



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

Processo nº 10840.720706/2011-14
Recurso nº
Resolução nº **1302-000.192 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 08 de agosto de 2012
Assunto Sobrestamento de julgamento
Recorrente MARLENE HELENA DO NASCIMENTO OLIVEIRA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros do Colegiado, por unanimidade, sobrestar o 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)

Waldir Veiga Rocha – Presidente

(assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha (Presidente), Paulo Roberto Cortez, Diniz Raposo e Silva, Eduardo de Andrade, Luiz Tadeu Matosinho Machado e Marcio Rodrigo Frizzo.

Relatório

MARLENE HELENA DO NASCIMENTO OLIVEIRA – EPP, firma individual, já qualificada nos presentes autos, inconformada com a decisão proferida no acórdão nº 06-25.446, de 10/02/2010, pela 2ª Turma da DRJ/Curitiba, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

Consta dos autos que, em ação fiscal levada a efeito, restou comprovado que a contribuinte ofereceu a tributação, a título de receitas de vendas no ano-calendário de 2006, o valor de R\$ 557.723,29, enquanto que a movimentação financeira em sua conta corrente bancária foi de R\$ 5.792.873,36. Foi aplicada a multa qualificada de 150%, sob o entendimento de que a fiscalizada cometeu crime contra a ordem tributária e incorreu na prática de sonegação fiscal, ao omitir da apuração mensal do Simples e em sua DSPJ parte das receitas auferidas.

A fiscalização, no Termo de Conclusão de Procedimento Fiscal, informa que:

- iniciou as investigações pelo exame do Livro Razão, onde ficou demonstrado que a contribuinte não mantinha escrituração regular de sua movimentação financeira e bancária;
- observou, no curso da ação fiscal, que o total de lançamentos a créditos em contas bancárias montava R\$ 6.591.701,28, dos quais foram excluídos aqueles que correspondiam a transferências entre contas de mesma titularidade e os depósitos identificados, o que resultou no valor de depósitos a serem comprovados de R\$ 4.145.007,94;
- apesar de intimada a comprovar a origem dos recursos depositados, a contribuinte se manteve inerte;
- com relação aos valores da movimentação bancária da contribuinte há depósitos correspondentes a créditos por desconto de títulos, desconto de cheques ou oriundos de cobrança bancária, que aguardam correspondência com operações comerciais, cuja identificação foi possível por meio dos extratos de desconto – borderôs – fornecidos pelas instituições financeiras e pelos próprios extratos bancários;
- os elementos trazidos aos autos permitem afirmar que, durante o ano de 2006, a contribuinte auferiu receitas de vendas identificadas e comprovadas no valor de R\$ 3.380.841,31 que, cotejadas com a receita declarada, indicam a omissão de receitas em quase todos os períodos de apuração, que totalizam R\$ 2.823.118,02;
- a conduta de omissão de receitas ocorreu de forma reiterada, que implicou no recolhimento a menor dos tributos devidos ao Simples em todos os meses do ano-calendário fiscalizado, o que afasta a hipótese de erro;

- os valores relativos aos depósitos bancários de origem não comprovada superaram os valores da omissão supramencionada, o que levou à apuração de omissão de receitas com base na presunção legal prevista no art. 42, da Lei 9.430/96, no valor de R\$ 1.032.968,54;
- como a contribuinte cometeu crime contra a ordem tributária e incorreu na prática de sonegação de fiscal, pois omitiu da apuração mensal do Simples e em sua DSPJ parte das receitas auferidas em cada um dos meses do
- ano-calendário de 2006, foi aplicada a multa no patamar de 150%, prevista no inciso II, do art. 444, da Lei 9.430/96, sobre a omissão de receitas apuradas com base nos extratos bancários;
- lavou-se Termo de Sujeição Passiva Solidária em face da Sra. Marlene Helena do Nascimento Oliveira e o Sr. Amauri Aparecido Lemos de Oliveira, que, efetivamente, exerciam a administração da empresa, pois mantinham interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, nos termos do art. 124, I, e a prática de sonegação fiscal, nos termos do art. 135, III, e 137, I, todos do CTN;
- assim, comprovada o auferimento de lucro bruto superior ao limite para enquadramento no Simples no ano-calendário de 2006, foi expedido o Ato Declaratório Executivo ADE 57, de 21 de março de 2011, cujos efeitos retroagiram ao dia 1º de janeiro de 2007, para excluí-la do regime de tributação especial;
- foi formalizada Representação Fiscal para fins penais, por intermédio do Processo 15956.000053/2011-70, já que no curso da ação fiscal restou comprovado, ao menos em tese, os crimes definidos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90.

Ao tomar ciência dos autos de infração lavrados, apresentou Impugnação onde defendeu, em apertadíssima síntese, o que se segue:

- a) a quebra do sigilo bancário foi procedida de forma ilegal;
- b) não foi considerado pela fiscalização que os descontos de cheques efetuados nas contas-correntes da contribuinte decorreram da movimentação de capital de giro;
- c) inexistiu a aquisição de bens pela contribuinte durante o período de apuração, e que a movimentação bancária só ocorreu para compra e venda das mercadorias que são comercializadas pela Empresa;
- d) existem valores em duplicidade, uma vez que foram considerados quando do depósito e novamente quando de sua liberação;

- e) sobre os depósitos oriundos de conta-corrente de titularidade do Sr. Aníbal Lemes de Oliveira, informa que eles consistem em empréstimos pessoais, que não podem ser caracterizados como receitas passíveis de tributação;
- f) meros depósitos não são suficientes para comprovar e fundamentar a omissão de receitas.

Ao ser submetido sua Impugnação a julgamento, os membros da 3ª Turma da DRJ/POR, em 07 de julho de 2011 o proveram parcialmente, conforme se extrai de sua ementa:

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

Ano-calendário: 2006

DEPÓSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITA.

Evidencia omissão de receita a existência de valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA.

A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

DEPÓSITOS. DUPLICIDADE.

Devem ser expurgados do lançamento os valores de depósitos bancários comprovadamente considerados em duplicidade.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

PROVA. EXTRATOS BANCÁRIOS. OBTENÇÃO.

Válida é a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

IMPUGNAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

As alegações apresentadas na impugnação devem vir acompanhadas das provas documentais correspondentes, sob risco de impedir sua apreciação pelo julgador administrativo.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Ao ser cientificada do teor da decisão proferida pela autoridade julgadora de primeira instância, apresentou Recurso Voluntário a este Colegiado, argumentando que:

- g) para amparar e apurar possíveis irregularidades praticadas pela contribuinte, a fiscalização emitiu diversos ofícios para as instituições bancárias, para que lhe fossem fornecidos os extratos bancários da movimentação das contas correntes da titularidade da empresa;
- h) com o fornecimento dos extratos bancários a fiscalização, foi apurado que houve suposta omissão de receita, tendo em vista diversos “depósitos de origem não comprovadas”;
- i) a via eleita pela Secretaria da Receita Federal para obtenção dos extratos bancários não se mostra legal, pois a vida em sociedade pressupõe segurança e estabilidade, e não a surpresa. Para garantir isso, é necessário o respeito a inviolabilidade das informações do cidadão em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana;
- j) a exceção para mitigar esta regra só pode vir por ordem judicial e para instrução penal. O sigilo das operações financeiras das pessoas físicas e jurídicas advém do direito constitucional elencado no inciso X e XII, do art. 5º, da CF;
- k) com a quebra de seu sigilo, terceiros foram afetados quanto à garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo, vez que mantinham relação direta com a empresa, como ocorreu com o Sr. Aníbal Lemes de Oliveira;
- l) o sigilo de dados bancários confidenciais também diz respeito as pessoas jurídicas, sendo que ocorre infringência de garantia constitucional, quando efetivada fora das hipóteses previstas na LC 105/01;
- m) a contribuinte tem relações jurídicas distintas com o fisco e com as instituições financeiras, visto que o sigilo inerente à cada uma destas atividades devem ser mantidas em seus respectivos âmbitos;
- n) a quebra do sigilo bancário somente pode ser decretada em caráter excepcional, caso que não ocorreu no presente caso, já que não houve autorização judicial para tanto;
- o) agir dessa forma permite a banalização dos direitos que a CF tenta proteger. Assim, utilizado meio ilícito – quebra de sigilo bancário – para a

obtenção de provas, contra a contribuinte, o auto deve ser julgado insubsistente, bem como serem declaradas nulas as penalidades aplicadas;

- p) não foi considerado que os descontos de cheques efetuados nas contas correntes da empresa são decorrentes de movimentação de capital de giro e que não são uma forma de receita, e sim uma mera movimentação do dinheiro do cliente para o fornecedor;
- q) não houve aquisição de bens, sejam móveis, sejam imóveis, pela contribuinte durante o período de apuração da infração, sendo que a movimentação bancária somente ocorreu para compra e venda das mercadorias que são por ela comercializados;
- r) existem vários valores que foram considerados em duplicidade, vez que foi considerado quando do depósito e novamente considerados quando os depósitos são liberados;
- s) com relação aos depósitos oriundos de conta corrente de titularidade do Sr. Aníbal Lemes de Oliveira, informa que tais valores consistem em empréstimos pessoais, não podendo, desta forma, serem caracterizados como receitas passíveis de tributação;
- t) assim, tais valores deverão ser apurados e descontados do valor de “depósitos de origem não comprovada”;
- u) meros depósitos não são e nunca foram documentos suficientes para comprovar e fundamentar uma possível omissão de receitas, conforme doutrina de Maria Rita Ferragut *in* Presunções no Direito Tributário;
- v) os depósitos foram tomados como um indício de omissão de receita que não conseguem formar uma situação suficiente de presunção de omissão de receita;
- w) indícios, para que se tornem presunções válidas, necessitam de uma prova que consubstancie, o que não ocorreu no caso dos autos;
- x) para reforçar sua tese, cita decisão proferida pelo extinto Conselho de Contribuintes no Processo 10983.005629/98-10;
- y) ao final pede o provimento de seu recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Roberto Cortez, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Trata o presente processo de autos de infração para constituição de crédito tributário referente aos tributos integrantes do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES. A infração apurada pelo Fisco foi a omissão de receitas, quantificadas mediante depósitos bancários para os quais o contribuinte, devidamente intimado, não logrou comprovar a origem. Entre outras razões recursais, o sujeito passivo arguiu a inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001, fundamento legal mediante o qual a fiscalização teve acesso, administrativamente, à movimentação bancária da pessoa jurídica fiscalizada.

No âmbito administrativo, releva observar o art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno deste CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 256/2009 e alterações supervenientes, que transcrevo abaixo:

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.

Pois bem. 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 segue¹:

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 714757²:

¹ RE-RG 601314, em 22/10/2009, DJe nº 218 Divulgação 19/11/2009 Publicação 20/11/2009, Relator Min. Ricardo Lewandowski.

² DJe nº 217, divulgado em 14/11/2011. Decisão Monocrática.

DECISÃO REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA – PROCESSOS VERSANDO A MATÉRIA – SIGILO - DADOS BANCÁRIOS – FISCO – 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 354393³:

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. DEVOLUÇÃO 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:

- (i) que 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) que ainda não há decisão definitiva de mérito por parte da Suprema Corte; e
- (iii) que recursos com a mesma matéria têm sido devolvidos aos Tribunais de origem, para os efeitos do art. 543-B do CPC.

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, voto 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)

Paulo Roberto Cortez