



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

Processo nº 10803.720078/2011-13
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1302-000.217 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 6 de março de 2013
Assunto Sobrestamento de julgamento
Recorrente AUXTER SOLUÇÕES EM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Os membros da Turma resolvem, por unanimidade, sobrestar o julgamento, nos termos do art. 62-A do RICARF.

(assinado digitalmente)

EDUARDO DE ANDRADE - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

MARCIO RODRIGO FRIZZO - Relator.

EDITADO EM: 15/03/2013

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Eduardo de Andrade (Presidente), Waldir Veiga Rocha, Alberto Pinto Souza Junior, Paulo Roberto Cortez, Guilherme Pollastri Gomes da Silva e Marcio Rodrigo Frizzo.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado por AUXTER SOLUÇÕES EM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA, já qualificada nos autos, em face do acórdão da DRJ que manteve integralmente a autuação fiscal relativa ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS relativo aos anos-calendário de 2006 e 2007.

A autuação decorreu da reabertura da fiscalização anteriormente realizada por força do MPF 08.190.00-2009-0165, que foi encerrada sem resultado (fls. 25). A recorrente teve ciência da nova fiscalização em 19/08/2009 (fl. 27).

Considerando que o relatório da decisão da DRJ bem resume o que ocorreu no curso da fiscalização, passo a utilizá-lo:

O Termo de Descrição dos Fatos (fls.1.683/1.760) constatou os seguintes fatos e infrações:

DOS FATOS:

- **O trabalho fiscal se desenvolveu em torno da movimentação financeira incompatível com a receita declarada no ano-calendário 2006 e na divergência entre os valores informados nas Guias de Informação e Apuração do ICMS - GIAs e na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ no ano-calendário 2007;**
- **A Auxter Soluções em Máquinas e Equipamentos Ltda optou pela forma de tributação do lucro na sistemática do lucro presumido**

nos exercícios de 2007 e 2008 e, como obrigação acessória, mantinha escrituração contábil e adotou o regime de competência para apuração das receitas, de acordo com informações prestadas nas correspondentes Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ (fls. 03 a 12 e 13 a 24);

- É importante consignar que os livros "Diário" referentes aos anos-calendário 2006 e 2007, foram autenticados na JUCESP somente em 04/03/2009 (fls. 1.166, 1.231 e 1.235);
- Deixou de escriturar outras duas contas bancárias, a de nº 3.027641-0 e a de nº 03000-4/100.000, mantidas junto às mesmas instituições financeiras, Real S/A e Itaú S/A, respectivamente, cuja titularidade não foi contestada no curso da ação fiscal;
- Uma vez que a movimentação financeira da contribuinte não está totalmente retratada nos seus livros contábeis, concluiu-se que a sua contabilidade não atende aos princípios consagrados pela legislação comercial e pela técnica contábil, e, em consequência, a sua escrituração contábil não é confiável para determinação do lucro presumido ou do lucro real;
- Isto reforça o entendimento de que a escrituração contábil da Auxter Soluções em Máquinas e Equipamentos Ltda é **imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira da empresa, por revelar evidentes indícios de fraudes**, nos termos do art. 530, inciso II, alínea "a" do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/99), **impondo-se o arbitramento do lucro como única forma de determinação da base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ)**;
- A não escrituração de contas bancárias com movimentação financeira expressiva já seria motivo suficiente para o arbitramento do lucro da Auxter. Ocorre que outros motivos reforçam a necessidade do arbitramento do lucro da contribuinte no ano-calendário de 2006, tais como: a) Fatos contabilizados que não retratam as operações bancárias realizadas (extratos bancários); b)

money e liberação garantida (Quadro nº 11 - "Créditos sem Comprovação da Origem dos Recursos - Contas não Contabilizadas");

- A Auxter Soluções em Máquinas e Equipamentos Ltda foi intimada a comprovar a origem dos recursos creditados nas suas contas correntes de nºs 03000-4/100.000 e 3.027641-0, mantidas junto aos Banco Itaú S/A e o Banco Real S/A, respectivamente (Termo de Intimação Fiscal nº 3, reiterado pelo Termo de Intimação Fiscal nº 4, fls. 258 a 270 e 271 a 273). 72. Nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96, caberia à contribuinte comprovar a origem dos créditos existentes em suas contas bancárias (presunção legal);
- Entretanto, a contribuinte não trouxe aos autos a documentação solicitada pela Fiscalização, embora regularmente intimada e reintimada a fazê-lo. As pessoas físicas e jurídicas identificadas foram intimadas a comprovar a origem dos créditos efetuados nas contas correntes da Auxter, por TED, nas datas e valores discriminados nos correspondentes Termos de Intimação. E com a circularização, foram comprovadas diversas operações comerciais realizadas pela contribuinte que demonstram, de forma cabal, a falta de emissão de documento fiscal que registrasse a operação ou a sua emissão em valor inferior ao efetivamente contratado, com o emprego de artifícios dolosos visando à sonegação de tributos no ano-calendário de 2006;
- Em 2006, nos extratos do Banco Real S/A da conta nº 3.027641-0 da Auxter (não contabilizada), existem diversos registros com o seguinte histórico: "*LIB DSC/ANTC*". Esse histórico registra as vendas efetivadas pela contribuinte e liquidadas com cheques pré-datados que são descontados na instituição financeira;
- Claro está que a origem dos créditos com histórico "*UB DSC/ANTC*", existentes na conta nº 3.027641-0 do Banco Real S/A, decorre de operações comerciais realizada pela Auxter Soluções em Máquinas e Equipamentos Ltda e que não foram oferecidas à tributação;

Processo nº 10803.720078/2011-13
Resolução nº 1302-000.217

S1-C3T2
Fl. 2.055

- e na subavaliação de valores de operação na alienação de bens ou direitos, em conformidade com o que dispõe o Decreto nº 3.724/2001, art. 3º, incisos I e VII (fls. 465/466);
- Como a contribuinte alegou que tais operações (depósitos/créditos e pagamentos/saquês) referiam-se à intermediação de negócios, no Termo de Intimação Fiscal nº 9, fls. 745 a 747, ela foi novamente intimada a apresentar a documentação comprobatória dessas intermediações. Mas, a empresa não se manifestou a respeito, mesmo tendo sido identificadas as empresas e as pessoas físicas que efetuaram a transferência eletrônica (TED) para a Auxter (Termo de Intimação Fiscal nº 8);
- Em resumo, os créditos (depósitos e transferências eletrônicas) **que não foram comprovados pela contribuinte** teve dois tratamentos tributários:
 - A) **Créditos com origem dos recursos identificada pela Fiscalização** - Créditos em contas correntes não registradas na escrituração contábil da Auxter, decorrentes de créditos identificados pela Fiscalização como operações de venda ou de prestação de serviços sem emissão de nota fiscal ou objeto de subfaturamento, além das operações decorrentes de desconto de cheques custodiados, serão tributados como omissão de receita, com base legal no art. 537 do RIR/99 (Quadro nº 7 - "Desconto de Cheques Custodiados"; Quadro nº 9 - "Créditos com Origem dos Recursos Identificada pela Fiscalização" e Quadro nº 10 - "Créditos com Origem Identificada - Receitas a Tributar");
 - B) **Créditos (depósitos/transferências eletrônicas) cuja origem dos recursos não foi comprovada** - Depósitos e transferências eletrônicas cuja origem não foi comprovada foram tributados como receita omitida, de acordo com o art. 42 da Lei nº 9.430/96 - presunção de omissão de receita (art. 849 do RIR/99). Nesse levantamento, foram excluídas as transferências entre contas de titularidade da Auxter, os créditos de valor igual ou inferior a R\$ 200,00, cheques devolvidos e os empréstimos bancários - *hot*

- A devolução de cheque custodiado, objeto de desconto na instituição financeira, não tem o condão de desfazer a operação de venda anteriormente realizada, razão pela qual os cheques devolvidos não foram considerados pela Fiscalização;
- A Auxter Soluções em Máquinas e Equipamentos Ltda foi regularmente intimada e reintimada a comprovar a origem dos créditos existentes nas contas correntes de nºs 03000-4/100.000 (Banco Itaú S/A) e 3.027641-0 (Banco Real S/A), fls. 258 a 270 e 271 a 273, **contas bancárias mantidas à margem da contabilidade**, e não apresentou qualquer documento hábil e idôneo para tal fim;
- Esses créditos, decorrentes de transferências eletrônicas cuja origem dos recursos foi identificada pela Fiscalização, foram consolidados no Quadro nº 9 - "Créditos com Origem dos Recursos Identificada pela Fiscalização", em anexo, e foram tributados a título de omissão de receita, nos termos do art. 537 combinado com o art. 532, ambos do Decreto nº 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99), conforme detalhado no Quadro nº 10 - "Créditos com Origem Identificada - Receitas a Tributar";
- Ademais, os créditos decorrentes de desconto de cheques custodiados (T/e DSC/ANTC), existentes na conta nº 3.027641-0 do Banco Real S/A, foram tributados a título de omissão de receita, em conformidade com o art. 537 do RIR/99, por corresponderem a operações comerciais realizadas pela Auxter (item 2.1, letra "b") e foram consolidados no Quadro nº 7 - "Desconto de Cheques Custodiados". Nesse caso, não se deve descontar os cheques devolvidos, pois a devolução destes não acarreta o desfazimento do negócio;
- A multa de ofício a ser aplicada foi de 150 % sobre as diferenças de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins apuradas em decorrência de créditos existentes em contas bancárias não contabilizadas cuja origem dos recursos foi comprovada pela Fiscalização, como visto em tópico próprio (Item 9 - Multa qualificada);
- Nesse caso, dispõe o art. 849 do RIR/99 (Base legal: art. 42 da Lei nº 9.430/96) que **caracterizam-se como omissão de receita, sujeitos a lançamento de ofício, os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais a pessoa jurídica, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações;**
- A multa de ofício aplicada foi de 150 % sobre as diferenças de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins apuradas em decorrência de créditos não comprovados existentes em contas bancárias não contabilizadas, como visto em tópico próprio (Item 9 - Multa Qualificada);
- A contribuinte escreveu no seu livro Registro de Saídas do ano de 2006, fls. 1.119 a 1.165, **receitas tributáveis que não foram informadas na DIPJ/2007 e, com isso, recolheu os tributos federais em valores menores do que os efetivamente devidos;**
- Na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ/2007, a receita bruta total informada pela contribuinte foi de R\$ 1.019.156,75 (fls. 05/06) que é bem menor do que a escriturada no seu livro Registro de Saídas, no montante de R\$ 3.413.161,80, **considerando-se os CFOPs tributáveis** (e os CFOP 1.202 e 2.202 - devoluções - registrados no livro Registro de Entradas). A divergência está demonstrada no Quadro nº 2 - "Receita Bruta - Livro Registro de Saídas x DIPJ/2007";
- As diferenças apuradas pela Fiscalização foram consolidadas e objeto de lançamento de ofício com a multa qualificada (150 %), tendo em vista o evidente intuito da contribuinte em subtrair ao conhecimento do Fisco as receitas **efetivamente auferidas** e considerando a conduta reiterada da Fiscalizada nessa prática) em todos os períodos de apuração (trimestrais) dos anos de 2006 e 2007;
- A Auxter Soluções em Máquinas e Equipamentos Ltda foi intimada (Termo de Intimação Fiscal nº 7, fls. 664 a 673) a esclarecer, no

tocante ao ano-calendário de 2007, as divergências verificadas entre as receitas tributáveis extraídas do livro Registro de Saídas e as receitas informadas na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ/2008;

- A diferença constatada foi tributada de ofício, levando-se em consideração que o comércio de veículos usados será tributado em conformidade com o art. 5º da Lei nº 9.716/98 (operações de consignação).

DAS INFRAÇÕES:

001 - OMISSÃO DE RECEITAS DA ATIVIDADE - A PARTIR DO AC 93

- Omissão de receitas, no ano-calendário 2007, decorrente da divergência constatada entre as receitas escrituradas no livro Registro de Saídas (e nas Guias de Informação e Apuração do ICMS - GIAs) e no livro Diário e as receitas informadas na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, conforme demonstrado no Quadro nº 18 - "Bases de Cálculo Trimestrais - Diferenças a Tributar - Lucro Presumido", coluna E.
- As comissões recebidas da JCB do Brasil Ltda foram no montante de R\$ 345.741,04 e o Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF no valor de R\$ 4.275,35, o qual foi compensado.
- As autoridades fiscais elaboraram planilhas com a finalidade de demonstrar os valores tributados a título de omissão de receita no ano de 2007: a) Quadro nº 13 - "Receita Bruta - Revenda - Escrituração Contábil"; b) Quadro nº 14 - "Receita Bruta da Prestação de Serviços"; c) Quadro nº 15 - "Revenda de Veículos Usados - Ano-calendário 2007"; d) Quadro nº 16 - "Segregação da Receita Bruta - Revenda - Lucro Presumido"; e) Quadro nº 18 - "Bases de Cálculo Trimestrais - Diferenças a Tributar - Lucro Presumido".
- A multa de ofício aplicada foi de 150%, tendo em vista o evidente intuito da contribuinte de omitir tais receitas do

conhecimento do Fisco, ao prestar - reiteradamente (todos os trimestres de 2006 e 2007) declarações falsas à Secretaria da Receita Federal do Brasil (DIPJ/2008 e DCTFs correspondentes) e com isso, deixando de recolher os tributos devidos aos cofres públicos.

002 - OUTRAS RECEITAS

- Omissão de receitas, no ano-calendário 2007, decorrente das "outras receitas" auferidas pela Auxter Soluções em Máquinas e Equipamentos Ltda, a título de juros ativos e descontos obtidos, e não informadas na DIPJ/2008, que serão tributadas como "acréscimos à base de cálculo".
- Nos quadros demonstrativos elaborados pela Fiscalização (Nº 17 - "Acréscimos à Base de Cálculo - Lucro Presumido" e Nº 18 - "Bases de Cálculo Trimestrais - Diferenças a Tributar - Lucro Presumido", coluna F) estão discriminados os valores tributados como "outras receitas".
- A multa de ofício aplicada foi de 150%, tendo em vista o evidente intuito da contribuinte de omitir tais receitas do conhecimento do Fisco, ao não informá-las na DIPJ/2008 e nas DCTFs correspondentes, e, com isso, deixar de recolher os tributos devidos aos cofres públicos. Ademais, trata-se de prática reiterada adotada pela contribuinte nos anos-calendário de 2006 e 2007.

003 - RECEITA OPERACIONAL OMITIDA (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA) REVENDA DE MERCADORIAS

- Omissão de receita decorrente das operações de comércio em virtude das seguintes infrações fiscais apuradas pela Fiscalização:
- 1 - Receita Bruta escriturada no livro Registro de Saídas, excluída a revenda de veículos usados (Quadro nº 2 - "Receita Bruta - Livro Registro de Saídas x DIPJ/2007");
- 2 - Cheques custodiados descontados em instituição financeira (Quadro nº 7 - "Desconto de Cheques Custodiados");

sinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

- 3 - Créditos bancários cuja origem dos recursos foi identificada pela Fiscalização - Quadro nº 10 - "Créditos com Origem Identificada - Receitas a Tributar".
- A fim de demonstrar os valores apurados pela Fiscalização também foram elaboradas as seguintes planilhas: a) Quadro nº 4 - "Segregação da Receita Bruta Sujeita ao Arbitramento e da Receita Declarada"; b) Quadro nº 9 - "Créditos com Origem dos Recursos Identificada pela Fiscalização"; e c) Quadro nº 12 - "Bases de Cálculo Trimestrais – Lucro Arbitrado".
- Para determinação do lucro arbitrado (base de cálculo) aplica-se o percentual de 9,6% sobre a receita omitida decorrente das operações de revenda (art. 532 do RIR/99). As receitas trimestrais informadas na DIPJ/2007 foram descontadas (Quadro nº 12, coluna H).
- A multa de ofício aplicada foi de 150%, tendo em vista o evidente intuito da contribuinte de omitir tais receitas do conhecimento do Fisco.

**004 - RECEITA OPERACIONAL OMITIDA (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA)
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS GERAIS**

- Omissão de receita decorrente das seguintes infrações fiscais apuradas pela Fiscalização:
- a) Operações de revenda de veículos usados equiparadas às operações de consignação (vide Quadro nº 3 - "Revenda de Veículos Usados - Ano-calendário 2006" e Quadro nº 4 - "Segregação da Receita Bruta Sujeita ao Arbitramento e da Receita Declarada", colunas B e C;
- b) Créditos bancários cuja origem dos recursos foi identificada pela Fiscalização e de correntes da prestação de serviços (Quadro nº 9 - "Créditos com Origem dos Recursos Identificada pela Fiscalização" e Quadro nº 10 - "Créditos com Origem Identificada - Receitas a Tributar") => Prestação de serviços em abril (R\$ 60.800,00), maio (R\$ 7.628,88) e agosto/06 (R\$ 27.000,00);

- c) Comissões recebidas da JCB do Brasil Ltda em dezembro/06, no valor de R\$ 12.436,28, com IRRF a ser compensado na importância de R\$ 186,54, de acordo com informação prestada em DIRF pela fonte pagadora.
- Os valores tributados estão consolidados no Quadro nº 12 - "Bases de Cálculo Trimestrais - Lucro Arbitrado".
- Para determinação do lucro arbitrado aplica-se o percentual de 38,4% sobre as receitas omitidas decorrentes da prestação de serviços e das operações equiparadas à consignação.
- Estas infrações fiscais estão detalhadas no Termo de Descrição dos Fatos, peça elaborada em apartado e que faz parte integrante e inseparável deste Auto de Infração.
- A multa de ofício aplicada foi de 150%, tendo em vista o evidente intuito da contribuinte em omitir tais receitas do conhecimento do Fisco.

005 - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

- A contribuinte, regularmente intimada, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em contas correntes mantidas junto aos bancos REAL S/A e Itaú S/A, no ano-calendário 2006, as quais não foram registradas na sua escrituração contábil (uma das razões para o arbitramento do lucro).
- A não comprovação da origem dos recursos creditados caracteriza omissão de receita, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96 (art. 849 do Decreto nº 3.000/99 - Regulamento do Imposto de Renda - RIR).
- Como não foi possível identificar a atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela que corresponder o percentual mais elevado (38,4 %) , em cumprimento ao disposto no parágrafo único do art. 537 do Regulamento do Imposto de Renda (Lei nº 9.249/95, art. 24, § 1º) .
- Os créditos cuja origem não restou comprovada estão consolidados nas seguintes planilhas:

- a) Quadro nº 11 - "Créditos sem Comprovação da Origem dos Recursos - Contas não Contabilizadas";
- b) Quadro nº 12 - "Bases de Cálculo Trimestrais - Lucro Arbitrado", coluna E.
- A multa de ofício aplicada sobre a diferença de tributo apurada foi de 150%, tendo em vista o evidente intuito da contribuinte de omitir tais receitas do conhecimento do Fisco (contas bancárias não contabilizadas)

006 - RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA) REVENDA DE MERCADORIAS

- Tributação da receita bruta decorrente das operações de comércio, informada na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, exercício 2007, em virtude do arbitramento do lucro da Auxter Soluções em Máquinas e Equipamentos Ltda.
- Os valores do IRPJ a pagar informados pela contribuinte nas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF serão compensados com o IRPJ apurado pela Fiscalização em decorrência do arbitramento do lucro (Quadro nº 20 - "Tributos Informados em DCTF").
- Os valores das receitas declaradas na DIPJ/2007 e que estão sendo tributados na sistemática do lucro arbitrado estão demonstrados no Quadro nº 4 - "Segregação da Receita Bruta Sujeita ao Arbitramento e da Receita Declarada", coluna D, e no Quadro nº 12 - "Bases de Cálculo Trimestrais - Lucro Arbitrado", coluna H.

007 - RECEITAS OPERACIONAIS (ATIVIDADE NÃO IMOBILIÁRIA) PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS GERAIS

- Tributação da receita bruta decorrente da prestação de serviços, informada na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, exercício 2007, em virtude do arbitramento do lucro da Auxter Soluções em Máquinas e Equipamentos Ltda.

- A contribuinte informou na DIPJ/2007, 4o trimestre, a receita bruta da prestação de serviços, no montante de R\$ 23.820,22, que será tributada na sistemática do lucro arbitrado.
- Esse valor é, aproximadamente, o que está registrado na sua escrituração contábil no mês de dezembro/06 (R\$ 23.968,37).

008 - OUTRAS RECEITAS

- Serão acrescidos à base de cálculo do lucro arbitrado, a título de outras receitas, os juros ativos e a importância de R\$ 12.000,00, recebida como sinal da empresa B. M. Silva Construções Ltda (crédito em conta corrente não contabilizada pela Auxter) e que não foi devolvida por ocasião do desfazimento do negócio.
- Os valores tributados estão discriminados no Quadro nº 10 - "Créditos com Origem Identificada - Receitas a Tributar" (mês de junho/06) e no Quadro nº 12 - "Bases de Cálculo Trimestrais - Lucro Arbitrado", coluna K.
- Embora os juros ativos estivessem contabilizados, a contribuinte não os informou na DIPJ/07 com o evidente intuito de omitir as "outras receitas" do conhecimento do Fisco, e, assim, deixar de recolher os tributos devidos aos cofres públicos. E trata-se de prática reiterada da Auxter porque também na DIPJ/2008 não foram informadas as "outras receitas", o que justifica a qualificação da multa (150 %).
- E, quanto ao sinal recebido e não devolvido ao cliente por ocasião do desfazimento do negócio, as diferenças dos tributos devidos serão cobradas com a multa qualificada, tendo em vista o evidente intuito da contribuinte de omitir essa operação do conhecimento do Fisco, pois o crédito havia sido efetuado em conta corrente não contabilizada pela Auxter Soluções em Máquinas e Equipamentos Ltda.

A contribuinte tendo ciência do Auto de Infração (07/11/2011 – fls. 1.615) e, sentindo-se inconformada, dele recorreu a esta DRJ com a impugnação de fls.1.818/1.871 em 06/12/2011, com as alegações resumidas a seguir.

- DA NULIDADE DO ATO DE "AUTORIZAÇÃO" PARA REEXAME: AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO, INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE, AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DA FINALIDADE LEGAL DO ATO A "autorização" não delimitou o escopo do reexame e também não identificou as razões que justificariam a sua realização. Apenas afirmou que a razão pela qual deve ser realizado o reexame de período já fiscalizado é a "substituição administrativa" para preservação do "interesse público". A realização do reexame em período já fiscalizado possui previsão normativa fechada. Por ser medida restritiva de direitos do contribuinte deve ser interpretada de forma restritiva. O ato que inaugurou o procedimento de fiscalização que dá suporte às autuações impugnadas é absolutamente nulo, pois: (i) não preenche os requisitos específicos do artigo 906 do RIR; (ii) foi praticado por autoridade incompetente; (iii) não é motivado; e, (iv) não se presta a preencher a finalidade legal;
- O ato que inaugura o procedimento de fiscalização (i) não preenche os requisitos específicos do artigo 906 do RIR. A determinação legal é clara: somente mediante ordem. Ordem é um comando, um imperativo de um superior hierárquico determinado que não comporta descumprimento. Prescinde de qualquer pedido ou pleito. O procedimento fiscalizatório no qual a autuação se sustenta teve início com "autorização", que por definição carece de prévio pedido e dá margem a praticar ou não o ato;
- Porém, há vício mais grave. O (ii) ato foi praticado por autoridade incompetente. A competência para a prática do ato, em conformidade com o artigo 906 do RIR, é do "Superintendente, do Delegado ou do Inspetor da Receita Federal";
- Conforme se observa no documento de fls. 25 do procedimento fiscalizatório, o ato foi praticado por "Superintendente adjunto";

<ul style="list-style-type: none"> • Considerando que a higidez do ato administrativo depende da competência do agente para que possa surtir seus legais e regulares efeitos, o ato de "autorização" para o reexame de período já fiscalizado contra a Auxter é nulo, na forma do disposto no artigo 59, I e II do Decreto 70.235/1992; • O ato que "autoriza" o reexame não esclarece. Não apresentar as razões da prática do ato corresponde a não apresentar os motivos para a prática do ato. Há patente nulidade do ato administrativo; • <u>DA NULIDADE DO REEXAME REALIZADO EM CONTRIBUINTE QUE NÃO POSSUÍA TODOS OS DOCUMENTOS PARA APRESENTAR POIS FORAM ENTREGUES À PRIMEIRA FISCALIZAÇÃO.</u> A submissão do contribuinte a esse reexame, nas condições como o foram, viola vários dos direitos do contribuinte, por exemplo: (1) o direito a não ser submetido a fiscalização que não poderá atender em razão de ato do próprio Estado, que revela a desnecessidade da nova fiscalização; (2) o direito a poder apresentar os documentos solicitados; (3) o direito a que não lhe seja exigido pelo Estado documento que está sob a guarda do Estado; (4) o direito a não ser intimado - sob as penas da lei - a explicar ao Estado que os documentos que exige já foram apresentados e estão sob a guarda do próprio Estado. • <u>DA IRREGULARIDADE DO PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO EM RAZÃO DOS ABUSOS COMETIDOS PELAS AUTORIDADES FAZENDÁRIAS.</u> Nada mais arbitrário, tendo em vista que a Impugnante apenas não tinha posse daqueles documentos justamente em virtude de já tê-los entregue à Autoridade Fiscal à época competente para o exercício de fiscalização perante a Receita Federal do Brasil em momento pretérito ao reexame da fiscalização. Permitir que tal situação de alastre é ser conivente a patente ilegalidade, tendo em vista a absoluta nulidade do Auto de Embaraço em relevo, lavrado de maneira totalmente arbitrária e desmotivada, por considerar a real 	<p>impossibilidade da Impugnante em apresentar os documentos requeridos, impossibilidade a qual, saliente-se, se deu por culpa exclusiva do próprio Ente Fiscal.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>DA IMPOSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE DADOS DA CPMF</u> Desta feita, embora não expressamente consignado na Constituição Federal, o sigilo às informações bancárias ou, em termos mais apropriados, aos dados bancários, está englobado ao direito fundamental à privacidade; • <u>AUTO DE EMBARAÇO IRREGULAR - AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO, AUSÊNCIA DE RESPOSTA AO PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DO AUTO, ILICITUDE DOS DOCUMENTOS OBTIDOS.</u> A Auxter apresentou todos os documentos (fls. 407). Dessa forma, temos os vícios relativos ao embaraço sintetizados em (i) estar em descompasso com o que dos autos consta, revelando a inadequação da medida, e (ii) não estar assegurado o direito a obter resposta à petição formulada com finalidade de desconstitui-lo; • <u>DA IRREGULARIDADE DO ARBITRAMENTO EM RAZÃO DA DESNECESSIDADE-</u> A análise (i) da escrituração contábil e dos extratos bancários, e as constatações de que há movimentos não escriturados nas contas bancárias e que há movimentos bancários que não correspondem ao escriturado, foram identificados pormenorizadamente pela fiscalização. Dessa forma, de acordo com os julgados do CARF indicados acima, não seria o caso de considerar a contabilidade imprestável e realizar o arbitramento, pois todos os dados necessários para a realização do cálculo com valor concreto foram obtidos. Esse item salienta o descabimento do arbitramento; • Ao (ii) identificar despesas não comprovadas com construção, a fiscalização desconsiderou a informação prestada pela Auxter de que não possuía os documentos. Desconsiderou que a primeira fiscalização os recebeu. Além disso, a fiscalização entendeu que há obrigação da Auxter em obter os documentos, mesmo em
---	---

diligências junto aos principais fornecedores. Considerando a informação prestada pela Auxter à fiscalização - de que os documentos foram apresentados à primeira fiscalização - a fiscalização em reexame não pode exigir conduta diversa da Auxter que cumpriu suas obrigações integralmente. O Estado não pode exigir do contribuinte que diligencie por sua omissão em analisar documentos sob sua guarda. Absolutamente descabida a justificativa do arbitramento.- Ao (iii) verificar a falta de escrituração de pagamentos efetuados, a fiscalização afirma taxativamente que os períodos não serão tributados. Sendo impertinente para fins de tributação, também é impertinente para fins de utilização em desfavor do contribuinte;

- O arbitramento não se sustenta também neste ponto.
- DEFESA COM RELAÇÃO ÀS DIVERGÊNCIAS ENTRE A DIPJ E AS GIAs As razões da impugnação são: (a) não há relação direta entre os registros de saídas de mercadorias e a receita informada na DIPJ e (b) não é subsistente o arbitramento, pois todos os valores foram identificados..
- DA IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAR AS VENDAS DE VEÍCULOS USADOS INFORMADOS PELO CONTRIBUINTE PARA O CÁLCULO. Notório que sendo conhecidos os valores e as bases relativas a 2006, não cabe realizar arbitramento. Deve ser realizada a apuração tomando a mesma base normativa aplicada em 2007. Não há razão para, conhecendo as vendas, conhecendo os valores, sabendo da disposição normativa que equipara o tratamento das vendas às operações em consignação, simplesmente deixar de aplicar o percentual legal e realizar o arbitramento;
- A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE MANTER A EXIGÊNCIA CONTIDA NOS AUTOS DE INFRAÇÃO RELATIVOS A IRPJ, CSLL, PIS, COFINS. Todo o procedimento de fiscalização é nulo. O ato que "autorizou" o reexame não preenche os requisitos mínimos de validade jurídica, ou seja: (i) não é o ato adequado (autorização x ordem escrita), (ii) não foi praticado por autoridade competente, (iii) não possui motivação, e, finalmente, (iv) não atinge a sua finalidade legal.
- A INEXIGIBILIDADE DAS MULTAS APLICADAS. A vedação aos efeitos confiscatórios das multas possui amparo em decisões do Supremo Tribunal Federal e em julgados de tribunais administrativos. Nesses casos pode ocorrer a redução do percentual ou a exclusão da multa.

A recorrente apresentou em sua impugnação (fls. 1818/1871) os seguintes argumentos, em resumo:

(i) É nula a reabertura da fiscalização por meio de mera “autorização” (art. 59, I e II, Dec. 70.235/92), uma vez que esta não preenche os requisitos taxativamente previstos no art. 906, RIR/99, quais sejam (item 5.1):

a. A lei exige “ordem escrita”, que é comando imperativo. Contudo, a reabertura foi determinada por “autorização”, que carece de pedido prévio e dá margem a praticar ou não o ato;

b. A lei exige que se trate de ordem de “Superintendente, Delegado ou Inspetor da Receita Federal”, entretanto a autorização partiu de “Superintendente adjunto”. Ou seja, foi praticado por autoridade incompetente;

c. Não existe motivação no ato, não sendo suficiente a menção ao “interesse público” e a “substituição administrativa”, pois se tratam de conceitos jurídicos indeterminados;

d. Não existe finalidade pré-determinada para a reabertura da fiscalização, pois a “autorização” não esclarece qual o objetivo da reabertura da fiscalização anteriormente encerrada, o que violenta os direitos do contribuinte.

(ii) A nova fiscalização exigiu documentos já entregues à fiscalização anterior, o que impossibilitou a recorrente de atender todas as intimações expedidas. Há ofensa à segurança jurídica e à confiança legítima entre o fisco e o contribuinte (item 5.2);

(iii) Houve excesso na atividade fiscalizatória, que expediu 13 (treze) termos de intimação e ignorou as respostas e documentos apresentados pela recorrente, bem como a impossibilidade de atendimento integral em face da entrega de documentos à fiscalização precedente (item 5.3);

(iv) É inconstitucional utilizar o “cálculo reverso”, ou seja, usar os dados da CPMF para averiguar a compatibilidade da movimentação financeira com os valores declarados em documentos fiscais. Dessa forma, foi violado o sigilo bancário da recorrente (art. 5º, inc. X e XII, CF/88) (item 5.4);

(v) A fundamentação do termo de embargo não condiz com o que consta nos autos, uma vez que a recorrente sempre atendeu a todas as intimações, deixando de entregar somente os documentos que já estavam em poder da fiscalização. Ainda, o pedido de desconstituição do termo de embargo apresentado pela recorrente não foi sequer apreciado, o que ofende o direito de petição (item 5.5);

(vi) É incorreto o arbitramento do lucro em razão de a contabilidade ser imprestável (art. 530, inc. II, a, RIR/99), uma vez que (item 5.6):

- a. A movimentação financeira ocorrida nas duas contas correntes não contabilizadas foram plenamente identificadas e quantificadas pela fiscalização;
- b. As despesas com construção só não foram comprovadas porque os documentos pertinentes foram entregues à primeira fiscalização;
- c. A própria fiscalização declara que não serão tributados os pagamentos efetuados, mas não escriturados. Logo, estes também não podem dar causa ao arbitramento.

(vii) É impróprio utilizar a divergência entre a DIPJ e a GIA da recorrente como forma de comprovar omissão de receita, uma vez que (item 5.7):

- a. A base de cálculo do IRPJ é a receita bruta; da CSLL é o lucro líquido; do PIS e da COFINS é o faturamento (receita bruta). Nenhum desses conceitos se identifica com a base de cálculo do ICMS. Discorre sobre os conceitos;
- b. Não existe relação direta entre a GIA e a DIPJ, de modo que não se pode concluir, sem a análise de outros elementos, que a diferença entre tais documentos gera a incidência de IRPJ;
- c. Não há relação direta entre os registros de saídas de mercadorias e a receita informada em DIPJ;
- d. Quanto à desconsideração das vendas de veículos usados, em sendo conhecido o valor de venda, o correto tratamento é trata-la como consignação em pagamento, como determina a legislação, ao invés de simplesmente realizar o arbitramento. É indiferente que essa atividade não conste no contrato social da recorrente (como determina a legislação aplicável), uma vez que devem ser considerados os fatos e não a forma jurídica declarada ou convencionada.

(viii) A multa de 150% aplicada pela fiscalização possui efeitos confiscatórios (art. 150, inc. IV, CF/88) (item 5.7).

Em face das considerações da recorrente, a DRJ decidiu nos termos em que segue resumidamente (1905 a 1943):

(i) As únicas causas que tornam o auto de infração nulo são as dispostas no art. 59, I e II, Dec. 70.235/72, quais seja, a incompetência da pessoa para prática de atos ou a preterição do direito de defesa. Nenhuma das situações ocorreu, pois atuaram no feito as autoridades competentes e foi respeitado o direito de defesa, tanto é que a recorrente defendeu-se pormenorizadamente do auto de infração;

(ii) Não procede o argumento de que não foi respeitado o direito de petição, uma vez que a primeira fase da fiscalização tributária é eminentemente inquisitorial. Somente após a formalização da exigência tributária é que se aplicam os princípios do contraditório e ampla defesa. Ademais, a

documentação entregue à primeira fiscalização foi requerida pelos fiscais que realizaram a segunda fiscalização;

(iii) Foi correto o arbitramento do lucro, uma vez que a recorrente não apresentou os livros contábeis e fiscais. Além disso, a escrituração apresentada não estava na forma das leis comerciais e fiscais; continha vícios, erros e deficiências que a tornaram imprestável;

(iv) Quanto a divergência entre os valores da GIA e DIPJ, aduz que também foi constatada movimentação financeira incompatível com a receita declarada no ano-cadastrário de 2006; que há discrepância entre a GIA e DIPJ do ano-cadastrário de 2007; que a divergência entre o livro de saídas do ano-cadastrário de 2007 e a DIPJ não se justifica apenas pelo fato de terem sido comercializados veículos usados, uma vez que somente a receita da venda de veículos novos (cerca de R\$ 16 milhões) já ultrapassa o declarado na DIPJ/2008 (cerca de R\$ 6,7 milhões);

(v) Os depósitos bancários mantidos nas contas não escrituradas não foram devidamente justificados pela recorrente, mesmo após intimações, razão pela qual incidiu a presunção legal de omissão de receita do art. 42 da Lei n. 9.430/86;

(vi) Não procede a alegação de *bis in idem* quanto a apuração da base de cálculo do lucro arbitrado, pois a recorrente era optante do lucro presumido e regime de caixa, pois:

a. Foram excluídos os créditos bancários que não corresponde a nova entrada de recursos, bem como os de origem justificada;

b. Foi deduzido os valores declarados em DCTF da exigência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

(vii) Não foram apresentadas provas para desconstituir as demais infrações constantes no termo de descrição dos fatos de fls. 1683 e 1760;

(viii) A quebra do sigilo bancário sem autorização do Poder Judiciário tem previsão legal (LC 105/01). Ademais, o sigilo bancário não é absoluto, podendo ceder em face do interesse público. Por fim, não houve quebra de sigilo bancário, mas apenas “transferência do sigilo”, que antes era assegurado apenas pela instituição financeira;

(ix) A multa qualificada tem previsão legal para ser aplicada em casos de fraude, o que se verifica no presente caso;

(x) As jurisprudências judiciais e administrativas não possuem eficácia normativa e não são normas complementares do Direito Tributário. Logo, não podem ser aplicadas genericamente ao caso concreto;

(xi) No que toca às alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade, este juízo cabe apenas ao Poder Judiciário. Ao Poder Executivo cabe a aplicação

da lei, sem a emissão de qualquer juízo de valor, como está pacificado pela súmula 2 do CARF;

(xii) Aplica-se o exposto à tributação reflexa, devido à íntima relação de causa e efeito, sobretudo porque não foram aduzidas razões específicas.

Em face da improcedência integral da impugnação, o recurso voluntário se destina a repisar e transcrever os fundamentos da impugnação. Convém, apenas, resumir os contra-argumentos à decisão da DRJ:

(i) Mesmo a fase inquisitorial da fiscalização possui limites. A fiscalização é nula por ter se iniciado por meio de "autorização". Além disso, o art. 59 do Dec. 70.235/72 não é taxativo, exemplo disso é a necessidade de motivação do ato administrativo, o que não existe nem na "autorização" e nem no "termo de embarço" (item 6.1).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcio Rodrigo Frizzo.

O recurso é tempestivo e apresenta todas as condições de admissibilidade, então dele conheço.

O tema acerca da constitucionalidade da **quebra do sigilo bancário diretamente pelo Fisco** (poder Executivo), sem intermédio do Poder Judiciário, está sob repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

No presente caso, a recorrente foi instada a entregar o extrato das contas correntes contabilizadas, quais sejam:

- cc 35610-0 (Banco Itaú);
- cc 5.027640-1 (ABN AMRO-Real);
- cc 147.270-4 (Bradesco).

Ocorre que tais contas correntes não justificavam a totalidade das movimentações da recorrente.

Assim, expediu-se o Termo de Intimação nº 2 (fls. 152/153), para que a recorrente apresentasse extratos complementares. A recorrente apresentou, então, os extratos de contas correntes não contabilizadas, quais sejam:

- cc. 3027641-0 (Banco Real);
- e cc. 03000-4/100.000 (Banco Itaú).

Não obstante a recorrente tenha apresentado os extratos das contas contabilizadas e não contabilizadas, o AFRFB lavrou Termo de Embaraço à Fiscalização (fls. 426/428), pelos seguintes motivos:

c) Em seguida, a fiscalizada tomou ciência do Termo de Intimação Fiscal nº 3 para comprovação da origem dos valores creditados/depositados em suas contas correntes junto aos bancos Itaú S/A e Real S/A, discriminados nos Extratos de Crédito - A examinar/comprovar, anexos ao referido Termo. Como a contribuinte não atendeu à intimação no prazo estabelecido, foi reiterada a solicitação no Termo de Intimação Fiscal nº 4;

[...]

e) Posteriormente, a empresa sob ação fiscal foi intimada pelo Termo de Intimação Fiscal nº 5, a apresentar os **comprovantes bancários** dos pagamentos/resgates selecionados (valores mais significativos) e dos valores depositados/creditados nas contas correntes de números 3.027641-0 e 03000-4/100.000 (Anexos I e II do Termo), junto aos bancos Real e Itaú, respectivamente, contas bancárias essas não registradas na sua escrituração contábil. E a contribuinte não trouxe aos autos quaisquer documentos que comprovassem os pagamentos/resgates solicitados e os depósitos/créditos relacionados nos Anexos I e II (itens 2 e 6 do referido Termo);

f) Para comprovação dos lançamentos contábeis discriminados no item 3 do Termo de Intimação Fiscal nº 5, a fiscalizada entregou uma planilha, um recibo firmado pelo sr. Sidney Sperandio, declarações de empréstimos e vinte documentos internos da empresa denominados "cópia de cheque" mas que **não identificam os beneficiários dos pagamentos**, apesar dos elevados valores envolvidos (apenas em um deles o beneficiário do pagamento está identificado).

Assim, como não foi apresentada a documentação comprobatória solicitada pela Fiscalização, restou caracterizado o **EMBARAÇO À FISCALIZAÇÃO** de que trata o art. 919 e parágrafo único do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda).

Assim, o AFRFB entendeu ser o caso de solicitar informações diretamente às instituições financeiras – Banco Itaú e Banco Real (RMF de fls. 467 e ss.) - quebrando o sigilo bancário por meio da autorização do art. 6º da LC 105/01.

O AFRFB, além de solicitar os extratos bancários (que já haviam sido entregues pela recorrente), solicitou outros documentos, como cópias de cheques, contas dos sacados, comprovantes de TED, contratos de *leasing back*, etc., da seguinte maneira:

(i) Banco Itaú

CÓPIAS DOS CHEQUES COMPENSADOS/SAÇADOS (FRENTE E VERSO), TED E OUTROS COMPROVANTES DOS PAGAMENTOS/SAQUES CONSTANTES NA CONTA 03000-4/100.000, DISCRIMINADOS NO ANEXO II.

CÓPIAS DOS COMPROVANTES DOS DEPÓSITOS/CRÉDITOS EFETUADOS NA CONTA 03000-4/100.000 (TEC; CEI; TED; AG. TEF E CÓPIAS DOS CHEQUES DE TERCEIROS OU RELAÇÃO IDENTIFICANDO BANCO, AGÊNCIA E CONTA DO SACADO), RELACIONADOS NO ANEXO

(ii) Banco Real

CONTRATO DE LEASING BACK CELEBRADO COM A AUXTER E
COMPROVANTES DAS PARCELAS PAGAS.

CÓPIAS DOS CHEQUES COMPENSADOS/SACADOS (FRENTE E VERSO)
RELATIVOS À CONTA Nº 5.027640-1 E RELACIONADOS NO ANEXO IV.

CÓPIAS DOS CHEQUES COMPENSADOS/SACADOS - FRENTE E
VERSO; TED E COMPROVANTES DOS PAGAMENTOS/SAQUES
AVULSOS EFETUADOS NA CONTA 3.027641-0, REFERENTES ÀS
OPERAÇÕES RELACIONADAS NO ANEXO III.

CÓPIAS DOS COMPROVANTES DOS DEPÓSITOS/CRÉDITOS
EFETUADOS NA CONTA 3.027641-0, DISCRIMINADOS NO ANEXO II
(BORDERÔS - LIB DSC/ANTCE ; TED; E CÓPIAS DOS CHEQUES DE
TERCEIROS OU RELAÇÃO IDENTIFICANDO BANCO, AGÊNCIA E CONTA
DO SACADO).

CÓPIAS DOS COMPROVANTES DOS DEPÓSITOS/CRÉDITOS
EFETUADOS NA CONTA 5.027640-1, DISCRIMINADOS NO ANEXO I
(BORDERÔS - LIB DSC/ANTC - LIQ COBR; TED E CÓPIAS DOS
CHEQUES DE TERCEIROS OU RELAÇÃO IDENTIFICANDO BANCO,
AGÊNCIA E CONTA DO SACADO).

As informações adicionais solicitadas pelo AFRFB foram prestadas.

O Banco Itaú respondeu às fls. 484/532, apresentando:

Doc. 01 – Microfilmagem dos cheques nº 000519, 000532 e 000741.

Doc. 02 – Cópia de DOC's emitidos no valor de R\$ 48.485,00, R\$ 50.000,00, R\$ 70.000,00 e R\$ 500,00, contendo a identificação do destinatário.

Doc. 03 – Relatório SISPAG no valor de R\$ 80.000,00, contendo os dados da empresa pagadora.

Doc. 04 – Movimento de transações sem formulário referente aos depósitos em cheque, com identificação do banco, agência e conta do depositante.

Doc. 05 – Movimento de transações sem formulário referente aos depósitos em dinheiro/espécie, para os quais estamos impossibilitados de identificar o depositante.

Doc. 06 – Relatório dos DOC's recebidos, com identificação do remetente.

A propósito, informamos a V. Sa., que **não possuímos relatórios acerca das transferências, vez que foram efetivadas eletronicamente, contudo, identificamos abaixo os beneficiários:**

— TENDU DE INTIMAÇÃO FISCAL N.º

Data	Valor R\$	Agência/Conta/Beneficiário
06/01/06	17.000,00	0937 / 35089-0 / Ronaldo de Freitas Barros
14/03/06	31.479,72	1420 / 14802-3 / Mauricio Julio Lara
12/05/06	7.628,88	3755 / 23125-9 / Thyago Baptista C. Keutenedjia
25/05/06	15.000,00	3034 / 10807-0 / Souza Couto Emp. Const. Ltda. ME
26/05/06	15.000,00	
28/07/06	50.000,00	4528 / 03555-5 / Vanessa Andrea Sonvesso
28/07/06	26.000,00	4807 / 05636-3 / Auxter Soluções Maq. Eq. Ltda.
13/10/06	15.000,00	1634 / 20680-7 / Suporte Com. Loc. Maq. El. Ltda.
17/10/06	1.000,00	0062 / 62101-6 / Fernando Nunes Castro Alves
17/10/06	5.000,00	1634 / 15603-6 / Marcio Macedo do Nascimento
18/10/06	2.000,00	1634 / 20680-7 / Suporte Com. Loc. Maq. El. Ltda.
23/10/06	25.000,00	

O Banco Santander (Banco Real) apresentou os documentos solicitados às fls. 553/663.

Indiscutivelmente, essas informações também são abarcadas pelo sigilo

bancário

O objeto da relação jurídica é o dever jurídico imposto ao sujeito passivo desta relação. A Lei Complementar 105/2001 determina em seu artigo 1º a abrangência do sigilo bancário, vejamos:

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

Portanto, devem as instituições financeiras (sujeito passivo) conservar sigilo sobre as operações passivas, ativas e serviços prestados (objeto).

A título elucidativo, a atividade bancária pode ser dividida em típica e atípica, compreendendo a primeira as operações passivas e ativas e a segunda, os serviços prestados pela instituição financeira¹.

As operações ativas/passivas são definidas pelo polo que a instituição financeira integra na obrigação. As operações passivas têm por objeto a captação de recursos junto à coletividade dos quais a instituição financeira necessita para processar sua atividade, são exemplos: depósitos à vista e a prazo, poupança, operações de câmbio. Já nas operações ativas os bancos concedem crédito aos clientes, em operações como empréstimos em conta corrente, operações de câmbio, o desconto de títulos, etc.

A atividade bancária atípica, por sua vez, tem por objeto a prestação de serviços pela instituição financeira como corretagem e administração de recursos de terceiros.

Assim também definiu o Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

Por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente a movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados² (grifo nosso).

É no mesmo sentido que Sérgio Carlos Covello define sigilo bancário, como “obrigação imposta aos bancos de não revelar, sem justa causa, os dados referentes a seus clientes que cheguem a seu conhecimento como consequência das relações jurídicas que os vinculam”³.

Portanto, considero que o presente caso está adstrito à decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 6º da LC 105/01.

O AFRFB não teria arrecadado a quantia de informações necessárias para a lavratura do auto de infração caso não tivesse acesso às informações complementares da movimentação financeira da empresa fiscalizada.

Exemplificativamente, as informações prestadas pelo Banco Itaú (fl. 509), em resposta à RMF, foram necessárias para o AFRFB concluir, analisando os depósitos da referida conta, que alguns “pagamentos para fornecedores” constantes no Livro Diário, na realidade constituíam transferência de recursos entre as contas correntes de titularidade da própria

¹ GOMES, Orlando. **Contratos**, 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 361.

² BRASIL. STJ. REsp 37566 / RS.

³ COVELLO, Sergio Carlos. O sigilo bancário: (com particular enfoque na sua tutela civil). 2 ed. São Paulo:

recorrente, da seguinte forma: conta corrente registrada na escrituração contábil (Banco Real) para conta não registrada (Banco Itaú).

Assim, foi decisiva no desenrolar deste feito a autorização constante nos art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, fundamento legal mediante o qual a fiscalização teve acesso à movimentação financeira da recorrente.

Isto posto, cumpre recordar que, no âmbito administrativo, impera o disposto no art. 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009 e alterações supervenientes, o qual segue adiante transcrito:

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.

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

Posteriormente, diante da necessidade de uniformizar os procedimentos previstos no parágrafo 1º, acima, foi publicada a Portaria CARF nº 001, de 03/01/2012, da qual destaco:

Art. 1º. Determinar a observação dos procedimentos dispostos nesta portaria, para realização do sobrestamento do julgamento de recursos em tramitação no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, em processos referentes a matérias de sua competência em que o Supremo Tribunal Federal – STF tenha determinado o sobrestamento de Recursos Extraordinários – RE, até que tenha transitado em julgado a respectiva decisão, nos termos do art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.

Parágrafo único. O procedimento de sobrestamento de que trata o caput somente será aplicado a casos em que tiver comprovadamente sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal – STF o sobrestamento de processos relativos à matéria recorrida, independentemente da existência de repercussão geral reconhecida para o caso.

Art. 2º. Cabe ao Conselheiro Relator do processo identificar, de ofício ou por provocação das partes, o processo cujo recurso subsuma-se, em tese, à hipótese de sobrestamento de que trata o art. 1º.

§ 1º. No caso da identificação se verificar antes da sessão de julgamento do processo:

I – o conselheiro relator deverá elaborar requerimento fundamentado ao Presidente da respectiva Turma, sugerindo o sobrestamento do julgamento do recurso do processo;

II – o Presidente da Turma, com base na competência de que trata o art. 17, caput e inciso VI, do Anexo II do RICARF, determinará, por despacho:

a) o sobrestamento do julgamento do recurso do processo; ou b) o julgamento do recurso na situação em que o processo se encontra.

§ 2º. Sendo suscitada a hipótese de sobrestamento durante a sessão de julgamento do processo, o incidente deverá ser julgado pela Turma, que poderá:

I – decidir pelo sobrestamento do processo do julgamento do recurso, mediante resolução; ou II – recusar o sobrestamento e realizar o julgamento do recurso.

§ 3º. Na ocorrência de sobrestamento, nos termos dos §§ 1º e 2º, as respectivas Secretarias de Câmara deverão receber os processos e mantê-los em caixa específica, movimentando-os para a atividade SOBRESTADO.

A matéria da qual trata este processo administrativo se encontra sob apreciação do Supremo Tribunal Federal em diversos processos, entre os quais cumpre destacar o Recurso Extraordinário 601314, com a decisão que segue⁴:

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.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cármen Lúcia e Cezar Peluso.

Embora reconhecida pela Suprema Corte a repercussão geral (CPC, art. 543-A), não encontro menção, no referido Recurso Extraordinário, ao sobrestamento de recursos previsto no art. 543-B do Código. Não obstante, em diversas outras decisões se encontram referências inequívocas ao sobrestamento de recursos versando sobre essa matéria. Confira-se, a título exemplificativo, o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 714757⁵:

DECISÃO REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA – PROCESSOS VERSANDO A MATÉRIA – SIGILO - DADOS BANCÁRIOS – FISCO –

⁴ RE-RG 601314, em 22/10/2009, DJe nº 218 Divulgação 19/11/2009 Publicação 20/11/2009, Relator Min. Ricardo Lewandowski.

⁵ DJe nº 217, divulgado em 14/11/2011. Decisão Monocrática.

AFASTAMENTO – ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 – BAIXA À ORIGEM. 1. Reconsidero o ato de folhas 343 a 344. 2. 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. 3. Ante o quadro, considerado o fato de o recurso veicular a mesma matéria, havendo a intimação do acórdão de origem ocorrido posteriormente à data em que iniciada a vigência do sistema da repercussão geral, bem como presente o objetivo maior do instituto – evitar que o Supremo, em prejuízo dos trabalhos, tenha o tempo tomado com questões repetidas –, determino a devolução dos autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Faço-o com fundamento no artigo 328, parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, para os efeitos do artigo 543-B do Código de Processo Civil. 4. Publiquem. Brasília, 3 de novembro de 2011. Ministro MARCO AURÉLIO Relator No mesmo sentido, decisão monocrática no RE 354393⁶:

REPERCUSSÃO GERAL. LC 105/01. CONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.174/01. APLICAÇÃO PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. POSSIBILIDADE. DEVOUÇÃO DO PROCESSO AO TRIBUNAL DE ORIGEM (ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO RISTF).

Decisão: O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da controvérsia objeto dos presentes autos – 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. Os temas serão submetidos à apreciação do Pleno desta Corte, nos autos do RE 601.314, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski.

O Plenário da Corte, ao apreciar a questão de ordem nos autos do RE 540.410, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 04.09.2008, decidiu estender a aplicabilidade do instituto da repercussão aos recursos interpostos contra acórdãos publicados anteriormente a 3 de maio de 2007.

Destarte, tendo recebido em conclusão o referido processo em 03.03.11, 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. 503.064-AgR-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO; AI n. 811.626-AgR-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, e RE n. 513.473-ED, Rel. Min CEZAR PELUSO, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem (art. 328, parágrafo único, do RISTF c.c. artigo 543-B e seus parágrafos do Código de Processo Civil).

Tenho por certo, assim que:

- (i) O presente processo administrativo trata de matéria idêntica àquela submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, na sistemática prevista no art. 543-B do CPC;
- (ii) Ainda não há decisão definitiva de mérito por parte da Suprema Corte; e Recursos com a mesma matéria têm sido devolvidos aos Tribunais de origem, para os efeitos do art. 543-B do CPC.
- (iii) Considero, pois, plenamente atendidas as condições para a aplicação do § 1º do art. 62-A do Anexo II do RICARF, anteriormente transcrito.

Por todo o exposto, julgo pelo sobrestamento do julgamento do recurso do presente processo, nos termos do art. 62-A, § 1º, do Anexo II do RICARF, c/c art. 2º, § 2º, inciso I, da Portaria CARF nº 001/2012.

(assinado digitalmente)

Marcio Rodrigo Frizzo - Relator