



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

Processo nº 15540.720318/2011-31
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1302-000.247 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 12 de junho de 2013
Assunto SOBRESTAMENTO
Recorrente MARVIDROS GONÇALENSE COMÉRCIO DE VIDROS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros da **3ª câmara / 2ª turma ordinária** da primeira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade, sobrestar o julgamento nos termo do art. 62-A do RICARF.

(Documento assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Presidente

(Documento assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros presentes Alberto Pinto Souza Junior, Marcio Rodrigo Frizzo, Cristiane Silva Costa, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Guilherme Pollastri Gomes da Silva e Eduardo de Andrade.

Relatório

Decorre o presente processo de autos de infração relativos ao ano-calendário de 2007, onde são exigidos IRPJ/SIMPLES, no valor de R\$ 47.727,34, PIS/SIMPLES, no valor de R\$ 31.289,60, CSLL/SIMPLES, no valor de R\$ 42.727,34, COFINS/SIMPLES, no valor de R\$ 125.772,31, todos acrescidos de multa de ofício de 150% e de encargos moratórios.

Os fatos verificados pela fiscalização no curso dos trabalhos de auditoria foram registrados no termo de verificação fiscal TVF a seguir sintetizados:

- a VIDRAÇARIA ALCÂNTARA, empresa de pequeno porte, cujo objetivo social era o comércio varejista de vidro, espelhos, vitrais e molduras, encontra-se baixada, por extinção, desde 28/02/2008, conforme consta no CNPJ.

- o quadro societário era formado pelo Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES, sócio administrador (95% das quotas) e Sra. REGINA LUCIA GIUSTI ZUNIGA, (5% das quotas).

- apesar de constar no distrato que a sociedade encerrou suas atividades em 30/11/2007, sem deixar bens ativos ou passivos, a fiscalização constatou que: a empresa baixada era ainda proprietária do imóvel onde funcionava a sua sede (Rua Thiago Cardoso 259, Alcântara, São Gonçalo/RJ), manteve as suas atividades comerciais, não encerrou suas contas bancárias e tampouco efetuou a rescisão contratual de seus funcionários.

- a VIDRAÇARIA ALCÂNTARA chegou a possuir três Filiais: Filial 002 (Rua Marechal Deodoro, 110Niterói) ; Filial 003 (Rua Jovelino de Oliveira Viana, 150, loja 9 – Alcântara São Gonçalo) e Filial 004 (Av. Presidente Kenneddy, 339, loja 7 – Centro São Gonçalo). À época do distrato social apenas a Filial 004 ainda estava em atividade.

- no mesmo dia em que foi assinado o distrato da VIDRAÇARIA ALCÂNTARA (30/11/2007), foi assinado outro para a abertura da microempresa MARVIDROS GONÇALENSE COMÉRCIO DE VIDROS LTDA, estabelecida no mesmo local da empresa baixada e com o mesmo objeto social.

- o quadro societário era formado pelo Sr. ALMIR SILVA BRITO e Sra. LEIDIANE RIBEIRO DE SOUZA, ambos com 50% do capital social.

- em pesquisas anexadas, ficou comprovado que até o ano de 2007 os dois sócios apresentaram declarações de isento, não possuíam quaisquer bens e que os rendimentos auferidos para demonstrar a capacidade financeira para a compra e abertura da empresa (capital social de R\$ 20.000,00), foram provenientes de pessoa físicas.

- conforme alteração contratual procedida em 15/09/2008, os sócios transferiram e venderam todas as quotas que possuíam para o Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES, (50% das quotas) e Sr. WANDER DOS SANTOS MARTINS, (50% das quotas).

- analisando as declarações do Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES a fiscalização concluiu que o mesmo se utilizou de interpostas pessoas para se

eximir de pagar tributos, tentando não caracterizar a sucessão de pessoas jurídicas, ao afirmar que:

- *“A Vidraçaria MARVIDROS está estabelecida no mesmo local em que funcionou a Vidraçaria ALCÂNTARA, o que foi confirmado pelo Sr. Antônio, sócio responsável por ambas as pessoas jurídicas;*
- *Acrecentou o Sr. Antônio que o galpão no número 259, na mesma rua e ao lado, é de propriedade da Vidraçaria Alcântara e o estabelecimento de número 158, também galpão e onde sempre foi o ponto de vendas de ambas as empresas, é de sua propriedade como pessoa física.*
- *O Sr. Antônio informou que sempre foi o administrador e proprietário das duas empresas, atuando somente ele, e que a Sra. Leidiane R. de Sousa e o Sr. Almir S. Brito não compraram a empresa, não alugaram o imóvel e nem administraram a Marvidros, ou seja, não fizeram nada na empresa enquanto estiveram formalmente registrados como sócios.*
- *O Sr. Antônio afirmou, ainda, que as outras empresas: Avenida 339 Comércios de Vidros Ltda e Vidraçaria Malumar III Ltda, estabelecidas nos locais das antigas filiais da Vidraçaria Alcântara, também são de sua propriedade e gerência, apesar de estarem em nome de Flávio Reis e de sua esposa Laodicéia M. R. Reis.*

- a empresa sucedida (VIDRAÇARIA ALCÂNTARA), no primeiro semestre de 2007, manteve o enquadramento no Simples Federal, migrando para o Simples Nacional a partir de 01/07/2007.

- na declaração simplificada da pessoa jurídica, declarou no 1º semestre receita no valor de R\$ 444.185,27 e no 2º receita de R\$ 373.161,53.

- a VIDRAÇARIA ALCÂNTARA foi intimada a apresentar os livros contábeis, fiscais e diversos documentos, entre eles os extratos bancários de suas contas correntes, o que resultou na apresentação do Livro Caixa. Em relação às contas bancárias, os extratos bancários foram obtidos pela fiscalização diretamente das instituições financeiras através de RMF.

- apurou-se depósitos na ordem de R\$ 9.358.007,17 em 2007 e R\$ 2.376.005,83 em 2008.

- intimada a apresentar documentação idônea e hábil para comprovar a origem dos valores depositados em suas contas mantidas no Banco Itaú e no Banco Sudameris/Real em 2007 e 2008 não o fez e re-intimada, informou “que não teve tempo hábil para apresentar a Documentação solicitada”. Informação esta prestada por seu representante, Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES.

- analisando o livro Caixa da empresa sucedida, a fiscalização concluiu que a sua escrituração não permite a identificação da movimentação financeira.

- Da exclusão do Simples Nacional da sucedida VIDRAÇARIA ALCÂNTARA.

- constatado que a VIDRAÇARIA ALCÂNTARA não escriturou a totalidade da movimentação bancária de 2007, foi excluída de ofício do Simples Nacional, com

efeitos a partir de 01 de julho de 2007, pelo Ato Declaratório Executivo – ADE nº 132, de 12/11/2010, do Delegado da Receita Federal do Brasil de Niterói, com fulcro no inciso VIII, do art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006, sendo impedida de optar pelo regime favorecido desta Lei Complementar pelos três anos-calendário seguintes.

- a empresa não apresentou contestação à sua exclusão do Simples Nacional dentro do prazo legal, e intimada a apresentar a escrituração contábil e fiscal quanto ao regime de tributação do IRPJ e da CSLL a que sujeitar-se-ia a partir do momento em que se processarem os efeitos da exclusão do Simples Nacional, optou pelo lucro presumido.

- apesar da opção realizada, não cumpriu os requisitos necessários para apuração do lucro presumido, uma vez que, não escriturou os depósitos bancários e despesas efetuadas, nem apresentou os documentos comprobatórios das mesmas, escriturou no livro Caixa as receitas e despesas de forma consolidada, sem a apresentação de livros Auxiliares e não apresentou o livro de Inventário.

- intimada a regularizar a sua escrita contábil e fiscal, sob pena de arbitramento dos lucros, o seu representante, Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES, afirmou que *“não possui no período apurado pela fiscalização (2007/2008), documentação e elementos que possam comprovar e/ou refazer a escrituração contábil de acordo com a legislação comercial.”*

- o lançamento tributário objeto do presente abrange os fatos geradores ocorridos no segundo semestre de 2007 e em 2008 e decorre de depósitos bancários cujas origens não foram comprovadas.

- a insuficiência de recolhimento foi apurada de acordo com a reposição da receita bruta mensal auferida no período e percentuais progressivos fixados em relação a receita bruta acumulada, em decorrência da omissão.

- em decorrência foram ainda lavrados autos de infração de CSLL, COFINS, PIS e INSS, sendo que o lançamento relativo ao segundo semestre de 2007 e o AC/2008 foi objeto do processo nº 15540.720317/2011-97.

- a aplicação da multa qualificada de 150%, decorreu do fato da VIDRAÇARIA ALCÂNTARA apesar de movimentar R\$ 9.358.007,17 em suas contas correntes ter declarado e oferecido à tributação somente R\$ 817.346,80; e por ter simulado a sua saída da atividade comercial de vidros e espelhos, quando o Sr. ANTÔNIO MIGUEL ZUNIGA MENDES deu baixa na empresa, de forma fraudulenta e irregular.

- caracterizada, comprovada e confessada a sucessão tributária da VIDRAÇARIA ALCÂNTARA pela pessoa jurídica MARVIDROS GONÇALENSE COMÉRCIO DE VIDROS LTDA, o lançamento tributário foi efetuado em face da sucessora nos termos do art. 132, parágrafo único, do CTN.

- foi ainda lavrado Termo de Sujeição Passiva Pessoal e Solidária para imputar ao Sr. ANTÔNIO MIGUEL a responsabilidade fiscal pessoal pela prática dolosa de seus atos.

Cientificados do lançamento em 31/10/2011, o interessado e o responsável tributário, apresentaram em 30/11/2011, em conjunto, impugnação acompanhada dos documentos de fls. 489/574, alegando, em síntese o seguinte:

- que há nulidade no lançamento, pois houve quebra do sigilo bancário sem ordem judicial;

- que a autoridade fiscal fez uso de informações da CPMF, extinta em 31/12/2007. Como o § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.174, de 2001, não estava em vigor na data do presente lançamento, há nulidade insanável do lançamento por falta de previsão legal de utilizar os dados do extrato bancário, devendo ser aplicada a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos TFR;

- não ocorreu o fato gerador do imposto de renda previsto no art. 43 do CTN já que não houve acréscimo patrimonial e não ocorreu a disponibilidade econômica de renda. Embasa seu entendimento em acórdão da 4ª Câmara do Conselho de Contribuintes e em Agravo Regimental do Recurso Especial nº 609.290RJ.

- é inaplicável a multa de 150%, pois a autoridade fiscal ao configurar a interposta pessoa para dar validade ao lançamento, não atentou para a norma contida no § 5º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

- conforme acórdão nº 0105.435 da CSRF, não existe previsão de agravamento de multa na hipótese de utilização de terceira pessoa para gerir sociedade empresarial.

- a autoridade fiscal não atentou para os comandos exigidos pelas Súmulas 14 e 25 do CARF;

- a tentativa de ocultar da autoridade fato gerador não tipifica responsabilidade solidária ou pessoal do impugnante ANTONIO MIGUEL.

- a sujeição passiva prevista no inciso I do art. 124 e inciso III do art. 135 do CTN deverão ser provadas e não presumidas.

- a autoridade fiscal está confundindo interesse jurídico com interesse econômico, uma vez que não há no caso em lide, nem fatos nem provas do interesse jurídico.

- o CARF há muito tempo delimitou que o inciso I do art. 124 do CTN se refere exclusivamente ao interesse jurídico e não econômico.

- se for mantida a sujeição passiva pelo inciso I do art. 124 do CTN, nulo é o lançamento pelas razões expostas e nos exatos termos da Súmula 29 do CARF.

- que a autoridade fiscal alega existir fatos que configuram atos praticados com infração de lei, porém não indica quais são estes fatos.

- há cerceamento de direito de defesa na medida em que impossibilita o sujeito ter plena ciência do que deve se defender.

- devem ser deduzir dos crédito tributário lançados os valores recolhidos nestes mesmos períodos.

A 2ª Turma da DRJ/RJ, através do acórdão nº 12-46.063, por unanimidade de votos deu parcial provimento a impugnação julgado, para considerar devidos o IRPJ/SIMPLES, no valor de 42.306,54, PIS/SIMPLES no valor de R\$ 30.980,52, CSLL/SIMPLES no valor de R\$ 42.306,54, COFINS/SIMPLES no valor de R\$ 124.528,29, INSS/SIMPLES, no valor de R\$ 360.182,57, acrescidos de multa de ofício de 150% e de encargos moratórios e ratificar a responsabilidade tributária atribuída ao Sr. Antônio Miguel Zuniga Mendes, conforme Ementa a seguir:

NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Afasta-se a nulidade arguida, ante a comprovação de que o auto de infração foi formalizado com obediência a todos os requisitos previstos em lei.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO.

As informações prestadas por instituições financeiras à Fazenda Nacional, quando indispensáveis à instrução de processo administrativo fiscal e observadas as garantias individuais previstas na Constituição Federal, não configuram quebra de sigilo bancário.

RESPONSABILIDADE PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

ASSUNTO: SIMPLES

Período de apuração: 01/01/2007 a 30/06/2007

DEPÓSITO NÃO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA.

Configura-se omissão de receita o ingresso de numerários em conta corrente bancária do contribuinte, quando não comprovada a origem desses valores mediante a apresentação de documentação hábil e idônea.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE.

É cabível a aplicação da multa qualificada, quando restar comprovado que o envolvido na prática da infração tributária objetivou deixar de recolher, intencionalmente, os tributos devidos.

Intimado da decisão da DRJ em 23/10/2012 a Interessada apresentou recurso voluntário tempestivo em 16/11/2012, reiterando os argumentos de impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator

Conheço do recurso voluntário por ser tempestivo e preencher todos os requisitos do Decreto nº 70.235/72, porém constato uma prejudicial para sua análise.

Pelo Termo de Verificação Fiscal, em seu item 26 destaca o auditor: “As RMF’s foram expedidas pelo Delegado da DRJ/Niteroi. As respostas, extratos e documentos recebidos dos bancos se encontram inseridos no processo.”

Assim, o AFRFB entendeu ser o caso de solicitar informações diretamente às instituições financeiras quebrando o sigilo bancário sem autorização judicial.

A questão relacionada a alegada impossibilidade de quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, aguarda decisão do Pleno do STF em decorrência da decisão de 15 de dezembro de 2010, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, que proferiu decisão que pode ser sintetizada na ementa abaixo transcrita, publicada no DJ em 10/05/2011.

Ementa

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

O acórdão exarado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, com a ementa acima transcrita, foi desafiado por embargos de declaração, com pedido de modificação da decisão que ainda encontra pendente de julgamento.

Assim, não é possível, nesta instância administrativa, deixar de aplicar as disposições constantes na Lei Complementar nº 105, de 2001 e na Lei nº 10.174, de 2001.

Reconhecida a repercussão geral, à luz do parágrafo único do artigo 543B, do CPC, cabe aos tribunais “a quo”, sobrestar os demais processos de mesma matéria.

Cabe, portanto, aos tribunais de origem suspender o processamento dos recursos especiais ou extraordinários quando versarem sobre matéria com repercussão geral reconhecida.

Quando da entrada em vigor dos artigos 543B e 543C, ambos do CPC, existia pendente de julgamento no STF e no STJ processos já admitidos pelos tribunais de origem. Em relação a estes processos ou a todos quando chegarem ao STF tratando de matéria em relação a qual for reconhecida repercussão geral, aplica-se o disposto no artigo 328 do Regimento Interno do STF, a seguir transcrito:

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, o Presidente do Tribunal ou o Relator, de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o Presidente do Tribunal ou o Relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543B do Código de Processo Civil. (grifei).

Quanto ao sobrestamento, na origem, dos processos com a mesma matéria, esta decorre do disposto na segunda parte do § 1o., do artigo 543B, CPC, que ao se reportar aos tribunais de origem usa as expressões “sobrestando os demais processos até o pronunciamento definitivo da corte.”

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator do processo de quebra de sigilo bancário reconheceu a repercussão geral da matéria, em 19/10/2010, quando do exame do Agravo de Instrumento nº 765.714, proferiu decisão com o seguinte conteúdo:

“Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão, cuja ementa segue transcrita:

“TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. CONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO DA LEI 9.311/96 (ART. 11, § 3º). APROVEITAMENTO DE DADOS PARA CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Lei 4.595/64 permitia o acesso aos agentes fiscais tributários de documentos, livros e registros de contas de depósitos quando houvesse processo instaurado e quando tais documentos fossem considerados indispensáveis pela autoridade competente. A jurisprudência se manifestou, afirmando que o processo seria o judicial e a autoridade competente seria a judiciária.

2. Em 2001, essa matéria foi alterada, tendo sido editada a Lei Complementar 105. Não há inconstitucionalidade nessa legislação, pois, na coexistência de dois bens ou valores protegidos constitucionalmente, deve-se sobrepor o que visa atender ao interesse público e não ao interesse privado. Os direitos fundamentais não são absolutos e podem sofrer abalo se colocados em conflito com outro valor que deva ter preferência.

3. A fiscalização pela autoridade administrativa é instrumento de arrecadação tributária pelo Estado, que, por sua vez, visa atender ao princípio da capacidade contributiva (tributando quem capacidade

detém) e ao da isonomia (tributando todos aqueles que podem ser tributados), corolários dos objetivos da República de construção de uma sociedade justa e solidária e de redução das desigualdades sociais.

4. Diante do princípio da irretroatividade das leis, a utilização dos dados da CPMF para apuração de eventual crédito tributário relativo a tributos diversos é vedada para anos anteriores ao de 2001. Fatos ocorridos e já consumados não se regem por lei nova, mas sim pelas leis que vigoravam no seu tempo. Leis novas valem para o futuro.

5. Na redação original do art. 11, § 3º, da Lei 9.311/96, o legislador impunha à Secretaria da Receita Federal “o sigilo das informações prestadas” e vedava sua utilização para a constituição de crédito relativo a outros tributos. Tratava-se de norma que impunha o sigilo e vedava dados da CPMF, resguardando um direito do contribuinte, e sendo, portanto, norma material ou substantiva e não processual ou adjetiva sobre a qual se aplicaria o art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional.

6. Apelação provida em parte” (fls. 4950).

No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se ofensa, em suma, ao art. 5º, X e XII, da mesma Carta.

No caso, o recurso extraordinário versa sobre matéria sigilo bancário, quebra. Fornecimento de informações sobre a movimentação bancária de contribuintes diretamente ao Fisco, sem autorização judicial (Lei complementar 105/2001, art. 6º). Aplicação retroativa da Lei 10.174/2001, que alterou o art. 11, § 3º, da Lei 9.311/96 e possibilitou que as informações obtidas, referentes à CPMF, também pudessem ser utilizadas para apurar eventuais créditos relativos a outros tributos, no tocante a exercícios anteriores a sua vigência cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 601.314RG/SP, de minha relatoria).

Isso posto, preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, dou provimento ao agravo de instrumento para admitir o recurso extraordinário e, com fundamento no art. 328, parágrafo único, do RISTF, determino a devolução destes autos ao Tribunal de origem para que seja observado o disposto no art. 543B do CPC, visto que no recurso extraordinário discute-se questão idêntica à apreciada no RE 601.314RG/SP. (grifei).

Quanto ao processamento e julgamento da matéria junto ao Carf, o artigo 62A, § 1º e 2º, do Regimento Interno, assim dispõe:

Art. 62

§ 1º 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. 543B, do CPC.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

Tenho por certo, assim que:

- (i) O presente processo administrativo trata de matéria idêntica àquela submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, na sistemática prevista no art. 543-B do CPC;
- (ii) Ainda não há decisão definitiva de mérito por parte da Suprema Corte; e
- (iii) Recursos com a mesma matéria têm sido devolvidos aos Tribunais de origem, para os efeitos do art. 543-B do CPC.

Diante do exposto conduzo meu voto no sentido de SOBRESTAR o julgamento dos presentes autos, nos termos do disposto nos § 1º e 2º do art. 62 A do Regimento Interno (RICARF), encaminhando os autos à Secretaria da Câmara para as providências de que trata o § 2º e 3º, inciso I, do art. 2º da Portaria CARF nº 001/2012.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator