOAL ÔNUS DA PROVA – Fisco.

48. Consabido, no Direito brasileiro a pessoa só pode ser privada de seus bens depois de haver um devido processo legal, somente após ficar comprovado no processo administrativo fiscal que o sócio gerente realizou um dos atos previstos no art. 135 do CTN. Portanto, a inclusão dos sócios gerentes, nesse momento como sujeitos passivos da obrigação tributária é prematura e se faz ao arrependimento da lei.

48.1. A incumbência de provar que o sócio gerente praticou os atos autorizadores de sua responsabilidade é do Fisco, é seu o ônus da prova.

[...] 49. In casu, o Fisco nada provou. Limitou-se à análise de contratos sociais e procuração passada ao Sr. JÚLIO CÉSAR MORITO PIMENTEL, no entanto, a responsabilidade tributária imposta ao sócio gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quanto há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente, o que, data venia, incorreu no caso em apreço.

49.1. O simples fato de não ter sido entregue a Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica dentro do prazo legal descumprimento de obrigação acessória não tem o condão de redirecionar a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação tributária principal ao sócio gestor, como fez o Fisco.

50. Ademais, a responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN não é solidária e sim pessoal. Ou responde a empresa ou o sócio gerente!

[...] 53. Por consequência, não tem pertinência também o arrolamento de bens e direitos dos sócios da autuada, nesse momento, à luz das razões já expostas, pelo que, requer a exclusão desses bens do referido termo de arrolamento, por ser de direito.

Ante ao exposto, requer a impugnante seja julgada procedente a impugnação para cancelar o malsinado auto de infração.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela prova pericial, que desde já fica requerida, para que seja respondido o seguinte quesito:

a) o Conjunto de reciclagem da marca Gold Press, que a Fiscalização encontrou no estabelecimento da impugnante se presta para processar a reciclagem de polipropileno e polietileno, ou seja, fabricar as mercadorias vendidas pela impugnante à Metalúrgica GG Ltda., Plaxmetal Ltda., Oficina do Plástico Ltda e Cera Inglesa Ind. e Com. Ltda ou a sua função é tão somente separar, lavar, secar e triturar as garrafas Per?

b) Protesta por quesitos suplementares (...).”

É o relatório.

No entanto, o julgamento em primeira instância ocorrido na DRJ em Juiz de Fora/MG, considerou improcedente a impugnação, mantendo-se o crédito tributário exigido (fl. 17.251). Veja-se a ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

MEIO DE PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. LICITUDE.

Os extratos bancários foram obtidos licitamente, à luz da legislação que autoriza o Fisco a solicitá-los das instituições financeiras, quando no curso do procedimento fiscal regularmente instaurado o exame de tais provas seja considerado indispensável pela autoridade competente. Nesses casos, prescinde-se de prévia autorização judicial.

Há de se rejeitar a preliminar de nulidade quando comprovado que a autoridade fiscal cumpriu todos os requisitos legais pertinentes à formalização do lançamento, inclusive no que respeita ao uso de provas obtidas de forma lícita.

RECEITAS AUFERIDAS. PROVA DIRETA. CIRCULARIZAÇÃO. LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS.

A Fiscalização comprovou, nos autos, de forma direta, por meio do procedimento de circularização, corroborado pelo livro registro de saídas, as receitas auferidas pelo contribuinte. Para tanto, foram colhidas informações de empresas que com ele realizaram operações comerciais, que devidamente intimadas prestaram esclarecimentos e apresentaram documentos fiscais.

OMISSÃO DE RECEITAS. PROVA INDIRETA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGENS NÃO COMPROVADAS.

Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PERÍCIA. REQUISITOS INDISPENSÁVEIS. DENEGAÇÃO.

Para a realização de perícias pretendidas pelo impugnante, (além dos motivos que as justificou a impugnante) deve informar o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. Não atendidos todos os quesitos exigidos na legislação, considera-se não formulado o pedido de perícia (art. 16, inc., IV e §1º, do Decreto 70.235, de 06/03/1972).

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS IPI
Ano-calendário: 2007**

CARACTERIZAÇÃO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. SUSPENSÃO DO IPI.

Apenas adquirem produtos com suspensão do IPI, nos termos do art. 29 da Lei nº 10.637, de 2002, os industriais que os utilizarão na confecção de outros produtos que se classifiquem nos códigos TIPI citados no ato legal.

Declarada essa condição ao fornecedor, conforme exigência contida no art. 17 da IN SRF nº 296, de 2003, não pode o impugnante, sem apresentar provas irrefutáveis de sua condição de mero revendedor de mercadorias adquiridas, afastar a cobrança do IPI lançado de ofício relativamente à saída de produtos de seu estabelecimento.

OMISSÃO DE RECEITAS. LANÇAMENTO DE IPI

Não comprovada a origem dos valores depositados em contas bancárias, esses valores serão considerados como omissão de receita, cuja tributação se reflete no IPI, nos termos do art. 488, §§1º e 2º, do RIPI/2002.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2007

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. SIGILO FISCAL

Não configura quebra do sigilo fiscal o acesso motivado aos extratos bancários do contribuinte, realizado nos estritos termos da lei, cuja análise indicou a existência de omissão de receitas, por presunção legal, que fundamenta o lançamento de ofício ora discutido.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

É cabível a qualificação da multa de ofício, no percentual de 150%, quando restar comprovado, nos autos, que o sujeito passivo agiu, dolosamente, no sentido de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado dessa decisão em **21/03/2012**, conforme aviso AR - Correios fl. 576 dos autos e o sujeito passivo não concordando com a decisão da DRJ, apresentou em **18/04/2012** (fl. 577), tempestivamente, o Recurso Voluntário de fls. 577/602).

Em seu Recurso, a METALPOLI basicamente aduz as mesmas alegações firmadas em sua Impugnação, que pode ser resumido nos seguintes tópicos:

- i. Que é incabível a exigência do IPI e a multa de 150%;
- ii. que o mencionado equipamento industrial denominado "conjunto de reciclagem" não se presta a reciclagem do polietileno e sim de "garrafa pet";
- iii. os referidos produtos (polietileno) foram adquiridos da empresa TRIFLEX e revendidos pela Recorrente, **sem ter ocorrido nenhuma industrialização de sua parte**;
- iv. que a perícia requerida, que restou indeferida, em fraglante cerceamento do direito de defesa, tinha por objeto esclarecer tal fato;
- v. que a responsabilidade do crédito tributário atribuída aos sócios gerentes, não é solidária, como restou consignado na decisão recorrida, posto que a responsabilidade dos sócios, à luz do art. 135, III, do CTN é pessoal e o ônus da prova é do Fisco, o que no caso não ocorreu;
- vi. alega a **ILEGALIDADE** e **INCONSTITUCIONALIDADE** da LC nº 105/2001 que serviu de supedâneo para embasar o Fisco na quebra do sigilo bancário da Recorrente sem a devida Ordem Judicial;

vii. discorre sobre os preceitos Constitucionais que no seu entender foram violados; traz aos autos várias jurisprudências dos Tribunais sobre a matéria.

viii. aduz a inobservância ao princípio da Tipicidade quanto a Multa qualificada.

Ao final, junta cópia de vários documentos contábeis e fiscais, requer que seja provido o pedido e que seja acolhida e julgada improcedente a ação fiscal.

É o relatório.

O processo, então, por sorteio, foi distribuído para este Conselheiro analisar o Recurso Voluntário.

Contudo, por questão regimental, entendo que o recurso não pode ser conhecido por essa 2^a Turma Ordinária/4^a Câmara/ da 3^a Seção de julgamento. Passo a explicar.

Ao visitar o Termo de Verificação Fiscal (parte Integrante do Auto de Infração - fls. 16/33), verifica-se as seguintes informações iniciais:

"I - DO PROCEDIMENTO FISCAL

*No dia 11/02/2010, foi emitido o Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F) em epígrafe, para que se verificassem possíveis infrações no tocante ao recolhimento do IPI e do IRPJ, e respectivas contribuições apuradas de forma reflexa, como a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - **CSLL**, o Programa de Integração Social - **PIS**, e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - **COFINS**, no ano-calendário de 2007.*

Em decorrência, aos 02 de março foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização, no qual exigímos, entre outros documentos, os livros Diário, Razão, Registro de Apuração de IPI, LALUR, Registro de Apuração de ICMS, Registro de Inventário, Notas Fiscais de Entradas e Saídas de abril de 2007, extratos das contas bancárias, arquivos magnéticos referentes às notas fiscais de entradas e de saídas, bem como o seu detalhamento em relação aos produtos transacionados. (Grifei)

*"(...) Consequentemente, em 05/04/2010, solicitamos ao titular desta Unidade a emissão das Requisições de Informação sobre Movimentação Financeira - RMFs, direcionadas às instituições bancárias nas quais o contribuinte mantinha contas. No dia seguinte, o Delegado da Receita Federal do Brasil em Contagem lavrou as RMFs direcionadas aos **bancos Bradesco, Brasil e HSBC**. As respostas das instituições financeiras, bem como demais esclarecimentos porventura solicitados, encontram-se no item '3 - Das Requisições de Informação sobre Informações Financeiras', adiante neste Termo.*

*"(...) Ainda durante a fiscalização, em 25/11/2010, o contribuinte apresentou a DIPJ de nº 1951910, referente ao período fiscalizado, **onde optava pelo Lucro Real Anual. Não preencheu fichas de PIS, COFINS e estimativa do Imposto de Renda e da Contribuição Social**. O faturamento anual informado chegava a R\$ 1.362.925,33, mas obteve um lucro líquido de R\$ 7.164,46. Assim, elaboramos mais um Termo de Intimação, nº 778/2010, intimando-o a apresentar toda a escrita contábil e fiscal, além de todas as notas fiscais de entradas e saídas, e a cumprir as determinações do Termo de Intimação anterior".*

"(...) 2 - DA CIRCULARIZAÇÃO

Paralelamente às intimações lavradas diretamente contra o sujeito passivo, e com a finalidade de corroborar os dados disponíveis, solicitamos a alguns de seus clientes e fornecedores que nos informassem, detalhadamente, as transações efetuadas com o fiscalizado. A seguir, um breve resumo|das diligências realizadas nos citados clientes" (...):

3 - DAS REQUISIÇÕES DE INFORMAÇÃO SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA

3.1 - Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira nº 06.1.10.00-2010-00008-8, destinada ao Banco Bradesco S/A:

3.2 - Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira nº 06.1.10.00-2010-00009-6, destinada ao Banco do Brasil S/A:

3.3 - Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira nº 06.1.10.00-2010-00010-0, destinada ao HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo:

"(...) 6 - DA RESPONSABILIDADE PELOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

Em obediência à citada norma, lavrar-se-á, oportunamente, o "Termo de Sujeição Passiva Solidária", que integrará o presente processo, no qual citar-se-á o sócio da empresa, cientificando-o do crédito tributário devido pela pessoa jurídica, conforme art. 9º, do Decreto nº 70.235/72, alterado pela Lei nº 11.941/2009".

Como pode ser observado pelo quadro acima e pelo que consta nos autos, em pesquisa no site do CARF, constata-se que a Fiscalização lavrou no mesmo procedimento o Auto de Infração referente ao **IRPJ e reflexos** (CSLL, PIS e COFISN), formalizado no **PAF nº 13603-720.603/2011-45**.

Assim, podemos concluir que os lançamentos de que tratam o presente PAF nº 13603.720.604/2011-90 (referente ao IPI), decorrem dos mesmos fatos e elementos de prova dos lançamentos levados a efeito em face da mesma pessoa jurídica na órbita do IRPJ e CSLL, fundamentado e processado no PAF nº **13603-720.603/2011-45** que exige o IRPJ e reflexos a saber: CSLL, PIS/PASEP e COFINS, que foi resultado do mesmo **MPF** (Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização) nº **06.1.10.00-2010-00113-0**, bem como das **RMF** (Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira), vinculado aos PAF's de IRPJ, CSLL, do PIS, da COFINS e também do IPI.

Verifica-se no procedimento fiscal adotado, que os meio de prova obtido, são os mesmos nos processos, tais como (i) o procedimento fiscal único realizado (MPF); (ii) a **circularização** feita com clientes do contribuinte; (iii) a necessidade da obtenção dos **extratos bancários** do contribuinte (emissão das RMF's), cujo exame se tornou indispensável para prosseguimento da fiscalização; (iv) as requisições de informação sobre movimentação financeira procedidas; (v) a justificativa por que arbitrou o lucro, qualificou a multa, no percentual de 150%, e imputou responsabilidade solidária e pessoal ao sócio da empresa.

Portanto, não há controvérsia quanto à umbilical dependência do processo ora em julgamento com aquele dito "matriz" ou "principal". Vale ponderar, que o processo nº 13603.720.604/2011-90 (de IPI, agora em apreciação) e o nº 13603-720.603/2011-45 (IRPJ), são vinculados. Melhor dizendo, segundo os presentes autos, o feito no PAF nº 13603.720.604/2011-90, é dependente daquele outro.

É importante informar que o PAF nº 13603-720.603/2011-45 (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), até a presente data, encontra-se pendente de julgamento por este CARF.

Esta é uma premissa que se destaca, inicialmente.

É o relatório.

Resolução

Como relatado, o lançamento de que tratam o presente PAF nº 13603.720.604/2011-90 decorrem, dos lançamentos levados a efeito em face da mesma pessoa jurídica **na órbita do IRPJ** e reflexos, fundamentado no PAF nº 13603-720.603/2011-45.

A questão aqui tratada não é nova e já foi objeto de recente deliberação por esta Turma Ordinária, o que está retratado na decisão proferida no PAF nº 13896.722527/2012-45, de relatoria da Conselheira Thais De Laurentiis Galkowicz. Por tratar dessa questão com a clareza que lhe é peculiar, me valho aqui dos mesmos fundamentos expostos pela respeitável Conselheira na aludida ocasião, com algumas incisões pontuais, pela particularidade deste caso sob análise.

Ocorre que efetivamente o RICARF foi reformado com o advento da Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, de modo que passou à 3ª Seção deste Conselho a competência para julgamento dos processos que versam sobre Contribuição para o PIS e COFINS, mesmo se reflexos de processos principais de competência da 1ª Seção. Destaco abaixo o conteúdo do dispositivo em questão:

Art. 2º À 1ª (primeira) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ);

II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL);

III - Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), quando se tratar de antecipação do IRPJ;

IV - CSLL, IRRF, Contribuição para o PIS/Pasep ou Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), quando reflexos do IRPJ, formalizados com base nos mesmos elementos de prova em um mesmo Processo Administrativo Fiscal; (...) (grifei).

Portanto, essa era a regra em vigor quando foi publicada a Portaria do MF nº 343, de 2015, aprovando o novo Regimento Interno do CARF (RICARF).

Contudo, a Portaria MF nº 152, de 3 de maio de 2016, novamente alterou o RICARF (Portaria MF nº 343/2015), trazendo a seguinte redação ao artigo 2º:

"Art. 2º À 1ª (primeira) Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância que versem sobre aplicação da legislação relativa a:

I- (...).

IV - CSLL, IRRF, Contribuição para o PIS/Pasep ou Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), quando reflexos do IRPJ, formalizados com base nos mesmos elementos de prova; (Grifei).

Pela leitura do novo texto do artigo 2º, inciso IV, constata-se que o nosso Regimento Interno agora novamente prevê a competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF para a solução do caso da Recorrente, uma vez que se trata de processo sobre o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), reflexo do procedimento executados referente ao IRPJ, formalizados com base nos mesmos elementos de prova constantes dos autos (para tanto basta verificar que, para instrução dos autos, tanto o MPF como os Termos de Intimações são os mesmos).

Agora, com a vigência da regra como fora outrora nesse Tribunal Administrativo, retorna a competência para a solução do presente caso à 1ª Seção do CARF.

Ressalto que a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil) dispõe, em seu artigo 43, exceção à regra geral da *perpetuatio jurisdictionis* justamente para casos como o presente, em que há mudança de competência absoluta do órgão jurisdicional, in verbis:

Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

A distribuição de competência entre as três Seções de Julgamento do CARF consiste em repartição jurisdicional em razão funcional, para atender o interesse público. Como tal, não é passível de modificação, devendo ser conhecida de ofício eventual incompetência, como salientam os Professores Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra:¹

Nos casos de competência determinada segundo o interesse público (competência de jurisdição, hierárquica, de juízo, interna), em princípio o sistema jurídico-processual não tolera modificações nos critérios estabelecidos, e muito menos em virtude da vontade das partes. Trata-se aí de competência absoluta, isto é, competência que não pode jamais ser modificada. Iniciado o processo perante o juiz incompetente, este pronunciará a incompetência ainda que nada aleguem as partes (CPC, art 113; CPP art. 109, enviando os autos ao juiz competente (...)

O caso então tratado no aludido precedente é análogo ao caso decidendo. Aqui estamos tratando de auto de infração de IPI, com reflexo de autuação de IRPJ. Logo, a *ratio* desenvolvida no sobredito precedente deve ser convocada para fundamentar a Resolução aqui proposta.

Nesse contexto, inclusive para preservar a coerência e uniformidade das decisões administrativas, invocando ainda os preceitos do art. 2º, IV, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, com a alteração promovida pela Portaria MF nº 152, de 03 de maio de 2016, conclui-se que esta 2ª Turma Ordinária, 4ª Câmara, da 3ª Seção de Julgamento é incompetente para conhecer e julgar o feito.

¹ Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2007, 23ª ed, p. 257.

Desta forma, não conheço do presente recurso voluntário, devendo este processo ser **encaminhado à 1ª Seção de julgamento** para análise, nos termos do art. 2º, inciso IV, do RICARF, já com a redação que lhe fora atribuída pela Portaria MF nº 152, de 3 de maio de 2016.

É como voto a presente Resolução.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra