



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

Processo nº 10384.720693/2012-99
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1102-000.113 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 02 de outubro de 2012
Assunto IRPJ - Omissão de receitas - depósito bancário
Recorrente EXPRESS DISTRIBUIDORA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Por maioria de votos, CONVERTIDO o julgamento do recurso em diligência, vencidos os Conselheiros João Otávio Oppermann Thomé e José Sérgio Gomes, que prosseguiram no julgamento.

(assinado digitalmente)

João Otavio Oppermann Thomé- Presidente.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Guidoni Filho- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Albertina Silva Santos de Lima (Presidente à época), Antonio Carlos Guidoni Filho, João Otávio Opperman Thomé, Silvana Rescigno Guerra Barreto, José Sérgio Gomes, João Carlos de Figueiredo:

demonstrar de forma individualizada, para cada depósito, a sua natureza de acréscimo patrimonial, para fins de enquadramento no fato gerador do IR previsto no artigo 43 do CTN; • os registros constantes do seu livro Razão, apresentado à fiscalização fazem prova a seu favor; • indaga como poderia ter movimentado a cifra apontada pelo fiscal atuante, se comprovadamente, através de seus Livros de Entrada e Saída e pela apuração de seu Livros Diário e Razão, faturou apenas R\$ 7.903.408,68 e pegou emprestado R\$ 2.857.274,99?

• o lançamento, como ato administrativo, carece de elementos essenciais para sua validade, em especial o requisito da motivação; • não cabe a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício, por ausência de previsão legal nesse sentido; Ao longo de sua impugnação, o sujeito passivo aduz alguns precedentes administrativos e judiciais, bem como lições doutrinárias em favor de suas teses.

É o relatório.”

O acórdão recorrido rejeitou a preliminar de nulidade dos lançamentos suscitada pela Contribuinte (em vista do fato de a motivação respectiva estar “fartamente demonstrada no processo”) e, no mérito, os manteve integralmente pelas razões sintetizadas na ementa acima transcrita. Quanto à questão relativa à legitimidade da incidência de juros sobre a multa de ofício, entendeu o acórdão recorrido que: “*nesse particular, a impugnação carece de objeto, já que tal incidência não existiu. Com efeito, conforme se constata dos demonstrativos de multa e juros de mora integrantes dos autos de infrações (fls. 11, 21, 22, 32, 33, 42), os percentuais de juros incidiram somente sobre os valores dos tributos, não alcançando as multas*”.

Em sede de recurso voluntário, a Recorrente reproduz as alegações de impugnação, especificamente no que se refere a: (i) ilegitimidade do lançamento do imposto de renda com base apenas em depósitos bancários, seja pelo fato de estes depósitos não caracterizarem renda para fins tributários, seja pelo fato de eles representarem em sua maioria “transferência de valores entre contas correntes de mesma titularidade”; (ii) nulidade do auto de infração, por alegada ausência de motivação; e (iii) ilegitimidade da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho

O recurso voluntário é tempestivo e interposto por parte legítima, pelo que dele tomo conhecimento.

Conforme salientado linhas acima, versa o caso dos autos sobre lançamento tributário fundamentado em informações financeiras da pessoa jurídica contribuinte e dos responsáveis tributários pessoas físicas obtidas pela Fiscalização por meio de mero RMF, sem prévia autorização judicial. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o anexo XV deste PA em que constam RMF's emitidos ao Banco do Brasil (fls. 211 e resposta a fls. 1576), ao Banco HSBC (fls. 212 e resposta a fls. 2100), ao Banco do Nordeste (resposta a fls. 1.633) e ao Banco Santander (resposta a fls. 2.114) e resposta a fls. 1633) e informação contida no próprio Termo de Verificação Fiscal, no qual a Fiscalização afirma ter obtido informações bancárias diretamente perante instituições financeiras e ter entregue os extratos bancários obtidos por essa via à Contribuinte para manifestação e explicação da origem dos respectivos lançamentos.

Sobre o tema, este Colegiado, por maioria de votos de seus membros, vencido apenas este Relator, no julgamento de recurso voluntário interposto nos autos do Processo n. 10630.720364/200721 (Resolução n. 1102-00.088), decidiu sobrestar o andamento dos feitos que versassem sobre a matéria citada, em decorrência do quanto disposto .*Verbis*:

“Dentre as matérias afetas ao julgamento do presente processo, no que diz respeito ao princípio da legalidade do qual a autoridade administrativa não pode se afastar, está questão inerente ao acesso dos dados bancários por parte da autoridade fiscal, que, no presente caso, se deu, ao menos parcialmente, por meio da emissão de Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF às instituições financeiras, sem ordem judicial.

Neste aspecto, sirvo-me das preciosas considerações feitas pelo conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva em excelente estudo sobre o tema, as quais abaixo transcrevo:

“Em 15 de dezembro de 2010, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, proferiu decisão que pode ser sintetizada na ementa abaixo transcrita, publicada no DJe086em 10052011.

Ementa 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.

À luz do artigo 26A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, a seguir transcrito, 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.

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).

Ocorre que o acórdão exarado no julgamento do Recurso Extraordinário nº389.808/PR, com a ementa acima transcrita, foi desafiado por embargos de declaração, com pedido de modificação da decisão.

Pelo que apurei em pesquisa realizada em 28/01/2012, os citados embargos foram recebidos por despacho datado de 07/10/2011 e ainda encontram-se pendentes de julgamento.

Assim, por estarmos diante de acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que não transitou em julgado, com base na decisão resultante do RE 389.808/PR, 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.

A questão relacionada à alegação de impossibilidade de acesso aos dados bancários também está em pauta no Recurso Extraordinário nº 601.314/MG.

Em 20/11/2009, ao examinar o Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, quanto à matéria, a existência de repercussão geral, nos termos do artigo 542B, do Código de Processo Civil. Neste sentido, segue a ementa da decisão:

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.

O tratamento a ser dispensado aos processos com repercussão geral encontra-se no artigo 543B, do CPC, o qual transcrevo:

Art. 543B.

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 sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados 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.

Observo que reconhecida a repercussão geral, à luz do parágrafo único do artigo 543B, do CPC, cabe ao tribunal de origem, isto é, aos tribunais "a quo", sobrestar os demais processos. O fato dos tribunais estaduais ou regionais poderem remeter ao STF um ou mais processo representativo da situação de repercussão geral não quer dizer que em relação aos demais exista necessidade de ato específico para que sejam sobrestados.

O sobrestamento decorre da lei. Não se pode confundir o ato de selecionar processos representativos da controvérsia, para que o STF tenha pleno conhecimento da matéria, com o ato de sobrestamento dos demais processos. São duas situações distintas tratadas no parágrafo único do artigo 543B.

O sobrestamento dos processos pendentes de julgamento nos tribunais estaduais ou regionais decorre da lei, isto é, no caso do STF, do artigo 543B, parágrafo único e, no caso do STJ, do art. 543C, parágrafo único, do CPC.

Conforme observado anteriormente, cabe aos tribunais de origem suspender o processamento dos recursos especiais ou extraordinários quando versarem sobre matéria com repercussão geral reconhecida. Porém, não adotada tal providência, o relator poderá determinar formalmente que se a observe. Isto que está previsto no § 2º. do artigo 543C, que se refere ao STJ, mas igualmente adotado pelo STF que já expediu atos neste sentido.

Do Regimento Interno do STF Quando da entrada em vigor dos artigos 543B e 543C, ambos do CPC, existia pendente de julgamento no STF e no STJ processos já admitidos pelos tribunais de origem. Em relação a estes 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. 543B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar 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. 543B do Código de Processo Civil. (grifei).

Quando do reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, não identifiquei pronunciamento 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. Quanto ao sobrestamento, na origem, dos processos com a mesma matéria, esta decorre do disposto na segunda parte do § 1o., do artigo 543B, CPC, que ao se reportar aos tribunais de origem usa as expressões “sobrestando os demais processos até o pronunciamento definitivo da corte.”

(grifei).

Há que se perceber a diferença entre: a) sobrestar os demais processos na origem (art. 543B, parágrafo único, do CPC) e; b) determinar a devolução dos demais aos tribunais de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543B do Código de Processo Civil (art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do STF).

O sobrestamento na origem diz respeito aos processos que ainda não foram remetidos ao STF. A devolução de que trata o Regimento Interno do STF dá-se quando os processos já estiverem no STF e este entender que eles devam ser devolvidos à origem até decisão daquele em relação ao qual foi reconhecida repercussão geral.

Importante observar que o sobrestamento é para os processos ainda não remetidos ao STF. Quanto aos processos que se encontram no STF podem ocorrer duas situações: devolução à origem ou julgamento pela Corte. Foi o que aconteceu, por exemplo, com o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, que inobstante tratar sobre matéria para a qual já havia sido reconhecido repercussão geral (RE 601.314/MG), foi julgado pela (sic) em 15122010.

Ainda sobre o tema, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do processo acercao sigilo bancário em relação ao qual foi reconhecida repercussão geral, em 19/10/2010, quando do exame do Agravo de Instrumento nº 765.714, proferiu decisão com o seguinte conteúdo:

“Trata-sede 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. 4950).

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 601.314RG/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 RISTF, determino a devolução destes autos ao Tribunal de origem para que seja observado o disposto no art. 543B do CPC, visto que no recurso extraordinário discute-se questão idêntica à apreciada no RE 601.314RG/SP. (grifei).

A devolução dos autos ao Tribunal de origem para que se aguarde a decisão do RE 601.314/MG, nos termos do 543B, do CPC, nada mais é do que o sobrestamento, atribuição que nos termos do artigo 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, é do relator ou do Presidente da Corte.

Quanto ao processamento e julgamento junto ao Carf, o artigo 62A, § 1º e 2º, do Regimento Interno, assim dispõe:

Art. 62A.

(...)

§ 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. 543B, do CPC.

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

O artigo 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, 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. 543B do Código de Processo Civil.

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 ficasse sobrestado, observando-se o disposto no art. 543B do CPC, visto que no recurso discute-se questão idêntica à apreciada no RE 601.314RG/SP.

No momento em que o Ministro-relator do Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, com repercussão geral, no A.I. 765.714/SP determinou o retorno dos autos à origem para observar-se o disposto no artigo 543B, do CPC, a conclusão a que chego é que tal procedimento corresponde ao sobrestamento previsto no artigo 62A, § 1º, do Regimento Interno do Carf.”

A Portaria CARF no 1, de 03 de janeiro de 2012, determinou os procedimentos a serem observados no caso de sobrestamento de processos de que trata o artigo 62 do Regimento Interno do CARF.

Uma vez que esta Turma ainda não apreciou, até o momento, nenhum caso envolvendo esta questão, e que outras Turmas de Julgamento deste Conselho possuem entendimento diverso do aqui exposto, foi colocado em pauta o presente processo para a devida manifestação dos conselheiros que a integram.

Tendo em vista que o sobrestamento, nesses casos, deve ser feito de ofício pelo próprio relator, nos termos do artigo 62 do Regimento Interno do CARF, acima transcrito, a proposta que ora submeto à apreciação de meus pares é de que o julgamento do presente feito seja sobrestado até que transite em julgado a decisão a ser proferida pelo STF nos termos do art. 543B, do CPC a respeito do acesso, pela autoridade fiscal, aos dados bancários dos contribuintes, sem ordem judicial.”

Nada obstante discordo do entendimento supra -, por entender que (a) os casos apreciados pelo C. STF acima citados não se referem direta e especificamente à questão versada neste processo (inconstitucionalidade da quebra sigilo bancário de contribuinte pessoa jurídica em geral, e, notadamente, nos anos-calendários de 2002 e seguintes, em particular), o que, por princípio e definição, impediria no meu sentir a mera reprodução no caso do quanto decidido pela Suprema Corte nos citados paradigmas (causa única da conveniência e obrigatoriedade da suspensão do processo administrativo) e (b) não apresentam o requisito específico previsto na Portaria CARF n. 1/2012 (decisão proferida pelo Plenário do STF determinando a suspensão dos feitos), - curvo-me à orientação do Colegiado e proponho a conversão do julgamento em diligência para que seja sobrestado o andamento desta lide “até que transite em julgado a decisão a ser proferida pelo STF nos termos do art. 543B, do CPC a respeito do acesso, pela autoridade fiscal, aos dados bancários dos contribuintes, sem ordem judicial”.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Guidoni Filho