



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

Processo nº 10640.000998/2010-41

Recurso nº Voluntário

Resolução nº **1801-000.304 – 1ª Turma Especial**

Data 05 de novembro de 2013

Assunto Sobrestamento - LC nr. 105/01

Recorrente FREDLAR INDUSTRIAL DE MÓVEIS LTDA. ME

Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, determinar o sobrestamento dos autos, conforme dispõe o art. 62-A § 2º do Regimento Interno do CARF e a Portaria CARF nº. 01/2012, nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes - Presidente

(assinado digitalmente)

Rogério Aparecido Gil - Redator *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva, Magda Azario Kanaan Polanczyk, Maria de Lourdes Ramirez, Luiz Guilherme de Medeiros Ferreira e Ana de Barros Fernandes

RELATÓRIO

Em face da renúncia ao mandato do Conselheiro Luiz Guilherme de Medeiros Ferreira, fui nomeado redator designado para redigir o relatório e voto do presente julgado.

Adoto o relatório da DRJ, por bem descrever os fatos, o qual transcrevo a seguir:

O interessado, contribuinte do Simples, foi excluído dessa sistemática de pagamento de tributos pelos Atos Declaratórios Executivos (ADE) nº 44 (Simples Federal) e nº 48 (Simples Nacional), ambos de 06/05/2010 (fls. 11 e 13);

A empresa apresenta impugnação (fls. 19/26) na qual alega, em síntese, que:

1) “expedir ato declaratório de exclusão e, neste, garantir defesa, é o mesmo que consubstancial-a ineficiente para os fins legais, afrontando o § 3º, do artigo 15, da Lei 9.317/96 c/c o Decreto 70.235/72 e a Lei 9.784/99. Não fosse o bastante, os ADE's ora combatidos consignam, ainda, que os efeitos da exclusão devem ser retroagidos à data do ano calendário de 2006. Trata-se de uma ilegalidade que merece ser reparada”;

2) “com relação aos efeitos da retroatividade dos efeitos da exclusão, nova ilegalidade. Ao assim agir, a SRF violou o disposto no artigo 150, III, “a”, da Constituição Federal, que trata do princípio da anterioridade. Ademais, o próprio artigo 15 da Lei 9.317/96 que trata dos efeitos da exclusão. Ora, não podemos admitir que o mês em que ocorreu a situação excludente não seja outro, senão, aquele em que recebemos a notificação do Ato Declaratório Executivo. Cabe à SRF a apuração e fiscalização das opções de ingresso no SIMPLES, e não pode o contribuinte ser penalizado por essa omissão”;

3) “podemos concluir que os Atos Declaratórios emanados pela SRF possuem várias ilegalidades que devem ser combatidas, dentre as quais podemos citar, primeiramente a própria exclusão da empresa impugnante, vez que esta não incorreu em nenhuma das situações dispostas legalmente que ensejassem tal exclusão, muito menos nas que dispostas nos ADEs ora combatidos. Ademais, ainda que algo tivesse sido apurado pela fiscalização, a empresa deveria ter sido informada da situação para impugnar e provar o alegado por todos os meios admitidos pelo direito, sendo portanto, a exclusão da empresa completamente arbitrária, vez que foram feridos de morte princípios inerentes a quaisquer processos, tais como a ampla defesa e o contraditório, sem desconsiderar os princípios da Tipicidade, Legalidade e verdade material”;

4) “desta forma, são estes, em síntese, os pontos de discordância apontados neste manifesto de inconformidade:

a) a empresa teve cerceado seu direito de defesa na medida em que não lhe foi oferecido quaisquer documentos que lhe informassem que auferiu receita superior ao legalmente estabelecido para estar incursa no SIMPLES, de forma que os únicos elementos de que dispõe para realizar o presente manifesto de inconformidade ratificam sua posição de que não houve excesso de receita sendo portanto descabido o que alegado nos atos declaratórios ora combatidos”;

b) a Impugnante não pode ser excluída do Simples, haja vista não estar incursa em nenhuma das situações excludentes elencadas pela legislação pertinente.

c) a impugnante solicita que sejam anulados e /ou retificados os ADE's ora combatidos. considerando todo o explanado no presente manifesto de inconformidade.

d) a impugnante pretende provar o alegado por meio de provas documentais, testemunhais ou periciais solicitando, neste ato, estas possibilidades”;

É o breve relatório.

A decisão recorrida manteve a exclusão do SIMPLES diante da ausência de provas apresentadas pela impugnante nos seguintes termos:

“A afirmação da empresa soa como pilhória, visto que para o ano base de 2005 ela declarou originalmente que obteve receitas no total de R\$ 1.166.078,90, valor bem próximo do limite para que pudesse ser considerada empresa de pequeno porte. Esse valor foi comprovado pela autoridade fiscal, conforme consta do Relatório Fiscal acostado aos autos do processo nº 10640.001930/201089.

No entanto, além desse valor, ela recebeu, por meio de contas de interpostas pessoas, portanto a margem da contabilidade e sem oferecer à tributação, o valor de R\$ 458.447,67, o que totaliza R\$ 1.624.526,57 de receitas efetivamente recebidas no ano de 2005, valor maior que o permitido para uma empresa ser considerada de pequeno porte e vir a usufruir os benefícios advindos dessa classificação.

Registre-se que tais valores encontram-se lançados nos autos de infração constantes do processo nº 10640.001930/201089, que a empresa impugnou sem apresentar qualquer argumento e/ou prova que pudesse modificar os valores neles contidos. O citado processo foi por mim relatado e julgado nessa mesma sessão, sendo mantido integralmente o crédito tributário nele constituído.

Inconformada a contribuinte interpôs Recurso Voluntário repisando os mesmos argumentos da sua impugnação.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Relator, Relator.

O recurso é tempestivo.

Conforme se depreende dos presentes autos (fls. 29/121, a Fazenda Pública obteve acesso aos dados da movimentação financeira da empresa contribuinte, por meio de RMF dirigida diretamente às instituições financeiras, sem autorização judicial.

Sobre o assunto devem ser feitas as seguintes observações.

Em 15 de dezembro de 2010, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, proferiu decisão que pode ser sintetizada na ementa abaixo transcrita, publicada no Dje-086 em 10/05/2011:

Ementa:

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

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

À luz do artigo 26-A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, os Conselheiros do CARF somente podem deixar de aplicar lei sob fundamento de inconstitucionalidade após o STF, por seu plenário, em controle concentrado ou difuso, por decisão definitiva, ter reconhecido a inconstitucionalidade da norma.

Em 20/11/2009, ao examinar o Recurso Extraordinário nº 601.314, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o STF reconheceu quanto à matéria a existência de repercussão geral, nos termos do artigo 542-B, do Código de Processo Civil. Neste sentido, segue a ementa da decisão:

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.

O tratamento a ser dispensado aos processos com repercussão geral encontra-se no artigo 542-B, do CPC, e artigo 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Em 20/11/2009, ao examinar o Recurso Extraordinário nº 601.314, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator da matéria, não determinou que os demais processos aguardassem na origem, conforme previsto no artigo 328, parágrafo único do Regimento Interno do STF. Porém, esta providência foi determinada em 19/10/2010, quando do exame do Agravo de Instrumento nº. 765.714, cuja decisão contém o seguinte teor:

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

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

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

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

3. A fiscalização pela autoridade administrativa é instrumento de arrecadação tributária pelo Estado, que, por sua vez, visa atender ao princípio da capacidade contributiva (tributando quem capacidade detém) e ao da isonomia (tributando todos aqueles que podem ser tributados), corolários dos objetivos da República de construção de uma sociedade justa e solidária e de redução das desigualdades sociais.

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

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

6. Apelação provida em parte” (fls. 49-50).

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

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

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

A devolução dos autos ao Tribunal de origem para que se aguarde a decisão do RE 601.314, nos termos do 543-B, do CPC, nada mais é do que o sobrestamento, atribuição que nos termos do art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, é do relator ou do Presidente da Corte.

Em resumo, o artigo 328, parágrafo único do RISTF, prevê que nos casos em que se verificar a subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, tanto o relator quanto o Presidente do Tribunal podem determinar a devolução

dos demais processos aos tribunais de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

No caso do AI 765.714/SP, o relator do Recurso Extraordinário nº 601.314, nos processos que versam sobre a mesma matéria, está determinado o retorno dos autos à origem para observar-se o disposto no artigo 543-B, do CPC, concluindo-se, assim, s.m.j., que tal procedimento corresponde ao sobrerestamento dos demais processos, pois, do contrário, os demais processos não poderiam ser devolvidos à origem, como aconteceu com o AI 765.714/SP.

O Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, assim dispõe no artigo 62-A:

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 sobrerestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestrar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

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

Tendo em vista que o presente processo envolve matéria discutida no âmbito jurisdicional em sede de repercussão geral reconhecida, qual seja, quebra sigilo bancário – Lei Complementar nº 105 / 2001 – como se vê do relatório, e considerando o que dispõe o artigo 62-A, e parágrafos 1º e 2º do RICARF e, ainda, a Portaria nº. 01/2012 do CARF, que determinam o sobrerestamento do julgamento dos recursos sempre que houver sobrerestamento do julgamento jurisdicional dos recursos extraordinários da mesma matéria até decisão final – art.543-B, do Código de Processo Civil – voto no sentido de determinar o sobrerestamento do julgamento do presente recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Rogério Aparecido Gil