



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

Processo nº 10580.720737/2008-88
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1802-000.313 – 2ª Turma Especial**
Data 10 de setembro de 2013
Assunto Sobrestamento de Julgamento de Processo
Recorrente ENERGY SAVER DO BRASIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, decidir pelo sobrestamento do julgamento do recurso/processo.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Nelso Kichel, Marciel Eder Costa, Marco Antônio Nunes Castilho e Gustavo Junqueira Carneiro Leão.

Relatório

Cuidam os autos do Recurso Voluntário de fls. 1314/1336 contra decisão da 4ª Turma da DRJ/Salvador (fls. 1295/1307) que julgou a impugnação improcedente, mantendo os autos de infração do Simples, ano-calendário 2004.

Quanto aos fatos, consta que em **13/06/2008** foram lavrados Autos de Infração do Simples Federal (IRPJ-Simples, PIS-Simples, CSLL – Simples, Cofins – Simples, Seguridade Social INSS – Simples e Multa Regulamentar – Simples), ano-calendário 2004 (fls. 1091/1134), com imputação das seguintes infrações:

(...)

- OMISSÃO DE RECEITAS - RECEITAS NÃO ESCRITURADAS

Valores apurados conforme extratos bancários do contribuinte, para o ano-calendário 2004, referentes a créditos efetuados em contas dos Bancos Bradesco, Brasil, Unibanco, Nossa Caixa e Sudameris, os quais não tiveram suas origens comprovadas pelo contribuinte. O fato está detalhado minuciosamente no Relatório Fiscal, parte integrante deste auto de infração.

(...)

- DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS – FALTA/ATRASO NA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES OU ESCLARECIMENTOS

O contribuinte não forneceu, no prazo estabelecido, a informação de que estaria excluído do SIMPLES na condição de Microempresa, uma vez que teria excedido o faturamento acumulado de R\$ 120.000,00, conforme determina o art. 21 da Lei 9.317/96, detalhado no Relatório Fiscal, parte integrante deste auto de infração.

(...)

Valor tributável das infrações:

- O valor tributável da infração **Omissão de Receitas**, ano-calendário 2004, consta especificado, de forma detalhada, nos autos de infração e no Relatório Fiscal, parte integrante desses autos de infração.

A propósito, transcrevo a Planilha Resumo dos valores tributáveis da infração **Omissão de Receitas**, que consta do Anexo do Relatório Fiscal (fl.1074), *in verbis*:

PLANILHA CONSOLIDADA DE CRÉDITOS CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA*Ano-calendário 2004 – Valores em Reais (R\$)*

<i>Mês</i>	<i>Bco Brasil</i>	<i>Bradesco</i>	<i>Nossa Caixa</i>	<i>Sudameris</i>	<i>Unibanco</i>	<i>Total Mensal</i>
JANEIRO	119.685,56	6.472,85	0,00	20.379,98	0,00	146.538,39
FEVEREIRO	121.254,64	5.451,45	0,00	6.639,03	0,00	133.345,12
MARÇO	75.687,84	25.773,17	0,00	26.307,66	0,00	127.768,67
ABRIL	74.629,69	54.288,39	0,00	17.198,24	0,00	146.116,32
MAIO	132.015,65	42.247,28	424,14	5.747,66	0,00	180.434,73
JUNHO	130.672,64	14.993,08	1.614,00	19.000,00	0,00	166.279,72
JULHO	346.206,79	14.581,42	15.000,00	6.330,07	0,00	382.118,28
AGOSTO	149.533,58	5.913,61	0,00	0,00	0,00	155.447,19
SETEMBRO	325.068,60	9.927,69	5.441,80	230,88	0,00	340.668,97
OUTUBRO	286.359,04	24.234,72	7.082,55	0,00	0,00	317.676,31
NOVEMBRO	333.884,62	3.713,90	9.305,78	1.558,00	0,00	348.462,30
DEZEMBRO	271.553,79	56.212,24	0,00	13.000,00	2.000,00	342.766,03
TOTAL						2.787.622,03

Obs:

(i) No ano-calendário 2004, a contribuinte estava enquadrada como Microempresa, limite máximo de receita anual R\$ 120.000,00.

(ii) Já no mês de janeiro/2004 excedeu o limite anual para Microempresa, pois faturou receita bruta nesse mês no valor de R\$ 146.538,39.

(iii) Logo, quanto ao PA janeiro/2004, não foi lançado IRPJ-Simples e PIS-Simples sobre o valor até o limite de receita de R\$ 120.000,00 (Microempresa). Mas, sobre o excedente de receitas de R\$ 26.538,39, referente esse mês, foi lançado IRPJ-Simples e PIS-Simples com base na alíquota prevista para EPP.

Ainda, nesse mês, sobre o valor de receita bruta de até R\$ 120.000,00 foram lançadas, com alíquotas para Microempresa, CSLL – Simples, Cofins Simples e INSS – Simples e sobre as receitas excedentes, desse mês, foram lançadas essas exações fiscais com alíquota para EPP. *Vide* Demonstrativo de Apuração do Imposto/Contribuição sobre Diferenças Apuradas (fl. 1128).

- O valor tributável da **infração Descumprimento de Obrigação Acessória, aplicação de multa regulamentar no valor de R\$ 743,31**, consta especificado no auto de infração e, também, no Relatório Fiscal que, nessa parte, transcrevo (fls. 1060/1073), *in verbis*:

(...)

II) DA SISTEMÁTICA DO "SIMPLES "

O contribuinte fiscalizado é optante pelo SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno, na condição de Microempresa. O SIMPLES é um regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido, estabelecido em cumprimento ao disposto no art. 179 da Carta Magna de 1988. Neste sistema, o recolhimento de tributos se dá de forma simplificada e unificada, através da aplicação de percentuais favorecidos e progressivos, incidentes sobre a receita bruta mensal.

*Para efeito do SIMPLES, considera-se Microempresa a pessoa jurídica que tenha auferido, **no ano-calendário anterior**, receita bruta igual ou inferior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais). Verificação na Declaração do Simples (Ficha 04A) referente ao ano-calendário 2003*

(anterior ao fiscalizado) confirmou ter o contribuinte declarado uma

receita bruta anual inferior a **R\$ 120.000,00** (cento e vinte mil reais). A impressão desta Ficha 04A encontra-se anexa ao processo.

(...)

No caso da Microempresa (ME) auferir, no decorrer do ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), sujeitar-se-á a partir, inclusive, do mês em que foi **verificado** o excesso de receita, ao pagamento dos impostos e contribuições de acordo com os percentuais aplicáveis às Empresas de Pequeno Porte (EPP), em relação aos valores excedentes. O referido excesso implicará ainda na exclusão do Simples, no ano-calendário subsequente, na condição de Microempresa, podendo realizar a opção para EPP, desde que não tenha sido ultrapassado o limite de receita bruta anual de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). Tal opção, a ser realizada mediante alteração cadastral, deve ser feita até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente àquele em que ocorreu o excesso de receita bruta.

(...)

DAS INFRAÇÕES DETECTADAS (...)

02) Falta de comunicação da exclusão da empresa no Sistema SIMPLES

Os trabalhos fiscais demonstraram que a microempresa ultrapassou, durante o ano-calendário de 2004, o limite de receita bruta acumulada de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), e não efetuou, como lhe era obrigação acessória fazer, nos moldes dos art. 13, inciso II, parágrafos 2º e 3º, da Lei nº 9.317/96, até o último dia útil do mês de janeiro de 2005, a comunicação de sua exclusão no SIMPLES na condição de Microempresa. Como consequência, e conforme determina o art. 21 do já mencionado diploma legal, foi aplicada uma multa correspondente a 10% (dez por cento) do total dos impostos e contribuições devidos de conformidade com o SIMPLES no mês que antecedeu o início dos efeitos da exclusão, valor este que não poderia ser inferior a R\$ 100,00 (cem reais).

(...)

No caso em tela, o contribuinte já deixou de enquadrar-se como Microempresa no mês de janeiro de 2004, quando sua receita acumulada totalizou R\$ 146.538,39. Isto posto, conclui-se que a multa isolada cabível, pela falta de comunicação pela pessoa jurídica, de sua exclusão do SIMPLES, na condição de Microempresa, conforme determina o art 21 da Lei nº 9.317/96, é de 10% sobre o imposto devido no próprio mês de janeiro (R\$ 7.433,07), vez que não há outro anterior.

(...)

O cálculo dos tributos, atinentes ao PA janeiro/2004, no valor de **R\$ 7.433,07** (base de cálculo da multa regulamentar aplicada), está demonstrado, em anexo aos autos de Infração, no Demonstrativo de Apuração do Imposto/Contribuição sobre Diferenças Apuradas (fl. 1128).

O crédito tributário lançado de ofício perfaz o montante de **R\$ 748.728,08** para o ano-calendário 2004, valor na data da lavratura dos autos de infração, que está assim especificado por exação fiscal:

Auto de Infração	Principal	Juros de Mora (calculados até 30/05/2008)	Multa qualificada de 150%	Total
IRPJ-Simples	18.223,28	9.196,81	27.334,90	54.754,99
Multa Regulamentar	-	-	-	743,31
PIS-Simples	18.223,28	9.196,81	27.234,90	54.754,99
CSLL – Simples	31.051,47	15.925,56	46.577,17	93.544,20
Cofins-Simples	62.102,92	31.851,16	93.154,34	187.108,42
INSS – Simples	119.054,45	60.176,07	178.581,65	357.812,17
Total	-	-	-	748.728,08

Obs:

(i) Quanto à infração Omissão de Receitas, **os extratos bancários foram obtidos junto às instituições financeiras mediante expedição de RMF de fls. 30/44.**

(ii) Os extratos bancários foram solicitados junto às instituições financeiras, pois consta narrado no Relatório Fiscal (fls. 1060/1073), parte integrante dos autos de infração :

a) que a contribuinte, uma sociedade empresária limitada que atua no comércio atacadista de material elétrico para construção, apresentou, para o ano-calendário 2004, Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica (PJSI 2005) na condição de Microempresa, com sistemática de apuração do SIMPLES. **Na mencionada declaração informou, para todos os meses do ano, não ter auferido nenhuma receita decorrente da prestação de serviços ou do comércio de bens;**

b) que a contribuinte, intimada para apresentação de escrituração contábil (Livro Caixa e Livro de Registro de Inventário) e fiscal para o ano de 2004, incluindo os extratos bancários das contas correntes movimentadas pela empresa naquele ano e o contrato social da empresa, com suas alterações, PEDIU dilação de prazo e foi deferida a prorrogação de prazo de mais 20 dias para apresentação de livros da escrituração. No pedido de dilação de prazo, a contribuinte alegou que o contador anterior da empresa não escriturou os lançamentos contábeis como obrigado estava por lei a fazê-lo (art. 7º, §1º da Lei nº 9.317/96). Nessa data do Pedido de dilação, nenhuma comprovação fora exibida ao fisco de providência adotada junto aos bancos para a obtenção dos extratos bancários exigidos; **que, com relação à apresentação dos extratos bancários não houve concessão de dilação de prazo;** que, com relação aos extratos bancários, primeiramente solicitados ao contribuinte e por ele não apresentados, sem manifestação de providências adotadas para tanto, **o fisco tratou de afastar o sigilo bancário do contribuinte, haja vista haver ação fiscal em curso e ser imprescindível o acesso à movimentação financeira do mesmo para a auditoria,** conforme hipóteses previstas no art. 33, inciso I e § 5º da Lei nº 9.430/96 e no art. 3º, inciso VII do Decreto nº 3.724/2001;

c) que em 19/10/2007 a contribuinte apresentou notas fiscais de entrada e de saída (grande volume), contratos sociais e alterações, livro caixa e documentos diversos; que apesar **do prazo concedido e dilatado,** para entrega dos documentos, **o contribuinte deixou de apresentar no prazo final** o Livro de Registro de Inventário (no qual deveriam constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário, conforme determina o art. 7º, § 1º alínea "b" da Lei nº 9.317/2006); que o **Livro-Caixa apresentado naquela data, por sua vez, não fora assinado pelo responsável legal do contribuinte, não possuindo, portanto, nenhum valor legal.**

d) que em 03/01/2008 a contribuinte foi novamente intimada a comparecer ao fisco para receber Termo de Intimação Fiscal nº 003, no qual foi reintimada a apresentar, em 05 (cinco) dias úteis daquela data, o Livro de Registro de Inventário e intimada, no mesmo prazo, a apresentar o **Livro Caixa** devidamente assinado pelo responsável legal e as Notas Fiscais de Saída ordenadas, expurgando-se aquelas que não se referiam ao período fiscalizado. Assinou o Termo mencionado o bacharel Bernardo Miranda Fontes, CPF nº 071.012.525-91, cuja outorga de poderes para representar a contribuinte já havia sido concedida em 20/07/2007. **O mesmo recebeu,**

através do Termo de Devolução de Documentos nº 003, o Livro-Caixa sem assinatura, as Notas Fiscais de Entrada e de Saída, comprovantes de pagamento diversos e os extratos bancários incompletos apresentados, sem ordem cronológica. Apesar de declarar no Termo de Constatação Fiscal nº 005, de 03/01/2008, que possuía contabilidade organizada, e que forneceria os livros Diário e Razão, estes nunca foram entregues.

e) em 15/01/2008 foi protocolizada correspondência pela contribuinte, dirigida ao fisco e informando que não apresentaria Livro de Registro de Inventário, por não existir contabilidade do período fiscalizado;

f) que em consulta às bases da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Sistema SINAL05 - Consulta Pagamento) evidenciou que o contribuinte efetuou recolhimentos mensais, no ano de 2004, vinculados ao código de receita 6106, que corresponde ao pagamento do Simples; que os valores de receita bruta mensal acumulada utilizados pelo contribuinte para os cálculos dos Darf (receita bruta acumulada anual de R\$ 107.328,90) divergem completamente daqueles informados na DIPJ 2005, na qual a receita anual informada é nula.

g) finalmente, após analisar os extratos bancários enviados pelas cinco instituições financeiras com as quais a contribuinte transacionou em 2004 (Bancos Unibanco, Sudameris, Bradesco, Nossa Caixa e do Brasil), constatou-se uma movimentação financeira que ultrapassou dois milhões de reais. Após se efetuar a conciliação das contas bancárias envolvidas, expurgando-se lançamentos entre contas da mesma titularidade, a contribuinte foi intimada, em 16/01/2008, através do Termo de Intimação Fiscal nº 006, a justificar a origem dos créditos efetuados na contas nº 7235429 da agência 872 do Banco Unibanco, nº 235643000 da agência 520 do Banco Sudameris, nº 5359 da agência 3646 do Banco Bradesco, nº 6672 da agência 2976 do Banco do Brasil e nº 4001106-5 da agência 431.6 do Banco Nossa Caixa;

h) que embora a contribuinte fiscalizada não possuísse os livros e documentos exigidos pela legislação, nos termos do art. 47 da Lei 8981/95, por falta de amparo legal, é incabível o arbitramento do lucro no caso de empresa optante pelo SIMPLES, antes da formalização da exclusão da mesma naquele regime de tributação simplificado, uma vez que neste regime não se apura lucro. Desta forma, a fiscalização conduziu a constituição do crédito tributário de acordo com os percentual tributação preconizados pela Lei 9.317/96, que dispõe sobre o regime tributário das Microempresas e das empresas de pequeno porte optantes pelo SIMPLES.

i) que, em virtude da não comprovação da origem dos recursos recebidos pela contribuinte, a fiscalização lançou de ofício, a título de omissão de receita, todos os depósitos bancários não contabilizados e identificados nas contas correntes da mesma, nos termos dos artigos 42 da Lei 9.430/96 e do artigo 199 do Regulamento de Imposto de Renda (RIR/99). Estendeu-se à fiscalizada todas as presunções legais de omissão de receitas existentes na legislação vigente para os impostos e contribuições abrangidos pelo SIMPLES, procedendo-se à recomposição do resultado do período e à tributação do valor apurado como omitido, de acordo com os percentuais progressivos fixados em relação à receita bruta acumulada;

j) que foi qualificada a multa de ofício (150%), pois o fisco defrontou-se com o evidente intuito de fraude de impedir, ou no mínimo retardar, o conhecimento da Receita Federal do Brasil da ocorrência de fato gerador decorrente da percepção das receitas não oferecidas à tributação, receitas estas provenientes de cinco contas bancárias, conforme atestam as inúmeras notas fiscais apresentadas pelo contribuinte. Nenhuma receita fora declarada pelo contribuinte na sua declaração do SIMPLES. Assim, tendo sido constatado o intuito doloso de sonegar, incontestável é a aplicação da multa qualificada;

k) houve ainda Representação Fiscal para Fins Penais.

A contribuinte tomou ciência dos autos de infração em 16/06/2008, por intermédio de representante legal, no corpo dos próprios autos de infração; apresentou impugnação em 16/07/2008 (fls. 1136/1157), cujas razões, em síntese, são as seguintes:

- que, a título de esclarecimento, faz vendas de produtos para órgãos públicos (entrega sob o sistema *just in time*); que não tem mercadorias em depósito; que não trabalha com estoque; que, logo, não escritura livro de Inventário;

- que, preliminarmente, suscitou nulidade dos autos de infração por vícios na execução do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF;

- que, em relação ao afastamento do sigilo bancário pela RFB e rejeição dos livros contábeis, entende que não havia razão para tanto; que houve abuso de poder ou arbitrariedade; que a “quebra” do sigilo bancário foi ilegal, por afrontar princípios constitucionais; que o auto de infração deve ser declarado nulo, pois está calcado em provas obtidas ilegalmente pelo fisco;

- que, no mérito:

1) - o valor tributável da Omissão de Receitas deve ser feito para expurgo das seguintes parcelas:

- que concedeu, em operação de mútuo, empréstimo de R\$ 398.217,80 para a Compact Light (empresa do mesmo grupo econômico), tendo recebido a devolução de R\$ 38.498,50; que, porém, esse ingresso de valor a crédito em sua conta corrente bancária não foi expurgado pelo fisco;

- que, decorrente de operações de mútuo com a Compact Light, recebeu a devolução (depósito a crédito em conta corrente no Banco Bradesco) os seguintes depósitos a crédito (em **06/02/2004**: R\$ 2.200,00 e R\$ 1.500,00; em **28/04/2004**: R\$ 1.100,00; em **08/09/2004**: R\$ 500,00 e em **01/12/2004**: R\$ 2.000,00); que essas parcelas não foram expurgadas no valor tributável da Omissão de Receitas;

- que empréstimos contraídos junto a instituição financeira, para capital de giro, e estornos bancários não foram expurgados:

a) em 09/12/2004 – depósito a crédito conta no Bradesco (decorrente de liberação de financiamento do Bradesco) – no valor de R\$ 19.647,75;

b) depósitos a crédito no Banco Sudameris, decorrente de empréstimo contraído (liberação de crédito): em **02/01/2004**: R\$ 4.100,00; em **05/03/2004**: R\$ 22.860,00; em **21/06/2004**: R\$ 15.000,00; em **11/03/2004**: R\$ 3.147,66; em **06/04/2004**: R\$ 912,34; e em **11/05/2004**: R\$ 3.147,66;

c) que a fiscalização não expurgou os seguintes estornos de amortização de financiamento e estorno de autenticação:

- 05/02/2004 – R\$ 1.749,92;

- 05/02/2004 – R\$ 749,96;

- 01/04/2004 – R\$ 1.749,92;

- 01/04/004 – R\$ 749,96;

- 06/05/2004 – R\$ 874,96;

- 07/06/2004 – R\$ 374,98;

- 07/06/2004 – R\$ 874,96;

- 04/11/2004 – R\$ 8.807,25;
- 07/06/2004 – R\$ 3.774,53;
- 08/11/2004: R\$ 15.010,00 e R\$ 15.000,00.

d) transferências de contas de mesma titularidade (crédito na conta corrente da autuada no Banco Nossa Caixa):

- 30/07/2004 – R\$ 15.000,00;
- 23/09/2004 – R\$ 5.441,80;
- 27/04/2004 – R\$ 6.010,20;
- 17/11/2004 – R\$ 8.857,00.

e) recebimento de valor relativo a mútuo concedido para a Compact Light (entrada a crédito na conta corrente da autuada mantida no Unibanco) – em 15/12/2004: R\$ 2.000,00.

- que, destarte, torna-se necessário fazer a conciliação bancária para expurgar do valor tributável da Omissão de Recetias os depósitos a crédito nas contas correntes bancárias oriundos de empréstimos bancários contraídos e de contrato de mútuo entre empresas ligadas (do mesmo grupo econômico); que da simples análise dos extratos bancários percebe-se que há coincidência de datas e valores das transferências entre empresas do mesmo grupo econômico.

2) – Depósitos bancários não contabilizados e de origem não comprovada:

- que a apresentou da Declaração Anual Simplificada do Simples do exercício 2005, ano-calendário 2004, com receitas nulas, zeradas, em face de desorganização contábil;

- que, não obstante, não agiu com dolo;

- que, diversamente da narrativa dos fatos pela fiscalização, antes do início do procedimento de fiscalização havia regularizado sua escrituração contábil, contabilizando todos os depósitos bancários, comprovando, inclusive, a origem com os respectivos extratos bancários;

- que a presunção de omissão de receitas aplicada penaliza a contribuinte triplamente:

a) por considerar tributáveis recursos oriundos de empréstimos bancários e de operações de mútuo entre empresas ligadas;

b) por qualificar a multa de ofício para 150%; que, no caso de aplicação de presunção legal de omissão de receitas, é incabível a qualificação da multa de ofício;

c) por ter sido efetuada representação fiscal para fins penais.

3)- Multa de ofício de 150% - inaplicabilidade:

- que a fiscalização não logrou, não conseguiu, a comprovação do dolo;
 - que os precedentes jurisprudências do CARF afastam a qualificação da multa, quando não houver a caracterização do dolo de fraude;
 - que é incabível a qualificação da multa na presunção de Omissão de Receitas.
- 4) – Representação Fiscal para Fins Penais:

- que, no mínimo, restou precipitada a Representação Fiscal para Fins Penas, pois não restou caracterizado o dolo de fraude, de sonegação fiscal; que não restou comprovado crime contra a Ordem Tributária.

Por fim, com base nessas razões, a Recorrente pediu a reforma da decisão recorrida, para que seja declarado insubsistente, ou nulo, o lançamento fiscal.

Por sua vez, a DRJ/Salvador, enfrentando as questões suscitadas pela contribuinte, julgou a impugnação improcedente, mantendo o lançamento fiscal, conforme Acórdão de 20/08/2007 (fls. 1295/1307), cuja ementa transcrevo, *in verbis*:

(...)

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

Ano-calendário: 2004

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS.

A existência de depósitos bancários não escriturados e de origem não comprovada pela pessoa jurídica regularmente intimada autoriza o lançamento por omissão de receitas.

SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE

Informações requisitadas regularmente junto às instituições financeiras e usadas reservadamente no processo pelos agentes do Fisco não caracterizam violação do sigilo bancário.

NULIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA

Inexiste nulidade quando o auto de infração se encontra revestido das formalidades legais e foi garantido o direito de defesa na impugnação.

EMPRÉSTIMO SOB A FORMA DE MÚTUO. COMPROVAÇÃO.

A alegação da existência de empréstimo sob a forma de mútuo deve vir acompanhada de provas inequívocas da efetiva transferência do numerário emprestado, coincidente em datas e valores, na forma de documentos hábeis que atestem a veracidade da operação.

MULTA QUALIFICADA.

Correta a aplicação da multa proporcional qualificada nos casos em que se verifica evidente intuito de sonegação fiscal, caracterizado pela redução deliberada da base de cálculo dos tributos devidos.

Lançamento Procedente

(...)

Ciente desse *decisum* em 07/10/2009 (fl. 1313), a Contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 05/11/2009 (fls. 1314/1336), repetindo ou reiterando as razões que já haviam sido apresentadas na instância *a quo*, quando da impugnação, acrescentando, porém, que a decisão recorrida deixou de baixar os autos para diligência, no sentido de fazer a conciliação dos extratos bancários, com o fim de expurgar do valor tributável da Omissão de Receitas os valores a crédito atinentes a empréstimos bancários, transferência de valores entre contas de mesma titularidade, contrato de mútuo e estornos (fls.1074/1090); que, no mérito, o valor tributável da infração Omissão de Receitas deve ser recalculado, para exclusão das parcelas já suscitadas.

Por fim, com base nessas razões, a Recorrente pediu a reforma da decisão recorrida, para que seja declarado insubsistente ou nulo o lançamento fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos para sua admissibilidade. Por conseguinte, dele conheço.

Conforme relatado, o lançamento fiscal foi efetuado com base na movimentação financeira bancária da contribuinte, cujos extratos bancários foram obtidos pelo fisco por Requisição de Movimentação Financeira – RMF junto às instituições financeiras e a contribuinte questionou, nas razões do Recurso Voluntário, a legalidade e constitucionalidade desse acesso direto sem autorização judicial

Questão prejudicial.

O acesso direto do fisco aos dados de movimentação financeira bancária é matéria questionada nas instâncias judiciais perante o caso concreto, e muitas das lides envolvendo essa matéria estão tramitando no Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário.

Vale dizer, em sede de Recurso Extraordinário o STF discute, à luz dos artigos 5º, X, XII, XXXVI, LIV, LV; 145, § 1º; e 150, III, “a”, da Constituição Federal, a constitucionalidade do **art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001**, que permitiu o acesso direto do fisco aos dados e informações sobre movimentações financeiras bancárias sem autorização judicial, apenas mediante RMF apresentada ao titular ou responsável pela instituição financeira.

Por ser questão de grande relevância social, a demanda envolvendo a matéria do acesso direto do fisco à movimentação financeira bancária sem ordem judicial, mas apenas via RMF foi declarada de repercussão geral pelo Pleno do STF no **RE nº 601.314-SP, julgamento em 22/10/2009, Relator Min. Ricardo Lewandowski**; porém, o mérito dessa demanda ainda encontra-se pendente de apreciação pelo Pleno do STF.

O reconhecimento da repercussão geral implica, em termos práticos ou operacionais, o sobrestamento dos autos de processos com mesmo objeto, no âmbito do STF e nos demais tribunais.

Nesse sentido, transcrevo despachos exarados em diversos processos de RE, no âmbito do STF, com o mesmo objeto do RE nº 601.314-SP, determinando o sobrestamento do respectivo processo, *in verbis*:

DESPACHO: Vistos. O presente apelo discute a violação da garantia do sigilo fiscal em face do inciso II do artigo 17 da Lei nº 9.393/96, que possibilitou a celebração de convênios entre a Secretaria da Receita Federal e a Confederação Nacional da Agricultura CNA e a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura ? Contag, a fim de viabilizar o fornecimento de dados cadastrais de imóveis rurais para possibilitar cobranças tributárias. Verifica-se que no exame do RE nº 601.314/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, foi

reconhecida a repercussão geral de matéria análoga à da presente lide, e terá seu mérito julgado no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. Destarte, determino o sobrestamento do feito até a conclusão do julgamento do mencionado RE nº 601.314/SP. Devem os autos permanecer na Secretaria Judiciária até a conclusão do referido julgamento. Publique-se. Brasília, 9 de fevereiro de 2011. Ministro DIAS TOFFOLI, Relator. Documento assinado digitalmente

(RE 488993, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 09/02/2011, publicado em DJe035 DIVULG 21/02/2011 PUBLIC 22/02/2011)

DECISÃO REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA ? PROCESSOS VERSANDO A MATÉRIA ? SIGILO DADOS BANCÁRIOS ? FISCO ? AFASTAMENTO ? ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 ? SOBRESTAMENTO.

1. O Tribunal, no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski, concluiu pela repercussão geral do tema relativo à constitucionalidade de o Fisco exigir informações bancárias de contribuintes mediante o procedimento administrativo previsto no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

2. Ante o quadro, considerado o fato de o recurso veicular a mesma matéria, tendo a intimação do acórdão da Corte de origem ocorrido anteriormente à vigência do sistema da repercussão geral, determino o sobrestamento destes autos.

3. À Assessoria, para o acompanhamento devido.

4. Publiquem.

Brasília, 04 de outubro de 2011. Ministro MARCO AURÉLIO, Relator

(AI 691349 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 04/10/2011, publicado em DJe213 DIVULG 08/11/2011 PUBLIC 09/11/2011)

REPERCUSSÃO GERAL. LC 105/01. CONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.174/01. APLICAÇÃO PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES À EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DA UNIÃO PREJUDICADO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DO PROCESSO AO TRIBUNAL DE ORIGEM (ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO RISTF). *Decisão: Discute-se nestes recursos extraordinários a constitucionalidade, ou não, do artigo 6º da LC 105/01, que permitiu o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao Fisco, sem autorização judicial; bem como a possibilidade, ou não, da aplicação da Lei 10.174/01 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou seguimento à remessa oficial e à apelação da União, reconhecendo a impossibilidade da aplicação retroativa da LC 105/01 e da Lei 10.174/01. Contra essa decisão, a União interpôs, simultaneamente, recursos especial e extraordinário, ambos admitidos na Corte de origem. Verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça deu provimento*

ao recurso especial em decisão assim ementada (fl. 281): "ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO ? UTILIZAÇÃO DE DADOS DA CPMF PARA LANÇAMENTO DE OUTROS TRIBUTOS ? IMPOSTO DE RENDA ? QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO ? PERÍODO ANTERIOR À LC 105/2001 ? APLICAÇÃO IMEDIATA ? RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º, DO CTN ? PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO ? RECURSO ESPECIAL PROVIDO." Irresignado, Gildo Edgar Wendt interpôs novo recurso extraordinário, alegando, em suma, a inconstitucionalidade da LC 105/01 e a impossibilidade da aplicação retroativa da Lei 10.174/01 . O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da controvérsia objeto destes autos, que será submetida à apreciação do Pleno desta Corte, nos autos do RE 601.314, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski. Pelo exposto, declaro a prejudicialidade do recurso extraordinário interposto pela União, com fundamento no disposto no artigo 21, inciso IX, do RISTF. Com relação ao apelo extremo interposto por Gildo Edgar Wendt, revejo o sobrestamento anteriormente determinado pelo Min. Eros Grau, e, aplicando a decisão Plenária no RE n. 579.431, secundada, a posteriori pelo AI n. 503.064AgRagR, Rel. Min. CELSO DE MELLO; AI n.811.826- AgR – AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, e RE n. 513.473ED, Rel. Min CÉZAR PELUSO, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem (art. 328, parágrafo único, do RISTF c.c. artigo 543B e seus parágrafos do Código de Processo Civil). Publique-se. Brasília, 1º de agosto de 2011. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente

(RE 602945, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 01/08/2011, publicado em DJe158 DIVULG 17/08/2011 PUBLIC 18/08/2011)

DECISÃO: A matéria veiculada na presente sede recursal ?discussão em torno da suposta transgressão à garantia constitucional de inviolabilidade do sigilo de dados e da intimidade das pessoas em geral, naqueles casos em que a administração tributária, sem prévia autorização judicial, recebe, diretamente, das instituições financeiras, informações sobre as operações bancárias ativas e passivas dos contribuintes será apreciada no recurso extraordinário representativo da controvérsia jurídica suscitada no RE 601.314/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em cujo âmbito o Plenário desta Corte reconheceu existente a repercussão geral da questão constitucional.

Sendo assim, impõe-se o sobrestamento dos presentes autos, que permanecerão na Secretaria desta Corte até final julgamento do mencionado recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 21 de maio de 2010. Ministro CELSO DE MELLO Relator

(RE 479841, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/05/2010, publicado em DJe100 DIVULG 02/06/2010 PUBLIC 04/06/2010)

Entendo que, nesta sessão de julgamento, a lide objeto dos presentes autos não tem condições de ser julgada pela existência dessa questão prejudicial de índole constitucional.

Ou seja, enquanto inexistir decisão de mérito do Pleno do STF enfrentando a questão da constitucionalidade do acesso direto do fisco à movimentação financeira bancária

sem ordem judicial, via expedição de RMF às instituições financeiras, impõe-se o sobrestamento do julgamento da lide objeto dos autos deste processo, nos termos do art. 62-A e parágrafos do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que estatui, *in verbis*:

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 543B e 543C 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. 543B.

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

Como visto, à luz do § 1º do art. 62-A da Portaria MF nº 256/09, devem ficar sobrestados os julgamentos dos recursos que versarem sobre matéria cuja repercussão geral tenha sido admitida pelo STF. O dispositivo há pouco referido vai ao encontro da segurança jurídica, da estabilidade e da eficiência, pois ao tempo em que assegura a coerência do ordenamento, confere utilidade à atividade judicante exercida no âmbito do CARF. Assim, reconhecida, pelo STF, a relevância constitucional de tema prejudicial à validade do procedimento utilizado na constituição do crédito tributário, deve ser sobrestado o julgamento do recurso neste CARF.

No presente caso, em face da questão prejudicial suscitada, a situação processual subsume ao disposto ao art. 62-A, §1º e § 2º, da Portaria 256/09 (RICARF), ratificado pelas decisões acima transcritas, que retratam o quadro descrito pela Portaria nº1, de 03 de janeiro de 2012 (art. 1º, Parágrafo Único).

Por conseguinte, voto pelo sobrestamento do julgamento do Recurso Voluntário, até decisão definitiva, de mérito, pelo STF da matéria objeto do Recurso Extraordinário nº 601.314-SP, questão prejudicial deste processo. Observando-se que, após a formalização da Resolução, os autos do processo serão movimentados para a Secretaria da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento deste CARF que os manterá na atividade de sobrestados, conforme orientação contida no § 3º do art. 2º, da Portaria CARF nº 001, de 03 de janeiro de 2012. O processo será incluído novamente em pauta após solução definitiva pelo Supremo Tribunal Federal da matéria objeto do RE nº 601.314-SP.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel