



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

Processo nº 19515.720719/2011-50
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-001.047 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de fevereiro de 2014
Matéria SIMPLES Federal - Omissão de Receitas - Depósitos Bancários
Recorrente AGREGA CONFECÇÕES LTDA EPP (Responsáveis tributários: Gregório Marcos Garcia Neto, Oswaldo Alves de Oliveira e Solange de Souza)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2006

SIGILO BANCÁRIO. A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente não caracteriza violação de sigilo bancário, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.. A Lei 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

EXIGÊNCIA SEGUNDO AS REGRAS DO SIMPLES FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO PRÉVIA. Correto o lançamento formulado segundo a sistemática simplificada de recolhimentos prevista pela Lei nº 9.317, de 1996, se inexistir hipótese que determine a exclusão com efeitos sobre períodos de apuração autuados. **LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO SIMPLES NACIONAL. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE.** As hipóteses de exclusão, e correspondentes efeitos, previstos na Lei Complementar nº 123, de 2006, somente são aplicáveis a partir de 01 de julho de 2007.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. Nos casos de omissão de receitas, a qualificação da penalidade justifica-se quando demonstrados aspectos que afastem a possibilidade de erro material ou interpretativo. Sem esta exposição, o sujeito passivo não tem como se defender das acusações, e a exasperação da penalidade deve ser afastada porque não reunidos os requisitos essenciais para formalização do lançamento correspondente. **AGRAVAMENTO.** Pertinente a elevação do percentual da multa de ofício

em 50% se o sujeito passivo deixa de atender, no prazo marcado, a intimação para prestar esclarecimentos, mormente se estes se referem, também, a aspectos distintos das informações bancárias obtidas diretamente junto às instituições financeiras e que subsidiaram a presunção de omissão de receitas.

DECADÊNCIA. DECLARAÇÃO E PAGAMENTOS PARCIAIS. Ausente motivação válida para qualificação da penalidade, decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência dos fatos geradores, restam definitivamente homologados os créditos tributários parcialmente apurados, declarados e pagos pelo sujeito passivo.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ADMINISTRADORES. A imputação de responsabilidade solidária exige não só a demonstração de que o acusado foi diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica, como também a vinculação do crédito tributário exigido a atos destas pessoas praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Sendo inválida a motivação para qualificação da penalidade, e inexistindo outros aspectos que sustentem a aplicação do art. 135 do CTN, deve ser afastada a responsabilidade tributária atribuída aos administradores da pessoa jurídica.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em: 1) por maioria de votos, REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento em razão da inconstitucionalidade do acesso às informações bancárias, divergindo os Conselheiros Benedicto Celso Benício Júnior e Joselaine Boeria Zatorre; 2) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento em razão de irregularidades no acesso às informações bancárias; 3) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente às exigências principais; 4) por maioria de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para excluir a qualificação da penalidade, divergindo o Conselheiro José Sérgio Gomes; 5) por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente ao agravamento da penalidade, divergindo o Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior; 6) por maioria de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente decadência, divergindo o Conselheiro José Sérgio Gomes; 7) por maioria de votos, DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à responsabilidade tributária, divergindo o Conselheiro José Sérgio Gomes que negava provimento ao recurso, e o Presidente Marcos Aurélio Pereira Valadão que dava provimento parcial para afastar a responsabilidade de Gregório Marcos Garcia Neto, 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 19515.720719/2011-50
Acórdão n.º **1101-001.047**

S1-C1T1
Fl. 4

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 Joselaine Boeira Zatorre.

CÓPIA

Relatório

AGREGA CONFECÇÕES LTDA EPP, GREGÓRIO MARCOS GARCIA NETO, OSWALDO ALVES DE OLIVEIRA E SOLANGE DE SOUZA, já qualificados nos autos, recorrem de decisão proferida pela 13ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo - I que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTES as impugnações interposta contra lançamento formalizado em 05/08/2011, exigindo crédito tributário no valor total de R\$ 2.262.847,88.

Consta do Termo de Verificação Fiscal de fls. 567/578 que a contribuinte, intimada a apresentar esclarecimentos acerca de sua movimentação financeira no ano-calendário 2006, entregou à Fiscalização apenas seus atos societários e alguns livros fiscais, deixando de apresentar o Livro Caixa e as informações acerca de suas movimentações bancárias e com cartões de crédito. Lavradas duas reintimações, e sem que nada fosse apresentado, a Fiscalização solicitou a emissão de Requisição de Movimentação Financeira (RMF) com fundamento nos arts. 2º e 3º, e incisos V e XI, parágrafo 2º, inciso I do Decreto nº 3.724/2001. Observou estar presente indício de interposição de pessoa, na medida em que a movimentação financeira (R\$ 10.123.845,16) representou 13,16 vezes a receita declarada (R\$ 769.241,93).

Obtidos os extratos bancários e as procurações apresentadas para movimentação das contas bancárias, a contribuinte foi intimada a comprovar a origem dos depósitos bancários e a apresentar seu Livro Caixa. Em resposta, indicou parcelas que correspondiam a mutações patrimoniais, sem apresentar documentação correspondente, e requereu prazo para as conciliações necessárias, embora já tivesse sido intimado acerca dos valores creditados nas suas contas bancárias desde o início do procedimento fiscal, cerca de 13 (treze) meses antes. A contribuinte também requereu os arquivos magnéticos de dados bancários utilizados pela Fiscalização, mas esta o orientou a requerer diretamente às instituições financeiras, por se tratar de informações que deveriam estar sob sua guarda e escrituradas no Livro Caixa. Apesar disto, a autoridade fiscal concedeu novo prazo para a contribuinte comprovar a origem dos depósitos bancários questionados.

Como nada foi apresentado pela contribuinte, depois de expurgados os créditos referentes a *devolução de cheques, estorno de depósitos, transferências de mesma titularidade e empréstimos das instituições financeiras*, a autoridade fiscal distinguiu os depósitos cujo histórico era *indicativo de lançamentos oriundos da atividade da empresa, ou seja, faturamento*, daqueles cujo histórico *não se relacionava diretamente ao faturamento*, reputando todo o conjunto como receitas da atividade da pessoa jurídica. Do primeiro grupo de valores expurgou as receitas originalmente declaradas, classificando como omitidas as excedentes (R\$ 2.327.197,95), relativamente às quais entendeu caracterizado crime contra a ordem tributária definido no art. 1º da Lei nº 8.137/90, aplicando ao crédito tributário daí decorrente multa de ofício de 225%. O segundo grupo de depósitos também caracterizou omissão de receitas, mas aos créditos tributários correspondentes foi aplicada multa de ofício de 112,5%. O agravamento das multas em 50% decorreu do *não atendimento pelo sujeito passivo às solicitações desta fiscalização, nos prazos estipulados nas intimações lavradas, nos termos do §2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96*.

As exigências foram calculadas segundo a sistemática simplificada de recolhimento (fls. 621/726), e às fls. 747/748 consta a representação elaborada para que a contribuinte fosse excluída do SIMPLES a partir de 01/01/2007, *em razão do auferimento de receita bruta no ano-calendário de 2006 no valor de R\$ 5.884.701,10 superior ao limite de receita bruta permitido para ao Simples – Federal*. O ato de exclusão, contudo, não integra estes autos.

A autoridade fiscal também lavrou Termo de Sujeição Passiva Solidária contra Gregório Marcos Garcia Neto (fls. 730/731) com fundamento no art. 135 do CTN, tendo em vista as procurações apresentadas pelas instituições financeiras, conferindo-lhe poderes para gerir e administrar todos os negócios da empresa em tela. No Termo de Verificação Fiscal, a autoridade lançadora descreve os poderes conferidos em tais procurações e relata ter confirmado a validade dos atos junto ao 4º Tabelionato de Notas da Comarca de São Paulo.

Também com fundamento no art. 135 do CTN, foi imputada responsabilidade tributária a Solange de Souza (fls. 732/733) e Oswaldo Alves de Oliveira (fls. 734/735), em razão de serem sócios da empresa com poderes de administração.

Impugnando a exigência, a pessoa jurídica questionou a quebra de seu sigilo bancário; discordou da motivação exposta nas RMF; protestou pela posterior juntada de documentos que comprovasse a origem dos depósitos bancários, dado ainda não ter recebido as informações de sua movimentação bancária junto às instituições financeiras; discordou da exigência na sistemática do SIMPLES a partir de fevereiro/2006, com fundamento na Lei Complementar nº 123/2006; restringiu a aplicação da multa qualificada aos casos de falsidade e inexactidão acrescidos do caráter doloso da conduta, desde que provado o dolo específico das hipóteses previstas nos art. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64; invocou a Súmula CARF nº 14; argumentou que não houve atraso ou prejuízo ao Fisco no atendimento às intimações; e arguiu a decadência dos valores exigidos de janeiro a julho/2006.

Os responsáveis tributários reiteraram as razões da pessoa jurídica e alegaram falta de comprovação das supostas infrações ao art. 135 do CTN, restando sem motivação os Termos de Sujeição Passiva Solidária, com conseqüente cerceamento ao direito de defesa. Gregório Marcos Neto desqualificou a imputação com base, apenas, em uma procuração para representar a empresa, e Oswaldo Alves de Oliveira, assim como Solange de Souza, destacaram ser inadmissível a imputação de responsabilidade apenas com base no fato de serem sócios da pessoa jurídica.

A Turma julgadora rejeitou estes argumentos aduzindo que:

- O procedimento fiscal desenvolveu-se regularmente, não se verificando qualquer nulidade, assegurando-se a defesa dos interessados por meio de impugnação ao lançamento;
- Nos casos de *imprecisão, inexistência ou incompletude do lançamento por homologação*, o Fisco dispõe do prazo previsto no art. 173, inciso I do CTN para formalizar o lançamento, de modo que o lançamento poderia ter sido formalizado até 31/12/2011, mormente tendo em conta que houve aplicação de multa qualificada;
- Gregório Marcos Garcia Neto não era mero mandatário da pessoa jurídica, mas sim *detinha poderes vinculados às circunstâncias mais amplas e intrínsecas da “vida” da entidade*, os quais inclusive superavam os poderes

dos sócios gerentes, que somente poderiam atuar em conjunto. Daí não ser absurdo inferir que, *de fato, o dito procurador detinha poderes para atuar como administrador da empresa que lhe outorgara as mais amplas e irrestritas faculdades.*

- Nos termos do art. 135, III do CTN, *os representantes da pessoa jurídica de direito privado quanto aos atos praticados com infração à lei, são pessoalmente responsáveis pelos créditos tributários decorrentes de seu agir, donde se extrai que a responsabilidade deve ser atribuída àquele que, tendo o poder de decidir sobre a realização de determinada conduta, o faz com ilegalidade.*
- ... *o acervo indiciário contido nos autos e adiante esmiuçado possibilita concluir que a movimentação financeira auditada de origem incomprova foi deliberadamente utilizada pela Defendente e seus administradores com o fito de omitir informação e o conhecimento, por parte das Autoridades Fazendárias, dos tributos e contribuições incidentes sobre as receitas auferidas no ano calendário de 2006, conduta que encerra flagrante ilegalidade restando tipificada, inclusive e ao menos em tese, no artigo 1º da Lei nº 8.137/90. Ademais, está fora de dúvida que, tanto os sócios-administradores como o intitulado procurador da Autuada, haja vista os poderes dos quais eram dotados, poderiam influir nas informações prestadas ao Fisco, impedindo, desta sorte, a materialização da conduta omissiva tipificada no mencionado preceito da Lei nº 8.137/90.*
- Não houve violação ao sigilo bancário, na medida em que Lei Complementar nº 105/2001 autoriza as requisições feitas pela Fiscalização. A motivação das requisições está em conformidade com o ordenamento de regência, bastando o indício de interposição de pessoas, ainda que este não se concretize.
- Imprópria a alegação de violação a disposições da Lei Complementar nº 123/2006, inaplicável ao período fiscalizado.
- A origem de depósitos em *resgates feitos* pela contribuinte junto a *Instituições Financeiras de Cartões de Crédito e Débito* e a declaração das correspondentes receitas deveria ser provada pela impugnante. Quanto à demora das instituições financeiras no fornecimento dos extratos bancários, estes ficaram à disposição da contribuinte para obtenção de cópias, além de ser obrigação da contribuinte manter a guarda destes elementos que deveriam ter servido de base à sua escrituração, ao passo que nem mesmo o Livro Caixa foi apresentado à Fiscalização.
- Ausente prova em contrário, subsiste a presunção de omissão de receitas.
- Embora a autoridade lançadora tenha se equivocado na remissão legislativa acerca da qualificação da penalidade, os fatos que a motivaram foram validamente expostos. Para imputação da multa qualificada são suficientes *indícios da ocorrência do intuito fraudatório ou sonegatório, consubstanciada na intenção de se eximir do cumprimento das obrigações tributárias, mormente o pagamento de tributo, em virtude da utilização de expedientes ilegítimos, e neste caso a Autoridade Fiscal considerou como atividades vinculadas ao faturamento da Impugnante os créditos decorrentes de operações de desconto de duplicatas e de cheques e os depósitos efetuados pelas diversas operadoras de cartão de débito/crédito,*

os quais, indiscutivelmente, compõem a receita bruta/faturamento, cumprindo à contribuinte demonstrar que *teriam por origem fato outro que não suas operações comerciais*.

- Quanto à Súmula CARF nº 14, o presente procedimento fiscal pautou-se *nas transações comerciais inequívocas subjacentes aos históricos de suas transações bancárias, individualmente analisados, que registram operações comerciais corriqueiras para Insurgente, vez que verificada a contumácia destas, diluídas por todo o transcorrer do ano de 2006, revelando, assim, o evidente intuito fraudatório de prática sonegatória reiterada*.
- A falta de apresentação dos documentos exigidos pela Fiscalização *acarretaram maior ônus procedimental à Fiscalização*, autorizando o agravamento da penalidade.

A intimação do resultado de julgamento enviada por via postal a Agrega Confeções Ltda foi devolvida com a informação de “mudou-se” (fls. 1143/1144), promovendo-se a ciência por meio de edital desafixado em 16/11/2012 (fl. 1156). Em 27/11/2012 a pessoa jurídica apresentou o recurso voluntário de fls. 1159/1178, no qual preliminarmente reitera a existência de vício na motivação das RMF e a inconstitucionalidade da quebra de seu sigilo bancário. Não teria se confirmado o indício de interposição de pessoas, a constatação de renda superior à declarada seria posterior à apresentação dos extratos bancários, e demais disso seria o caso de aplicação do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, em razão da repercussão geral reconhecida ao tema pelo Supremo Tribunal Federal, aplicando-se o pacífico o entendimento favorável à proteção do sigilo de dados de operações por aquele Tribunal.

No mérito, argumenta que os depósitos bancários não revelam renda ou acréscimo patrimonial, ou operações que se sujeitam à incidência do IPI ou das contribuições sociais, consoante jurisprudência que cita. Defende, ainda, a aplicação da Lei Complementar nº 123/2006, por se tratar de norma procedimental, impondo a exclusão da pessoa jurídica do Simples a partir do mês em que constatadas as infrações mencionadas pela Fiscalização. Reitera as alegações acerca da natureza de depósitos bancários questionados, insistindo tratar de resgates e de receitas declaradas, e protestando pela posterior juntada dos documentos que venham a ser fornecidos pelas instituições financeiras.

Alega a decadência dos créditos tributários apurados até julho/2006, porque a autoridade fiscal não *alegou a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*, mas apenas alegou prática de crime contra a ordem tributária, o que não se confunde com a demonstração daqueles elementos.

Questiona o enquadramento legal da multa qualificada, também afirmando que não restou comprovada a existência de dolo do contribuinte em fraudar a Fazenda Pública, consoante exigido na jurisprudência administrativa que colaciona, bem como na Súmula CARF nº 14. Entende que *a fiscalização não descreveu a suposta conduta delituosa, deixando de cotejar os aspectos previstos nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/64, baseando-se em crime “em tese”, sem comprovar o caráter doloso na conduta realizada pela empresa, inclusive prejudicando a defesa da interessada*.

Por fim, opõe-se ao agravamento da multa porque não houve óbice à Fiscalização, que inclusive já havia quebrado o sigilo bancário da contribuinte quando da lavratura dos Termos de Intimação de 26/05/2011 e 26/08/2011, *cujo não atendimento integral*

teria ensejado a majoração das multas em questão. Cita jurisprudência contrária ao agravamento nos casos em que a omissão do contribuinte já tem consequências específicas previstas na legislação, e acrescenta que não apresentou a documentação em razão da falta de sua disponibilização pelas instituições financeiras.

Embora nada alegue a respeito, pede o cancelamento integral do Auto de Infração também porque o Termo de Sujeição Passiva solidária é desprovido de motivação válida, na medida em que não foram descritas as razões que justificariam a sujeição passiva da Recorrente.

A intimação do resultado de julgamento enviada por via postal a Gregório Marcos Garcia Neto não foi recepcionada em razão de sua ausência no domicílio fiscal (fls. 1139/1140). Contudo, em 27/11/2012 ele apresentou o recurso voluntário de fls. 1181/1204, no qual argúi a nulidade do Termo de Sujeição Passiva Solidária, na medida em que ele *não descreveu e não comprovou as supostas infrações ao art. 135 do CTN, realizadas pelo RECORRENTE, em descumprimento ao que determina os artigos 2º e 50, ambos da Lei nº 9.784/99.* Sua defesa, assim, foi produzida em razão das infrações cometidas pela empresa autuada, e não das infrações por ele cometidas.

De toda sorte, argumenta que o Termo de Sujeição Passiva Solidária seria improcedente, porque não poderia apenas se basear nas procurações que lhe foram outorgadas, mormente tendo em conta que tais poderes se restringiam *à representação da empresa autuada perante as instituições financeiras, no âmbito da gestão das suas contas bancárias, não se confundindo com a gestão da área tributária da referida empresa.*

Com referência à alegação de que a omissão de receitas caracterizaria crime contra a ordem tributária, não houve descrição ou comprovação neste sentido, e não foi comprovado *o nexo causal entre a conduta do RECORRENTE e a suposta ocorrência de crime contra ordem tributária.* Houve, apenas, *alegação abstrata e genérica de ocorrência de crime,* distinta da certeza exigida na esfera penal, e a Súmula CARF nº 14 não autoriza a tipificação de crime em caso, apenas, de omissão de receitas.

Observa que *a Fiscalização nada disse sobre os atos praticados pelo IMPUGNANTE e em que medida tais atos teriam como consequência a caracterização de crime contra a ordem tributária.* Invoca, assim, a aplicação do art. 112 do CTN.

Reporta-se, ainda, às mesmas razões expostas pela pessoa jurídica autuada contra a exigência que lhe foi imputada.

Solange de Souza e Oswaldo Alves de Oliveira foram cientificados em 26/10/2012 (fl. 1141 e 1142), apresentando os recursos voluntários de fls. 1207/1229 e 1232/1254, nos quais também argüem a nulidade dos Termos de Sujeição Passiva Solidária por falta de motivação, bem como sua improcedência porque não comprovadas e não descritas as supostas infrações ao art. 135 do CTN. No mais, também reproduziram as razões deduzidas pela pessoa jurídica autuada em seu recurso voluntário.

Voto

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Consoante relatado, o crédito tributário aqui exigido tem como lastro informações bancárias obtidas pelo Fisco mediante Requisições de Movimentação Financeira – RMF dirigidas às instituições financeiras. Os recorrentes arguem a inconstitucionalidade da quebra de seu sigilo bancário e invocam a aplicação do art. 62-A do Regimento Interno do CARF - RICARF, reportando-se a entendimento favorável à proteção do sigilo bancário exteriorizado pelo Supremo Tribunal Federal.

O procedimento adotado pela Fiscalização está previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, como bem exposto pela autoridade julgadora de 1ª instância:

11. Ademais, no tocante à premissa levantada pelo contribuinte de violação de seu sigilo bancário quando da obtenção dos dados utilizados pela Autoridade Fiscal, o que teria acarretado ofensa a garantias constitucionais plasmadas no art. 5º da Carta Política Brasileira, há de ser pontuado o que segue.

11.1. A inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII, CF) que complementa a previsão de direito à intimidade e vida privada (art. 5º, X, CF) são direitos e garantias relativos e, portanto, encontram limites nos estritos termos legais.

11.2. Ainda, com a edição da Lei Complementar nº 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências, não pairam mais dúvidas acerca da possibilidade de as Autoridades Fiscais Tributárias requisitarem das instituições financeiras e examinarem as informações acerca das contas de depósitos e aplicações financeiras, observadas as condições previstas, sem que com isso reste ferido o dever de sigilo das mencionadas instituições, sendo prescindível, inclusive, a ventilhada autorização judicial para tanto.

11.3. Demais do tratado, relevante relembrar que, consoante art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

11.4. Assim, a Autoridade Administrativa que subscreve o presente Voto só poderia deixar de aplicar determinado ato legal se o mesmo tivesse sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia erga omnes, ou se houvesse resolução do Senado suspendendo a eficácia da aplicação do dispositivo legal, ou, ainda, se tivesse sido determinada a extensão dos efeitos de decisões com esse conteúdo pelo Presidente da República, pelo Secretário da Receita Federal do Brasil ou pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional. Assim, não se encontrando presente no caso vertente quaisquer destas situações, não há como ser afastada a aplicação das previsões legais supracitadas.

11.5. A respeito do fornecimento de informações à Administração Tributária da União, mais precisamente à Secretaria da Receita Federal (atual Secretaria da Receita Federal do Brasil), assim dispõe a supracitada Lei Complementar:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

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

(...)

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

(...)

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

(...)

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.**
(original sem destaques)

*11.6. A análise dos dispositivos transcritos, com destaque para o artigo 1º, § 3º da citada Lei Complementar, conduz ao reconhecimento da prevalência do interesse público e social sobre o interesse privado ou individual, pois excepciona, expressamente, da regra do sigilo bancário, os casos em que o fornecimento de informações e documentos alusivos a operações e serviços de instituições financeiras **não constitui violação do dever de sigilo**, nos termos e condições estabelecidos nos seus artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 10.*

Por sua vez, o art. 62-A do Regimento Interno do CARF assim dispõe:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 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. 543-B. (revogado)

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

O art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 é, de fato, objeto do Recurso Extraordinário nº 601.314, que aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal em rito de repercussão geral, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. A decisão que reconheceu a repercussão geral desta matéria foi assim ementada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao fisco, sem prévia autorização judicial (lei complementar 105/2001).

Possibilidade de aplicação da lei 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência. Relevância jurídica da questão constitucional. Existência de repercussão geral.

Todavia, no referido recurso extraordinário ainda não foi editada decisão definitiva de mérito que pudesse impor a reprodução, pelos Conselheiros, no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, do entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal em outros casos semelhantes, como pretendem os recorrentes. Nem mesmo o sobrestamento antes previsto nos §§ do art. 62-A do RICARF mostra-se possível, dada sua recente revogação pela Portaria MF nº 545/2013.

Por sua vez, o Decreto nº 70.235/72 somente autoriza os órgãos administrativos de julgamento a afastar a aplicação de lei que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

O art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal em caso concreto que ali chegou por meio do Recurso Extraordinário nº 389.808, decidido em 10/05/2011 nos termos da seguinte 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.

Contudo, a Procuradoria Geral da República opôs embargos de declaração a esta decisão, os quais aguardam julgamento, estando conclusos ao relator desde 09/11/2011, de modo que não se verificou o trânsito em julgado, não se podendo falar, aqui, da existência de

decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo legal que autoriza o procedimento aqui utilizado para reunião das provas que fundamentam a exigência.

Por estas razões, deve ser REJEITADA a arguição de nulidade do lançamento em razão de inconstitucional acesso às informações bancárias da pessoa jurídica autuada.

A apreciação das arguições de decadência de crédito tributário lançado exige, antes, a análise da multa qualificada imputada na presente exigência, motivo pelo qual não serão apreciadas preliminarmente.

Os recorrentes apontam a existência de vício na motivação das RMF, na medida em que não se confirmou o indício de interposição de pessoas, bem como porque a constatação de renda superior à declarada seria posterior à apresentação dos extratos bancários. A abordagem contida na decisão recorrida bem demonstra a impropriedade desta argumentação:

11.7. Por sua vez, o procedimento de requisição de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas foi regulamentado no Decreto nº 3.724/01, cuja redação vigente ao tempo dos fatos discutidos previa:

Art. 2º A Secretaria da Receita Federal, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, **quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis**.

(...)

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

(...)

V - realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;
(...)

XI - **presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa** do titular de fato.

(...)

§ 2º **Considera-se indício de interposição de pessoa**, para os fins do inciso XI deste artigo, quando:

I - as informações disponíveis, relativas ao sujeito passivo, indicarem **movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível declarada** ou, na ausência de Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o montante anual da movimentação for superior ao estabelecido no inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996;

(...)

Art. 4º Poderão requisitar as informações referidas no § 5º 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:

(...)

§ 2º A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do MPF.

(...)

§ 5º A RMF será expedida com base em relatório circunstanciado, elaborado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal encarregado da execução do MPF ou por seu chefe imediato.

§ 6º No relatório referido no parágrafo anterior, deverá constar a motivação da proposta de expedição da RMF, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no artigo anterior, observado o princípio da razoabilidade.

(...)

§ 8º A expedição da RMF presume indispensabilidade das informações requisitadas, nos termos deste Decreto. *(original sem destaques e grifos)*

11.8. Depreende-se do exposto que, no caso em tela, o procedimento para a requisição, junto às instituições financeiras, e a utilização de informações referentes às respectivas movimentações do Contribuinte está em estrita consonância com o ordenamento vigente e, por corolário, não materializa situação de quebra de sigilo bancário, tudo conforme os documentos acostados, especialmente, às fls. 173/7.

11.9. Demais disso, as alegações da falta de motivação do ato administrativo consubstanciado nas RMF, bem como no tocante ao não atendimento da previsão normativa acerca das “informações disponíveis” à Fiscalização (prévias à requisição), não merecem acolhida. Conforme se depreende do relatório circunstanciado que motivou a Solicitação de Emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira, de 18/08/2010, o ordenamento de regência foi ampla e estritamente observado, de acordo com excerto que se reproduz do constante às fls. 176:

Consoante informação **constante do dossiê que acompanha o RPF** em questão, constam, para a Contribuinte identificada pelo CNPJ 01.798.041/000138, no ano calendário de 2006, R\$ 10.123.845,16 como Movimentação Financeira (Valor Base de Cálculo da CPMF).

De outro lado, **o dossiê informa** que a AGREGA CONFECÇÕES LTDA. EPP apresentou Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – SIMPLES, relativamente ao mesmo ano-calendário, na qual informou, como únicos rendimentos, R\$ 769.241,93.

Há, portanto, entre os valores R\$ 10.123.845,16 (movimentação) e R\$ 769.241,93 (rendimentos declarados) uma relação de 13,16 vezes. *(original sem destaques)*

11.10. Há de ser pontuado que o referido dossiê representa o conjunto de informações internas apurado na seleção dos contribuintes para possíveis procedimentos fiscais, ao passo que o mencionado RPF – Registro de Procedimento Fiscal, documento administrativo e interno à RFB, determina o escopo do procedimento a ser realizado no contribuinte selecionado. Os mencionados

documentos compõem o conjunto informativo que subsidia o trabalho da Autoridade Fiscal incumbida da execução da respectiva auditoria.

11.11. Destarte, contrariamente ao alegado pela Insurgente, a Autoridade Fiscal dispunha, no momento da fundamentação das combatidas RMF, e, portanto, anteriormente e como motivo das hostilizadas requisições, todas as informações indicativas do indício de interposição de pessoa, consoante reclamado pela norma acima transcrita (art. 3º, § 2º, I do Decreto nº 3.724/01), vez que dentre as informações que conduziram à seleção da Impugnante como objeto de procedimento fiscal, fornecidas à Autoridade responsável pela execução deste ainda antes de seu início, já constavam as atinentes a sua movimentação bancária incompatível com os valores declarados.

*11.12. Em adição, não é despidendo relembrar que as RMF encaminhadas às instituições financeiras com as quais transacionou a Defendente no ano-calendário de referência foram datadas de **23/08/2010**, conforme fls. 178/9, 205/6, 246/7, 344/5 e 423/4.*

*11.13. Neste ponto, cumpre ratificar que a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – PJSI, cópia acostada às fls. 40/57, cujos valores de receita bruta mensal foram reproduzidos e consolidados em forma de tabela às fls. 574/5 do Termo de Verificação Fiscal, demonstra que o montante da receita bruta auferida/declarada pela Autuada no transcorrer do ano-calendário de 2006 perfaz **R\$ 769.241,93**. Por outro lado, a movimentação financeira da Insurgente no mesmo período correspondeu ao montante de **R\$ 10.123.845,16**, consoante assentado no item '8' do citado Termo de Verificação Fiscal, fls. 568/9.*

11.14. Diante dos dados demonstrados e incontestes, restou plenamente observado e justificado, com fulcro no art. 3º, XI c/c § 2º, I (movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível declarada), acima transcritos, a regularidade da solicitação de informações referentes a operações de instituições financeiras.

11.15. Demais do exposto, insta observar que, conforme transcrito alhures, para que o procedimento de requisição de informações às instituições financeiras seja considerado regular, basta a demonstração da existência do indício de interposta pessoa, não havendo necessidade de comprovar-se tal interposição diante do desiderato legal.

11.16. Assim, de somenos importância o fato de a Autoridade Fiscal ter asseverado no Termo de Verificação Fiscal que, durante o procedimento fiscal, acabou por não comprovar a efetiva interposição de pessoa nas movimentações bancárias auditadas, vez que tal fato não vulnera o desígnio legal vaticinado no propalado art. 3º, § 2º, I do Decreto nº 3.724/01.

11.17. Ademais, a emissão de Requisição sobre Movimentação Financeira– RMF pode ser formalizada pela Autoridade Competente sempre que ficar comprovada a ocorrência de três requisitos: (i) a prévia instauração de procedimento regular de fiscalização por meio de MPF; (ii) o não atendimento, por parte do Contribuinte, de intimação para apresentação de informações referentes às suas movimentações financeiras; (iii) a imprescindibilidade dessas informações para a conclusão do procedimento de fiscalização.

11.17.1. No que diz respeito ao primeiro requisito supramencionado, constata-se que o início do procedimento de fiscalização foi antecedido pelo Mandado de Procedimento Fiscal (fls. 2), emitido em 27/05/2010, que permitiu e assegurou ao Contribuinte a ciência e a certeza da autenticidade do procedimento fiscal contra si instaurado, dando-lhe conhecimento do tributo objeto de investigação, do período a ser verificado, do prazo para a realização do procedimento fiscal e da Autoridade Fiscal que procederá à fiscalização.

11.17.2. Também, foi o Contribuinte regularmente intimado a apresentar extratos de sua movimentação financeira por meio de diversos termos (Termo de Início do Procedimento Fiscal de 02/08/2011 e Termos de Reintimação datados de 23/06/2010 e 20/07/2010), anteriormente às solicitações às instituições financeiras, os quais deixaram de ser integralmente atendidos.

11.17.3. Diante do exposto, restou demonstrada a imprescindibilidade das informações solicitadas. Pairasse dúvida, o § 8º do art. 4º do Decreto nº 3.724/01, prevê que a própria expedição da RMF presume a indispensabilidade das informações requisitadas.

11.18. Assim, no caso concreto, verifica-se que o processo administrativo contém todos os termos e documentos necessários à sua formalização, tendo sido a Autuada cientificada de todo o seu conteúdo, conferindo-lhe pleno acesso às informações indispensáveis à sua ampla defesa. As informações sobre sua movimentação financeira foram fornecidas pelas instituições responsáveis em atendimento a requisição formal da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em estrita obediência à legislação de regência, face à omissão do próprio Contribuinte em apresentar tais documentos e, por decorrência lógica, **não há de ser cogitada a obtenção de dados e documentos das instituições bancárias por meios ilícitos.**

11.19. Demais disso, consoante expressado por Alexandre de Moraes⁷ [7 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 94], o Poder Público, por meio de declarações de rendas anuais enviadas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, obtém dados relativos à vida privada e aos negócios de todos os contribuintes que, na conformidade e nos limites do ordenamento, se revestem do mesmo caráter sigiloso das informações bancárias. Destarte, depreende-se do quanto expressado que as informações do contribuinte continuam sob a proteção do manto do sigilo, a este tempo fiscal, consoante previsto no art. 198 do CTN. Transcreve-se:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

11.19.1. Por fim, corroborando tal entendimento, o Decreto nº 3.724/01, vaticina em seu art. 7º:

Art. 7º As informações, os resultados dos exames fiscais e os documentos obtidos em função do disposto neste Decreto serão mantidos sob sigilo fiscal, na forma da legislação pertinente.

Assim, também deve ser REJEITADA a arguição de nulidade do lançamento em razão de irregularidades no acesso às informações bancárias da pessoa jurídica fiscalizada.

Os recorrentes argumentam que os depósitos bancários não revelam renda ou acréscimo patrimonial, nem mesmo operações que se sujeitam à incidência do IPI ou das contribuições sociais, consoante jurisprudência que citam. Também reiteram as alegações acerca da natureza de depósitos bancários questionados, insistindo tratar de resgates e de receitas declaradas, e protestando pela posterior juntada dos documentos que venham a ser fornecidos pelas instituições financeiras.

A decisão recorrida também enfrenta com profundidade os temas:

Da Natureza dos Depósitos Não Comprovados e da Presunção de Omissão de Receitas.

13. No atinente ao ponto central dos debates em epígrafe, articula a Defendente que muitos dos depósitos bancários questionados eram provenientes de resgates feitos por esta junto a Instituições Financeiras de Cartões de Crédito e Débito e, ainda, que tais receitas foram declaradas na PJSI/07.

13.1. Ademais, erige não ter tido prazo suficiente para a apresentação dos documentos e conciliações necessárias para comprovar a origem dos reclamados créditos bancários, especialmente porque não obteve o quanto solicitado (extratos bancários) das instituições financeiras com as quais manteve relação no ano calendário fiscalizado.

13.2. Diante do quanto alegado, cumpre mencionar, ab initio, , tendo em vista o desiderato do conceito de receita bruta estampado no § 2º, do art. 2º, da Lei nº 9.317/96, que cabia à Impugnante demonstrar, com comprovação por meio documental hábil e suficiente, a composição dos valores verificados nas contas-correntes de sua titularidade, especialmente os concernentes aos créditos, presumidamente entendidos como receitas omitidas, para que, somente então, fosse possibilitado o conhecimento e a apuração da efetiva receita bruta pertencente à Insurgente.

13.3. Insta mencionar, ainda, que as alegações referentes à necessidade de aguardar resposta das instituições financeiras para, então, esclarecer a composição da movimentação bancária fiscalizada não pode prosperar, haja vista que, ao menos a partir do lançamento tributário acompanhado das provas que lhe deram embasamento, os extratos bancários que subsidiaram a fiscalização em tela estavam à disposição da Impugnante (fls. 189/204, 219/235, 254/343, 403/422 e 481/500), inclusive para obtenção de cópias, em observância ao previsto no art. 3º, II, da Lei nº 9.784/99, aplicável subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal.

13.4. Desta sorte, demonstrado que não materializada a exceção prevista no art. 16, § 4º, 'a', do Decreto nº 70.235/72, não há espaço para o acolhimento da solicitação de juntada posterior de documentos probatórios, em virtude do quanto previsto no indigitado artigo 16, III e § 4º.

14. Demais do exposto, há de ser pontuado que todo o processo administrativo fiscal orienta-se pela busca da verdade real ou material, razão pela qual a Insurgente deveria, juntamente com a Impugnação, apresentar todos os documentos capazes de demonstrar a veracidade das matérias suscitadas, não podendo ser acatadas alegações desacompanhadas de provas.

14.1. Lado outro, sabendo-se que a Impugnante, para o exercício em referência, era optante pelo SIMPLES, insta observar que, por expressa disposição legal, estava obrigada a manter em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros obrigatórios: Caixa e Registro de Inventário (art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.317/96).

14.2. Naturalmente, para o caso vertente, cujas análises cingiram-se à movimentação bancária, revelar-se-ia de importância capital a apresentação por parte da Insurgente do Livro Caixa, documento não apresentado durante o procedimento fiscal, conforme afirmou a Autoridade Autuante no Termo de Verificação Fiscal, especialmente às fls. 572, nem acostado aos autos quando da apresentação da Impugnação que se analisa.

14.3. Destarte, não tendo a Interessada qualquer cautela em documentar adequadamente os fatos alegados ou atacados, ficam por sua conta e risco as consequências de tal negligência. A responsabilidade por infrações tributárias independe da intenção do agente, conforme vaticinado no artigo 136 do Código Tributário Nacional.

14.4. Assim, ao desatender à solicitação detalhada expressada nos Termo de Intimação de 26/05/11, fls. 503/547, a Defendente deu azo à incidência da presunção legal, plasmada no art. 42 da Lei nº 9.430/96, que estabeleceu que os valores creditados em conta corrente ou de investimento mantida junto a instituições financeiras, quando não comprovada a sua origem por meio de documentação hábil e idônea, constituem receita omitida. In verbis.

Art.42.Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). (original sem grifos)

14.5. Por relevância, cita-se o entendimento expressado por Fabiana Del Padre Tomé⁸ [⁸ A prova no direito tributário. Ed. Noeses São Paulo, 2ª ed., 2008, p. 141-142] a respeito da validade das normas que instituem presunções no direito tributário, o que se segue:

“Somente as presunções relativas podem ser validamente utilizadas no direito tributário, desde que, evidentemente, sejam compatíveis com os pilares do ordenamento pátrio, possibilitando o exercício da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, o que inclui a produção probatória objetivando desconstituir o fato presumido. (...)”

Exemplo dessa espécie de presunção pode ser observado no art. 42 da Lei nº 9.430/96, que dispõe estar caracterizada ‘omissão de receita ou de rendimentos 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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações’. Trata-se de presunção relativa, perfeitamente admissível no ordenamento brasileiro.”

14.6. Em tais casos, a lei estabelece, com base no quanto observado de forma reiterada nos casuísmos concretos – baseando-se, portanto, na aplicação de um critério de razoabilidade –, que ocorrida determinada situação fática, pode-se presumir, até prova em contrário – esta a cargo do contribuinte –, a ocorrência do fato probando.

14.7. Observe-se que a abordada inversão legal do ônus da prova é perfeitamente aceita pelo ordenamento jurídico pátrio, constando, inclusive, prevista no artigo 334, IV, da Lei nº 5.869, de 11/01/1973 (Código de Processo Civil – CPC).

14.8. Diante do exposto, repise-se, a aventada presunção legal ganha espaço somente e na medida em que os créditos verificados nas contas bancárias do Contribuinte restem não esclarecidos/comprovados por documentação necessária e suficiente.

14.9. Insta salientar que se aplicam à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições abarcados pela sistemática do SIMPLES, desde que tais omissões sejam apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas, por força do art. 18 da citada Lei nº 9.317/96.

14.10. Destarte, as disposições constantes do propalado art. 42 da Lei nº 9.430/96, se fundamentam no fato de que a manutenção de escrituração regular e da documentação suporte daquela leva à comprovação da origem dos créditos em conta corrente bancária do Contribuinte, cumprindo ao Fisco, nesse caso, apenas verificar o devido oferecimento à tributação dos ingressos decorrentes da atividade da pessoa jurídica. Ausente documentação hábil e idônea a comprovar a origem dos depósitos bancários, em virtude da propalada presunção legal, estar-se-ia à frente de ingressos à margem da escrituração, hipótese presumível e legalmente indicativa de omissão de receitas, sendo referida parcela distinta daquela eventualmente objeto de identificação na escrituração e/ou nos documentos mantidos pela pessoa jurídica.

14.11. Assim, a caracterização da ocorrência do fato gerador em discussão não se dá pela mera constatação de um crédito bancário, considerado isoladamente, abstraída das circunstâncias fáticas. Pelo contrário, a caracterização está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos numerários creditados e seu oferecimento à tributação, conforme dicção literal da lei. Existe, portanto, uma correlação lógica entre o fato conhecido – ser beneficiado com um crédito bancário sem origem ou não oferecido à tributação – e o fato desconhecido – auferir receita bruta. Essa correlação autoriza plenamente o estabelecimento da presunção legal de que o valor creditado em conta bancária, sem qualquer justificativa, provém de receita bruta não declarada.

14.12. Desta forma, insta ratificar, observando-se os critérios estabelecidos na legislação de regência, intimado o Contribuinte a se manifestar sobre os valores que restaram incomprovados, compete a este, e não ao Fisco, demonstrar a origem de cada um dos depósitos questionados se quiser eximir-se da ilação legal prevista ou, ainda, comprovar que os respectivos valores foram oferecidos à tributação.

14.13. No presente caso, conforme consta dos autos e acima articulado, a Autoridade Fiscal intimou a Autuada para comprovar a origem de depósitos em contas bancárias, indicou as instituições bancárias e as respectivas contas, histórico e valores transacionados, tudo objetiva e claramente demonstrado, na forma de planilhas (fls. 503/547), e não foi atendida pelo Sujeito Passivo.

14.14. Em consequência, sabido que o Contribuinte era optante pelo SIMPLES, a omissão de receita, decorrente de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, correspondeu à base de cálculo dos impostos e contribuições tributados pelo mencionado Sistema Simplificado, de acordo com o disposto no caput do artigo 24 da Lei nº 9.249/1995, in verbis:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

14.15. Em adição, há de ser enfatizado que além de a Defendente não ter comprovado a origem dos indigitados depósitos durante o procedimento fiscal,

consoante predito, juntamente com a Impugnação, mais uma vez, apenas apresentou argumentos desacompanhados de provas necessárias, suficientes e cabais.

14.16. Diante de tudo quanto articulado, tendo o procedimento fiscal observado amplamente à legislação de regência e permanecendo a Impugnante inerte no tocante à comprovação da origem dos rendimentos presumidos como receita tributável auferida, despidos de qualquer mácula, não merecem reparo os lançamentos ora em apreço.

Acrescente-se, apenas, que a jurisprudência invocada pelos recorrentes diz respeito à aplicação da antiga Súmula nº 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos, erigida a partir de questionamentos formulados contra autuações com base em depósitos bancários lavradas antes da edição do art. 42 da Lei nº 9.430/96, que validamente erigiu presunção de omissão de receitas a partir do momento que o sujeito passivo, titular da conta bancária, regularmente intimado, deixar de comprovar a origem dos valores depositados em seu favor. Não se trata, portanto, de imputar omissão de receita apenas a partir da constatação de depósitos bancários em favor do sujeito passivo, mas sim em decorrência de procedimento regular de investigação, com respostas insatisfatórias por parte daquele obrigado a manter a escrituração e a guarda de todas suas operações.

E, no que tange à alegação de que tais apurações não refletiriam receitas tributáveis no âmbito do IPI e das contribuições sociais, cumpre recordar que a exigência foi formulada segundo a sistemática simplificada de recolhimento, que tem por referência a receita bruta mensal auferida, inclusive aquela apurada por meio de presunções legais, nos termos da Lei nº 9.317/96:

Art. 5º O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos seguintes percentuais:

[...]

Art. 18. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.

Quanto à invocada aplicação da Lei Complementar nº 123/2006, como já explicitado na decisão recorrida, sua vigência somente se verificou a partir de 01/07/2007, quando passou a ser aplicável o Simples Nacional. Antes disso, os recolhimentos na sistemática do Simples Federal observavam as regras da Lei nº 9.317/96, de cunho material e não meramente procedimental, como alega a recorrente.

De fato, não poderiam os contribuintes optantes pelo Simples Federal vir a ser surpreendidos com exclusões fundamentadas em dispositivos editados para vigorarem apenas depois da ocorrência dos correspondentes fatos geradores. Isto porque tais dispositivos legais não são meramente procedimentais, mas sim qualificam e atribuem consequências a condutas dos sujeitos passivos, com efeitos evidentemente materiais.

A jurisprudência administrativa, aliás, já se consolidou para impedir, no sentido inverso, a retroatividade de normas que autorizassem a permanência, no Simples Federal, de contribuintes que somente foram admitidos posteriormente como optantes:

Súmula CARF nº 81. É vedada a aplicação retroativa de lei que admite atividade anteriormente impeditiva ao ingresso na sistemática do Simples.

A autoridade fiscal promoveu a exigência segundo a sistemática simplificada de recolhimentos porque a Lei nº 9.317/96, ao contrário da Lei Complementar nº 123/2006, não cogita da exclusão imediata daqueles que deixam de escriturar sua movimentação financeira. Em verdade, a única hipótese próxima que poderia autorizar tal proceder seria aquela contida no art. 14, inciso III da Lei nº 9.317/96. Veja-se:

Art. 12. A exclusão do SIMPLES será feita mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício.

[...]

Art. 14. A exclusão dar-se-á de ofício quando a pessoa jurídica incorrer em quaisquer das seguintes hipóteses:

[...]

II - embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos a que estiver obrigada, bem assim 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 de auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional);

[...]

Nestas condições, o art. 15, inciso V, da mesma lei estabelece os efeitos da exclusão *a partir, inclusive, do mês de ocorrência de qualquer dos fatos mencionados no inciso II do art. 14 da Lei nº 9.317/96.*

Ocorre que, ao estipular esta hipótese de exclusão do Simples Federal, o legislador incorporou o que, paralelamente, está previsto no art. 33 da Lei nº 9.430/96, como causa de regime especial de fiscalização:

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;

II - resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades do sujeito passivo, ou se encontrem bens de sua posse ou propriedade;

III - evidências de que a pessoa jurídica esteja constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual;

IV - realização de operações sujeitas à incidência tributária, sem a devida inscrição no cadastro de contribuintes apropriado;

V - prática reiterada de infração da legislação tributária;

VI - comercialização de mercadorias com evidências de contrabando ou descaminho;

VII - incidência em conduta que enseje representação criminal, nos termos da legislação que rege os crimes contra a ordem tributária.

§1º O regime especial de fiscalização será aplicado em virtude de ato do Secretário da Receita Federal.

§2º O regime especial pode consistir, inclusive, em:

I - manutenção de fiscalização ininterrupta no estabelecimento do sujeito passivo;

II - redução, à metade, dos períodos de apuração e dos prazos de recolhimento dos tributos;

III - utilização compulsória de controle eletrônico das operações realizadas e recolhimento diário dos respectivos tributos;

IV - exigência de comprovação sistemática do cumprimento das obrigações tributárias;

V - controle especial da impressão e emissão de documentos comerciais e fiscais e da movimentação financeira.

§3º As medidas previstas neste artigo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, por tempo suficiente à normalização do cumprimento das obrigações tributárias.

§4º A imposição do regime especial não elide a aplicação de penalidades previstas na legislação tributária.

§ 5º Às infrações cometidas pelo contribuinte durante o período em que estiver submetido a regime especial de fiscalização será aplicada a multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 desta Lei, duplicando-se o seu percentual. (Redação dada Lei nº 11.488, de 2007) (negrejou-se)

É neste contexto, portanto, que devem ser interpretadas as disposições do art. 14, inciso II da Lei nº 9.317/96. Ou seja, a exclusão do Simples Federal pode ser promovida com efeitos imediatos quando o sujeito passivo pratica atos enquadrados na hipótese descrita no inciso I do art. 33 da Lei nº 9.430/96, a qual, em outras condições, ensejaria uma ou mais das consequências expressas no §2º do da Lei nº 9.430/96, com amparo no que assim autorizado pelo Código Tributário Nacional:

*Art. 200. As autoridades administrativas federais poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, e reciprocamente, **quando vítimas de embargo ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária**, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção. (negrejou-se)*

Tendo em conta a gravidade das consequências estipuladas no §2º do art. 33 da Lei nº 9.430/96, as hipóteses de sua aplicação devem ser interpretadas literalmente, o mesmo se verificando com o art. 14, inciso II da Lei nº 9.317/96. Significa dizer que a exclusão do sujeito passivo do Simples Federal com esta motivação deve estar lastreada na efetiva *negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo*, e/ou no *não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado*, e não apenas na apresentação parcial destes elementos.

Assim, não há reparos à exigência fiscal formulada segundo as regras do Simples Federal.

Por tais razões, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente aos principais exigidos.

Quanto à multa qualificada, além de questionar seu enquadramento legal, as recorrentes invocam a aplicação da Súmula CARF nº 14, na medida em que *a fiscalização não descreveu a suposta conduta delituosa, deixando de cotejar os aspectos previstos nos artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/64, baseando-se em crime “em tese”, sem comprovar o caráter doloso na conduta realizada pela empresa, inclusive prejudicando a defesa dos interessados.*

A referência a enquadramento legal na forma que passou a estar redigido depois da ocorrência do fato gerador é irregularidade de menor importância, insuficiente para desqualificar o procedimento fiscal se a hipótese que justificaria a qualificação da penalidade estivesse adequadamente demonstrada, enquadrando-se na redação anterior e posterior do dispositivo legal.

Contudo, constata-se na exposição formulada pela autoridade lançadora que sua intenção era observar a Súmula CARF nº 14, não se limitando a acusar a contribuinte de ter omitido receitas em razão da existência de depósitos bancários de origem não comprovada, mas também selecionando aqueles que carregavam evidências de serem decorrentes de faturamento. Veja-se:

Os valores acima estão detalhados nas planilhas “Demonstrativo de Valores Depositados/Creditados – Faturamento” e “Demonstrativo de Valores Depositados/Creditados – Origem não Comprovada”, que fazem parte do presente Termo de Verificação. Também foi elaborada planilha “Demonstrativo de Cheques Devolvidos”, que é redutora dos valores cuja origem não foi comprovada.

Os valores classificados como Histórico Tipo 1 foram considerados como Omissão de Receitas advindas do faturamento. Com isto, configura-se, em tese, como crime contra a ordem tributária, definido pelo art. 1º da Lei nº 8.137/90. Em decorrência disto, aplicou-se multa de ofício de 225% (multa qualificada de 150% e agravada em 50%, conforme abaixo explanado). Com isto, foi protocolado processo de Representação Fiscal para Fins Penais, sob o número 19515.720720/2011-84.

Os demais valores creditados nas contas bancárias do contribuinte (Histórico Tipo 2) foram considerados como Omissão de Rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimento, mantidas em instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, e serão objeto de lançamento utilizando-se a multa de ofício correspondente a 112,5% (multa de 75% e agravada em 50%, conforme abaixo explanado).

As multas de Ofício ora aplicadas foram agravadas face ao não atendimento pelo sujeito passivo às solicitações desta fiscalização, nos prazos estipulados nas intimações lavradas, nos termos do §2º do art. 44 da Lei 9.430/96.

Todavia, além de não se reportar especificamente à caracterização do intuito de fraude exigido pelo art. 44 da Lei nº 9.430/96 para qualificação da penalidade, a autoridade fiscal reportou-se apenas em tese ao art. 1º da Lei nº 8.137/90, inclusive sem especificar em qual dos incisos a conduta do sujeito passivo se enquadraria:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

A autoridade julgadora de 1ª instância manteve a aplicação da multa qualificada por entender *suficiente a constatação e a consequente demonstração, nos autos do processo administrativo que constitui o crédito tributário correspondente, dos indícios da ocorrência do intuito fraudatório ou sonegatório, consubstanciada na intenção de se eximir do cumprimento das obrigações tributárias, mormente o pagamento de tributo, em virtude da utilização de expedientes ilegítimos.* De outro lado, concluiu estar presente a plena compreensão da Insurgente quanto aos fatos que, no entender da Autoridade Autuante, ensejaram a qualificação da multa em tela.

Todavia, tem razão a defesa quando reputa necessária a consideração de todos os elementos subjetivos da conduta do contribuinte (como, por exemplo, os motivos que levaram ao não pagamento do tributo, como foi realizada a interpretação dada à norma supostamente violada, qual o conjunto de fatos sustentaria a suposta má-fé do contribuinte, etc.). A acusação deve veicular, ainda que com base em presunções, estas circunstâncias.

Em outras palavras, a Fiscalização deveria expressar porque concluiu que a omissão de receitas presumida a partir de depósitos bancários cujos históricos denotavam faturamento caracterizaria crime contra a ordem tributária, especificando qual a conduta criminosa dentre as previstas no art. 1º da Lei nº 8.137/90, ou apontando quais traços da conduta permitiriam configurar o intuito de fraude previsto nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

Esta conclusão estava clara para a autoridade fiscal, e é possível inferir porque, na medida em que ao se beneficiar de depósitos bancários vinculados a operações de faturamento, em valores significativamente superiores aos declarados, ao longo de todos os meses do período fiscalizado, o sujeito passivo dificilmente terá outra justificativa para não ter declarado e pago os tributos devidos senão a intenção de subtrair os valores devidos aos cofres públicos. Contudo, isto é apenas uma inferência, pois inexistente exposição neste sentido na acusação fiscal.

A omissão de receitas, por si só, não justifica a qualificação da penalidade a teor da Súmula CARF nº 14, até porque pode ser decorrente de erro material ou interpretativo. A qualificação sustenta-se, justamente, na caracterização desta omissão como significativa, reiterada, ou outras peculiaridades que afastem a possibilidade de erro, e não somente na sua origem em faturamento.

Assim, é essencial a exposição desta motivação que justifica a qualificação da penalidade. Sem ela, o sujeito passivo não tem como se defender das acusações, restando desatendido o art. 142 do CTN no que tange à parcela do crédito tributário daí decorrente.

Por tais razões, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário para excluir a qualificação da penalidade.

Passando ao agravamento da multa, os recorrentes alegam que não houve óbice à Fiscalização, que inclusive já havia quebrado o sigilo bancário da contribuinte quando da lavratura dos Termos de Intimação de 26/05/2011 e 26/08/2011, *cujo não atendimento integral teria ensejado a majoração das multas em questão.*

O agravamento está assim previsto no art. 44, §2º da Lei nº 9.430/96:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Renumerado da alínea "a", pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Renumerado da alínea "b", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Renumerado da alínea "c", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

O Termo de Início da Ação Fiscal (fls. 03/09) foi parcialmente atendido pelo sujeito passivo, que requereu e teve concedida prorrogação de prazo para seu atendimento (fls. 58/69). Não observado o prazo concedido, a autoridade fiscal lavrou o primeiro Termo de Reintimação Fiscal (fls. 161/166), exigindo novamente informações relativas a outras fiscalizações às quais a contribuinte foi submetida, movimentação bancária e financeira do sujeito passivo (inclusive referente a cartões de crédito), bem como os documentos que serviram de suporte à sua escrituração e arquivos magnéticos desta. Segunda reintimação fiscal é lavrada (fls. 167/172) e mais uma vez não atendida.

Como se vê, as intimações não atendidas não se destinavam, apenas, à obtenção dos extratos bancários que foram alcançados por meio das RMF. A autoridade fiscal exigiu outros esclarecimentos que não foram prestados pelo sujeito passivo, caracterizando a hipótese legal que autoriza o aumento da penalidade em 50%.

Irrelevante, assim, se a falta de apresentação dos extratos bancários autorizou o procedimento substitutivo desenvolvido pela Fiscalização – contra o qual, recorde-se, os interessados se insurgem com vistas a anular os lançamentos – ou se estes extratos supostamente não estavam na posse do sujeito passivo e precisariam ser requeridos às instituições financeiras. As omissões que ensejaram o agravamento da penalidade ultrapassam estas circunstâncias e justificam a exigência consoante formulada.

Assim, o presente voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, e manter o agravamento da penalidade, a qual, após a exclusão da qualificação no tópico anterior, passa a ser uniformemente aplicada no percentual de 112,5% sobre todos os créditos tributários lançados.

Diante deste contexto, deve também ser acolhida a arguição de decadência dos créditos tributários apurados até julho/2006. A contribuinte apresentou declaração parcial dos débitos e promoveu correspondentes recolhimentos, de modo que, a teor do art. 150, §4º do CTN, o crédito tributário apurado está homologado e definitivamente extinto depois de transcorridos 5 (cinco) anos dos correspondentes períodos de apuração, salvo nos casos em que *comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*. Na medida em que a autoridade fiscal não logrou constituir tais elementos consoante demonstrado na abordagem da multa qualificada, e tendo o lançamento sido cientificado à contribuinte em 05/08/2011, impõe-se concluir que neste momento já estavam homologados tacitamente os créditos tributários devidos nos períodos de janeiro a julho/2006.

Por estas razões, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à arguição de decadência do crédito tributário lançado nos períodos de janeiro a julho/2006.

Os responsáveis tributários também questionam a acusação contra eles formulada, porque a Fiscalização não comprovou as infrações ao art. 135 do CTN, e a responsabilização não poderia se sustentar apenas na procuração conferida a Gregório Marcos Garcia Neto, ou na condição de sócios administradores de Solange de Souza e Oswaldo Alves de Oliveira.

A autoridade fiscal se empenhou em demonstrar a validade da procuração conferida a Gregório Marcos Garcia Neto, com o fim especial de gerir e administrar todos os negócios e interesses da outorgante, podendo para tanto: *1) abrir, movimentar e encerrar contas correntes e outras junto a quaisquer Bancos e estabelecimentos de crédito em geral, notadamente o Banco do Brasil S/A, Banco Central do Brasil, Banco Sudameris Brasil S/A, Banco do Estado de São Paulo S/A e Caixas Econômica Federal ou Estadual, Banco Bradesco S.A, Banco Itaú S/A, Banco Safra S/A, Bank Boston S/A e Banco Real S/A;...*

No Termo de Sujeição Passiva referente a este responsável, consignou que:

*Tendo em vista as procurações apresentadas pelas instituições financeiras, **CONSTATAMOS** que Vossa Senhoria possuía procuração válida no ano-calendário de 2006, para movimentar as contas bancárias da empresa AGREGA CONFECÇÕES LTDA, CNPJ Nº 01.798.041/0001-38. Além disso, a procuração conferia-lhe **poderes para gerir e administrar todos os negócios da empresa em tela.***

*Com isto e tendo em vista para os fins do disposto no artigo 135 do Código Tributário Nacional – CTN, fica Vossa Senhoria **CIENTIFICADA** da exigência tributária de que trata o Auto de Infração lavrado relativamente aos tributos devidos contra o sujeito passivo supra referido, cujas cópias seguem em anexo ao presente Termo.*

A imputação feita a Solange de Souza e Oswaldo Alves de Oliveira resulta da constatação de que eles eram sócios da empresa em epígrafe, com poderes de administração

conforme contrato social da autuada. A responsabilização pelo crédito tributário é constituída nos mesmos termos do segundo parágrafo da citação anterior.

Possivelmente a autoridade fiscal, vislumbrando na conduta da contribuinte a hipótese de qualificação da penalidade e a prática de crime contra a ordem tributária, concluiu que os recorrentes, por gerirem a sociedade, deveriam ser responsabilizados pessoalmente pelo crédito tributário, na medida em que o art. 135 do CTN assim prevê:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. (negrejou-se)

O dispositivo legal permite esta interpretação, mediante classificação da fraude tributária e do crime contra a ordem tributária na hipótese de *infração de lei* acima referida. De outro lado, porém, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 562.276/PR e sob o rito da repercussão geral, que *o art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a personalidade entre o ilícito (má gestão ou representação) e a consequência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade.*

Significa dizer que não basta demonstrar que o responsável foi diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica. É fundamental vincular o crédito tributário exigido a atos destas pessoas *praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos que a infração*. Demonstrada a fraude ou o crime contra a ordem tributária, a vinculação do crédito tributário daí decorrente com a conduta do responsável pode ser mera consequência lógica, em razão de sua condição como o administrador da sociedade que não pode negar conhecimento das infrações praticadas.

Contudo, é necessário que esta acusação integre o ato de responsabilização do gerente/administrador, e como antes visto a autoridade fiscal não logrou constituir validamente a acusação de fraude tributária. Em consequência, resta também incompleta a constituição da relação jurídica que poderia obrigar os acusados a responder solidariamente pelo crédito tributário lançado. Em verdade, os responsáveis estão assim classificados apenas por serem gerentes ou representantes da pessoa jurídica, o que prejudica a validade da acusação com base no art. 135 do CTN.

Assim, no que tange à responsabilidade tributária imputada a Gregório Marcos Garcia Neto, Solange de Souza e Oswaldo Alves de Oliveira, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO aos recursos voluntários.

Diante de todo o exposto, além de REJEITAR as preliminares de nulidade, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL aos recursos voluntários para

Processo nº 19515.720719/2011-50
Acórdão n.º **1101-001.047**

S1-C1T1
Fl. 28

afastar a qualificação da penalidade e as exigências alcançadas pela decadência, bem como excluir a responsabilidade tributária imputada aos recorrentes.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Relatora