



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19311.720486/2013-43
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1402-006.565 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de agosto de 2023
Recorrente RICARDO SIMOES OTICA - ME
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO DEVOLVIDA NA IMPUGNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE OFÍCIO.

Matéria não devolvida na impugnação resta preclusa, conforme art. 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, não sendo possível seu reexame de ofício por meio de decisão proferida em sede recursal.

SIGILO BANCÁRIO. CONTAS DE DEPÓSITO. ACESSO. FISCALIZAÇÃO.

A LC 105/2001, ao estabelecer normas gerais sobre o dever de sigilo bancário, permitiu, sob certas condições, o acesso e utilização, pelas autoridades da administração tributária, a documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras. A questão da constitucionalidade e da observância de princípios constitucionais levantadas constituem matérias que ultrapassam os limites da competência para julgamento na esfera administrativa, matérias estas reservadas ao Poder Judiciário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso voluntário referente aos argumentos da inexistência de grupo econômico, por inovação em relação ao aduzido na manifestação de inconformidade, e, na parte conhecida, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, a ele negar provimento.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Mateus Ciccone - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Alexandre Iabrudi Catunda - Relator

(documento assinado digitalmente)

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Alexandre Iabrudi Catunda, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Mauricio Novaes Ferreira, Luciano Bernart, Jandir Jose Dalle Lucca, Paulo Mateus Ciccone (Presidente)

Relatório

Trata o presente processo de recurso voluntário contra o Acórdão n.º 14-49.288, proferido pela 5ª Turma da DRJ/RPO, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela recorrente contra sua exclusão de ofício do Simples Nacional.

Por bem retratar os fatos copio abaixo o Relatório do citado Acórdão:

Contra a empresa acima identificada foi expedido o Ato Declaratório Executivo SEORT n.º 02, de 02 de maio de 2013, por meio do qual foi a empresa excluída no período de 01/01/2008 a 31/12/2009 do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL - (Lei Complementar 123/2006) em virtude as seguintes ocorrências:(a) falta de escrituração do Livro Caixa ou não permitir a identificação da movimentação financeira, inclusive bancária; (b) embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos; e (c) prática reiterada de infração. Constatou como fundamentação a Lei Complementar n.º 123 de 14/12/2006, artigo 29, incisos VIII, II e V e § 1º e a Resolução CGSN n.º 15 de 23 de julho de 2007, artigos 5º, incisos VIII, II e V, e 6º, inciso VI.

Conforme consta na Representação para Exclusão do Simples, a empresa acima identificada optou nos anos-calendário de 2008 e 2009 pelo SIMPLES NACIONAL e, nessa condição, estava desobrigada de manter escrituração contábil para fins tributários, entretanto, estava obrigada a escriturar o Livro Caixa toda a movimentação financeira e bancária, além de estar assinado pelo representante legal da empresa e pelo responsável contábil legalmente habilitado, obrigações estas não cumpridas pela empresa, infringindo assim o art. 26, § 2º da Lei Complementar n.º 123/2006. Além disso, ao deixar de exibir, sem justificativa, os documentos (extratos bancários) que teriam servido de base para a escrituração do Livro Caixa, a empresa infringiu o inciso II, do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

Não tendo a empresa apresentado os extratos bancários e sendo esses imprescindíveis para a execução da ação fiscal, os mesmos foram solicitados diretamente aos bancos envolvidos, com base no artigo 33, inciso I da Lei n.º 9.430 de 27 de dezembro de 1996.

De posse dos extratos bancários, foi feito o confronto entre esses documentos e os Livros Caixa da empresa e foi constatado que parte da movimentação bancária da empresa não foi escriturada nos Livros Caixa infringindo assim o inciso VIII do artigo 29 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

Para demonstrar a falta de escrituração da movimentação bancária no Livro Caixa, a autoridade fiscal anexou, cópia dos extratos bancários referentes aos meses de janeiro, junho e dezembro de 2008 e 2009, cópia dos livros caixa de 2008 e 2009 e uma planilha exemplificativa de valores lançados nos extratos bancários e não registrados nos Livros Caixa.

Além dessa infração, consta da Representação para Exclusão do Simples o seguinte:

2.1 - Além das infrações acima apontadas foi apurada omissão de receitas, caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, durante todo o período

fiscalizado, isto é, de janeiro de 2008 a dezembro de 2009, conforme relação anexa ao Termo de Intimação Fiscal nº 0002 lavrado em 23/02/2012.

Foi constatado, também, que o titular da empresa "Ricardo Simões Ótica ME", com a intenção deliberada de enganar o fisco, de forma ilegal, abriu filiais em nome de terceiros, seus empregados, com o objetivo de omitir receitas operacionais, mantendo-se assim dentro do limite de receitas estipulado pelo inciso II do artigo 3º da Lei Complementar 123/2006, para efetuar o recolhimento dos tributos devidos pelo regime simplificado.

Comprovada essa prática, conforme Termo de Constatação e de Intimação Fiscal de 14/03/2013, as receitas das filiais (Levi Boscariol dos Santos Ótica - ME, CNPJ nº 09.484.896/0001-04 e Carlos Eduardo de Souza Ótica ME – CNPJ nº 09.485.502/0001-24) foram somadas às receitas da Matriz, "Ricardo Simões Ótica ME" conforme determina o artigo 2º da Resolução CGSN nº 05, de 30 de maio de 2007, revogada pela Resolução CGSN nº 51, de 22 de dezembro de 2008, sendo que a soma dessas receitas ultrapassou o limite Máximo permitido para enquadramento no Simples Nacional, conforme descrito no artigo 3º da Lei Complementar 123/2006.

2.2 - Para dissimular a extrapolação do limite máximo de faturamento, permitido para se manter enquadrada na condição de Micro Empresa optante pelo regime Simplificado de tributação, a empresa representada, "Ricardo Simões Ótica Me" pulverizou as suas receitas, constituindo empresas em nome dos seus empregados, que, de fato, eram verdadeiras filiais.

Provado que as empresas constituídas em nome dos empregados da Ricardo Simões Ótica Me, de fato, pertenciam a esta, as receitas foram sintetizadas e somadas às da Matriz, causando, como consequência, a extrapolação do limite Máximo permitido para recolhimento pelo Simples, conforme previsto no artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006. A título de ilustração, demonstramos no quadro a seguir, a consolidação do faturamento de 3 (três) das empresas de propriedade do Sr. Ricardo Simões: "Ricardo Simões Ótica Me" - "Levi Boscariol dos Santos Ótica Me" e Carlos Eduardo de Souza Ótica Me", ressaltando que, além dessas, há mais empresas de propriedade da "Ricardo Simões Ótica Me" constituídas em nome de "laranjas" tais como: "Rafael de Moraes Souza Me" CNPJ nº 07.362.097/0001-21 e Rute Simões Ótica Me, CNPJ nº 05.774.417/0001-25

Mês	Ricardo Simões Ótica - ME	Levi B. dos Santos Ótica ME	Carlos Eduardo de Souza Ótica ME	Soma	Limite
jan/09	228.038,39	38.770,03	43.571,61	310.380,03	200.000,00
fev/09	160.504,70	35.555,69	9.257,86	205.318,25	200.000,00
mar/09	175.519,53	21.146,44	42.990,01	239.655,98	200.000,00
abr/09	156.608,84	27.154,89	37.904,31	221.668,04	200.000,00
mai/09	119.179,70	72.801,16	23.500,06	215.480,92	200.000,00
jun/09	359.116,76	49.821,21	39.210,73	448.148,70	200.000,00
jul/09	355.377,20	42.979,72	27.458,69	425.815,61	200.000,00
ago/09	142.726,41	65.496,29	22.815,79	231.038,49	200.000,00
set/09	135.002,73	68.871,85	45.806,72	249.681,30	200.000,00
out/09	118.624,95	52.631,41	13.467,90	184.724,26	200.000,00
nov/09	180.365,15	40.100,46	45.813,40	266.279,01	200.000,00
dez/09	87.551,46	13.726,00	25.223,85	126.501,31	200.000,00
	2.218.615,82	529.055,15	377.020,93	3.124.691,90	2.400.000,00

2.3 - Nos termos do artigo 3º, inciso I e II da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, considera microempresa ou empresa de pequeno porte a pessoa jurídica devidamente registrada no órgão competente, desde que, tenha auferido receita bruta anual igual ou inferior a R\$240.000,00 e no caso de empresa de pequeno porte, que tenha auferido receita bruta anual superior a R\$240.000,00 (duzentos e quarenta mil

reais) e igual ou inferior a R\$2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) (Valores válidos até 31/12/2011).

3 - Ante o exposto, sugerimos que a empresa "Ricardo Simões Ótica Me" CNPJ nº 04.125.883/0001-17 seja excluída do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte - SIMPLES a partir de 01 de janeiro de 2008, com base nos incisos II, V e VIII, combinados com o § 1º do Artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Inconformada, a empresa apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 436/441 requerendo, com fundamento no artigo 39 § 6º da Lei Complementar 139/11, a concessão do EFEITO SUSPENSIVO, tendo em vista o oferecimento da presente IMPUGNAÇÃO bem como, em função da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação que está sujeita a referida empresa, caso não seja concedido o efeito suspensivo até a decisão final da presente discussão.

Questionou o fato da emissão do Ato Declaratório ter ocorrido antes da lavratura do auto de infração e sem levar em consideração que não existiam fatos, argumento e sequer provas contundentes do alegado pela autoridade fiscal.

Sustentou que durante todo o processo de fiscalização, prontamente respondeu a todas as solicitações que lhe foram feitas, buscando viabilizar o trabalho do órgão fiscalizador, bem como contribuir com a rápida e efetiva fiscalização; que não procede a alegação fiscal de ter havido embaraço à fiscalização, pois desde o início da fiscalização entregou à Receita Federal todos os documentos requisitados. Ademais, todas as movimentações financeiras, foram devidamente fundamentadas, identificadas e justificadas contabilmente de modo a comprovar que a empresa jamais omitiu qualquer tipo de receita.

É o relatório.

Julgando improcedente a manifestação de inconformidade apresentada o Acórdão recorrido apresentou as seguintes ementas:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2007

ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL.

A partir do momento em que constatada ocorrência de uma das situações previstas em lei como excludentes do Simples Nacional, cabe à Administração Pública efetuar a exclusão de ofício, mediante Ato Declaratório Executivo, ainda que eventual crédito tributário decorrente das infrações apuradas não esteja constituído mediante auto de infração.

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. PRÁTICA REITERADA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. OMISSÃO DE RECEITAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. EFEITOS RETROATIVOS.

Exclui-se de ofício do Simples Nacional por determinação legal, com efeitos a partir do mês de ocorrência da infração, a pessoa jurídica que, em todos os períodos de apuração mensal dos anos-calendário objeto do procedimento fiscal de ofício, deixou de escriturar no livro Caixa a totalidade da movimentação financeira, inclusive a bancária, e deixou de exibir livros e documentos (extratos bancários) caracterizando embaraço à fiscalização.

SIMPLES NACIONAL. MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. EFEITO SUSPENSIVO.

O ato declaratório de exclusão do Simples Nacional objeto de manifestação de inconformidade apenas se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte.

O contribuinte foi cientificado por via postal em 10/04/2014 (fl 465) e apresentou recurso voluntário (fls. 467/483) em 12/05/2014, alegando em síntese que:

1. Nulidade da decisão recorrida devido à impossibilidade da quebra de sigilo bancário pela fiscalização.
2. Inexistência de grupo econômico

Voto

Conselheiro Alexandre Iabrudi Catunda, Relator.

Do conhecimento

O recurso apresentado é tempestivo, no entanto, não preenche todos os requisitos de admissibilidade em parte do que foi recorrido, conforme será explanado em seguida.

Basicamente o contribuinte traz duas alegações. Na primeira delas pede a nulidade da decisão recorrida, já que foi fundamentada “*única e exclusivamente, em dados obtidos de forma irregular por meio da indevida quebra de sigilo bancário da Recorrente e das empresas Levi Boscariol dos Santos Ótica — ME e Carlos Eduardo de Souza Otica —ME*”. Outra alegação apresentada foi a inexistência de grupo econômico.

A alegação de inexistência de grupo econômico não foi trazida em sua manifestação de inconformidade contra a exclusão do Simples Nacional, o que impediu que fosse julgado pela DRJ/RPO.

Assim, em seu recurso voluntário a contribuinte traz argumentos inéditos que não foram apreciados pela instância julgadora *a quo*.

A análise de tais matérias de maneira inaugural em sede recursal encontra impedimentos na legislação que rege o processo administrativo fiscal, em especial o artigo 16 do Decreto 70.235/1972.

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993) (grifei)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 2º É defeso ao impugnante, ou a seu representante legal, empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao julgador, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 3º Quando o impugnante alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o julgador. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

A legislação que regula o processo administrativo fiscal é clara em estabelecer que os fundamentos do pedido ou de defesa, conforme o caso – assim como o pedido de diligência e as provas documentais – devem ser apresentados por ocasião da manifestação de inconformidade ou da impugnação, precluindo o direito de o contribuinte fazê-lo em outro momento processual, em regra.

Observa-se que no art. 17 do mesmo diploma legal é estatuído que será considerada não impugnada que não tenha sido expressamente contestada pelo contribuinte:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

Portanto, é o contribuinte quem delimita os termos do contraditório ao formular o seu pedido ou defesa (conforme o caso) e instruí-lo com as provas documentais pertinentes, de modo que, como regra geral, as questões não postas para discussão nesta ocasião precluem.

No entanto admitem-se algumas exceções, como por exemplo, os incisos do § 4º do artigo 16 do Decreto 70.235/1972 que trazem hipóteses em que provas podem ser apresentadas em momento processual diverso da impugnação, quais sejam: (i) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (ii) refira-se a fato ou a direito superveniente; e/ou (iii) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. Neste caso, cabe ao contribuinte demonstrar, em petição fundamentada, a ocorrência de uma dessas condições, nos termos do § 5º do mesmo dispositivo.

Outra exceção ocorre quando o argumento possa ser conhecido de ofício pelo julgador, seja por tratar de matéria de ordem pública, seja por ser necessário à formação do seu livre convencimento.

O argumento de inexistência de grupo econômico não se enquadra a nenhuma de tais hipóteses de exceção.

Assim, em razão da preclusão, entendo que a alegação de inexistência de grupo econômico trazida apenas no recurso voluntário não deve ser conhecida.

Da nulidade

O contribuinte afirma que o Acórdão deve ser considerado nulo uma vez que teria sido baseado em dados obtidos de forma indevida pela fiscalização, por meio de uma possível quebra indevida de seu sigilo bancário.

Não assiste razão ao contribuinte. Primeiro porque a referida decisão sequer poderia se pronunciar sobre esta matéria já que não foi aventada pelo contribuinte em sua manifestação de inconformidade.

Além disso, tal matéria foi analisada nos autos do processo nº 19311.720532/2013-12, referente aos autos de infração lavrados decorrentes da exclusão do Simples Nacional, aqui tratado.

A 5ª Turma da DRJ/RPO, proferiu o Acórdão nº 14-49.294, que assim decidiu a respeito da matéria:

1 - Da nulidade – quebra de sigilo bancário.

Dos fatos alegados pela impugnante que poderiam viciar o lançamento e levar à declaração de sua nulidade estaria a obtenção de dados da conta-corrente bancária da empresa fiscalizada sem ordem judicial, por violação de direito constitucionalmente assegurado, constituindo-se, assim, em prova ilícita. Segundo alegou, a quebra do sigilo bancário só pode ocorrer mediante autorização judicial e quando as circunstâncias impedem o conhecimento dos fatos ocorridos e a investigação pelo Fisco é extremamente prejudicada, o que não seria o caso aqui tratado.

Entretanto, não assiste razão à impugnante, eis que as informações financeiras trazidas aos autos foram obtidas em consonância com as normas vigentes no ordenamento jurídico pátrio, como ficará demonstrado.

Não obstante o que o interessado traz em sua impugnação, ressalte-se os estreitos limites a que se encontra adstrito o julgador administrativo na apreciação da matéria em tela, razão pela qual não cabe aqui o exame da constitucionalidade de leis ou da ilegalidade de normas tributárias, em especial o disposto no § 3º do art. 11 da Lei 9.311 de 1996, com a redação dada pela Lei 10.174 de 2001, por ser tal matéria de exame restrito aos órgãos do Poder Judiciário, bem assim não carecem de apreciação e exame por este órgão do Poder Executivo as alegações feitas pelo impugnante acerca do sigilo bancário ferido por dispositivo legal vigente.

Esta orientação já foi expressada pela Secretaria da Receita Federal, órgão cujos atos normativos vinculam o julgador administrativo em primeira instância de julgamento, mediante o Parecer Normativo CST n.º 329/70, consoante trecho a seguir destacado:

“... a arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites da sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.”

Entretanto, sem a pretensão em fazer uma análise quanto à constitucionalidade do dispositivo que autoriza a requisição de informações junto às instituições financeiras, há que se proceder, num primeiro momento, ao exame da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001 e o parágrafo 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/1996, alterado pelo art. 1º da Lei nº 10.174 de 09 de janeiro de 2001, dentro dos limites de competência atribuídos aos órgãos administrativos judicantes para apreciação da matéria.

A Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/2001, dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências, introduzindo significativas modificações no instituto do sigilo bancário em relação ao seu anterior disciplinamento, conferido pelo art. 38 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, ora revogado.

Assegura a aludida Lei Complementar, no seu art. 1º, § 3º, III, abaixo transcrito, que o fornecimento de informações à Secretaria da Receita Federal pelas instituições financeiras, ou equiparadas, referentes à Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF, necessárias à identificação dos contribuintes e dos valores das respectivas operações, nos termos do art. 11, § 2º, da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996 c/ redação dada pela Lei nº 10.174/2001, não constitui violação do dever de sigilo bancário. No mesmo sentido, prescreve a citada Lei Complementar, no seu art. 1º, § 3º, VI, que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidas nos seus artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 10.

“Art. 1º ...

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2o, 3o, 4o, 5o, 6o, 7o e 9 desta Lei Complementar.”

A relativização do direito ao sigilo bancário em face do interesse da coletividade encontra eco nos nossos tribunais, conforme decisão unânime da Colenda Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, proferida por ocasião do julgamento do recurso de apelação nº 2004.61.02.013627-0, com relatoria do Exmo. Juiz Carlos Muta, publicado no DJU de 26/01/2006, à página 250, cuja ementa se transcreve:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SIGILO. DADOS. INTIMIDADE. VIDA PRIVADA. PROCEDIMENTO FISCAL DE QUEBRA. APURAÇÃO DE DÉBITOS FISCAIS. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01. LEIS Nº 9.311/96 E Nº 10.174/01. LEGITIMIDADE DA AÇÃO ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES.

1. A declaração de direitos e garantias fundamentais, em favor da cidadania, não pode inviabilizar e, pelo contrário, deve harmonizar-se com o exercício de competências constitucionais pelo Poder Público, nos exatos limites em que definidas, visando à tutela de interesses sociais de maior alcance.

2. O inciso XII do artigo 5º da Carta Federal não tem o sentido de tutela do SIGILO de dados, para conferir inviolabilidade aos dados bancários, exatamente porque esta interpretação estaria em confronto com idéias básicas da organização da vida social. A interpretação constitucionalmente adequada situa a tutela no SIGILO da comunicação de dados, na segurança do sistema de informação, de modo a coibir a interferência abusiva na transmissão dos dados e não diretamente destes em si, que podem ou não ser tornados públicos, a depender do quanto isto afete uma outra garantia da individualidade, tutelada, em tese, não pelo inciso XII, mas pelo X do artigo 5º da Constituição Federal.

3. A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas é garantia individual que, por evidente, não possui contornos absolutos porque situado num plano de convivência constitucional com outros princípios e valores, conduzindo, em caso de aparente conflito, à concretização de técnicas de interpretação, específicas do direito constitucional. A intimidade e a vida privada não podem ser visualizadas apenas pelo ângulo da defesa do patrimônio individual, embora este seja essencial, justamente porque, se é verdade que o público torna necessário o privado, como reserva de consciência, de expressão e de desenvolvimento da própria individualidade, tampouco pode ser olvidado que o social conduz à necessidade de conversão, em grau a ser aferido pelo critério da razoabilidade, do segredo absoluto em relativo como consequência e na extensão do rigorosamente necessário à interação do indivíduo com a sociedade a que pertence.

4. Não convence a idéia de que os dados bancários constituem segredo constitucionalmente tutelado e, pois, infenso a qualquer intervenção, mesmo a título de interesse público e social. Pelo contrário, uma vez que tais informações não envolvem típica, necessária e exclusivamente a esfera da atuação íntima do indivíduo (v.g. - religião, relações de família), na qual, de qualquer maneira, sequer pode ser invocada a garantia de proteção absoluta ao seu titular (contra, por exemplo, a investigação de crimes por ideologia religiosa, ou contra a própria família), resta evidente que pode o legislador definir não apenas o SIGILO, mas os seus limites, ou seja, a medida do razoável nesta interação de valores, destinada a permitir que terceiros, devidamente

identificados e em condições especificadas, possam acessar os dados bancários para tutelar este ou aquele direito constitucionalmente relevante e que, por isso, legitimamente contrapõem-se ao rigor do segredo absoluto pretendido. Certo, pois, que o SIGILO BANCÁRIO é, acima de tudo, uma garantia legal porque é a lei, afinal, que deve definir os seus exatos contornos, sem que, com isto, possa ser invocado, como discurso de toda ocasião, a ofensa constitucional a uma garantia individual. Esta interpretação - é claro - não se alinha com o entendimento tradicional da "reserva de jurisdição", que impede o legislador de outorgar, a quem quer que seja e em qualquer situação, a iniciativa de qualquer PROCEDIMENTO destinado a romper com o SIGILO BANCÁRIO, sujeitando sempre a autoridade administrativa ao crivo judicial. Porém, o Estado Constitucional de Direitos e Garantias não legitima a idéia de que o Poder

Público esteja alijado da disposição do poder de auto execução, no exercício regular de suas competências legais e constitucionais, sempre - é claro - sob o regime de controle, a priori, mas igualmente a posteriori, e de efetiva e ampla responsabilidade, seja do próprio ente, seja do respectivo agente.

5. Por evidente, é possível mencionar que a quebra do SIGILO BANCÁRIO foi admitida, na jurisprudência, como possível apenas por autoridade judicial e mediante processo judicial, mas caberia destacar que a legislação, à época, contemplava tal possibilidade, ao contrário da atual que é clara e inequívoca no sentido de prever casos específicos de iniciativa administrativa, sem que com isto possa, ao que parece, ser invocada a lesão a direito de dimensão constitucional.

Não se trata, por certo, de reconhecer competência plena à autoridade administrativa ou legislativa para tornar pública, sem menor critério de razoabilidade, a vida financeira e bancária de qualquer indivíduo, mas, ao revés, o que se afirma, como diretriz para a compreensão e solução do problema, é que, ao lado da intimidade e da vida privada, existem outros valores, com igual estatura constitucional, que conduzem à necessidade de formulação de uma solução prática e equilibrada para esta complexa equação de princípios.

6. A Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, reconhece o SIGILO BANCÁRIO (v.g. - caput do artigo 1º, caput e §§ 5º e 6º do artigo 2º, artigos 10 e 11), define as instituições que se sujeitam a tal dever em suas operações ativas e passivas (§ 1º do artigo 1º), fixa as hipóteses excepcionais de quebra administrativa (v.g. - § 3º do artigo 1º, §§ 1º a 3º do artigo 2º, artigo 9º), especifica a competência judicial e as situações sujeitas à reserva judicial (§ 4º do artigo 1º, caput e § 1º do artigo 3º, artigo 7º) e - no mesmo sentido - no âmbito parlamentar (artigo 4º).

No que concerne à administração tributária, a LC nº 105/01 estabeleceu o dever de informação, acerca de operações financeiras, mas restrito ao necessário para a identificação dos titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (§ 2º). Para o exercício desta competência, é que se permite, diante das informações prestadas e da efetiva necessidade/indispensabilidade, apurada em prévio processo administrativo ou PROCEDIMENTO FISCAL em curso, o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras pelas autoridades competentes (artigo 6º). Note-se que, em qualquer caso, as informações prestadas ou os dados apurados pela fiscalização encontram-se amparados pelo SIGILO FISCAL (§ 5º do artigo 5º), ficando a quebra do SIGILO BANCÁRIO fora das hipóteses autorizadas, assim como o uso indevido das informações cobertas pelo SIGILO FISCAL, por servidores públicos, sujeitos à sanção penal, civil e administrativa.

7. Em coerência com a legislação complementar, a Lei nº 10.174, de 09.01.2001, introduziu alteração no artigo 11 da Lei nº 9.311/96, permitindo que a Secretaria da Receita Federal, na posse das informações a respeito da movimentação financeira de titulares de contas bancárias, utilize-as para a verificação da existência de crédito

tributário relativo a impostos e contribuições, e para o lançamento de crédito porventura existentes, dentro da técnica de "cruzamento de dados", compatível com a outorga constitucional de competência à administração tributária para identificar a efetiva capacidade contributiva dos administrados, aplicando, na prática, o princípio da isonomia (artigo 145, §1º, da Constituição Federal).

8. O artigo 6º da LC nº 105/01 foi regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10.01.2001, que, dentre outras providências, instituiu o Mandado de PROCEDIMENTO FISCAL (MPF: artigo 2º) e a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF: artigo 4º), e indicou os casos de indispensabilidade para o efeito de exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras (artigo 3º).

9. Como se observa, é possível reconhecer que a legislação foi minuciosa e criteriosa na identificação das situações sujeitas à quebra do SIGILO BANCÁRIO e dos procedimentos necessários a tanto, resguardando, por meio de SIGILO FISCAL, as informações prestadas e os dados aferidos pelo exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, e reservando o seu uso a fins específicos, que não transcendem ao que necessário para o regular, justificado, proporcional e razoável exercício da competência constitucional e legal que possui o Estado-Administração de arrecadar os tributos e fiscalizar o cumprimento das obrigações fiscais.

10. Tampouco procede a tese de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei. Com efeito, não existe direito adquirido à sonegação de informações ou de tributos ao Estado, mas apenas a possibilidade de invocação de decadência ou prescrição, para impedir a constituição ou a execução, respectivamente, do crédito tributário, quando decorridos os prazos, para tanto, legalmente fixados.

Por isso é que se deve compreender que a criação de mecanismos de fiscalização e apuração de crédito tributário por lei nova não impede a sua aplicação mesmo no período anterior, desde que ainda possua o Fisco o poder de imposição, seja constituindo, seja revisando o lançamento efetuado pelo contribuinte.

11. Em casos que tais, não se trata, por evidente, de criação ou majoração de tributo, com alteração da legislação vigente na data do fato gerador, mas apenas e tão-somente de aferição da existência de tributo, devido conforme a lei da época, mas, eventualmente, não recolhido ou não declarado pelo contribuinte: em suma, a legislação impugnada não cria nem majora, em absoluto, qualquer tributo, mas apenas permite que o Fisco combata a sonegação FISCAL, quando e se existente, o que é muito diferente. ”

(grifou-se)

E mais, deixou clara a possibilidade de as autoridades fiscais examinarem documentos, livros e registros de instituições financeiras, sem a prévia autorização do Poder Judiciário, desde que existente processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente, conforme se verifica da leitura de seu art. 6º, caput:

“Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.”

Por sua vez, o Poder Executivo Federal editou o Decreto nº 3.724, de 10/01/2001, com vistas a regulamentar o mencionado dispositivo legal.

Registre-se que, inobstante a Lei Complementar nº 105/2001 fazer uso da expressão “quebra de sigilo”, em quatro ocasiões, não se trata, efetivamente, de violação legal a um direito do cidadão e do contribuinte, eis que, as informações obtidas pelo Fisco têm um escopo específico, amparado no interesse público, qual seja, o de verificar, tão-somente o cumprimento de suas obrigações tributárias. Haveria, assim, não propriamente uma “quebra”, mas uma “transferência de sigilo”, a que estão sujeitos os funcionários das instituições financeiras, para as autoridades fazendárias.

No caso em análise a empresa não apresentou os extratos bancários de suas contas, necessários à Auditoria Fiscal, em atendimento a exigência legal do Fisco, o que caracteriza embaraço à fiscalização, nos termos do art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996. Diante da recusa e da evidente necessidade das informações financeiras com o objetivo de obter dados imprescindíveis aos trabalhos de fiscalização em curso, não restou outra alternativa senão a de requisitar às instituições financeiras, o que se deu com base na Lei Complementar nº 105/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/2001.

Constatou da Solicitação de Emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF) a fundamentação legal para o procedimento, qual seja, o art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001, e o art. 33, I, da Lei nº 9.430, bem assim a justificativa para tal procedimento.

O procedimento fiscal encontra-se arremido no inciso VII do art. 3º e § 1º do art. 4º do Decreto nº 3.724, de 10.01.2001:

“Art. 3º - Os exames referidos no caput do artigo anterior somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses:

(...)

VII - previstas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996;

(...)

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:”

Por sua vez, o art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996, assim dispõe:

Art.33.A Secretaria da Receita Federal pode determinar regime especial para cumprimento de obrigações, pelo sujeito passivo, nas seguintes hipóteses:

I-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;

Conclui-se ser equivocada a interpretação da impugnante. A quebra do sigilo bancário pela Receita Federal sem a apreciação do Poder Judiciário foi devidamente autorizada pela Lei Complementar 105, de 10/01/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724, de 10/01/2001, conforme discriminado nas Requisições de Informações sobre Movimentação financeira (RMF), dirigidas às Instituições Bancárias, além do que as informações bancárias obtidas regularmente e usadas reservadamente, no processo, pelos agentes do Fisco, não caracterizam violação do sigilo bancário, e estão contempladas pelo ordenamento jurídico vigente, pelo que não podem ser obstadas.

Assim, considerando que todas as determinações, precauções e garantias exigidas pela aludida Lei Complementar nº 105/2001, com o intuito de garantir a mais perfeita inviolabilidade, por terceiros, dos dados bancários da defendente foram, e estão sendo adotadas, no curso do presente procedimento, há que se considerar perfeitamente lícita e respaldada na lei a utilização dos extratos bancários na apuração do crédito tributário.

Diante do acima exposto não há como anuir às alegações da impugnante quanto à quebra do sigilo bancário que só seria possível mediante autorização judicial.

Enfim, verifica-se dos autos que o procedimento fiscal não feriu os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, do devido processo legal e da busca da verdade material, pois seguiu o trâmite legal, bem como oportunizou a apresentação de documentação.

Em suma, verifica-se que a formalização da presente exigência decorreu de ação fiscal perfeitamente regular, com as peças impositivas tendo sido lavradas rigorosamente nos termos da lei, no caso, o art. 142 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), observando ainda todos os requisitos constantes do artigo 10 do Decreto nº 70.235, de 1972. Evidente também que não se configurou nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, mostrando-se válido, para todos os efeitos legais, os lançamentos efetuados pela fiscalização, razões pelas quais é de se rejeitar as preliminares suscitadas.

Pelas razões expostas a preliminar de nulidade deve ser rejeitada.

Adoto as mesmas razões de decidir utilizadas para o julgamento do processo nº 19311.720532/2013-12, por se tratar do mesmo procedimento de fiscalização e por trazer de forma cristalina a regularidade dos dados obtidos da recorrente perante às instituições financeiras.

Sendo assim, voto por não tomar conhecimento do recurso voluntário referente aos argumentos da inexistência de grupo econômico, por apresentar argumentos não trazidos na manifestação de inconformidade, e, na parte conhecida, negar provimento, rejeitando preliminar de nulidade suscitada da decisão recorrida.

(documento assinado digitalmente)

Alexandre Iabrudi Catunda