



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

Processo nº 11634.720101/2011-21
Recurso nº 931.668 Voluntário
Resolução nº **1802-000.108 – 2ª Turma Especial**
Data 2 de outubro de 2012
Assunto Sobrestamento
Recorrente ATENAS BONES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, SOBRESTAR o julgamento, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Marciel Eder Costa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa (presidente da turma), Marciel Eder Costa, Marco Antonio Nunes Castilho, Nelso Kichel, Jose de Oliveira Ferraz Correa e Gustavo Junqueira Carneiro Leao.

Relatório

Tratam os presentes de Auto de Infração que apurou omissão de receitas através de levantamento realizado com fulcro na Lei Complementar nº 105, em seu artigo 6º por extratos bancários fornecidos pelas próprias instituições bancárias, em montante superior ao declarado por meio de Declaração Simplificada.

Por bem descrever os fatos que antecedem à análise do Recurso Voluntário interposto, adoto o relatório proferido pela 2ª Turma da DRJ/CTA, através do Acórdão nº 06-34.258, constante às fls. 709/711:

Em decorrência de ação fiscal levada a efeito foi lavrado o auto de infração de fls. 617-689, para exigir: a) R\$ 28.220,70 a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica Simples (fl.640), R\$ 20.668,62 a título de contribuição ao Programa de Integração Social Simples (fl.649), R\$ 28.220,70 a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido Simples (fl.658), R\$ 83.209,85 a título de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social Simples (fl.667), R\$ 17.518,82 a título de Imposto sobre Produtos Industrializados Simples (fl.676) e, R\$ 240.479,82 título de Contribuição para Seguridade Social INSS Simples (fl.685).

2. O enquadramento legal das exigências ficou assim estabelecido:

a) para o IRPJ, art. 24 da Lei nº 9.249, de 1995, art. 2º incisos I e II, § 2º, 3º, § 1º, alínea “a”, 5º, 7º, § 1º, 18 da Lei nº 9.317, de 1996, art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998, art. 186, 188 e 199 do RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3.000 de 1999. Depósitos bancários não escriturados art. 42 da Lei nº 9.430 de 1996, regulamentado pelo art. 287 do RIR/99; b) para o PIS, o art. 3º, “b” da Lei Complementar nº 07, de 07 de julho de 1970, combinado com o art. 1º, parágrafo único da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973, art. 2º, inciso I, art. 3º e 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 1995 e suas reedições, o § 2º do art. 2º, alínea “b” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998; c) para a Contribuição Social, o art. 1º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988; o § 2º do art. 2º, alínea “c” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º e art. 18 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998; d) para a Cofins, o art. 1º e 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991; art. 5º, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998; e) para o IPI, artigo 2º, parágrafo 2º, artigo 3º, parágrafo 1º, alínea “e”, artigo 5º, parágrafo 2º, artigo 7º, parágrafo 1º e artigo 18 da Lei nº 9.317, de 1996, artigo 3º da Lei nº 9.732, de 1998 e artigos 2º, 3º, 34, 35, 122 e 127 do RIPI, de 2002 e; f) para a Contribuição ao INSS, o § 2º do art. 2º, alínea “f” do § 1º do art. 3º, art. 5º, § 1º do art. 7º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, e art. 3º da Lei nº 9.732, de 1998.

3. A multa de ofício é de 75%, com base no previsto no art. 44, inciso I, ambos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, combinado com o art. 19 da Lei nº 9.317, de 1996.

4. As infrações imputadas ao contribuinte são: 1) receitas não escrituradas e, 2) insuficiência de recolhimento em face da mudança da faixa de tributação.

5. A ciência do auto de infração foi pessoal e ocorreu em 25/04/2011 sendo que o sujeito passivo protocolou a impugnação de fls. 696-700, acompanhada dos documentos de fls. 701-704.

6. Inicia a defesa fazendo um histórico da ação fiscal e, em preliminar, pede a nulidade da exigência, posto que a Receita não teria obtido autorização judicial para requisitar a documentação bancária e que em 21/12/2010, quando foram emitidas as RMF, o Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado junto ao Recurso Extraordinário nº 389.808-PR nos seguintes termos: que a quebra de sigilo deve ser submetida ao crivo de órgão equidistante, pois contraria a Constituição Federal, norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. Pede a decretação da ilegalidade do feito.

7. Na seqüência, sustenta que o auto de infração não pode ser mantido em sua integralidade já que a autoridade fiscal considerou como receita omitida e incluiu na base de cálculo valores referentes a cobrança, empréstimos, desconto de duplicatas, liberação garantida, devolução de TED, os quais não podem ser considerados receita, nos termos do disposto no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei nº 9.317, de 1996.

8. Menciona um documento que anexa aos autos onde resta demonstrado que no período de abril/2006 a dezembro/2006, especificamente nas datas de 17/04, 31/05, 02/06, 03/07, 13/07, 15/08, 14/09, 21/09, 21/1, 15/12 e 26/12, teria ocorrido a liberação de empréstimos em suas contas correntes, valores estes que não foram excluídos da base de cálculo dos tributos.

9. Sustenta que nas datas de 06/04, 03/07, 04/07 e 05/07 houve a liberação de valores a título de Liberação Garantida, que não foram excluídos da base de cálculo dos tributos. Ainda neste viés, nas datas de 05/04, 09/05, 15/05, 22/05, 25/05, 31/05, 02/06, 13/06, 02/08, 07/08, 08/08, 15/08, 10/10, 25/10, 03/11, 08/11 e 24/11, houve liberação de valores referentes a desconto de duplicatas que também não foram excluídos da base de cálculo dos tributos. Defende que os valores creditados a título de desconto de duplicatas, em nenhum dos meses, ultrapassou o limite da receita declarada, devendo assim, serem excluídos da base de cálculo dos tributos. Reconhece que somente podem compor a base de cálculo os valores creditados a título de duplicatas descontadas que ultrapassar a receita declarada no mês, uma vez que as duplicatas descontadas possuem origem na receita declarada.

10. Contesta a constituição de crédito tributário sobre valores creditados em conta corrente referentes a cobrança, posto que os mesmos tem como origem o faturamento mensal da empresa.

11. Pede a exclusão do valor de R\$ 20.000,00, na data de 17/04/2006 por ser referente à uma devolução de TED, o que não representa receita.

12. Argumenta no sentido de que o ônus da prova cabe ao fisco; pede o deferimento de prova pericial, indica perito e formula questões e, por

fim, pede seja declarado nulo o auto de infração ou, que sejam excluídos os valores que não representam receitas.

Naquela oportunidade, a nobre turma julgadora entendeu pela procedência parcial do pleito impugnado pelo contribuinte, afastando da exigência de ofício as supostas receitas onde comprovou-se tratar-se de empréstimos e devolução de TED, sintetizado pela seguinte Ementa (fls. 708/709):

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte Simples Ano-calendário: 2006 Ementa: CRÉDITOS BANCÁRIOS.

Por presunção de natureza legal, os depósitos/créditos junto a instituições bancárias não comprovados com documentação hábil e idônea coincidente em datas e valores com esses créditos autorizam o lançamento de ofício como omissão de receitas.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário:2006 Ementa: ACESSO A INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. OBEDIÊNCIA A LEGALIDADE.

Se durante a ação fiscal existia todo um arcabouço jurídico de lei complementar a decreto permitindo que a Administração Tributária Federal tivesse acesso às informações bancárias não fornecidas pelo contribuinte devidamente intimado, não há que se falar em nulidade do lançamento em decorrência da ausência de autorização judicial, se o procedimento fiscal já havia sido instalado e permaneceu nos trilhos da legalidade.

DIREITO TRIBUTÁRIO. JULGADOR ADMINISTRATIVO. INCOMPETÊNCIA PARA AFASTAR NORMAS. LEGALIDADE.

O julgador administrativo não possui competência para afastar normas válidas. Seus atos são fundamentados na legislação tributária. Provocado pela impugnação examina, sob a ótica da legalidade, as provas existentes nos autos e decide se o lançamento do imposto, da multa e dos juros está em consonância com o sistema tributário nacional.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. REGRA GERAL E ESPECIAL. VINCULAÇÃO.

Só em casos especiais, devidamente expressos na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional, os julgados administrativos e judiciais têm efeitos erga omnes e em razão disso vinculam o julgador administrativo no seu ofício de julgar. A regra geral é que as decisões administrativas e judiciais tenham eficácia inter partes, não sendo lícito estender seus efeitos a outros processos, não só por ausência de permissão legal para isso, mas também em respeito às particularidades de cada litígio.

PAF. DILIGÊNCIA. FINALIDADE. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO JUSTIFICADA. PRESUNÇÃO LEGAL.

O julgador administrativo pode indeferir pedido de diligência por considerá-lo prescindível para o deslinde da lide. Tampouco deve permitir o uso inapropriado de diligência, seja com intuito meramente protelatório ou utilizada como mecanismo de inversão do ônus da prova, do contribuinte para a autoridade fiscal, ainda mais quando se trata de lançamento tributário com base em presunção legal, onde o ônus de produzir provas precisas e individualizadas é claramente do contribuinte.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Intimada validamente do Acórdão em 22/11/2011 e inconformada com a manutenção da exigência a recorrente interpôs Recurso Voluntário em 20/12/2011, onde reitera seus argumentos de que (em apertada síntese):

– o auto de infração é nulo, dada a quebra de sigilo fiscal sem a autorização judicial – precedente jurisprudencial (RE nº 389.808/PR) – e em desrespeito ao princípio da legalidade e da motivação, face o art. 2º da Lei nº 9.784/99;

– o acórdão que indeferiu seu pedido de prova pericial contraiu ilegalidade, na medida em que não foi devidamente fundamentado – art. 38, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99 – ensejando violação a princípios consagrados, como do devido processo legal e do contraditório e por via de consequência, prejudicando sua ampla defesa.

É o relato do essencial.

Voto

Conselheiro Marciel Eder Costa

O Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte é tempestivo e dado o preenchimento dos demais requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Como se extrai do Relatório, o presente processo discute acerca da possibilidade da quebra do sigilo bancário da pessoa jurídica, frente ao dispositivo trazido pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Tal dispositivo foi regulamentado através do Decreto nº 3.724, também de 10 de janeiro de 2001, que passou por alterações pelo Decreto nº 6.104 de 30 de abril de 2007 e sobre este aspecto em específico assim previu:

Art.2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil serão executados, em nome desta, pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e somente terão início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído mediante ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 2007).

[...]

§5º A Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis. (Redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 2007).

[...]

Art.4º Poderão requisitar as informações referidas no § 5º do art. 2º as autoridades competentes para expedir o MPF. (Redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 2007).

§1º A requisição referida neste artigo será formalizada mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) e será dirigida, conforme o caso, ao:

[...]

§5º A RMF será expedida com base em relatório circunstanciado, elaborado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal encarregado da execução do MPF ou por seu chefe imediato.

§6º No relatório referido no parágrafo anterior, deverá constar a motivação da proposta de expedição da RMF, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no artigo anterior, observado o princípio da razoabilidade.

[...]

§8º A expedição da RMF presume indispensabilidade das informações requisitadas, nos termos deste Decreto.

Como se observa, havendo a indispensabilidade do procedimento, permite-se por meio do formulário RMF (Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira) que a fiscalização solicite às instituições bancárias o que necessário para proceder à sua atividade, observando, contudo, a definição trazida pela Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996:

Art.33.A Secretaria da Receita Federal pode determinar regime especial para cumprimento de obrigações, pelo sujeito passivo, nas seguintes hipóteses:

I- embargo à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição do auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

[...]

Diante do exposto, assevera-se haver lastro revestido de legalidade no procedimento adotado pela autoridade fiscalizadora *in casu*, tendo em vista que o contribuinte quando intimado a apresentar tais documentos não o fez, obrigando a autoridade fiscal a proceder na forma em que supra descrito.

Ademais, é fato que as autoridades administrativas devem se apegar ao dispositivo de Lei para proceder à sua atividade, como a do lançamento, nos termos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN):

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Ocorre que, precedentes jurisprudenciais, sobretudo do Supremo Tribunal Federal (STF) que discutem a constitucionalidade de leis, embora tenham por vezes efeitos *inter partes*, possuem laços de repercussão geral, conforme a Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC):

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

[...]

Como se observa, o Recurso Extraordinário para ser conhecido deve estar revestido da repercussão geral, que significa o interesse da coletividade e pressupõe que a decisão colegiada embora tenha efeitos restritos entre as partes (*inter partes*), transborda esses limites por esse aspecto, o que ocorre por três vias:

I – pela suspensão do dispositivo questionado, no todo ou em parte, pelo Senado Federal, por decisão que assim profere o STF, nos termos do art. 52, X da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

[...]

II – pela conversão da decisão (que possui efeitos *inter partes*) em súmulas vinculantes, nos termos do art. 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, vinculantes aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas as esferas tributárias:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

III – pela conversão dos efeitos *inter partes* em *erga omnes* no próprio julgamento, quando de plano entender o Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade da Lei, e quando se tratar de matéria urgente para manutenção da ordem social.

No presente caso, existe supedâneo jurisprudencial da Suprema Corte, pelo Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, assim ementado:

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.

(RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218)

Como se observa, a Suprema Corte entendeu a possibilidade de quebra do sigilo bancário somente com o crivo do Poder Judiciário, e na condição de investigação criminal ou instrução processual penal.

Desta forma, tal decisão afeta frontalmente os dispositivos legais da Lei Complementar nº 105, e o Regulamento deste proveniente, acima analisados, conforme conteúdo no voto do Ministro Relator Marco Aurélio (fls. 229):

[...]

Assentando que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários não de merecer, sempre e sempre, interpretação, por mais que se potencialize o objetivo, harmônica com a Carta da República, provejo o recurso extraordinário interposto para conceder a segurança. Defiro a ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da Recorrente. Com isso, confiro à legislação de regência – Lei nº 9.311/96, Lei Complementar nº 105/01 e Decreto nº 3.724/01 – interpretação conforme à Carta Federal, tendo como conflitante com esta a que implique afastamento do sigilo bancário do cidadão, da pessoa natural ou da jurídica, sem ordem emanada do Judiciário.

[...]

Ocorre que da decisão colegiada, ainda constam embargos declaratórios a serem julgados, de forma que a matéria ainda não está definida por completo.

Enquanto nesta situação se encontrar, este colegiado aplica o contido na Portaria CARF nº 256 de 22 de junho de 2009, assim disposto:

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.

Diante do exposto, proponho o sobrestamento do presente processo, até a definição do *leading case* no Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Marciel Eder Costa - Relator