



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

Processo nº 15563.000063/2009-12
Recurso nº
Resolução nº 1103-00.059 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Data 12 de junho de 2012
Assunto SOBRESTAMENTO
Recorrente PETRO POWER DITRIBUIDORA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, sobrestar o julgamento, conforme o art. 2º da Portaria CARF nº 1/12, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Mário Sérgio Fernandes Barroso – Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Marcos Shigueo Takata, Eduardo Martins Neiva Monteiro, José Sérgio Gomes, Hugo Correia Sotero e Mário Sérgio Fernandes Barroso.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata o presente processo de autos de infração de IRPJ de fls. 825 a 835, e de CSL de fls. 836 a 846, sobre os anos-calendário de 2004, 2005 e 2006 em que o contribuinte promoveu operações financeiras e mercantis de compra e venda de mercadorias.

Iniciada a fiscalização, o contribuinte foi notificado para apresentar livros e documentos de sua escrituração contábil, contudo, deixou de fazê-lo. Sendo assim, a autoridade fiscal realizou o arbitramento do lucro dos períodos de apuração do 4º trimestre do ano-calendário de 2004; 2º, 3º e 4º trimestres do ano-calendário de 2005 e 1º, 2º, 3º e 4º trimestres do ano-calendário de 2006.

A base de cálculo do arbitramento foi composta pelas receitas declaradas na DIPJ/2005 e pelas receitas omitidas apuradas de ofício na presente ação fiscal, tomando como base os depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, constantes do demonstrativo “Ingressos Bancários Passíveis de Comprovação de Tributação e Origem”, de fls. 540 a 824.

Sobre as diferenças de imposto e contribuições apuradas se fez incidir a multa de ofício no percentual de 75%, de acordo com o art. 44, I, da Lei 9.430/96.

DA IMPUGNAÇÃO

Em 15/06/2009 a recorrente apresentou impugnação de fls. 863 a 901 na qual argúi, em síntese, o que segue.

Primeiramente, a recorrente aborda a questão da quebra de seu sigilo bancário pela autoridade administrativa através dos RMFs acostados a estes autos.

Traz os entendimentos de doutrina e jurisprudência sobre a relatividade do direito ao sigilo, admitindo não se tratar de garantia absoluta, devendo ceder diante do interesse coletivo quando da ocorrência de sólidos indícios de ilegalidade. Por outro lado, afirma que ainda que relativo este direito, a quebra do sigilo somente pode ocorrer mediante autorização judicial e desde que assegurado o devido processo legal.

Alude à edição da Lei Complementar 105/01, que inovou o tema da quebra do sigilo bancário, permitindo-a sem a prévia autorização do Poder Judiciário, conforme inteligência de seu § 6º. Contudo, entende ser esta disposição manifestamente inconstitucional em virtude do afrontamento ao direito de defesa do contribuinte. E, ainda, pelo fato de ser a autoridade fiscal parte no processo e principal interessada na obtenção das informações financeiras. Entende não ser competência do Poder Executivo o requerimento dessas informações, vez que este não possui comprometimento com a imparcialidade; papel que é designado ao Poder Judiciário.

Assim, trata-se de atribuição do magistrado decidir sobre a necessidade da quebra do sigilo bancário, sopesando o direito ao sigilo do contribuinte e o interesse da coletividade, bem como verificar se presentes os requisitos para a concessão do pedido da autoridade fiscal.

Argumenta que, além de se fazer necessária decisão judicial que autorize a quebra do sigilo, deve esta possuir fundamentação sólida e versar sobre suspeita objetiva de fato delituoso e sua autoria.

Também deve ser demonstrado que a providência requerida é indispensável para o êxito das investigações. Não tendo havido qualquer desses requisitos, será eivado de manifesta ilegalidade o único meio de prova utilizado como suporte do lançamento, qual seja, os extratos bancários da recorrente entregues pelas instituições financeiras.

Alega, ainda, que mesmo sendo admitida a licitude da prova utilizada pela autoridade fiscal, esta não observou o procedimento estabelecido pelo art. 3º do Decreto 3.724/01, que regulamenta a Lei Complementar 105/01. O dispositivo estabelece expressamente as hipóteses em que o exame das informações bancárias será considerado indispensável. Bem assim que em nenhum momento o AFRF apontou nos autos a hipótese legal prevista do referido dispositivo e que justificaria a quebra do sigilo bancário da empresa. Nesse sentido também o art. 4º, § 6º, do Decreto 3.724/01.

Assim, não constando das RMFs motivação que demonstrasse, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade, não foi possível que a recorrente tivesse conhecimento das razões pelas quais teve seu direito ao sigilo bancário violado.

Ausente a fundamentação legal em que se baseia a solicitação realizada, torna-se nulo de pleno direito o ato administrativo, não produzindo qualquer efeito.

A recorrente afirma que, mesmo sendo admitida a licitude da prova consubstanciada em seus extratos bancários, restaria nulo o auto de infração por se fundar exclusivamente em depósitos bancários. Isso porque estes não podem ser considerados como renda para fins de tributação pelo imposto de renda, tendo em vista sua base de cálculo residir em efetivo acréscimo patrimonial ocorrido em determinado período, conforme art. 43 do CTN. A dicção da norma demonstra que o fato gerador do IR é a aquisição de disponibilidade, econômica ou jurídica, de renda e de proventos de qualquer natureza, que configurem efetivo acréscimo patrimonial.

Destarte, entende que o acréscimo patrimonial é núcleo necessário, vez que consiste no aspecto material da hipótese de incidência desse tributo. Por esse prisma, alega não ser possível a presunção de omissão de rendimentos a partir de meros depósitos bancários sem o estabelecimento de correlação com aumento patrimonial por parte do contribuinte. É necessário, portanto, a demonstração de nexo causal entre os referidos depósitos e a suposta omissão de receitas, sob pena de caracterizar-se mera presunção. A despeito disso, a Súmula 182 do extinto TFR.

Por fim, tece considerações sobre o caráter confiscatório da imposição de multa, por ser notadamente desproporcional e não podendo ser utilizada como expediente ou técnica de arrecadação, o que seria um “verdadeiro tributo disfarçado”.

Pelo exposto, requer seja reconhecida a nulidade do auto de infração em razão da ilicitude da quebra de sigilo bancário.

Caso superada esta preliminar, seja reconhecida nulidade do auto de infração, visto ter sido o lançamento fiscal baseado exclusivamente em depósitos bancários sem

comprovação de efetivo acréscimo patrimonial. Alternativamente, seja afastada a imposição da multa, ou, ao menos, que a penalidade seja substancialmente reduzida.

DA DECISÃO DA DRJ

Em 16/10/2009, acordaram os julgadores da 5ª Turma da DRJ do Rio de Janeiro I, por unanimidade de votos, negar provimento à impugnação, consequentemente rejeitar a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, julgar procedentes os lançamentos e a multa de ofício no percentual de 75% e demais acréscimos moratórios, pelos motivos abaixo sintetizados:

Acerca das alegações de nulidade do lançamento, não há que se falar em irregularidade no procedimento de requisição de informações. A emissão das RMFs foi requerida pelo auditor-fiscal responsável pela fiscalização, através do documento de fls. 164 a 166, em que foi considerado indispensável o exame dessas informações por figurar hipótese prevista no art. 3º, X, do Decreto 3.724/01. E, ainda, quando da emissão das RMFs já existia procedimento fiscal instaurado e com termo de início de fiscalização lavrado, conforme previsão legal.

Descabida também a arguição de cerceamento de defesa. A recorrente alega que os lançamentos não trazem fundamentos que justifiquem a quebra de seu sigilo bancário. Contudo, observa-se que não há qualquer previsão legal no sentido de que os procedimentos de auditoria que antecedem o lançamento devam ser submetidos ao contraditório, o que inviabiliza a hipótese suscitada.

A recorrente aduz pela inconstitucionalidade da utilização da movimentação bancária para determinar a base de cálculo dos tributos, visto que os depósitos não representam disponibilidade de rendas ou acréscimo patrimonial. Pois bem, nesse sentido, o art. 42 da Lei 9.430/96 dispõe sobre a presunção de omissão de receitas. Nessas hipóteses, o ônus da prova é transferido ao contribuinte; e este não logrou comprovar a origem dos débitos em questão através dos registros em sua escrituração contábil, sequer apresentou documentação.

No tocante à multa de ofício aplicada, observa-se a previsão do art. 44, I, da Lei 9.430/96, não cabendo à fiscalização avaliar critérios diversos dos previstos na legislação tributária, tendo em vista a estrita vinculação do lançamento prevista no art. 142 do CTN. Tampouco cabe ao julgador efetuar qualquer redução no percentual da multa de ofício lançada, uma vez que o funcionamento das DRJs é disciplinado pela Portaria MF 58/06, que determina que o julgador deve observar as normas legais e regulamentares, segundo disposto no art. 116, III, da Lei 8.112/90, bem como o entendimento da Receita Federal do Brasil expresso em atos tributários e aduaneiros.

Ademais, sobre todas as nulidades alegadas, seja sobre a quebra de sigilo sem ordem judicial, ou a apuração de omissão de receitas baseada em depósitos bancários sem comprovação da origem, ou, ainda, sobre o caráter de confisco da multa de ofício aplicada, cabem alguns esclarecimentos. As questões envolvendo a constitucionalidade de leis e atos da administração encontram-se na esfera de apreciação do Poder Judiciário. Não é permitido, portanto, que a via administrativa seja o veículo para o pronunciamento definitivo sobre questões tipicamente afetas aos órgãos e vias judiciais.

Processo nº 15563.000063/2009-12
Resolução nº **1103-00.059**

S1-C1T3
Fl. 992

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Intimada e inconformada com a decisão retro, a recorrente apresentou, em 16/12/2009, recurso voluntário de fls. 946 a 984, reiterando basicamente os argumentos deduzidos na peça inaugural.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Takata

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele, pois, conheço.

A recorrente articula ofensa a direito fundamental em face da aplicação do art. 6º da Lei Complementar 105/01. Vale dizer, invoca-se agressão ao direito ao sigilo bancário, consumada pela aplicação do referido preceito legal.

O art. 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/09, com a redação da Portaria MF 586/10, dispõe:

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. (Incluído pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

§ 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.

De seu turno, na dicção do art. 1º, parágrafo único, da Portaria CARF 1/12, o procedimento de sobrestamento “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”.

A questão deduzida nos autos é objeto do RE nº 601.314-RG/SP com reconhecimento de repercussão geral, nos termos do art. 543-B do CPC.

Na apreciação do Agravo de Instrumento nº 668.843, pelo STF, em 1º/02/10, o Ministro Ricardo Lewandowski determinou a devolução dos autos de tal feito ao tribunal de origem para o sobrestamento do feito, conforme o art. 543-B do CPC, em face do referido RE, sob repercussão geral, em que se discute idêntica questão.

Também, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 765.714/SP, pelo STF, em 19/10/10, em decisão monocrática, o Ministro Ricardo Lewandowski determinou a devolução dos autos de tal feito ao tribunal de origem para sobrestamento, em observância ao art. 543-B do CPC, *ex vi* do RE supramencionado.

Processo nº 15563.000063/2009-12
Resolução nº **1103-00.059**

S1-C1T3
Fl. 994

Conforme o art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do STF, quando se verificar a subida ou distribuição de múltiplos recursos fundados em idêntica controvérsia, o Presidente do Tribunal ou o Relator determinará a devolução dos processos aos tribunais de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do CPC.

Outrossim, nos termos do art. 2º, *caput* e § 2º, da Portaria CARF 1/12, identifico a hipótese para sobrestamento do julgamento do presente feito.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 12 de junho de 2012

(assinado digitalmente)

Marcos Takata - Relator