



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

Processo nº 10580.725972/2011-41
Recurso nº Voluntário
Resolução nº 1402-000.143 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Data 2 de outubro de 2012
Assunto IRPJ
Recorrente FREIRE INFORMÁTICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, sobrestar o julgamento até pronunciamento definitivo do STF sobre a matéria em litígio, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto – Presidente

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moises Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

RELATÓRIO

Freire Informática Ltda recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 2ª Turma da DRJ Salvador/BA, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“Trata o presente processo de Autos de Infração que formalizam a exigência de crédito tributário relativo ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica, no valor de R\$1.091.195,85 (um milhão, noventa e um mil, cento e noventa e cinco reais e oitenta e cinco centavos), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, no valor de R\$317.135,58 (trezentos e dezessete mil, cento e trinta e cinco reais e cinquenta e oito centavos), à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, no valor de R\$328.102,07 (trezentos e vinte e oito mil, cento e dois reais e sete centavos), e à Contribuição para o Programa de Integração Social, no valor de R\$71.088,80 (setenta e um mil, oitenta e oito reais e oitenta centavos), acrescidos de multa de ofício qualificada, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) e dos juros de mora, totalizando R\$4.989.168,13 (quatro milhões, novecentos e oitenta e nove mil, cento e sessenta e oito reais e treze centavos), na data dos lançamentos.

De acordo com a descrição dos fatos constante do Auto de Infração do IRPJ, foi efetuado o arbitramento do lucro, referente aos períodos de apuração ocorridos no ano-calendário de 2008, com base no artigo 530, inciso III, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/1999), em virtude de a contribuinte, estando autorizada a optar pela tributação com base no Lucro Presumido, ter deixado de cumprir as obrigações acessórias relativas à sua determinação, em relação ao seguinte fato: a escrituração do livro Caixa apresentado está em desacordo com a legislação de regência para a tributação do Lucro Presumido, qual seja, Lei nº 8.981, de 1995, art. 45, parágrafo único, pois não contempla a movimentação financeira, inclusive bancária, da fiscalizada.

O lucro arbitrado foi determinado com base na receita bruta conhecida, constituída por:

receita omitida, representada por depósitos efetuados em contas bancárias de titularidade da Contribuinte, cuja origem dos recursos, a Contribuinte, regularmente intimada, não comprovou, apurada conforme planilha em anexo e Termo de Verificação Fiscal, sendo capitulados no enquadramento legal os art. 27, inciso I, e 42, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; art. 532 e 537 do Decreto nº 3000, de 26 de março de 1999 Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999);

outras receitas apuradas conforme planilha demonstrativa em anexo e Termo de Verificação Fiscal, com enquadramento legal no art. 536 do RIR/1999.

Em decorrência, foram lavrados os Autos de Infração relativos à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, à Contribuição para o Programa de Integração Social e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.

O Termo de Verificação Fiscal registra os seguintes fatos:

1. Da Ação Fiscal

– a empresa fiscalizada, constituída em 20/05/1996, conforme instrumento de alteração e consolidação do contrato social registrado na Juceb em 07/05/2007, exerce a

atividade operacional de “Desenvolvimento, Locação de Sistemas Aplicativos para Computadores (Softwares), Serviços de Informática e Consultoria Técnica na Área de Contabilidade Pública, Orçamento, Plano Plurianual, Folha de Pagamento, Recursos Humanos, Arrecadação Tributária, Educação, Saúde, Licitações e Contratos, Controle Interno e Informática”;

– no cadastro do CNPJ consta o CNAE Fiscal nº 62.01500 – Desenvolvimento de Programas de Computador sob encomenda, como atividade principal exercida pela fiscalizada;

– em relação ao ano-calendário de 2008, apresentou DIPJ adotando como forma de tributação o lucro presumido, estando assim, sujeita à apuração e recolhimento da Cofins e do PIS com base na cumulatividade;

– em 12 de janeiro de 2011, a Contribuinte tomou ciência do Termo de Início de Procedimento Fiscal, solicitando a apresentação dos livros e documentos ali relacionados;

– a contribuinte atendeu parcialmente às solicitações contidas no Termo de Início de Procedimento Fiscal e, em 25 de fevereiro de 2011, foi reintimada a apresentar os demais elementos solicitados, todavia, não houve manifestação alguma da fiscalizada;

– em 15 de março de 2011, foram emitidas as Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) para o Bradesco S/A e para o Banco do Brasil S/A apresentarem os extratos bancários de contas de movimento, de titularidade da fiscalizada, nas respectivas instituições financeiras;

– em 19 de abril de 2011, a fiscalizada apresentou: 1) extratos de conta-corrente nº 13.029X, agência 34606 do Banco do Brasil S/A e; 2) extratos de conta-corrente nº 19437, agência 3121, do Banco Bradesco S/A, ambos do período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2008. Na carta protocolo que acompanhou a entrega dos extratos, a fiscalizada esclarece que não possui escrituração dos livros Diário e Razão e que a composição da base de cálculo dos tributos em fiscalização reportou-se apenas ao movimento do livro Caixa;

– com base nos extratos bancários enviados pela fiscalizada e pelos bancos circularizados por RMF, foi elaborado um levantamento com os ingressos de recursos nas contas-correntes mantidas pela fiscalizada nos bancos Bradesco e Brasil, expurgando os valores relativos a estornos, empréstimos, transferências de mesma titularidade e outros valores que pelo seu histórico não corresponde a ingresso de receitas;

– em 2 de maio de 2011, a fiscalizada foi cientificada do Termo de Intimação Fiscal solicitando a comprovação da origem dos valores creditados/depositados nos bancos Bradesco e Brasil, conforme relação de valores anexa ao citado Termo;

– novos extratos foram enviados pelo Bradesco S/A sinalizando que o levantamento de ingressos que havia sido feito estava incompleto, ou seja, faltava incluir os ingressos financeiros da conta-corrente nº 9.3173, agencia nº 2757. Diante desta constatação, foi elaborado um novo Termo de Intimação Fiscal, contendo tão-somente os ingressos no Banco Bradesco nas contas-correntes nº 1.9437, agencia 3121 e 93173, agencia 2757, enviado pelo correio, com AR, com ciência de 16 de maio de 2011, solicitando a comprovação dos ingressos conforme relação de valores anexa;

– em 20 de maio de 2011 a fiscalizada apresentou três volumes encadernados contendo a movimentação das contas de sua titularidade no Bradesco e no Banco do

Brasil, conforme Termos de Intimação Fiscal lavrados em 28 de abril de 2011 e 10 de maio de 2011, respectivamente;

– com base nas identificações e explicações da fiscalizada acerca dos ingressos financeiros acima mencionados, novas exclusões foram efetuadas tendo em vista ingressos de recursos oriundos de empresas do grupo relativos a mútuos e outros valores que não representam receitas;

– o levantamento dos ingressos financeiros que correspondem a Receitas Operacionais auferidas pela fiscalizada, no ano-calendário de 2008 revelou um montante de R\$13.141.500,46, o que ensejou as seguintes constatações; DIPJ 2009 – Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – a RFB recebeu esta declaração sendo que o montante de receitas informadas nesta declaração é de R\$2.204.764,64; Dacon 2008 – Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais – a RFB recebeu as declarações de 2008 e as receitas nelas declaradas guardam relação com os valores declarados na DIPJ entregue; Livro Caixa referente a 2008 – a fiscalizada apresentou o Livro Caixa escriturado, no entanto, a escrituração não contempla a movimentação financeira de bancos da fiscalizada;

– as verificações efetuadas na escrituração do Livro Caixa em confronto com os ingressos de recursos em bancos e o montante de receitas tributado em 2008, resultaram na constatação de omissão de receitas da atividade, o que ensejou a insuficiência de declaração e recolhimento de IRPJ, CSLL, Cofins e PIS no período fiscalizado;

– foram elaboradas planilhas demonstrativas de apuração de base de cálculo, mês a mês, dos tributos federais tomando-se como base o levantamento dos ingressos de recursos em bancos. Dos valores apurados foram abatidos os valores declarados em DCTF, de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins em 2008;

2. Da Fiscalização

– a omissão de receitas da atividade apurada ensejou a lavratura de auto de infração do IRPJ, lucro arbitrado, com reflexos na CSLL, na Cofins e na contribuição para o PIS, em relação ao ano-calendário de 2008;

3. Do Auto de Infração

– foi lavrado auto de infração do IRPJ, lucro arbitrado, com reflexos na CSLL, na Cofins e na contribuição para o PIS;

4. Da Qualificação da Multa de Ofício

– a multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), aplicada sobre os valores lançados como omissão de receitas no auto de infração do IRPJ e Reflexos, se justifica tendo em vista o que preceitua o art. 44, I e § 1º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, combinado com o art. 71 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, por ser incontestável que o contribuinte, embora tenha auferido receitas operacionais da atividade, deixou de declarar grande parte da sua receita, e, por conseguinte, recolher os tributos devidos sobre suas receitas operacionais nas atividades de “Desenvolvimento, Locação de Sistemas Aplicativos para Computadores (Softwares), Serviços de Informática e Consultoria Técnica na Área de Contabilidade Pública, Orçamento, Plano Plurianual, Folha de Pagamento, Recursos Humanos, Arrecadação Tributária, Educação, Saúde, Licitações e Contratos, Controle Interno e Informática”;

5. Da Representação Fiscal para Fins Penais

– diante dos fatos aqui relatados que descrevem o contexto deste procedimento de fiscalização e considerando o que determina o art. 1º da Lei nº 8.137, de 1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária, efetuar-se-á a adequada Representação Fiscal para Fins Penais com o objetivo de que seja apurada a ocorrência de crime contra a ordem tributária conforme determina o dispositivo legal.

A contribuinte tomou ciência dos lançamentos, impugnando-os em 27/06/2011, sob os argumentos expostos a seguir:

OS FATOS

– todos os depósitos foram devidamente identificados, não apenas a origem do negócio como o nome completo do depositante, assim, a tributação não poderia ser presumida na forma do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Contudo, caso fosse esse o enquadramento legal correto, não poderia ser em períodos trimestrais. Ademais, o fisco também não poderia estender a presunção para as contribuições sociais, uma vez que o permissivo legal é válido para períodos a partir de fevereiro de 2009;

– também não poderia quebrar o sigilo bancário da Impugnante sem autorização previa do Poder Judiciário, conforme decisão do STF nos moldes do art. 543B do Código de Processo Civil, conhecidos como “repercussão geral”, à luz do que determina o Parecer da PGFN/CRJ/nº 492/2010;

– o arbitramento do lucro foi medida extremada e sem motivação, pois o Livro Caixa, *in casu*, contempla a movimentação bancária, todavia, com pontuais falhas. Esse fato em si não autoriza a solução pelo arbitramento, pois, centenas de decisões das Delegacias de Julgamento e outras centenas de acórdãos do Conselho de Recursos Fiscais lidam com a figura da omissão de receita por não comprovação de depósitos, leia-se “valores não contabilizados” e, no entanto, os lucros não foram arbitrados, apenas foram adicionados àqueles para efeito de tributação nas modalidades de real ou presumido;

DO DIREITO

– preliminarmente, requer o sumário arquivamento do auto de infração em razão dos erros materiais e processuais contidos na peça vestibular em razão do que passa a descrever nos tópicos seguintes;

I– QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. NULIDADE. DECISÃO DO STF

– a quebra do sigilo bancário, porquanto representa uma relativização dos direitos fundamentais à intimidade e à inviolabilidade do sigilo de dados, deve ser manejada de forma extremamente cautelosa, sob pena de ferir de morte o art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal de 1988, transcrito;

– além do mais, ao contrário do que possa parecer, o sigilo bancário realiza o interesse coletivo da segurança e da liberdade, permitindo que os administradores desenvolvam suas atividades econômicas sem a ingerência estatal. Daí se conclui que o sigilo bancário, entendido como direito constitucional que viabiliza a confidencialidade dos dados e das informações conservadas pelas instituições financeiras, só pode ser infirmado quando houver manifesto interesse público, e desde que sob intervenção e o crivo do Poder Judiciário;

– vale dizer, a quebra do sigilo bancário deve respeitar rígidos limites materiais (as circunstâncias que a autorizam) e formais (o procedimento a ser adotado), sendo, portanto, requisitos de validade da quebra do sigilo bancário: a) a existência, no mundo fenomênico, de circunstância legalmente prevista que a autorize; b) relevante interesse

público, que não se confunde com o direito da Fazenda Pública; c) autorização de autoridade judiciária; d) curso de um procedimento oficial (criminal ou parlamentar – STF, RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, 15/12/2010); e) respeito à finalidade definida quando da requisição dos dados; f) manutenção do sigilo perante terceiros;

– a quebra do sigilo realizada no curso deste Processo Administrativo Fiscal não possui nada de legítimo, a começar pela etérea fundamentação apresentada para a sua realização;

– a autoridade fiscal requisitante apresentou como fundamento o art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996, que trata das hipóteses ensejadoras do regime especial para cumprimento de obrigações pelo sujeito passivo. Não assinalou, contudo, qual a circunstância específica, no âmbito do dispositivo, que autorizaria a adoção da medida. Tal atitude da requisitante coloca em cheque o pedido formulado, bem como a legalidade das informações prestadas, pois não está clara a hipótese autorizadora da quebra do sigilo bancário nem há demonstração do relevante interesse público;

– a atuada em momento algum se negou a prestar as informações requisitadas, mas apenas solicitou a prorrogação do prazo para a entrega, o que denota sua boa-fé. Além do mais, os esclarecimentos prestados pelo contribuinte não foram analisados pela Fiscalização, que preferiu se acomodar com os dados obtidos pelo ilegal e violento procedimento adotado;

– o vício acima apontado, em que pese gravíssimo e capaz, per si, de nulificar todas as infrações em discussão, é ofuscado por outro, muito mais evidente. Trata-se da inexistência nos autos de decisão emanada por autoridade judiciária autorizando a quebra do sigilo bancário. Ou seja, a quebra do sigilo bancário ocorreu sem a intervenção do Poder Judiciário, por exclusiva atuação da Receita Federal do Brasil. Como explica o mestre Yves Gandra da Silva Martins (Artigo publicado em “O Estado de São Paulo”, de 08 de janeiro de 2002) o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de que é indispensável a autorização de autoridade judiciária – que é órgão isento e equidistante entre as partes – para efetivação da quebra do sigilo bancário. Cita ainda julgado do STF, de 1999;

– confirmando esta linha de raciocínio, e consolidando a jurisprudência da Corte, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 389.808, ocorrido em 15 de dezembro de 2010, decidiu que a Secretaria da Receita Federal não tem poder de decretar, por ato próprio, a quebra do sigilo bancário do contribuinte, mesmo com a edição da LC 105/01 (transcreve acórdão e conclusão do voto)

– portanto, o Supremo Tribunal Federal, agora pelo seu Pleno, decidiu definitivamente que a Receita Federal não tem o poder de decretar a quebra do sigilo bancário, pondo fim à discussão que ainda existia;

– na linha de raciocínio aqui desenvolvida, a decisão monocrática da Ministra Carmem Lúcia (transcreve) consigna e comprova que o recurso extraordinário 389.808 Paraná é de repercussão geral;

– transcreve parte da conclusão do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492, de 2010, editado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, sobre a validade dos decisórios do STF em caráter de repercussão geral (transcreve parte da conclusão);

– desse modo, o mínimo esperado do Julgamento é que mande cancelar o auto de infração ou determine o sobrestamento;

II – DEPÓSITO BANCÁRIO: CRITÉRIO TEMPORAL

– a Impugnante requer o arquivamento do auto de infração também em razão da não aplicação do critério de apuração mensal, sobre os valores havidos como omissão de receita, por depósitos não comprovados, em flagrante desobediência ao artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996 (transcrito), pois este exige que os depósitos não comprovados sejam agrupados e tributados em lapsos temporais mensais;

– o parágrafo primeiro do art. 42 refere-se ao lapso temporal nos quais os valores não comprovados devem ser agrupados para serem tributados mensalmente, não havendo qualquer possibilidade de outro período que não seja o mensal. Enquanto isso, no caso, os depósitos não comprovados foram tributados no imposto de renda em agrupamento de períodos trimestrais, desse modo contrário à literalidade da lei e por isso nulo;

III– DEPÓSITO BANCÁRIO: QUANDO COMPROVADO NÃO É CASO DE PRESUNÇÃO – ERRO ENTRE FATO E BASE LEGAL

– verificando que todos os depósitos bancários foram devidamente identificados, inclusive endereço, uma vez que os depositantes são pessoas jurídicas de direito público e em maioria Prefeituras Municipais, o fisco não poderia ter efetuado o lançamento pelo critério legal da presunção de omissão, ou seja, deveria lançar utilizando o enquadramento legal ao fato efetivamente ocorrido;

– desse modo, ao efetuar o lançamento com base legal não aplicável ao caso o crédito perde o caráter de liquidez e certeza pela fragilidade e irregularidade da incorreta autuação (transcreve jurisprudência administrativa);

- eventualmente tributar pelo critério da prova direta, sem uso da presunção de omissão de receita de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996;– insubsistente o auto de infração uma vez que aponta uma base legal que não se coaduna com o fato sabidamente ocorrido;

IV– DA REVOGAÇÃO PARCIAL DO ART. 42 DA LEI Nº 9.430, DE 1996

– com a edição da LC 105, de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724, de 2001, o legislador revogou parcialmente a tributação presuntiva do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, quando da não comprovação da origem, ao autorizar o fisco federal a requerer das instituições depositantes todos os esclarecimentos e documentos das transações, na dicção do art. 5º da LC 105, de 2001 (transcrito parcialmente);

– o legislador ao suprir de competência o agente fiscal federal para requisitar, fiscalizar, auditar e obter os documentos adequados para a apuração dos fatos vinculados a operações financeiras acabou por inviabilizar parcialmente a possibilidade de aplicação do art. 42, da Lei nº 9.430, pois, quando o fiscalizado não comprova a origem dos depósitos, aquela autoridade deve fiscalizar auditar e requerer as informações e documentos adequados ao esclarecimento dos fatos junto a terceiros, inclusive instituições financeiras, quer dizer, elucidando a origem e motivação;

– lamentável é que o fisco tenha renunciado a sua competência legal, com infringência ao art. 42 do CTN, e não aprofundou a investigação como determina a boa técnica de auditoria e exige a lei tributária, ou seja, não requisitou as cópias dos cheques depositados, não identificou os TED's, limitou-se aos extratos;

– a conclusão é que o auto de infração é nulo em razão de o fisco ter tributado utilizando dispositivo de presunção, quando a determinação legal era de manobrar a prova direta, uma vez que a LC 105 revogou tacitamente o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, na hipótese em que sejam perfeitamente identificados os depositantes e a

natureza jurídica dos depósitos, como é o caso dos depósitos em cheques e TED's. Assim, o não aprofundamento da investigação resulta em ilegalidade. Mais ainda, os depositantes são pessoas jurídicas do direito público e todos (cem por cento) foram identificados, como comprova o documento entregue ao fisco que a Impugnante estima que tenha sido juntado ao processo;

V- NÃO APLICABILIDADE NAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DA PRESUNÇÃO DO ART. 42 DA LEI Nº 9.430, PARA FATOS GERADORES ATÉ JANEIRO DE 2009

– verificando-se as espécies tributárias encontramos princípios, regras e institutos comuns e especiais. No campo prático observam-se especialidades como o instituto da presunção, aqui entendida como uma espécie de atalho legal que faz uso de provas circunstanciais ou de evidências, todas previamente enunciadas em atos legais autorizados, os quais determinam que sua ocorrência faz prova da ocorrência de outro fato geralmente de difícil comprovação, muito utilizado no direito tributário e proibido no direito penal;

– dessa forma, as particularidades de um determinado tributo só podem ser utilizadas por outro se especificamente houver enunciado determinando sua aplicabilidade, até porque o Código Tributário Nacional (CTN) proíbe o uso da analogia para exigir tributo (transcreve o art. 108 do CTN);

– retoma-se a questão da presunção de omissão de receita na hipótese de depósitos não comprovados, relativa ao imposto de renda, prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, sobre o alcance do instituto dessa presunção nos demais tributos;

– o Decreto nº 4.524, de 2002, tratou de regulamentar as contribuições do PIS e Cofins, e no capítulo que trata de arbitramento de base de cálculo, diz, no art. 91, que: *verificada a omissão de receita ou a necessidade de seu arbitramento, a autoridade tributária determinará o valor das contribuições, dos acréscimos a serem lançados, em conformidade com a legislação do Imposto de Renda;*

– a omissão de receita a que se refere o art. 91 não é aquela advinda de presunção prevista em lei, como a exemplo de saldo credor de caixa, passivo fictício e do funesto depósito não comprovado, uma vez que esses últimos são provas indiretas de omissão de receita a qual uma vez deduzidos os requisitos de presunção pelo fisco o ônus da prova é invertido para o sujeito passivo;

– outra característica é que a omissão de receita decorrente de presunção legal dela não se sabe a origem, se de venda de mercadoria ou serviço, da consecução do objeto societário, de venda de ativo não-circulante (Lei 11.638 de 2007) ou de receita de transações estranhas ao negócio da sociedade ou nem tenha sido produzido na sociedade, como o caso de sócio que injeta recurso na sociedade empresarial liquidando obrigações e não faz os registros contábeis pertinentes. Sabe-se apenas que é um redito, um plus, um ingresso não registrado na contabilidade e detectável por auditoria;

– também, é característica da omissão de receita a imprecisão do exato valor omitido, por isso a lei que institui a presunção a delimita pela aparência, a exemplo do valor do saldo credor de caixa, passivo fictício e do depósito não comprovado;

– a presunção legal de receita não se confunde com a figura da receita propriamente dita, não apenas pelo que foi exposto, mas porque se trata de ficção jurídica; – as presunções de omissão de receitas em per si autorizam apenas a constituição do crédito tributário, lançado sob o rótulo de “omissão de receita” por equiparação, mas não possuem força probatória para aplicação de multa qualificada;

– não é sem razão que a jurisprudência administrativa do antigo Conselho de Contribuintes pacificou o entendimento de que a multa qualificada não poderia ser em decorrência de omissão de receita detectada por presunção e o atual Conselho de Administração de Recursos Fiscais adotou o mesmo critério (transcreve Súmula Carf nº 25);

– retornando ao art. 91 do Decreto, vale revelar que nenhum dos dispositivos do enunciado traz a determinação de aplicar a presunção do imposto de renda sobre as contribuições sociais, assim, com o objetivo de evitar remição, transcreve cada um dos dispositivos mencionados, a saber: Lei nº 8.212, de 1991, art. 33, caput e §§ 3º e 6º – texto em vigor na data da publicação do decreto nº 4.524, de 2002; Lei Complementar nº 70, de 1991, art. 10, parágrafo único; Lei nº 9.715, de 1998, art. 9º e 11 e Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 24 – texto em vigor na data da publicação do Decreto nº 4.524, de 2002;

– a omissão de receita de que trata o caput do art. 24 mencionado acima é omissão de receita real, efetiva, e não aquela decorrente de presunção legal, pois, como antes argumentado e provado, as decorrentes de presunção são acompanhadas das expressões “considera-se” ou “caracteriza-se”;

– a decomposição do art. 91 do Decreto nº 4.524, de 2002, demonstra de forma definitiva que as presunções de omissão de receitas de enunciados do imposto de renda nunca foram reivindicados por enunciados legais para aplicar nas contribuições do PIS e da Cofins;

– quanto à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, instituída pela Lei nº 7.689 de 1988, o enunciado do §2º, do artigo 102, da Instrução Normativa nº 390/04, editada pela Receita Federal (em destaque na transcrição do citado artigo), é ilegal, pois inexistente lei que autorize a constituição de crédito tributário nos moldes inventados pela Receita Federal, pois a lei que instituiu a exação, Lei nº 7.689, de 1988, apenas admitiu, em seu art. 6º, que: *A administração e fiscalização da contribuição social de que trata esta lei compete à Secretaria da Receita Federal. Parágrafo único. Aplicam-se à contribuição social, no que couber, as disposições da legislação do imposto de renda referente à administração, ao lançamento, à consulta, à cobrança, às penalidades e ao processo administrativo;*

– a autorização da lei é sobre obrigações instrumentais e procedimentos processuais. Assim a Instrução Normativa é ilegal, pois não foi editada com observância de Lei. Aliás, esse tipo de ilegalidade é repudiado pelo Carf com o afastamento do ato administrativo (cita ementa de acórdão do Carf);

– só após a edição da Medida Provisória nº 449, de dezembro de 2008, convertida na Lei nº 11.941, é que as presunções de omissão de receitas previstas na legislação do imposto sobre a renda foram autorizadas a serem aplicadas sobre as contribuições sociais, no teor do art. 26, que alterou o art. 33 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (transcrito parcialmente);

– desse modo, fica comprovado que inexistia norma determinando a extensão da presunção para as contribuições. Mas, a questão não é nova, porque quando foi editada a Lei nº 9.430, trazendo ao ordenamento jurídico as figuras de presunção descritas nos artigos 40, 41 e 42, foram suscitadas duas questões: i) se era possível a tributação dos fatos pretéritos sob o manto da odiosa presunção simples, e ii) se a norma de presunção poderia abrigar fatos geradores anteriores à publicação da nova norma. Essas questões foram enfrentadas e produziram Acórdãos no Carf (transcritos) cujo entendimento é no sentido de que antes do advento da Lei nº 9.430/96, não prevalecem os lançamentos

com base em depósitos bancários e em passivo não comprovado, fundados em presunção simples;

– analisando a questão por outro ângulo, pode-se afirmar, mesmo que houvesse extensão das presunções de omissão de receitas previstas para o imposto de renda em período que abarcasse os fatos geradores de 2008, também não alcançaria a situação da Impugnante, no que respeita às contribuições do PIS e Cofins pelo fato dessas exações estarem ao abrigo da Lei nº 9.718, de 1998, com apuração cumulativa, cujo fato gerador é o faturamento;

– o faturamento, segundo a Lei nº 9.718, é a receita bruta. Conceitualmente, a receita bruta decorre da venda de mercadoria e ou serviço, o que corresponde a faturamento, enquanto a expressão “omissão de receita” decorrente da presunção legal é ampla, pois não consigna qual o tipo de receita, ou seja, não se sabe se é receita que compõe ou não o conceito de receita bruta. Logo, não pode compor a base de cálculo formada apenas pelo faturamento;

V– ARBITRAMENTO DO LUCRO

– a Impugnante optou por apurar o imposto de renda pelo lucro presumido, para tanto, adotou a escrituração simplificada admitida pela Lei Complementar nº 123, de 2007. Assim, escriturou o Livro Caixa e nele a movimentação bancária e o arbitramento ocorreu, nos dizeres do autuante, em razão de diversos depósitos bancários não estarem escriturados. O fato de existirem eventuais falhas na escrituração de depósitos bancários não a torna imprestável, mormente quando se trata de forma simplificada de escrituração do Livro Caixa;

– ademais, a lavratura de auto de infração de omissão de receita por depósitos bancários não comprovados, por si só não autoriza medida de tal dramaticidade, pois sobre o montante encontrado pode ser cobrado imposto na mesma modalidade originalmente escolhida. Aliás, nos diversos julgados da Delegacia de Julgamento no Brasil, inclusive Salvador, as infrações de não comprovação de depósito bancário não resultaram em arbitramento de lucro, a exemplo dos acórdãos transcritos;

– é notório que nos casos acima transcritos houve a mesma infração apontada pelo fisco, ou seja, não comprovação de depósito bancário cuja falha decorre da falta de registro contábil do evento. Contudo, a ausência de registro contábil daqueles depósitos não resultou em arbitramento do lucro, quer tenha sido apurado originariamente o imposto pelo critério do lucro presumido, quer tenha sido pelo critério do lucro real;

– é insubsistente o arbitramento

VII– MULTA QUALIFICADA

– aplica-se a multa qualificada quando o fisco comprova a existência de fraude, dolo ou simulação. Por se tratar de penalidade, mesmo que administrativa, mas com persecução criminal, não é possível sua aplicação por presunção. É necessário que evidencie o fato e colha provas que dêem substância à alegação pretendida;

– a sonegação não pode ser alegada a partir de inferência, mas de feixes de evidência transparentes e robustas de elementos probatórios. Por isso, não pode ser fruto da suposição ou em decorrência de alegações genéricas. Há que ser específica e individualizada no seu conteúdo e essência;

– no caso concreto, a autuante faz alegações genéricas e sem apresentação de provas ou circunstâncias com descrição do evento capazes de subsumir o fato à norma

da prática de ilícitos suficientes para aplicação de multa qualificada e a conseqüente representação para fins penais;

– o enquadramento legal utilizado é de sonegação, a base legal informada no Termo de Verificação Fiscal é o 71, da Lei nº 4.502, de 1964, transcrito. O fato narrado, mesmo que de forma superficial, não subsume ao tipo sonegação, pois a Impugnante não deixou de apresentar nenhum documento a que estava obrigada, também não os retardou. Todas as obrigações instrumentais foram exibidas e apresentadas no prazo legal, mas que ao final satisfaz a obrigação;

– na verdade, a autuante narrou o fato de forma deficiente, pois dele não é possível extrair convicção de crime, uma vez que “eximir-se da tributação” é expressão vaga, ambígua e de largas possibilidades. Eximir-se pode ser declarar uma receita ou ainda oferecê-la em valor menor que a efetiva, mesmo assim a ação descrita não confere com o conceito legal de sonegação, que é “impedir ou retardar o conhecimento”;

– enquanto isso, a infração capaz de gerar crédito tributário descrita no auto de infração foi exclusivamente a não comprovação de depósito bancário, cuja autorização para tributar é presuntiva. Logo, a não comprovação de depósito bancário é fato incapaz de por si só ser o bastante para subsumir-se simultaneamente à mesma norma que constitui crédito tributário e direito material em sede de penalidade qualificada (transcreve a Súmula 25 do Carf, à qual, a Portaria MF nº 383, de 12 de junho de 2010, atribuiu efeito vinculante em relação à administração tributária federal);

– segundo a Auditora, o crime fiscal cometido decorre da quantidade de receita que deixou de ser declarada. Ocorre que não há norma estabelecendo a quantidade razoável nem há baliza para demarcar o limite entre esse e uma “grande quantidade de receita” e nem a autora do ato administrativo se deu ao trabalho de demonstrar a razão ou parâmetro para considerar “grande quantidade”. Portanto, diante da imprecisão da expressão e da falta de norma delimitadora, a Impugnante vê suprimidas suas efetivas possibilidades de exercer o direito de defesa em face do subjetivismo;– insubsistente a multa qualificada

VIII– NULIDADE. MULTA QUALIFICADA SOBRE RECEITA DECLARADA

– o fisco rejeitou a apuração do lucro presumido, em que havia sido utilizado o percentual de 32%, e arbitrou o lucro. Adiante, considerou como receita a totalidade dos depósitos bancários e os tributou na integralidade com o uso do percentual de lucratividade de 38,4%, e do imposto encontrado deduziu a quantia já paga e aplicou multa qualificada sobre a diferença. Este procedimento é equivocado e ilegal, pois, embute dois erros: i) suprime uma irregularidade (infração), ao tributar por diferença, e ii) aplica multa qualificada sobre a diferença de imposto resultante da majoração da base de cálculo no que respeita ao percentual de presunção do lucro presumido e arbitrado;

– o procedimento correto, em considerando que as receitas declaradas estavam no rol dos depósitos não comprovados, seria lavrar o auto de infração com dois itens de irregularidades: um cobrando a diferença de imposto resultante da majoração do percentual de presunção de 32% para 38,4% em face do arbitramento e incidente sobre as receitas declaradas, com multa de ofício em 75%; e o segundo, depois deduzir do montante de depósitos não comprovados os já declarados e sobre a diferença aplicar o percentual de arbitramento e a multa qualificada, se fosse o caso;

– em síntese, o fisco transformou duas infrações em uma, manipulou o total do imposto devido e aplicou multa qualificada sobre receitas declaradas. Portanto, ilegal e nulo;

– insubsistente o lançamento por absoluta ilegalidade;

O PEDIDO

– em face do exposto requer que esta Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador determine o cancelamento do auto de infração em razão de: 1) quebra do sigilo bancário sem autorização judicial; 2) tributação de receitas apuradas por presunção em período diferente do mensal; 3) erro da tipificação do fato e respectivo enquadramento; 4) uso de norma revogada; 5) aplicou norma de presunção sobre as contribuições sociais um ano antes da vigência; 6) arbitramento com motivação inadequada; 7) impropriedade de aplicação de multa qualificada; e 8) erro na aplicação de multa qualificada sobre receita oferecida à tributação. Enfim, que pratique todos os atos, como de hábito, para que se alcance a verdadeira justiça.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 15-028.348 (fls. 996-1.029) de 21/09/2011, por unanimidade de votos, considerou parcialmente procedente o lançamento. A decisão foi assim ementada.

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 2008 NULIDADE. Afasta-se a tese de nulidade do lançamento, quando lavrado por servidor competente e em obediência aos princípios legais que regem o Processo Administrativo Fiscal.

INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE. LEI OU ATO NORMATIVO. ARGÜIÇÃO. APRECIACÃO. COMPETÊNCIA. A apreciação e declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo é prerrogativa reservada ao Poder Judiciário, sendo vedada sua apreciação pela autoridade administrativa em respeito aos princípios da legalidade e da independência dos Poderes.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2008 DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITAS. Configuram receitas omitidas os valores correspondentes aos valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em que o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. Deve ser arbitrado o lucro da pessoa jurídica optante pelo Lucro Presumido que, regularmente intimada, não apresenta à Fiscalização o Livro Caixa, no qual estejam escriturados os recebimentos e pagamentos ocorridos em cada período de forma a refletir toda a movimentação financeira, inclusive bancária, ou escrituração contábil de acordo com a legislação comercial, tudo comprovado por meio de documentos hábeis e idôneos.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. Em se tratando de tributação decorrente, deve ser observado o que for decidido para o Auto de Infração principal, uma vez que todas as exigências tiveram o mesmo suporte fático.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FATURAMENTO. A omissão de receitas por depósitos bancários de origem não comprovada constitui faturamento, devendo ser tributada pelas contribuições sociais.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. OMISSÃO DE RECEITA EXPRESSIVA E REITERADA. Verifica-se da Súmula nº 25 do Carf que não há qualquer vedação à aplicação de multa qualificada nos casos em que a infração decorre de presunção legal de omissão de receitas. Apenas exige-se que a este fato esteja atrelada a devida existência da conduta dolosa, que no presente caso ficou comprovada pela prática reiterada de omitir do Fisco expressiva receita da atividade auferida pela pessoa jurídica, o que caracteriza sonegação fiscal.”

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 01/11/2011 (A.R. de fl. 1.096) a interessada interpôs recurso voluntário em 27/11/2011 (fls. 1.034-1.095) onde repisa os argumentos apresentados em sua impugnação.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar.

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Há que se reconhecer, de início, que o presente processo traz, dentre outras, matéria relativa a acesso a dados bancários, sem ordem judicial, por parte da autoridade fiscal.

Passo a enfrentar esse tópico específico me valendo dos fundamentos, que adoto como razões de decidir neste Voto, apresentados pelo i. Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva, que transcrevo abaixo.

“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, sem ordem judicial, por parte da autoridade fiscal.

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 DJe-086 em 10-05-2011.

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 26-A, § 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.

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)

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.

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 542-B, 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 543-B, do CPC, o qual transcrevo:

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 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 543-B, 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 543-B.

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

b) determinar a devolução dos demais aos tribunais de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B 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 em 15-12-2010.

Ainda sobre o tema, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do processo acerca do 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-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 RISTF, 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, 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 62-A, § 1º e 2º, do Regimento Interno, assim dispõe:

Art. 62 (...)

§ 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, 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. 543-B 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. 543-B do CPC, visto que no recurso discute-se questão idêntica à apreciada no RE 601.314-RG/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 543-B, do CPC, a conclusão a que chego é que tal procedimento corresponde ao sobrestamento previsto no artigo 62-A, § 1º, do Regimento Interno do Carf.”

Por todo o exposto, voto por sobrestar o julgamento do presente processo, à luz do art. 62-A do Anexo II, do RICARF, e do § único do art. 1º da Portaria CARF nº 1, de 03/01/2012.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator