



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

Processo n° 19515.720053/2011-30
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1101-001.042 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de fevereiro de 2014
Matéria IRPJ e Reflexos - Omissão de Receitas - Depósitos Bancários
Recorrente RC SUPRIMENTOS PARA INFORMÁTICA LTDA EPP (Responsável Tributário Cláudio Costamilan Bergamaschi)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008

OMISSÃO DA DECISÃO RECORRIDA. NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO.

Nos termos do art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72, caracteriza cerceamento do direito de defesa, a demandar anulação do acórdão recorrido para que outro seja produzido com apreciação de todas as razões de inconformidade, a omissão relativa a alegação específica de cerceamento de direito de defesa apresentada por responsável tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para ANULAR a decisão recorrida, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Relatora

Processo nº 19515.720053/2011-30
Acórdão n.º **1101-001.042**

S1-C1T1
Fl. 3

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (presidente da turma), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, José Sérgio Gomes, Nara Cristina Takeda Taga e Marcos Vinícius Barros Ottoni

CÓPIA

Relatório

CLÁUDIO COSTAMILAN BERGAMASCHI, já qualificado nos autos, recorre de decisão proferida pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campo Grande/MS que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTES as impugnações interpostas por ele e RC SUPRIMENTOS PARA INFORMÁTICA LTDA EPP contra lançamento formalizado em 12/05/2011, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 3.758.269,10.

A autoridade lançadora descreve, no Termo de Verificação Fiscal (fls. 296/300), que a contribuinte não foi localizada em seu endereço, motivo pelo qual procedeu-se à ciência por edital do Termo de Início de Fiscalização, no qual foram exigidos livros comerciais e fiscais, atos societários e extratos bancários referentes aos anos-calendário 2007 e 2008. Ausente resposta, foram expedidas Requisições de Informação sobre Movimentação financeira com base no art. 3º, inciso XI do Decreto nº 3.724/2001, e a partir dos extratos bancários obtidos foram selecionados os depósitos bancários objeto de intimação para comprovação da origem, cientificada à contribuinte também por edital.

Não sendo apresentada resposta, restou caracterizada a presunção de omissão de receitas com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96 relativamente aos depósitos bancários cujos valores oscilaram, mensalmente, entre R\$ 882.074,29 e R\$ 1.369.166,69, de julho/2007 a dezembro/2008.

A contribuinte, antes optante pelo Simples Federal, passou a apresentar declarações na sistemática do lucro presumido a partir de julho/2007. Na medida em que não foi apresentada a escrituração comercial e fiscal exigida, a autoridade fiscal procedeu o arbitramento dos lucros com fundamento no art. 530, inciso III do RIR/99.

O agente fiscal também constatou que Cláudio Costamilan Bergamaschi, apesar de ter se retirado da sociedade em 18/02/2008, continuou sendo a única pessoa com poderes para movimentar os recursos financeiros da empresa junto ao Banco Itaú S/A. Inferiu, a partir daí, *que o mesmo também é responsável pelas infrações tributárias apontadas no presente termo, restando caracterizada a sujeição passiva solidária, nos termos do art. 124 do Código Tributário Nacional.*

Acrescentou, ainda, *que como ficou claramente demonstrado, a fiscalizada incorreu na prática sistemática de omissão de receitas ao longo dos anos-calendário 2007 e 2008, e invocando o art. 1º da Lei nº 8.137/90 e o art. 71 da Lei nº 4.502/64, promoveu representação fiscal para fins penais e aplicou multa de ofício de 150%, nos termos do Art. 44 da Lei nº 9.430/96.*

Arrematou indicando como enquadramento legal os arts. 27, inciso I e 42 da Lei nº 9.430/9, bem como os arts. 532 a 537 do RIR/99.

Impugnando a exigência, a contribuinte alegou cerceamento ao seu direito de defesa, na medida em que o procedimento fiscal correu à sua revelia, e a Fiscalização só se empenhou em localizá-la depois de concluído o procedimento fiscal. Afirmou inconstitucional

a quebra de seu sigilo bancário, reportando-se a julgado do Supremo Tribunal Federal. Opôs-se ao lançamento fundado em presunção, invocando a Súmula nº 182 do Tribunal Federal de Recursos, e defendeu que a responsabilidade pelo crédito tributário não caberia a Cláudio Costamilan Bergamaschi, mas sim ao subscritor da impugnação, Marcelo Ribeiro de Oliveira, com fundamento no art. 135 do CTN. Por fim, também questionou a qualificação da penalidade, porque não comprovada a prática de sonegação ou o evidente intuito de fraude.

O responsável tributário Cláudio Costamilan Bergamaschi também impugnou a exigência, argüindo cerceamento ao seu direito de defesa por não lhe ter sido dada oportunidade de apresentar documentos. Argüiu a inconstitucionalidade do sigilo bancário, e argumentou que nenhuma das hipóteses previstas no art. 124 do CTN estão presentes no caso em exame, mormente tendo em conta que apenas era responsável pela movimentação da conta corrente da autuada, sem auferir qualquer benefício em razão destas operações, e sem exercer gerência da sociedade.

A Turma julgadora rejeitou estes argumentos aduzindo que:

- Não se verificou cerceamento ao direito de defesa porque a intimação por edital foi precedida de regular intimação dirigida à pessoa jurídica em seu domicílio tributário (o mesmo indicado em sua impugnação).
- O acesso pela autoridade administrativa às informações bancárias está previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, e o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 impede a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no processo administrativo fiscal. Quanto à manifestação do Supremo Tribunal Federal contrária à referida lei, foi ela tomada sem a presença de todos os membros da Corte, revelando maioria apenas circunstancial.
- A omissão de receitas está regularmente presumida porque reunidos os requisitos legais, sendo de se destacar que os depósitos bancários totalizaram, no período fiscalizado, R\$ 24.719.431,75, montante incompatível com a condição de empresa de pequeno porte. Ausente prova da origem, subsiste a imputação de omissão de receitas.
- Cláudio Costamilan Bergamaschi seria administrador da sociedade conforme certidão emitida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo, e por meio dele a sociedade empresária realizava negócios jurídicos, mesmo depois de ele se retirar formalmente da sociedade. *A atribuição de personalidade jurídica às sociedades empresárias, fazendo nascer um ente personalizado distinto das pessoas dos sócios, é uma criação do Direito, que se destina a fins lícitos. Não pode, pois, o instituto ser utilizado para a prática de atos ilícitos, lesivos ao patrimônio de terceiros.* Esta a razão de ser do art. 135, III do CTN e do art. 50 do Código Civil, impondo a responsabilização pessoal dos administradores que praticam atos com excesso de poderes ou violação de lei, contrato social ou estatutos.
- Há indício de simulação em sua retirada da sociedade, mormente tendo em conta que sua participação e da outra sócia foram transferidas pelo valor de R\$ 10.000,00, irrisório frente à movimentação financeira antes citada. *Ademais, não há prova de que o suposto adquirente das quotas do capital de RC Suprimentos, Marcelo Ribeiro de Oliveira, tivesse capacidade econômica para fazer o pagamento daquele valor.*

- Quanto à multa qualificada, *o dolo necessário para a aplicação da multa qualificada se caracteriza pela reiteração da conduta ilícita, que se prolongou por vinte quatro meses. Ademais, também deve ser considerada fraudulenta a permanência do segundo impugnante à frente da empresa, mesmo após sua retirada formal do quadro societário pessoa jurídica.*

As tentativas de ciência postal da decisão de primeira instância à pessoa jurídica autuada restaram improficuas (fl. 525 e 536/537), promovendo-se a ciência por edital desafixado em 05/12/2012 (fl. 538).

Cláudio Costamilan Bergamaschi foi cientificado da decisão de primeira instância em 19/03/2012 (fl. 511) e apresentou recurso voluntário em 17/04/2012 (fls. 539/559).

Preliminarmente argumenta que houve novo cerceamento ao direito de defesa, porque a autoridade julgadora de 1ª instância não observou que sua alegação era distinta daquela apresentada pela pessoa jurídica autuada, deixando de apreciar seu questionamento acerca da falta de intimação a ele dirigida durante o procedimento fiscal para prestação de esclarecimentos acerca dos fatos investigados.

Observa que a intimação dirigida à pessoa jurídica não autoriza a presunção de que *os sócios ou supostos responsáveis tenham ciência dos fatos que em tese acarretam a sua responsabilidade*, e defende a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa em face de qualquer sujeito passivo. Entende, assim, que *o procedimento deve ser revisto e anulado*, assim como *a decisão recorrida deve ser prontamente reformada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais uma vez que os doutos julgadores de 1ª instância sequer analisaram e consideraram a preliminar apresentada pelo recorrente.*

Prossegue questionando a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial e a apuração do crédito tributário por presunção, bem como afirmando ser indevida a responsabilidade tributária que lhe foi imputada, na medida em que deixou a sociedade em meados de 2008, e que o redirecionamento da responsabilidade pelo crédito tributário somente é possível *quando comprovado que houve ação com excesso de poderes, infração à lei ou contra estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa*, na forma dos arts. 134 de 135 do CTN, restando claro que *o simples inadimplemento de obrigações tributárias não caracteriza infração legal.*

Sua condição de gerente delegado no contrato social, dissociada de *qualquer evidência de ilícito culposo*, é insuficiente para imputação de responsabilidade tributária, conforme jurisprudência que transcreve. Ademais, na medida em que *a infração alegada pelo Fisco é a omissão de informações e documentos para fins de fiscalização*, a responsabilização deveria recair por aqueles obrigados ao cumprimento de tais exigências, *os atuais representantes legais da sociedade.*

Finaliza abordando a verdade material no processo administrativo, defendendo que *possui pleno direito de conhecer a razão jurídica devidamente fundamentada pela qual as suas razões de defesa foram desconsideradas pelo Fisco*. Acrescenta que *o processo administrativo fiscal busca à verdade material, levando à necessidade de uma análise restrita em todos os seus atos praticados, devendo ser observado todos os pontos aduzidos aos autos a fim de, motivar corretamente, a manutenção ou o cancelamento da exigência fiscal.*

Processo nº 19515.720053/2011-30
Acórdão n.º **1101-001.042**

S1-C1T1
Fl. 7

Pede o reconhecimento das nulidades do processo administrativo, sem a possibilidade de sua renovação, por conta da própria decadência; ou, em caso de não acolhimento da questão procedimento, requer-se, no mérito, a insubsistência do auto de infração eis que são indevidos os valores ali constantes, bem como o recorrente seja excluído do pólo passivo da presente demanda.

CÓPIA

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

O recorrente, em preliminar, arguiu a nulidade da decisão de 1ª instância porque não apreciado seu questionamento acerca da falta de intimação a ele dirigida durante o procedimento fiscal para prestação de esclarecimentos acerca dos fatos investigados. Aduz que a autoridade julgadora de 1ª instância não observou que sua alegação era distinta daquela apresentada pela pessoa jurídica autuada, e isto porque assim fez constar da decisão recorrida:

Cláudio Costamilan Bergamaschi, alegou, com base nos mesmos fundamentos do primeiro impugnante, cerceamento de direito de defesa e inconstitucionalidade. Arguiu ainda a ilegitimidade passiva para figurar como autuado. As duas primeiras alegações já foram examinadas. Resta, pois, verificar a legitimidade passiva.

Assim argumentou a pessoa jurídica autuada em impugnação (fls. 353/355):

1. PRELIMINARMENTE

I – DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

9. *De acordo com os fatos acima narrados, à IMPUGNANTE não foi conferida real oportunidade para apresentação da documentação solicitada, uma vez que, estranhamente, só foi possível intimá-la em seu domicílio fiscal após correr à revelia todo o procedimento de fiscalização, terem sido obtidas as informações junto às instituições financeiras e lavrados o auto de infração.*

10. *Com efeito, consoante se pode verificar pelos fatos narrados acima e constantes do Termo de Verificação Fiscal e Responsabilidade Solidária, não buscou o Sr. Auditor Fiscal localizar a IMPUGNANTE, na forma prescrita pela legislação, para apresentar seus livros fiscais e comerciais, documentos societários e eventuais extratos de movimentação bancária que pretendia analisar.*

11. *Optou, isso sim, ir direito à via da intimação edilícia, sem se preocupar em cumprir os preceitos legais e de dar à IMPUGNANTE chance de prestar os esclarecimentos necessários. Agindo assim, a impediu de exercer as formas de defesa cabíveis que pudesse se utilizar antes da lavratura dos autos de infração, configurando-se evidente e infundado cerceamento do seu direito de defesa.*

12. *Neste sentido, são várias as decisões do E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, como se denota abaixo:*

[...]

13. *No caso em análise, a própria cronologia dos fatos demonstra que não houve empenho da fiscalização no sentido de encontrar a IMPUGNANTE ou seus representantes para que prestassem esclarecimentos.*

14. *Todo o procedimento fiscalizatório, desde seu início até a lavratura do auto de infração durou pouco mais de 3 (três) meses, sendo que a quebra do sigilo bancário se deu em menos de 45 (quarenta e cinco) dias após o início da fiscalização !!!!*

15. *Ora, francamente, como pretende o Sr. Auditor Fiscal demonstrar que envidou esforços para localizar a IMPUGNANTE antes de requerer a quebra de seu sigilo bancário, se todo o procedimento se deu em menos de 45 dias?*

16. *Nem mesmo sua mentirosa afirmação de que “o contribuinte foi reiteradamente intimado a apresentar livros contábeis e fiscais...” lhe dá subsídio para proceder de forma como procedeu.*

17. *Diante de tais fatos só se pode concluir que há no caso, evidente, cerceamento do direito de defesa, com a nítida intenção de obter dados sigilosos e com isso fundamentar uma descabida autuação, razão pela qual se impõe a decretação da nulidade do Auto de Infração ora impugnado.*

II – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

[...]

22. *Assim, sem maiores divagações, constata-se desde logo que o auto de infração ora impugnado, também por isso, é nulo de pleno direito, uma vez que fundamentado em prova ilícita e obtida mediante violação de um dos mais básicos princípios constitucionais que é o direito ao sigilo de dados.*

23. *Nestes termos, com base nas preliminares acima argüidas, requer-se seja liminarmente decretada a nulidade do presente auto de infração, cancelando-se, como consequência, os lançamentos nele contidos.*

Em resposta, a autoridade julgadora de 1ª instância consignou que:

Cerceamento de direito de defesa e inconstitucionalidade no acesso à movimentação bancária

A primeira autuada, RC Suprimentos, apresentou impugnação alegando preliminarmente cerceamento do direito de defesa e inconstitucionalidade no acesso aos dados pertinentes à movimentação financeira.

As preliminares devem ser rejeitadas.

Não procede a assertiva de que não houve intimação para apresentar documentos que esclarecessem os fatos objeto da verificação fiscal. O termo de início de fiscalização foi encaminhado para o local que, de acordo com os dados constantes do cadastro da Receita Federal, correspondia ao endereço da impugnante, ou seja, Rua Nilo nº 170, bairro Aclimação, São Paulo/SP (fl. 4). Entretanto, o envelope contendo o termo de início e o mandado de procedimento fiscal foi devolvido pelos Correios, com a indicação de que o destinatário mudou-se e de que o local estava desabitado (fl. 5).

Foram feitas, sem sucesso, tentativas de intimar os sócios (fls. 8 e 12).

A empresa não está obrigada a permanecer definitivamente no mesmo endereço. Mas a legislação em vigor impõe que seja averbada na Junta Comercial a alteração do endereço e que se faça às autoridades fazendárias a comunicação formal do fato. Esse procedimento a impugnante não adotou, deixando o imóvel sem tomar as providências que permitissem que o Fisco a localizasse futuramente.

Diante disso, causa perplexidade verificar que na impugnação (fl. 349) consta como endereço da contribuinte aquele mesmo local que os Correios atestaram estar desabitado.

É fácil perceber que o problema foi gerado por omissão da própria impugnante, que agora não pode legitimamente alegar esse fato em seu benefício. Se a mudança de endereço não foi comunicada à Receita Federal, a intimação para lá enviada deve ser tida como válida. Por analogia, aqui se pode aplicar o que dispõe o art. 243 do Código de Processo Civil:

Art. 243. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.

Cabe, por outro lado, ressaltar que, no momento da impugnação, se reabre a possibilidade de apresentar os documentos e as explicações que a impugnante pretendia trazer na fase anterior e, por alguma razão, não pode fazê-lo. Portanto, o prejuízo, se em verdade existiu, poderia agora ser sanado. Todavia, como a impugnante não trouxe, nesta fase, nenhum documento, é razoável concluir que nada tem a acrescentar ou, se tinha, desistiu de fazê-lo.

Quanto aos dados relativos à movimentação da conta bancária, o acesso pela autoridade administrativa se deu com fulcro no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, cuja constitucionalidade se presume até que haja pronunciamento do E. STF em controle concentrado de constitucionalidade ou resolução do Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Lembre-se de que o art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972 expressamente veda, no âmbito do processo administrativo fiscal, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

[...]

No caso exame, não está presente nenhuma das hipóteses relacionadas no dispositivo acima. Frise-se que, na decisão do E. STF citada pela impugnante, não estavam presentes à sessão de julgamento todos os membros daquele corte, de sorte que a maioria formada naquela ocasião foi circunstancial.

Por sua vez, a impugnação de Cláudio Costamilan Bergamaschi trouxe as seguintes preliminares:

1. PRELIMINARMENTE

I – DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

6. *De acordo com os fatos acima narrados, ao IMPUGNANTE não foi conferido real oportunidade para apresentação da documentação solicitada, uma vez que, estranhamente, só foi possível intimá-lo em seu domicílio fiscal após correr à revelia todo o procedimento de fiscalização, terem sido obtidas as informações junto às instituições financeiras e lavrado o auto de infração.*

7. *Com efeito, consoante se pode verificar pelos fatos narrados no Termo de Verificação Fiscal e Responsabilidade Solidária, não buscou o Sr. Auditor Fiscal localizar o IMPUGNANTE, na forma prescrita pela legislação, para apresentar os esclarecimentos que entendesse necessário.*

8. *Somente ao final do processo de fiscalização, quando já lavrado o Auto de Infração é que foi intimado o IMPUGNANTE, que sempre esteve e ainda está em lugar certo e conhecido pelo Agente Fiscal, tanto é que quando quis intimá-lo da lavratura do auto de infração o fez sem maiores dificuldades.*

9. *O que parece é que a falta de empenho da fiscalização no sentido de encontrar o IMPUGNANTE para que prestasse esclarecimentos, teve como único fim obter a quebra do sigilo bancário da RC.*

10. *Ainda que se alegue que só foi possível vincular o IMPUGNANTE à RC com a quebra do sigilo bancário, o fato é que mesmo após tal fato poderia (e deveria) ter o Sr. Auditor Fiscal intimado o IMPUGNANTE para que prestasse esclarecimentos acerca daquilo que entendia ser uma infração. Mas não! Optou por encerrar o trabalho fiscal e presumir infrações e responsabilidades, sem maiores aprofundamentos.*

11. Ora, francamente, é evidente que o Sr. Auditor Fiscal, na sua pressa, acabou por ferir o mais básico dos direitos do IMPUGNANTE que é o direito à ampla defesa e ao contraditório.

12. Diante de tais fatos só se pode concluir que há, no caso, evidente, cerceamento do direito de defesa, razão pela qual se impõe a decretação da nulidade do Auto de Infração ora impugnado.

II – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

[...]

17. Assim, sem maiores divagações, constata-se desde logo que o auto de infração ora impugnado, também por isso, é nulo de pleno direito, uma vez que fundamentado em prova ilícita e obtida mediante violação de um dos mais básicos princípios constitucionais que é o direito ao sigilo de dados.

18. Nestes termos, com base nas preliminares acima argüidas, requer-se seja liminarmente decretada a nulidade do presente auto de infração, cancelando-se, como conseqüência, os lançamentos nele contidos e a responsabilidade solidária do IMPUGNANTE.

Como se vê, os questionamentos da pessoa jurídica fiscalizada centraram-se na invalidade da intimação por edital, ao passo que o responsável tributário discutiu a ausência de intimação a ele dirigida para esclarecimento dos fatos que ensejaram o lançamento. Distintas, portanto, as alegações, ao contrário do que disse a autoridade julgadora de 1ª instância ao apreciá-las.

Por sua vez, o Decreto nº 70.235/72 estabelece que:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993)

No presente caso, a decisão de 1ª instância foi proferida com preterição do direito de defesa, por deixar de apreciar uma das preliminares apresentadas pelo responsável tributário Cláudio Costamilan Bergamaschi. Por sua vez, a ressalva prevista no §3º do dispositivo acima transcrito não autoriza que se prossiga na apreciação dos demais argumentos apresentados pela recorrente, ainda que eventualmente para acolhê-los e decidir o mérito da exigência em seu favor, na medida em que a Fazenda Nacional teria, em tese, a possibilidade de apresentar recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais e o julgamento desta ser retardado/prejudicado porque não sanado o vício aqui constatado.

Processo nº 19515.720053/2011-30
Acórdão n.º **1101-001.042**

S1-C1T1
Fl. 12

Diante do exposto, o presente voto é no sentido de ANULAR a decisão de 1ª instância, para que outra seja proferida com a apreciação integral dos argumentos dos recorrentes, afastando o cerceamento do direito de defesa aqui demonstrado.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora

CÓPIA