



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

Processo nº 11080.007007/2007-19

Recurso nº Voluntário

Resolução nº 1202-000.160 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

Data 5 de março de 2013

Assunto IRPJ E OUTROS

Recorrente FABRIL SHARLENE S/A

Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em sobrerestamento.

(documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Orlando José Gonçalves Bueno- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho, Luis Tadeu Matosinho Machado, Nereida de Miranda Finamore Horta, Viviane Vidal Wagner, Geraldo Valentim Neto e Orlando José Gonçalves Bueno

Como se pode constatar no relatório resumido da autoridade julgadora de primeira instância, foi solicitada a RMF, a fim de acesso a movimentação financeira da contribuinte, como se pode ler abaixo.

Trata-se de processo administrativo fiscal relativo a auto de infração e imposição de multa oriundo de ação fiscal deflagrada contra a Recorrente, em relação ao ano-calendário de 2003.

Cumpre consignar que às fls. 76, a autoridade administrativa intima a Recorrente à “comprovar mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, nos

termos do art. 42 da Lei 9430/96, a origem dos depósitos relacionados nos demonstrativos a seguir relacionados, os quais são enviados em anexo à presente intimação fiscal. Os referidos demonstrativos foram elaborados por esta fiscalização com base nos extratos bancários enviados pela instituição financeira em atendimento a Requisições de Movimentação Financeira. Destacamos que eventuais transferências de recursos entre contas da mesma titularidade identificadas por esta fiscalização foram desconsiderados na elaboração dos mencionados demonstrativos”.

Posteriormente, ante a não (i) comprovação dos valores acima referidos, bem como ante a constatação de receitas operacionais não declaradas, decorrentes da (ii) revenda de mercadorias; bem como da (iii) prestação de serviços gerais, a autoridade administrativa formalizou mediante lançamento de ofício a exigência mediante lançamento de ofício, apurando-se a matéria tributável por meio do arbitramento do lucro, uma vez que a Recorrente, apesar de intimada reiteradas vezes, não apresentou os Livros Diário e Razão.

Além disso, a autoridade de origem aplicou a qualificação e o agravamento da multa de ofício, em razão da injustificada não apresentação dos livros e documentos solicitados, nos termos do artigo 44, § 2º, da Lei 9.430/96.

A Recorrente apresentou tempestiva impugnação na qual requer o cancelamento do auto de infração, alegando (i) ilegalidade do arbitramento do lucro, por violar disposição do artigo 148 do Código Tributário Nacional, uma vez que a Recorrente mantinha escrituração contábil regular; (ii) ofensa ao princípio da legalidade em razão da impossibilidade da utilização de depósitos bancários como elementos caracterizadores de auferimento de renda; (iii) ilegalidade e inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS; (iv) do caráter confiscatório da multa aplicada; (v) ilegalidade e inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC.

A autoridade julgadora *a quo* considerou procedente em parte a impugnação apresentada, cancelando o agravamento da multa aplicada reduzido-a ao importe de 75%, nos termos do artigo 44, I, da Lei 9.430/96, conforme ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA

JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. A autoridade administrativa não detém competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis

tributárias. Súmulas nº 2 do Primeiro e Segundo Conselhos de Contribuintes.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Comprovada a movimentação de recursos financeiros em conta bancária mantida em nome de terceiro, em relação a qual o contribuinte não explica a origem dos recursos, correta a presunção de omissão de receitas.

IRPJ. CSLL. ARBITRAMENTO DOS LUCROS. • AUSÊNCIA DOS LIVROS CONTÁBEIS. Procede o arbitramento dos lucros efetivado em virtude de o contribuinte, regularmente intimado,

não apresentar os livros contábeis e fiscais, nem qualquer documento que permitisse a aferição do lucro real. A apresentação da escrituração após o lançamento de ofício não invalida o arbitramento ante a inexistência de lançamento condicional.

PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. O ICMS compõe o preço de venda dos produtos e mercadorias, integrando a receita bruta da empresa, base de cálculo das contribuições.

DUPLICAÇÃO DA MULTA APLICADA. A aplicação da multa dita qualificada requer a comprovação do evidente intuito de fraude, mediante • prova da sonegação, fraude ou conluio praticados dolosamente pelo contribuinte para eximir-se do pagamento dos tributos, multa em face da não exibição de livros comerciais e fiscais que o contribuinte alega ter extraviado, motivando o arbitramento dos lucros.

JUROS COM BASE NA TAXA SELIC. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. Súmula nº 4 do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Lançamento Procedente em Parte

Inconformada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, requerendo a reforma da decisão acima ementada, reiterando os argumentos articulados em sua impugnação, inclusive quanto ao agravamento da multa, já cancelado pela primeira instância.

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, a seguir transscrito, os Conselheiros do Carf somente podem deixar de aplicar lei sob o fundamento de inconstitucionalidade após o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, em controle concentrado ou difuso, por decisão definitiva, ter reconhecido a inconstitucionalidade da norma.

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

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

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

A discussão sobre a questão do sigilo bancário encontra-se em fase de julgamento no Supremo Tribunal Federal, ainda sem decisão definitiva, conforme relato seguinte.

Em 15 de dezembro de 2010, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, o Plenário do STF, por maioria, proferiu a decisão abaixo (DJe-086 em 10-05-2011):

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.*

Ocorre que o acórdão exarado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, com a ementa acima transcrita, foi desafiado por embargos de declaração, com pedido de modificação da decisão.

Pesquisa realizada no site do STF nesta data demonstra que os citados embargos foram recebidos por despacho datado de 07/10/2011 e ainda se encontram pendentes de julgamento.

Assim, considerando que a decisão resultante do RE 389.808/PR ainda não transitou em julgado, não é possível, nesta instância administrativa, deixar de aplicar as disposições constantes na Lei Complementar nº 105, de 2001 e na Lei nº 10.174, de 2001.

Por outro lado, quanto ao processamento e julgamento junto ao Carf, o artigo 62-A, § 1º e 2º, do Regimento Interno, assim dispõe:

Art. 62 [...]

§ 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, do CPC.

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

O sobrerestamento dos processos pendentes de julgamento nos tribunais estaduais ou regionais, nos casos de julgamentos no STF, decorre do disposto no art. 543-B, do CPC:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo

Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (acrescentado pela Lei 11.418, de 2006).

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (grifei).

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobreestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobreestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Cabe, assim, aos tribunais de origem suspender o processamento dos recursos extraordinários quando versarem sobre matéria de múltiplos recursos, com repercussão geral reconhecida.

Recentemente, o STF vem utilizando a regra prevista no § 2º do art.543-C, que se refere ao STJ, para expedir atos nesse sentido.

Vale lembrar que, quando da entrada em vigor dos artigos 543-B e 543-C, ambos do CPC, existiam processos já admitidos pelos tribunais de origem pendentes de julgamento no STF e no STJ. Em relação a esses processos ou a todos quanto chegarem ao STF tratando de matéria em relação a qual for reconhecida repercussão geral, aplica-se o disposto no artigo 328 do Regimento Interno, a seguir transcrito:

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, o Presidente do Tribunal ou o Relator, de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestrar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o Presidente do Tribunal ou o Relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil. (grifei).

O dispositivo transscrito acima 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.

A questão do sigilo bancário também está sendo tratada no Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, no qual a Suprema Corte, em 20/11/2009, reconheceu, quanto à matéria, a existência de repercussão geral, nos seguintes moldes:

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.

Embora naqueles autos inexista pronunciamento específico do relator ou do Presidente da Corte determinando a devolução de processos com a mesma matéria para que aguardassem o desfecho do citado Recurso Extraordinário, sobre o mesmo tema, verificou-se que, no exame do Agravo de Instrumento nº 765.714, o mesmo relator do processo acerca do sigilo bancário em relação ao qual foi reconhecida repercussão geral proferiu, em 19/10/2010, a seguinte decisão:

“Trata-se de agravo de instrumento contra 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 permitia 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 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 RISTE 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/MG, nos termos do 543-B, do CPC, evidencia o sobrestamento, exatamente nos termos do art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que atribui tal procedimento ao relator ou ao Presidente da Corte.

Assim, a partir da constatação de que, no caso do AI 765714/SP, o relator do Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, processado pelo regime da repercussão geral, determinou o retorno à origem para que os autos do AI 765714/SP ficassem sobrestados, observando-se o disposto no art. 543-B do CPC, visto que no recurso discute-se questão idêntica à apreciada no RE 601.314-RG/SP, conclui-se pela verificação de hipótese de sobrestamento previsto no art. 62-A, § 1º, do Regimento Interno do Carf (RICARF).

Diante de todo o exposto, propõe-se o sobrestamento do julgamento do presente recurso, à luz do RICARF e nos termos do art. 2º, § 1º, da Portaria CARF nº 2, de 2012.

(assinado digitalmente)

Orlando José Gonçalves Bueno