



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

Processo nº	10945.720939/2012-20
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	1101-001.169 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	26 de agosto de 2014
Matéria	IRPJ/CSLL/PIS/COFINS
Recorrente	TOLIMP SERVIÇOS LTDA.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2008

Ementa:

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. PRELIMINAR. DESCABIMENTO. Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

Ementa:

SALDO CREDOR DE CAIXA. RECOMPOSIÇÃO MENSAL. A ausência de recomposição diária do saldo de caixa não macula a exigência se os suprimentos injustificados são expurgados no início do ano-calendário e apresentam valores expressivamente superiores ao movimento normal da conta.

SIGILO BANCÁRIO. A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente não caracteriza violação de sigilo bancário, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. TRANSFERÊNCIAS. Mantém-se a autuação de receita omitida, apurada pela presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, pois se tratam de depósitos/créditos cuja origem o contribuinte não logrou comprovar que se tratasse de receitas tributadas, não tributáveis, isentas, imunes, tributadas na fonte ou valores de outra origem justificada, sendo que as transferências de outras contas da própria pessoa jurídica foram excluídas da autuação.

Documento assinado digitalmente conforme MCTI nº 2.200-2 QC 24/06/2009
Autenticado digitalmente em 03/11/2014 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 07/11/2014 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 24/11/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 25/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2008

Ementa:

RECEITA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E COPA. Nas vendas à Itaipu Binacional, a receita oriunda da prestação de serviços de limpeza, higienização, conservação e copa, está sujeita ao PIS, não se lhe aplicando a não incidência da contribuição sobre a prestação de serviços decorrentes de vendas de materiais e equipamentos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2008

Ementa:

RECEITA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E COPA. Nas vendas à Itaipu Binacional, a receita oriunda da prestação de serviços de limpeza, higienização, conservação e copa, está sujeita ao PIS, não se lhe aplicando a não incidência da contribuição sobre a prestação de serviços decorrentes de vendas de materiais e equipamentos.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008

Ementa:

MULTA QUALIFICADA. ARGUMENTAÇÃO QUANTO AO PATAMAR CONFISCATÓRIO. INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO CARF. Inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da legislação que embasou a autuação trata-se de matéria reservada, por força de determinação constitucional, ao Poder Judiciário, razão por que o percentual da multa qualificada aplicável é aquele determinado expressamente em lei.

EXCESSO DE EXAÇÃO. Tendo sido o lançamento fiscal calcado em legislação em vigor e, analisados os argumentos opostos pelo impugnante, considerado procedente, não se confirma excesso de exação por parte da autoridade administrativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Primeira Turma Ordinária da Primeira Câmara da Primeira Seção de Julgamento em: 1) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de nulidade; 2) por voto de qualidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à omissão de receitas presumida a partir de saldo credor de caixa, vencido o Relator Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior, acompanhado pelos Conselheiros Marcos Vinícius Barros Ottoni e Marcelo de Assis Guerra; 3) por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à omissão de receitas presumida a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, vencido o Relator Conselheiro Benedicto Celso Benício Junior; e 4) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à multa aplicada, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/11/2014 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 03/11/2014 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 07/11/2014 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 24/11/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 25/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

(assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR - Relator.

(assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA - Redatora designada.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente), Benedicto Celso Benício Júnior (Relator), Edeli Pereira Bessa, Paulo Mateus Ciccone, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Marcelo de Assis Guerra.

Relatório

Trata-se de autos de infração que encerram exigências de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS atinentes ao ano-calendário de 2008. Todas as exigências se fizeram acompanhar de lançamento de multa qualificada (150%).

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 917 e seguintes), foram apuradas três infrações, a saber:

- Saldo Credor de Caixa:

Ingressa no Caixa no dia 01 e 02/01/2008 a fabulosa importância de R\$ 7.534.443,05, com histórico de “ajuste de anos anteriores R\$ 297.074,50 e recebimento de empréstimo R\$ 7.237.368,55” (fls. 913/914).

Com recursos desta monta e já sair usando como pagamento de obrigações é no mínimo temerário, ainda mais quando se referir a conta CAIXA, dinheiro vivo, o fisco evidentemente vai questionar como está questionando. O ajuste de anos anteriores é possível desde que precedido de alguns cuidados, é necessário elaborar histórico da formação do saldo, como ocorreu e suas circunstâncias, etc. Ao afirmar que R\$ 7.543.443,05 ingressou no CAIXA como dinheiro vivo foi para ajustar saldos, que já havia recebido no passado é inusitado e os pagamentos que eles realizaram, também no passado, onde estão?

Portanto não há como concordar com o contribuinte, serão excluídos da conta CAIXA o somatório de R\$ 7.543.443, 05 ingressados e não comprovados a sua existência, reconstituindo o saldo na forma a seguir: (TVF; fls. 932-933)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/11/2014 **-PIS/COFINS à alíquota zero:** JUNIOR, Assinado digitalmente em 03/11/2014 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 07/11/2014 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 24/11/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 25/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O contribuinte diz: “receitas com alíquota zero de PIS e COFINS se referem a prestação de serviços para a Itaipu Binacional”. Os contratos e notas fiscais seguem em anexo.

Esta afirmação não pode ser acatada, existe sim, legislação que dispõe sobre a não incidência da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre as receitas decorrentes de fornecimento à Itaipu Binacional.

A legislação que o contribuinte cita é a verdadeira e esta em vigor, aí incluso o Ato Declaratório SRF nº 074, de 10 de agosto de 1999 que é repetido pela IN SRF nº 247, de 21 de novembro de 2002 que dispõe:

Art. 44. As contribuições não incidem:

I – sobre o faturamento correspondente a vendas de materiais e equipamentos, bem assim da prestação de serviços decorrentes dessas operações, efetuadas diretamente a Itaipu Binacional.

Pelo que consta o contribuinte não vendeu materiais e muito menos equipamentos à Itaipu Binacional, as notas fiscais apresentadas referem-se tão somente prestação de serviços de limpeza, conservação, higienização, etc.. (TVF; fl. 934)

- Omissão de receitas – depósitos bancários

A Intimação Fiscal nº 0118, de 21/03/2012, ciência 29/03/2012, exigia do contribuinte comprovação com documentação hábil e idônea a origem dos créditos líquidos bancários que geraram as DIFERENÇAS (sic) apontadas.

(...)

Das diferenças listadas “depósito líquido total e receita declarada” para o ano-calendário de 2.008 de R\$ 11.006.038,74 o contribuinte efetivamente comprovou (Intimação Fiscal nº 0118) que R\$ 5.847.300,00 foram TEDs entre contas correntes do mesmo titular (fls. 912).

Assim reconstituo o demonstrativo acima partindo da DIFERENÇA original deduzindo os valores comprovados, já mencionado, revelando ainda uma diferença anual de R\$ 5.429.017,56, que terá o tratamento para fins fiscais de omissão de receita, conforme segue: (TVF; fl. 935)

No que tange à terceira infração listada (omissão de receitas com base em depósitos bancários), é importantíssimo asseverar que a fiscalização teve acesso à movimentação bancária da ora Recorrente **através de Requisições de Movimentação Financeira – RMFs**, que repousam às fls. 75-774.

A impugnação do contribuinte foi julgada inteiramente improcedente, consoante acórdão que restou assim ementado, *litteris*:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Ano-calendário: 2008

Autenticado digitalmente em 03/11/2014 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em

03/11/2014 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 07/11/2014 por EDELI PEREIRA

BESSA, Assinado digitalmente em 24/11/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 25/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA

IRPJ Ano calendário: 2008

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. TRANSFERÊNCIAS.

Mantém-se a autuação de receita omitida, apurada pela presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, pois se tratam de depósitos/créditos cuja origem o contribuinte não logrou comprovar que se tratasse de receitas tributadas, não tributáveis, isentas, imunes, tributadas na fonte ou valores de outra origem justificada, sendo que as transferências de outras contas da própria pessoa jurídica foram excluídas da autuação.

SALDO CREDOR DE CAIXA.

Mantém-se o lançamento fiscal de omissão de receitas devido à apuração de saldo credor de caixa, se o contribuinte, intimado, não apresentou provas que ilidissem as exclusões dos recursos, que haviam sido registrados como ingressos no Caixa sem documentação que os respaldasse.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS, CSLL.

Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS

Ano-calendário: 2008

RECEITA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E COPA.

Nas vendas à Itaipu Binacional, a receita oriunda da prestação de serviços de limpeza, higienização, conservação e copa, está sujeita ao PIS, não se lhe aplicando a não incidência da contribuição sobre o prestação de serviços decorrentes de vendas de materiais e equipamentos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2008

RECEITA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E COPA.

Nas vendas à Itaipu Binacional, a receita oriunda da prestação de serviços de limpeza, higienização, conservação e copa, está sujeita ao PIS, não se lhe aplicando a não incidência da contribuição sobre o prestação de serviços decorrentes de vendas de materiais e equipamentos.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 03/11/2014 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 03/11/2014 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 07/11/2014 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 24/11/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO
Impresso em 25/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

sujeita ao PIS, não se lhe aplicando a não incidência da contribuição sobre o prestação de serviços decorrentes de vendas de materiais e equipamentos.

ASSUNTOS: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2008

MULTA QUALIFICADA. DOLO.

Caracterizada a presença do dolo, elemento específico da sonegação, cabível a aplicação da multa qualificada nos termos da legislação em vigor.

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL. LEGALIDADE.

O percentual da multa qualificada aplicável é aquele determinado expressamente em lei.

CONFISCO. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE OFÍCIO.

Inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da legislação que embasou a autuação trata-se de matéria reservada, por força de determinação constitucional, ao Poder Judiciário.

EXCESSO DE EXAÇÃO.

Tendo sido o lançamento fiscal calcado em legislação em vigor e, analisados os argumentos opostos pelo impugnante, considerado procedente, não se confirma excesso de exação por parte da autoridade administrativa.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Intimado da decisão, o contribuinte interpôs o competente Recurso Voluntário (fls. 1119-1129).

Nessa irresignação, o sujeito passivo postula o seguinte:

- faz considerações acerca de eventual excesso de exação; assevera que a alíquota zero de PIS e COFINS sobre as receitas de prestação de serviços à Itaipu Binacional constava do próprio Edital de Concorrência Nacional n. INS/012/2006, certame no qual a Recorrente sagrou-se vencedora;

- esclarece que o lançamento por omissão de receitas – movimentações financeiras – jamais poderia prosperar, eis que a empresa é idônea e que sempre ofereceu suas receitas à tributação;

- afirma que é errônea a desconsideração dos ingressos que ensejou a formação de saldo credor de caixa;

- versa sobre a violação ao Princípio da Capacidade Contribuinte que a manutenção do lançamento ensejaria; e

- alude ao caráter confiscatório da penalidade imposta.

No dia 13/06/2013, esta Colenda 1ª Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção proferiu Resolução para fins de sobrestar o vertente feito, uma vez que o então vigente §1º do artigo 62-A do RICARF determinava que fossem sobrestados os julgamentos dos recursos que tratassesem de questões discutidas em recursos extraordinários processados nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil, até o definitivo exame desses últimos.

Ante a revogação do mencionado §1º do art. 62 do Regimento, o inconformismo do sujeito passivo retorna à pauta.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior

O Recurso Voluntário é tempestivo – ciência em 14 de novembro de 2012 (fl. 1116) e manejo da irresignação em 10 de dezembro de 2012 (fl.111) –, de modo que, preenchidos os demais requisitos necessários à regular prática do ato processual, dele tomo conhecimento.

Consoante narrado acima, o Fisco imputa ao sujeito passivo o cometimento de três infrações diversas e daí exige IRPJ, CSLL, PIS e Cofins, tendo aplicado a multa de ofício qualificada (150%) sobre todas as exigências de tributos.

Antes de examinar uma a uma as questões meritórias – sendo certo que o exame de todos os pontos dos lançamentos originais foram devolvidos a esse Colegiado –, é preciso enfrentar a preliminar do sujeito passivo.

Articula o sujeito passivo que as autuações deveriam ser fulminadas, sendo que o cerne de suas alegações consiste na afirmação de que o caso vertente encerraria manifesto excesso de exação levado a efeito pela r. autoridade autuante.

Não merece acolhida a preliminar do sujeito passivo.

Com efeito, o contribuinte não logrou apontar objetivamente um vício sequer que devesse determinar o cancelamento das autuações, limitando-se a fazer apontamentos genéricos e obtusos.

De mais a mais, é preciso dizer que o núcleo da argumentação do sujeito passivo é hialinamente equivocado: deveras, ante a presunção de legitimidade de que gozam os atos administrativos, ainda que um auditor fiscal qualquer lavre auto de infração com exigência que sabia indevida, a verificação do tipo de excesso de exação apenas poderia ter lugar *após* a prática de outro ato – administrativo ou judicial – que reconhecesse que a exigência de que se cuida é indevida.

Ou seja, apenas se pode cogitar desse excesso de exação a que aludiu o sujeito passivo – e, portanto, apenas aí pode ele efetivamente ser utilizado como causa *petendi* de um pleito qualquer – depois da conclusão de um procedimento cujo escopo é a verificação da higidez dessa mesma exigência, entendimento de que decorre a conclusão de que a alegação do sujeito passivo em análise é quando menos precipitada.

Decidida a preliminar, passo ao exame do mérito do Recurso Voluntário

Do Saldo Credor de Caixa

A exigência em exame foi assim sintetizada pela r. autoridade autuante no Termo de Verificação Fiscal, *litteris*:

Ingressa no Caixa no dia 01 e 02/01/2008 a fabulosa importância de R\$ 7.534.443,05 com histórico de “ajuste de anos anteriores R\$ 297.074,50 e recebimento de empréstimo R\$ 7.237.368,55” (fls. 913/914).

Com recursos desta monta e já sair usando como pagamento de obrigações é no mínimo temerário, ainda mais quanto se referir a conta CAIXA, dinheiro vivo, o fisco evidentemente vai questionar, como esta questionando. O ajuste de anos anteriores é possível desde que precedido de alguns cuidados, é necessário elaborar histórico da formação do saldo, como ocorreu e suas circunstâncias, etc. Ao afirmar que R\$ 7.534.443,05 ingressou no CAIXA como dinheiro vivo foi para ajustar saldos, que já havia recebido no passado é inusitado e os pagamentos que eles realizaram, também no passado, onde estão?

Portanto não há como concordar com o contribuinte, serão excluídos da conta CAIXA o somatório de R\$ 7.534.443,05 ingressados e não comprovados a sua existência, reconstituindo o saldo na forma a seguir:

Mês/Ano	Saldo contábil	(-)Exclusão	Saldo reconstituído
Janeiro/2008	8.092.470,04	7.534.443,05	558.026,99
Fevereiro/2008	6.341.510,07	7.534.443,05	-1.192.932,98
Março/2008	6.395.106,09	7.534.443,05	-1.139.336,96
Abril/2008	5.325.314,39	7.534.443,05	-2.209.128,66
Maio/2008	6.423.711,90	7.534.443,05	-1.110.731,15
Junho/2008	4.680.007,68	7.534.443,05	-2.854.435,37
Julho/2008	3.011.038,16	7.534.443,05	-4.523.404,89
Agosto/2008	2.468.713,42	7.534.443,05	-5.065.729,63
Setembro/2008	2.248.140,00	7.534.443,05	-5.286.303,05
Outubro/2008	2.559.721,33	7.534.443,05	-4.974.721,72
Novembro/2008	2.390.229,90	7.534.443,05	-5.144.213,15
Dezembro/2008	2.686.833,83	7.534.443,05	-4.847.559,22

Estes recursos, salvo melhor juízo, não tem como ingressados no CAIXA entre 01 e 02/01/2008, como quer o contribuinte, mesmo que fosse verdadeiro estes créditos é admissível entender que geraram obrigações/pagamentos anteriores não declinados.

Desta maneira ao excluir do CAIXA a parcela questionada de R\$ 7.534.443,05 e mantendo as saídas desta conta de todas as obrigações no ano calendário de 2.008, inclusive as operações de compra de jogadores já mencionada, gerou com exceção do mês de Janeiro/2008, saldo credor em todos os demais meses,

como saldo credor de CAIXA, também chamado de estouro de CAIXA, cuja natureza para fins fiscais é (presunção legal) considerada como omissão de receita por SALDO CREDOR DE CAIXA em 30/09/2008 valor de R\$ 5.286.303,05.

Ressalta-se que a empresa vendedora dos jogadores TCW Futebol Clube Ltda confirmou que houve a operação de investimento em passe de jogadores (fls. 915/916). (fls. 932-933)

No Recurso Voluntário, o sujeito passivo alega o seguinte sobre os valores de R\$ 297.074,50 e R\$ 7.237.368,55, que foram lançados a débito de seu CAIXA em 01/01/2008 e 02/01/2008 e desconsiderados pela r. autoridade autuante, *litteris*:

Descabível e total estranheza o fato do agente fiscal simplesmente desconsiderar o saldo de caixa que foi se acumulando ao longo do tempo pelo fato de repasses de recursos de forma esporádica para empresa familiar e que quando da formalização contábil do repasse dos respectivos recursos pela emissão e contabilização dos direitos de passes dos atletas. N

Momento em que este caixa simplesmente foi desconsiderado pelo agente fiscal e quando da rescisão dos contratados dos atletas ai sim este mesmo agente fiscal passou a exigir ou melhor afirma que a empresa não dispunha de caixa para tal operação. (fl. 1123)

Percebe-se que o sujeito passivo apenas faz considerações genéricas com vistas a combater as autuações, sendo certo que não trouxe aos autos, em Impugnação ou no inconformismo *sub examen*, quaisquer documentos que demonstrassem inequivocamente a efetividade dos ingressos de dinheiro em espécie aqui controvertidos.

Nada obstante, entendo que as exigências analisadas neste tópico não devem prosperar.

Esse entendimento deriva do fato de que, a meu sentir, a r. autoridade fiscal não logrou identificar a omissão de receitas que pode ser presumida por expresso comando legal, eis que a grandeza sobre a qual fez incidir os gravames tributários não se confunde com o saldo credor de caixa.

De fato, a partir da desconsideração de ingressos na conta caixa em virtude da falta de documentação de suporte, deveria a r. autoridade fiscal proceder à reconstrução dessa conta patrimonial, com a exclusão dos valores não comprovados – no dia em que pretendamente ingressaram nessa conta – e a análise das variações da conta durante todo o período de apuração. Apenas a partir dessa análise diária das variações da conta CAIXA é que se logra identificar aquilo que se intitula comumente de *estouro de caixa* – maior saldo credor do período de apuração –, e a receita presumivelmente omitida – que deve ser a base de cálculo do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS – corresponde justamente a esse estouro.

Verifica-se, *ictu oculi*, que não foi esse o caminho percorrido pela autoridade fiscal para a constituição dos créditos tributários em análise.

Deveras, o que a r. autoridade fiscal fez **foi suprimir os valores não comprovados (R\$ 7.534.443,05) do saldo da conta caixa existente no último dia de cada mês do período de apuração.**

Com isso, o seu maior saldo credor foi apurado no último dia de Setembro/2008, átimo em que a conta estava devedora em R\$ 2.248.140,00, cujo montante seria de R\$ 5.286.303,05 (R\$ 2.248.140,00 – R\$ 7.534.443,05 = – R\$ 5.286.303,05).

Entendo que esse iter percorrido pela r. autoridade fiscal para a identificação da matéria tributável foi equivocado, e penso que não cabe a esse Colegiado reconstituir a conta caixa apropriadamente para então verificar a efetividade do saldo credor de caixa e, em caso positivo, o seu montante, eis que tanto corresponderia a verdadeiro lançamento tributário, defeso aos órgãos de julgamento.

Um simples exemplo pode demonstrar as distorções que podem decorrer do procedimento seguido pelo Sr. Auditor Fiscal, que, como visto, excluiu os valores não comprovados pelo sujeito passivo do saldo existente no último dia de cada mês.

De acordo com a supratranscrita Tabela constante do Termo de Verificação Fiscal (fl. 933), o saldo da conta CAIXA em 31/01/2008 era devedor em R\$ 8.092.470,04, isso levando em conta os valores não comprovados que supostamente teriam ingressado nos dois primeiros dias desse mês (R\$ 7.534.443,05).

Dado que antes dos lançamentos não comprovados o saldo da conta era zero, é inequívoco que a Conta Caixa recebeu ao menos outros lançamentos a débito no montante de R\$ 558.026,99 nesse mês de janeiro/2008, sem os quais seria impossível que o saldo no final do mês atingisse o patamar de R\$ 8.092.470,04.

Apenas por hipótese, imagine-se que, em 03/01/2008, a conta caixa tivesse recebido lançamento a crédito no valor de R\$ 400.000,00, e que, nos dois dias subsequentes, fosse debitada em R\$ 400.000,00 e R\$ 558.026,99, sem que houvesse quaisquer outros lançamentos até o fim do mês.

Nesse cenário, levando-se em consideração os valores não comprovados, o saldo da conta em 31/01/2008 seria exatamente de R\$ 8.092.470,04.

Pelo caminho adotado pela r. autoridade autuante, não se teria apurado qualquer Saldo Credor nesse mês de Janeiro/2008, já que com a exclusão dos valores controvertidos o saldo da conta seria devedor em R\$ 558.026,99 no dia 31/01/2008.

Contudo, é óbvio que, **se a reconstrução da conta tivesse sido feita dia a dia e com a exclusão dos valores não comprovados nos dias em que pretendemente ingressaram,** se teria verificado um saldo credor de R\$ 400.000,00 no dia 03/01/2008.

O Saldo Credor de Caixa que pode ser tido como omissão de receitas corresponde ao maior saldo credor apurado em todo ano-calendário, e essa grandeza apenas pode ser identificada a partir de uma efetiva reconstrução dia a dia dessa conta em todo o período de apuração, procedimento que destoa daquele seguido pela r. autoridade fiscal – que apenas levou em conta os saldos existentes ao final de cada mês do ano-calendário em análise, desprezando indevidamente os saldos dos outros 354 dias do período examinado.

Por todo o exposto, entendo que os lançamentos em análise consubstanciam atos decorrentes de equivocada aplicação da legislação tributária, sendo certo que a r.

autoridade autuante não logrou identificar o estouro de caixa, razão pela qual fulmino as exigências de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS discutidas nesse tópico.

Das receitas submetidas à Alíquota Zero de PIS/COFINS

Em relação ao tópico seguinte, os seguintes excertos são extraídos do Termo de Verificação Fiscal, *verbis*:

“O contribuinte diz: “receitas com alíquota zero de PIS e COFINS se referem a prestação de serviços para a Itaipu Binacional”. Os contratos e notas fiscais seguem em anexo.

Esta afirmação não pode ser acatada, existe sim, legislação que dispõe sobre a não incidência da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre as receitas decorrentes de fornecimento à Itaipu Binacional.

A legislação que o contribuinte cita é a verdadeira e está em vigor, aí incluso o Ato Declaratório SRF nº 074, de 10 de agosto de 1999, que é repetido pela IN SRF nº 247, de 21 de novembro de 2002 que dispõe:

Art. 44. As contribuições não incidem:

1 – sobre o faturamento correspondente a vendas de materiais e equipamentos, bem assim da prestação de serviços decorrentes dessas operações, efetuadas diretamente a Itaipu Binacional.

Pelo que consta o contribuinte não vendeu materiais e muito menos equipamentos à Itaipu Binacional, as notas fiscais apresentadas referem-se tão somente prestação de serviços de limpeza, conservação, higienização, etc.

Assim serão exigidos (sic) as contribuições devidas ao PIS e a COFINS nas bases de cálculo a seguir: (...)” (fl. 934)

Penso que, nesse ponto, não deve ser acolhido o Recurso Voluntário.

Com efeito, alega o sujeito passivo que o Edital de Concorrência Nacional INS 012/2006 – que logicamente antecedeu o contrato que veio a firmar com a Itaipu – expressamente previa que os valores pagos em contrapartida aos serviços contratados não seriam onerados pelo PIS e pela COFINS, estatuição essa que também consta do citado contrato.

É preciso dizer que o sujeito passivo jamais trouxe à balha o citado Edital de Concorrência Nacional INS 012/2006; quanto ao contrato assinado com a Itaipu, é mister trazer à balha a seguinte cláusula, *verbis*: observa-se às fls. 1202 e 1203

CLÁUSULA VIGÉSSIMA (SIC) OITAVA A ITAIPU e/ou as operações em que ela é parte têm as isenções estabelecidas no artigo XII do Tratado Brasil-Paraguai, observadas as disposições pertinentes da legislação tributária, especialmente o

artigo 98 do Código Tributário Nacional e a Portaria 237/74 do Ministro da Fazenda:

ICMS e ISS

- além da legislação mencionada nesta cláusula, consultar na hipótese do ICMS, o Convênio ICM 10/75, com a redação dada pela Convênio ICM 23/77 e o convênio ICMS 05/94;

COFINS e PIS-PASEP

- além da legislação mencionada nesta cláusula, consultar o Ato Declaratório SRF nº 74/99. (fls. 1202-1203; sem grifos no original)

Observa-se que, ao contrário do que assevera o sujeito passivo, o contrato referido não estabelece expressamente que os valores que verteria ao prestador de serviços seriam isentos de PIS e COFINS.

Deveras, a cláusula contratual supratranscrita apenas regista o fato de que a legislação de regência isenta a Itaipu e certas algumas operações em que toma de tributos, sendo certo que a cláusula expressamente estabelece que o Ato Declaratório SRF nº 74/99 deve ser consultado.

Ocorre que o referido Ato Declaratório – revogado pela IN n. 247/2002, que no entanto, trouxe preceito análogo – não tem a extensão que o contribuinte pretende lhe emprestar, eis que apenas desonera de PIS e COFINS os serviços relacionados ao fornecimento de materiais e equipamentos, que não se confundem com aqueles prestados pela Recorrente.

Registro que esse Colendo CARF, por sua 3^a Turma da 4^a Câmara da 3^a Seção do CARF, já manifestou entendimento análogo ao aqui defendido, o que teve lugar por ocasião de julgamento retratado no Acórdão n. 3403-002.420, cuja ementa, no que importa ao presente caso, restou assim lavrada, *verbis*:

NÃO INCIDÊNCIA. TRATADO INTERNACIONAL DE ITAIPÚ. SERVIÇOS RELACIONADOS A OBRAS E ACESSÓRIOS.

A interpretação do art. XII do Decreto Legislativo nº 23/73 c/c a rt. 43, I, do Decreto nº 4.525/2002, regulamentado pelo art. 44 da IN SRF nº 247/2002, deve ser de que os serviços abrangidos pela não incidência são apenas aqueles relacionados com a venda de materiais e equipamentos destinados aos trabalhos de construção e obras complementares e acessórios, não se aplicando à receita obtida pelo contribuinte, paga por Itaipu Binacional, pela utilização da rede do contribuinte para o transporte da eletricidade. (Processo n. 16682.720330/2012-75; Acórdão n. 3403-002.240; Cons. Rel. Ivan Allegretti; j. 21 de agosto de 2013)

Por todo o exposto, nego provimento ao Recurso Voluntário nesse tópico.

Da Omissão de Receitas

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/11/2014 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 03/11/2014 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 07/11/2014 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 24/11/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 25/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Em relação ao tópico em análise, está no Termo de Verificação Fiscal, *verbis*:

A Intimação Fiscal nº 0118, de 21/03/2012, ciência 29/03/2012, exigia do contribuinte comprovação com a documentação hábil e idônea a origem dos créditos líquidos bancários que geraram as DIFERENÇA (sic) apontadas.

Mês/Ano	Depósito líquido TOTAL	Receita Declarada	DIFERENÇA
Janeiro/2008	2.040.323,38	1.108.530,56	931.792,82
Fevereiro/2008	2.323.197,50	1.885.020,38	438.177,12
Março/2008	2.564.547,49	1.802.810,60	761.736,89
Abril/2008	3.458.024,37	1.732.953,14	1.725.071,23
Maio/2008	2.638.467,51	1.703.304,73	935.085,48
Junho/2008	2.831.548,92	1.892.463,44	939.085,48
Julho/2008	3.860.810,70	1.954.442,34	1.906.368,36
Agosto/2008	3.130.403,91	2.164.379,56	966.024,35
Setembro/2008	2.311.659,99	1.966.091,09	345.568,90
Outubro/2008	2.272.368,08	1.884.993,10	387.374,89
Novembro/2008	2.407.383,20	1.864.993,10	542.466,80
Dezembro/2008	3.273.375,82	2.146.166,79	1.127.209,03
TOTAIS	33.102.110,87	22.106.072,13	11.006.038,74

(fl. 925)

Consta ainda do Termo de Verificação Fiscal que, após a intimação referida no trecho supratranscrito, o sujeito passivo apresentou documentação que comprovava que parte das diferenças verificadas efetivamente derivava de transferências de contas de mesma titularidade, razão pela qual a omissão de receitas não comprovada – sobre a qual recaíram os lançamentos em tela – foi reduzida ao patamar de R\$ 5.429.017,56, consoante demonstrativos de fls. 935 e 936.

Não há dúvidas de que os lançamentos aqui controvertidos apenas puderam ser confeccionados pelo fato de que a r. autoridade fiscal lançou mão das malsinadas RMFs para assim ter acesso à movimentação bancária do sujeito passivo.

Em virtude dessa prova maculada, entendo que os lançamentos em análise não podem prosperar.

Com efeito – nos termos de meu posicionamento já externado noutras ocasiões neste colegiado –, entendo que, para obter dados por meio de RMFs, deve o Fisco ter fundamento em ordem judicial, sob pena de quebra de sigilo bancário, conforme preconiza o art. 1º, *caput* e §1º, da LC n. 105/2001.

Esse entendimento, a propósito, já foi externado pelo Plenário do Eg. Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 389.808/PR, em acórdão assim ementado:

*"SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. **SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL.** Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte."*

(RE 389808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, **Tribunal Pleno**, Julgado em 15/12/2010, Publicado em 10/05/2011)

A par disso, penso ser o caso de afastar a aplicação da sistemática estruturada pela conjugação da LC n. 105/2001, da Lei n. 10.174/2001 e do Decreto n. 3.724/2001 com base no art. 26-A, § 6º, inc. I, do Decreto nº 70.235/72 e art. 62-A, par. único, inc. I, do RICARF, os quais preveem, respectivamente, *in verbis*:

"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.

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (...)"

"Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; "

Pelo exposto, encaminho meu voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, nesta parte, para declarar a nulidade dos Autos de Infração fundados em RMFs expedidos sem amparo em qualquer decisão judicial, em conformidade com julgamento definitivo promovido no seio do plenário do Eg. STF.

Contudo, caso meu posicionamento seja vencido nesta Col. 1ª Turma, passo a análise dos demais fundamentos a partir da premissa de validade dos RMFs.

Se vencido quanto à questão acima suscitada, devo dizer que o sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer documentação adicional que tivesse o condão de afastar os lançamentos em análise, sendo certo que nenhum documento que se ligasse a esse tópico das autuações foi juntado em Impugnação ou no vertente Recurso Voluntário.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/11/2014 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 03/11/2014 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 07/11/2014 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 24/11/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 25/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Assim sendo, entendendo o Colegiado pela não aplicação do art. 26-A na hipótese em causa e à míngua de qualquer evidência que afaste a presunção de omissão de receitas aqui controvertida, que conta com esteio legal, devem os lançamentos prevalecer.

Da multa de ofício qualificada

Conforme apontado no Relatório, os lançamentos aqui controvertidos se fizeram acompanhar de multa de ofício qualificada, no elevado percentual de 150%.

Apesar de, a meu sentir, a qualificação da penalidade não ter sido levada a efeito a partir de fundamentação suficientemente adequada, pendo que deve ser desprovido o Recurso Voluntário nessa parte.

O ponto é que, com vistas a afastar a exigência em destaque, o sujeito passivo apenas argumenta que as penalidades ostentam caráter confiscatório, de modo que jamais atacou a razão pela qual as penalidades foram majoradas pela r. autoridade fiscal.

Ocorre que o juízo que teria o condão de afastar as multas em virtude de seu eventual caráter confiscatório encerra inequívoco juízo acerca da conformidade constitucional dos preceitos legais que preveem a aplicação de multas de ofício e a sua qualificação, e os órgãos julgadores do Processo Administrativo Fiscal não têm o condão de fazê-lo, ante a expressa vedação constante do art. 26-A do Decreto n. 70.235/72.

Por todo o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, de modo que cancelo as exigências atreladas à infração de Saldo Credor de Caixa e à omissão de receitas – essas últimas canceladas exclusivamente pela utilização de prova viciada, a macular *ab initio* os lançamentos em destaque. Caso o Colegiado entenda válida a utilização das RMFs em destaque, mantendo as exigências sobre a omissão de receitas por depósitos não comprovados em seu mérito, tendo em vista que o sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer demonstração que ilidisse as conclusões a que chegou a r. autoridade autuante.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Benedicto Celso Benício Júnior - Relator

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Do Saldo Credor de Caixa

O I. Relator restou vencido em seu entendimento de que a presente exigência, apesar das considerações genéricas deduzidas em defesa, não deveria subsistir. Prevaleceu na maioria qualificada do Colegiado o entendimento de que a forma de cálculo adotada para identificar os saldos credores de caixa, embora não tenha sido diária, não alterou o resultado

que seria obtido. Isto porque os aportes injustificados verificados logo no início do ano-calendário foram de tão significativa monta em comparação com os movimentos regulares da conta caixa, que mesmo se a recomposição fosse diária, o saldo credor seria, de qualquer forma, apurado em setembro/2008 e no valor indicado pela Fiscalização.

Assim sendo, e considerando que a recorrente não logrou justificar os registros expurgados pela autoridade lançadora, subsiste a constatação de saldo credor de caixa, indício erigido por lei para caracterização de receitas omitidas. Em consequência, deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário.

Da Omissão de Receitas

Neste ponto, o I. Relator também restou vencido em seu entendimento de que as exigências deveriam ser canceladas em razão da inconstitucional quebra de sigilo bancário da contribuinte.

Prevalece neste Colegiado o entendimento de que a obtenção de informações sobre movimentação bancária sem autorização judicial tem amparo no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, objeto do Recurso Extraordinário nº 601.314, mas que ainda aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal em rito de repercussão geral, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. A decisão que reconheceu a repercussão geral desta matéria foi assim ementada:

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.

Assim, como ainda não foi editada decisão definitiva de mérito no referido recurso extraordinário, nada há que imponha a reprodução, pelos Conselheiros, no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, do entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal em outros casos semelhantes, até porque o Decreto nº 70.235/72 somente autoriza os órgãos administrativos de julgamento a afastar a aplicação de lei que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

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)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 09/2000-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 03/11/2014 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 03/11/2014 por BENEDICTO CELSO BENICIO JUNIOR, Assinado digitalmente em 07/11/2014 por EDELI PEREIRA BESSA, Assinado digitalmente em 24/11/2014 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO

Impresso em 25/11/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

II – que fundamentalmente crédito tributário objeto de:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

- a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*
- b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*
- c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

É certo que o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal em caso concreto que ali chegou por meio do Recurso Extraordinário nº 389.808, decidido em 10/05/2011 nos termos da seguinte 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.

Contudo, a Procuradoria Geral da República opôs embargos de declaração a esta decisão, os quais aguardam julgamento, estando conclusos ao relator desde 09/11/2011, de modo que não se verificou o trânsito em julgado, não se podendo falar, aqui, da existência de *decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal*, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo legal que autoriza o procedimento aqui utilizado para reunião das provas que fundamentam a exigência.

Ademais, em recente decisão publicada em 01/07/2013, a 4ª Turma do Tribunal Regional da 3ª Região assim se manifestou nos autos do Agravo de Instrumento nº 2012.03.00.004864-1/SP:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DE EMPRESA - DECADÊNCIA - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

1. A matéria relativa à inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário pela fiscalização sem autorização judicial ainda não se encontra dirimida no âmbito do C. Superior Tribunal Federal e atualmente encontra-se afetada ao plenário em sede de repercussão geral no RE 601.314.

2. Embora deva ser respeitado o direito à privacidade, não podem ser anulados outros vetores da Constituição Federal, tais como o princípio da igualdade na tributação e o princípio da capacidade contributiva.
3. Conquanto a regra seja a proteção do sigilo bancário, se a situação fática apresentar-se de modo suspeito, de rigor a verificação da movimentação bancária.
4. A prerrogativa conferida ao fisco pela Lei Complementar nº 105/2001 não lhe permite, a seu talante, devassar a vida de quem quer que seja. A quebra do sigilo bancário, como restrição do direito à privacidade do cidadão, somente há de ser permitida ante a necessidade do procedimento, a bem de interesses igualmente insculpidos na nossa Constituição e seguindo o devido processo legal.
5. Há de ser resguardada a privacidade do indivíduo e protegido o interesse público, que exsurge da necessidade de que todos sejam tratados de maneira isonômica, inclusive no campo da tributação.
6. Aplicação dos princípios da Unidade da Constituição e da mútua cedência, mediante interpretação harmônica dos dispositivos constitucionais.
7. A quebra do sigilo bancário não pode ser feita de forma desmedida, qualquer abuso da autoridade poderá ser analisado pelo Poder Judiciário, que deverá conformar a atividade fiscal aos exatos termos de sua atuação vinculada, sob pena de se permitir que seja transformada a prerrogativa constante da Lei n. 10.174/01 em mecanismo de perseguições e desmandos.
8. O magistrado deve verificar, caso a caso, se o sigilo bancário há de ser compatibilizado com outros princípios norteadores da Constituição, ou se, no caso em concreto, tal quebra afrontaria diretamente direito insculpido na Constituição.
9. A situação fática apresentou-se de modo suspeito, fazendo-se necessária a verificação da movimentação financeira da executada, para comprovar a confusão patrimonial entre a ela e as novas pessoas jurídicas criadas para dar continuidade às atividades que exercia anteriormente.
10. Ante o panorama fático, não se vislumbra inconstitucionalidade ou ilegalidade na quebra de sigilo bancário e de movimentação financeira sem autorização judicial.
11. O Código Tributário Nacional disciplina a decadência, em decorrência da anulação do lançamento anteriormente efetivado, no seu artigo 173, inciso II, mas somente o vício formal enseja a aplicação deste dispositivo.
12. A anulação do lançamento por erro na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária não é considerado vício formal pela jurisprudência assente do E. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 392.

13. Impossibilidade de se aferir a imutabilidade da decisão administrativa que anulou o lançamento e de se examinar a argüição de decadência, que poderá ser melhor dirimida em sede de eventuais embargos à execução, com ampla dilação probatória.

14. Agravo de instrumento desprovido.

A Desembargadora Federal Marli Ferreira abordou os efeitos do julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR nos seguintes termos:

Ressalte-se, contudo, que o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, em apertada votação (4 votos vencidos), obstou o acesso da Receita Federal, com base na Lei Complementar nº 105/01, na Lei nº 10.174/01 e no art. 4º do Dec. 3.724, de 10/01/2001, aos dados bancários dos contribuintes, sem autorização judicial, quando do julgamento do RE nº 389808/PR, de relatoria do e. Ministro MARCO AURÉLIO, cujo acórdão vem assim ementado:

'SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção - a quebra do sigilo - submetida ao crivo de órgão equidistante - o Judiciário - e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS - RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal - parte na relação jurídico-tributária - o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.' (RE 389808/PR, Tribunal Pleno, DJe 09-05-2011)

Ocorre que essa Corte Superior ostenta posicionamentos disparecidos acerca da matéria, como se depreende dos acórdãos a seguir transcritos:

'PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. COMPARTILHAMENTO DAS INFORMAÇÕES COM A RECEITA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - Não é cabível, em sede de inquérito, encaminhar à Receita Federal informações bancárias obtidas por meio de requisição judicial quando o delito investigado for de natureza diversa daquele apurado pelo fisco. II - Ademais, a autoridade fiscal, em sede de procedimento administrativo, pode utilizar-se da faculdade insculpida no art. 6º da LC 105/2001, do que resulta desnecessário o compartilhamento in casu. III - Agravo regimental desprovido.'(grifei)

(Inq 2593 AgR/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 15-02-2011)

'RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA (PODER GERAL DE CAUTELA).

REQUISITOS. AUSÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. REFERENDO DE DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 21, V DO RISTF). CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DADOS BANCÁRIOS PROTEGIDOS POR SIGILO. TRANSFERÊNCIA DE

PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. LEI 10.174/2001. DECRETO 3.724/2001. A concessão de tutela de urgência ao recurso extraordinário pressupõe a verossimilhança da alegação e o risco do transcurso do tempo normalmente necessário ao processamento do recurso e ao julgamento dos pedidos. Isoladamente considerado, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema é insuficiente para justificar a concessão de tutela de urgência a todo e qualquer caso. Ausência do risco da demora, devido ao considerável prazo transcorrido entre a sentença que denegou a ordem e o ajuizamento da ação cautelar, sem a indicação da existência de qualquer efeito lesivo concreto decorrente do ato tido por coator (21.09.2001 - 30.06.2003). Medida liminar não referendada. Decisão por maioria.'

(AC 33 MC/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe 10-02-2011)

Observe-se que, nessa Cautelar, considerou-se que, em razão da ausência de decisão do próprio Supremo Tribunal Federal nas ações diretas nas quais se discute a constitucionalidade das leis que autorizam a requisição de informações bancárias pela Receita Federal (ADI 2386/DF, ADI 2390/DF e ADI 2397/DF), não haveria verossimilhança da alegação. Restou ressaltado, ainda, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Assim, quanto a este aspecto preliminar afeto às exigências decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada, também deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada.