



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

Processo nº 10820.002512/2004-42
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1202-000.132 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 13 de setembro de 2012
Assunto Sigilo bancário
Recorrente FRIGORÍFICO BABY BEEF LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em determinar o sobrestamento do julgamento do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

VIVIANE VIDAL WAGNER - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Nelson Lósso Filho, Carlos Alberto Donassolo, Nereida de Miranda Finamore Horta, Marcus Vinicius Barros Ottoni, Orlando José Gonçalves Bueno e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado pela contribuinte acima identificada em face de decisão que manteve a autuação decorrente de exclusão do Simples, consoante relatório que, com a devida vênia, reproduzo parcialmente abaixo, por bem esclarecer os fatos de interesse para o julgamento:

Trata-se de impugnação aos Autos de Infração de IRPJ-Simples, PIS-Simples, CSLL-Simples, Cofins-Simples e Cofins-INSS-Simples, lavrados em 20 de dezembro de 2004, contra o Interessado, relativos ao ano-calendário de 1999, em razão de haver sido apurado, em ação fiscal direta, omissão de receita, caracterizada pela utilização de interpostas pessoas jurídicas.

No procedimento das verificações obrigatórias o autuante constatou, também, insuficiências nos recolhimentos do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, no ano-calendário de 1999, em razão da alteração das alíquotas que deveriam ter sido utilizadas decorrente da omissão de receita apurada.

Os valores relativos aos fatos geradores verificados no ano-calendário de 1999, encontram-se indicados nos corpos dos autos de infração, nos quais também constam os enquadramentos legais respectivos, atingindo o crédito tributário o montante de R\$ 7.373.874,41 na data da lavratura, compreendendo os valores dos tributos, acrescidos da multa de ofício de 150%(omissão de receita) e 75%(insuficiência de recolhimento) e de juros de mora calculados até 30/11/2004, assim distribuídos:

<i>IRPJ.....</i>	<i>R\$ 555.775,80</i>
<i>PIS.....</i>	<i>R\$ 555.775,80</i>
<i>CSLL.....</i>	<i>R\$ 859.158,06</i>
<i>Cofins.....</i>	<i>R\$ 1.718.316,30</i>
<i>Cofins-INSS.....</i>	<i>R\$ 3.684.848,47</i>

A fiscalização lavrou o Termo de Constatação e Verificação Fiscal - TCVF (fls.57/113), onde há a descrição do procedimento fiscal e das irregularidades apontadas pelo autuante como infrações à legislação tributária, que motivaram a lavratura dos autos de infração acima citados.

Regularmente cientificada, apresentou impugnação (fls.571 a 624), firmada pelo sócio da empresa Sr. Gregório Pompei, onde em síntese alega o seguinte:

Inicialmente contesta o critério de apuração da omissão de receita vedada em lei.

Argüi que a omissão de receitas das empresas integrantes do Simples deverá ser apurada com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas as microempresas e as empresas de pequeno porte, consoante o art. 33 da IN SRF nº 355, que regulamentou o art. 18 da Lei nº 9.317, de 1996.

Após reproduzir excertos do item 67 do Termo de Constatação e Verificação Fiscal, e a nota de rodapé 36, afirma que o procedimento da fiscalização contraria frontalmente a determinação contida no art. 33 da IN/SRF nº 355/2003. Aduz que é defeso à fiscalização utilizar meios proibidos pela própria administração em que servem, e que o não cumprimento do princípio da legalidade administrativa torna inválido e ineficaz todos os atos praticados, tornando nulo o lançamento efetuado.

Ainda em sede preliminar, combate a aplicação retroativa da Lei nº 10.174/2001.

Alega que a autuação pautou-se na utilização de dados da CPMF em período anterior à vigência da Lei nº 10.174/2001 e da Lei Complementar nº 105/2001, ou seja, ano-calendário 1999, pois que, entrando em vigor na data de sua publicação a indigitada Lei 10.174, de 09 de janeiro de 2001, não autorizava requisição de informações bancárias anteriores ao seu surgimento no mundo jurídico, sob pena de clara afronta à irretroatividade das leis, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

Diz que a vedação é reafirmada, de forma insofismável, pela Lei nº 9.784 de 29/01/1999, de aplicação subsidiária no processo administrativo fiscal, por força do art. 69.

Após discorrer sobre o art. 5º, LVI e XXXVI, da Constituição Federal e o art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, reproduz ementas de acórdãos do STF e do Conselho de Contribuintes, assim como, ensinamentos de Leandro Paulsen, e de Hiromi Higuchi, retirados de obras de suas autorias, em socorro de seus argumentos.

A DRJ manteve integralmente a autuação, motivando assim a decisão quanto à preliminar de nulidade sobre a aplicação retroativa da Lei nº 10.174, de 2001:

- que o acesso pelas autoridades administrativas às informações bancárias dos contribuintes tem fundamento na própria Constituição Federal, art. 145, §1º, assim como no art. 197, inciso II, do CTN;

- que a Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990, dispôs sobre o acesso às informações bancárias, condicionando a requisição ao início do procedimento fiscal e à regulamentação ministerial;

- que a LC nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que regulou, com mais detalhes, a solicitação de informações às instituições financeiras e a Lei nº 10.174, de 2001, e o Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, apenas definiram com mais precisão a obtenção de dados, compondo o cenário jurídico no qual a autoridade fiscal está autorizada, nos casos previstos, a requisitar informações bancárias dos contribuintes fiscalizados;

- que, uma vez presente o comando expresso, em lei ordinária e complementar, autorizando o exame de informações bancárias, cumpre acatá-lo e utilizá-lo, até porque não cabe aos agentes públicos questionarem a constitucionalidade de lei vigente, mediante juízos subjetivos, dado o princípio da legalidade que vincula a atividade administrativa.

- que é clara a disposição do art. 144 do CTN no sentido de o lançamento submeter-se ao procedimento disposto na lei vigente à data de sua formalização, o que não é o caso da lei que só estabelece meios de fiscalização, e não hipóteses tributárias;

- que, por estar o acesso às informações bancárias dos contribuintes regularmente autorizado nas leis mencionadas, bem como no Decreto nº 3.724, de 2001, regulares são os procedimentos aqui adotados e as provas assim obtidas, inexistindo qualquer prejuízo à validade da exigência, sendo rejeitada a preliminar.

A turma prossegue analisando outras preliminares e o mérito para, ao final, julgar procedente o lançamento.

Cientificada da decisão em 07/03/2006 (conforme AR de fl.691), a contribuinte, inconformada, apresentou recurso voluntário ao CARF, em 04/04/2006 (fls.692 e seguintes), em que contesta a decisão recorrida, trazendo, especificamente quanto à questão do sigilo bancário, os argumentos abaixo sintetizados.

Alega que dois fatos interferem na legalidade da constituição do crédito tributário: a) lapso temporal da efetiva vigência do art.11, § 3º da Lei nº 9.311/96, e b) criação, pela Lei nº 10.174/2001, de uma nova forma de lançamento.

Aduz que a utilização da Lei nº 10.174 de 09/01/2001, que entrou em vigor na data da sua publicação em 10 de janeiro de 2001, não autoriza a utilização da CPMF para instaurar procedimento administrativo em data anterior ao seu surgimento no mundo jurídico, como é o caso da autuação fiscal, que decorre da utilização de dados da CPMF abrangendo os anos de 1999 a 2000, período anterior à vigência da Lei Complementar nº 105/2001 e da Lei nº 10.174/2001. Segundo ela, a permissão desse procedimento constituiria clara afronta a irretroatividade das leis, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

Pede a anulação da autuação com base nessa preliminar, antes de prosseguir com as alegações de mérito.

É o relatório.

Voto

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e assente em lei, devendo ser conhecido.

Contudo, do exame dos autos depreende-se a impossibilidade de julgamento do recurso neste momento, pois, dentre as matérias afetas ao julgamento está, preliminarmente, a aplicação retroativa da Lei nº 10.174, de 2001.

O Termo de Constatação e Verificação Fiscal (fls.57 e seguintes) esclarece que os valores da movimentação financeira da contribuinte foram obtidos com base nas informações prestadas à Secretaria da Receita Federal, pelas instituições financeiras, de acordo com o art. 11, § 2º, da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, que trata de nova instituição da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), consoante trechos abaixo reproduzidos:

17) Assim, solicitou -se os extratos (em papel e em meio magnético, ver nota de rodapé 39), dados cadastrais, procurações etc, através de Requisições de Movimentação Financeira — RMF's13 em 23/07/2003, que foram emitidas em 31/07/2003, para todas as instituições bancárias constantes do Termo de Início de Fiscalização, e que todas foram cientificadas em 05/08/2003.

18) Em documento datado de 29/07/2003, recebido pela agência da SRF de Andradina em 30/07/2003, a fiscalizada solicita prazo de 60 dias para apresentar a documentação (extratos bancários, etc) referente ao ano-calendário de 2002, e devido à clara intenção de postergação, não concedemos tal prazo e esta foi re-intimada, conforme Termo de Intimação Fiscal nº085 lavrado em 11/08/2003, via postal, cuja ciência ocorreu em 28/08/2003.

19) Também se intimou a fiscalizada, vide item "12", a apresentar cópia de cheques/comprovantes de depósitos e recibos de pagamentos dos aluguéis pagos aos arrendatários pelo arrendamento das instalações do Frigorífico Abaeté Ltda desde o início do arrendamento ou seja, contrato de arrendamento datado de 28/12/1998, com primeiro pagamento em 11/01/1999 até 31/12/2002, como resposta foram apresentados recibos de arrendamento de março de 2001 até dezembro de 2002, portanto deveria apresentar os recibos faltantes, ou seja de janeiro de 1999 ate fevereiro de 2001, e apresentar todas as cópias de DARF's referentes à retenção do Imposto de Renda, que é devida no caso dos pagamentos de aluguel / arrendamento a pessoa física, ou informar os motivos da não retenção, além de apresentar relação dos veículos de propriedade da Fiscalizada no período em que esta prestou serviço de transporte de cargas.

Quanto a estes fatos a empresa informa, em 11/08/2003, que os recibos de arrendamento dos períodos solicitados foram extraviados, por tal razão não foram apresentados, sendo que ocorreu a escrituração por

haver a efetivação real dos pagamentos e existir contrato de arrendamento registrado e válido e que não existem DARFs de recolhimento referente a retenção do imposto de renda dos pagamentos de aluguel/arrendamento para serem apresentados, em razão do recebedor se negar a receber tal arrendamento com algum tipo de desconto ou retenção, sendo que o mesmo recolheria na declaração de ajuste anual. A Fiscalizada também declara que não é a titular de direito e/ou de fato de contas correntes no período fiscalizado (está se fiscalizando os anos de 1999 a 2002), e informa que o contrato de prestação de serviços constaria o titular da movimentação financeira (a Distribuidora), esclarece ainda que não foram escrituradas movimentações financeiras em razão de não possuírem. Que os empréstimos realizados com a Distribuidora foram em espécie. Também informa que os serviços de transportes foram efetuados através de subcontratação e que a empresa não possuía veículos de carga.

20) Também foram apresentados parte dos documentos solicitados nas RMF's já emitidas, referentes aos anos-calendário de 1999 à 2001, e constam na ficha cadastral da fiscalizada, seus dados cadastrais e não os da Distribuidora, além de haver históricos de transação de crédito com as informações de "carnets e assemelhados" e "liberação de capital de giro" que provavelmente sejam pagamentos de despesas em débito automático e de empréstimo de capital de giro para a Fiscalizada, respectivamente, que deveriam estar contabilizados nos livros fiscais desta. Posteriormente, com a apresentação dos mesmos (vide item 49, tópico xvi), confirmou-se tal probabilidade, mas estes não estão contabilizados nos livros da Fiscalizada¹⁴.

21) Em 02/09/2003 a fiscalizada informa que não apresentará a documentação por motivo de sigilo bancário. Assim em 09/10/2003 foram emitidas novas RMF's para o período de 2002 solicitando os extratos e demais documentos cadastrais, cujas ciências ocorreram em 14 e 16/10/2003.

22) Em 13/10/2003 emitiu-se duas RMF's para apresentação de cópias dos documentos creditados ou depositados (cheques, comprovantes de depósitos, etc) dos bancos Itaú e Bradesco, cujas ciências ocorreram em 15/10/2003.

Mesmo ainda não possuindo os documentos, verificou-se, pelos extratos, que há uma movimentação financeira elevada . [...]

As Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) foram emitidas em consonância com o disposto no art. 4º, §6º, do Decreto nº 3.724, de 10/10/2001, que regulamentou o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

No recurso voluntário, assim como na impugnação, a contribuinte alega a impossibilidade de aplicação retroativa da Lei nº 10.174, de 2001.

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

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

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

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

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

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

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (acrescentado pela Lei 11.418, de 2006).

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

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos 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.

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

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

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, a meu ver, evidencia o sobrestamento, exatamente nos termos do art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que atribui tal procedimento ao relator ou ao Presidente da Corte.

À luz do artigo 26-A, § 6º, I, do Decreto nº 70.235/72, 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)

Considerando que a decisão resultante do RE 389.808/PR ainda não transitou em julgado, não é possível, nesta instância administrativa, discutir sobre a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105, de 2001 e da Lei nº 10.174, de 2001.

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

Art. 62 [...]

§ 1º Ficarão 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.

Assim, a partir da constatação de que, no caso do AI 765714/SP, o relator do Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, processado pelo regime da repercussão geral, determinou o retorno à origem para que os autos do AI 765714/SP ficassem sobrestados, observando-se o disposto no art. 543-B do CPC, visto que no recurso discute-se questão idêntica à apreciada no RE 601.314-RG/SP, conclui-se pela ocorrência de hipótese de

Processo nº 10820.002512/2004-42
Resolução nº **1202-000.132**

S1-C2T2
Fl. 24

sobrestamento no âmbito administrativo, previsto no art. 62-A, § 1º, do Regimento Interno do CARF (RICARF).

Diante de todo o exposto, voto por sobrestar o julgamento do presente recurso, até que seja proferida decisão definitiva nos autos do Recurso Extraordinário-RE nº 601.314/MG, em trâmite perante o E. Supremo Tribunal Federal.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner