



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

Processo nº 16004.001059/2009-61
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1102-000.167 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 09 de julho de 2013
Assunto IRPJ. Decadência. Omissão de receitas com base em depósitos bancários não comprovados. Multa qualificada. Responsabilidade tributária.
Recorrente BENTO GONÇALVES NETO & CIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Presidente.

Documento assinado digitalmente.

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, José Evande Carvalho Araujo, Marcelo de Assis Guerra, Ricardo Marozzi Gregorio e João Carlos de Figueiredo Neto.

Relatório

Trata-se de autos de infração cujos lançamentos fundaram-se em omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada. O lucro foi arbitrado com base nessa receita omitida e lançado o correspondente Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) referente a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário 2004 a 2006. De forma reflexa, foram também lançados a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e

as Contribuições para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e para o Programa de Integração Social (PIS).

Diante dos fatos constatados, procedeu-se também à qualificação das multas aplicadas.

Foi considerado solidariamente responsável pelo crédito tributário, mediante Termo de Sujeição Passiva Solidária, o Sr. Bento Gonçalves Neto (CPF: 018.751.488-94).

Tanto a empresa contribuinte quanto o Sr. Bento Gonçalves Neto apresentaram impugnações. A impugnação deste último restringiu-se a pedir o cancelamento do Termo de Sujeição Passiva Solidária.

Em razão de ter sido alegado que foram incluídos na apuração da receita omitida depósitos bancários decorrentes de cheques devolvidos, transferências entre contas de mesma titularidade e operações de empréstimo, a DRJ/Ribeirão Preto remeteu os autos à DRF de origem a fim de que fossem elaborados demonstrativos considerando a efetividade das citadas alegações e a compensação de recolhimentos efetuados espontaneamente.

Intimado a manifestar-se acerca das conclusões da diligência, dentre outras considerações, a empresa impugnante inovou ao frisar a impossibilidade de acesso pelo Fisco às informações bancárias protegidas pelo sigilo de dados sem a devida autorização judicial.

O Acórdão nº 14-40.488 da 1ª Turma de DRJ/Ribeirão Preto julgou parcialmente procedentes os lançamentos, sem se manifestar sobre a questão do sigilo bancário, e improcedente a impugnação relativa à sujeição passiva solidária.

Apesar de a empresa ter sido regularmente cientificada do resultado do julgamento da 1ª instância, não consta nos autos qualquer informação de que o Sr. Bento Gonçalves Neto, arrolado como sujeito passivo solidário, tenha sido notificado daquele resultado.

Neste cenário, somente a empresa contribuinte compareceu ao processo e interpôs recurso voluntário, o qual, relativamente ao sigilo bancário, reforçou o argumento sobre a impossibilidade de acesso pelo Fisco às informações bancárias protegidas pelo sigilo de dados sem a devida autorização judicial.

É a síntese do necessário.

Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio, Relator

Consoante o que consta no Termo de Constatação que fundamentou a lavratura dos autos de infração, especificamente às fls. 1150 (correspondente às fls. 1343 do processo digital), a autoridade fiscal afirma que a Justiça Federal demandou muitas fiscalizações e decidiu pela quebra do sigilo bancário de todas as pessoas físicas e jurídicas envolvidas na

“Operação Grandes Lagos”. Adiante, às fls. 1152 (correspondente às fls. 1345 do processo digital), a autoridade fiscal afirma que:

todas as instituições financeiras para as quais foram solicitadas a emissão das competentes RMF - Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira - as atenderam, apresentando a esta Fiscalização todos os extratos requisitados e demais informações bancárias (fls. 435-845). Como já constatado ao longo deste procedimento fiscal, o contribuinte deixou de apresentar muitos dos extratos bancários dele requisitados nos termos de intimação lavrados.

Como se vê, a fiscalização efetivamente utilizou-se de requisições de movimentação financeira para a obtenção de extratos bancários que não foram completamente apresentados pela empresa contribuinte em atendimento às suas intimações. Contudo, o relato da autoridade fiscal não é suficientemente claro para se concluir que tais requisições estavam, de fato, fundadas na mencionada autorização judicial nem que a fiscalização que resultou nas autuações do presente processo estaria incluída na também mencionada demanda judicial.

Sobre isso, compulsando os autos, verificamos a existência de um sucinto relatório contido na solicitação de emissão de requisição de informação sobre movimentação financeira (fls. 16, correspondente às fls. 18 do processo digital), no qual se declara que “a fiscalização da empresa é decorrente da Operação Grandes Lagos, deflagrada pela Polícia Federal em 2006, onde detectou-se um grande esquema de sonegação fiscal”. Entretanto, não constatamos nos autos a comprovação da referida autorização judicial e, se de fato ela foi promovida com a amplitude suficiente para abranger todas as pessoas físicas e jurídicas envolvidas na operação, a comprovação de que a empresa contribuinte estaria incluída nessa amplitude.

Quanto à impossibilidade de acesso aos dados bancários, pelo Fisco, sem autorização judicial, este Colegiado tem decidido pelo sobrestamento dos feitos, em obediência ao que determina o artigo 62-A do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, com as alterações das Portarias MF nº 446/2009 e 556/2010.

Neste sentido, transcrevo trecho do voto condutor da decisão contida no processo nº 10630.720364/2007-21 (Resolução no 1102-00.088), da lavra do Ilustre Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé, a qual firmou o entendimento deste Colegiado:

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

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

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

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.”

Em razão dos fundamentos acima expostos e na esteira do entendimento deste Colegiado, o julgamento do presente feito deveria ser sobrestado até que transite em julgado a decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 543-B, do Código de Processo Civil, acerca do acesso aos dados bancários, pelo Fisco, sem autorização judicial.

Contudo, no meu entendimento, esse sobrestamento só se justifica se ficar constatado que efetivamente o acesso às informações bancárias foi promovido sem a referida autorização judicial. No caso, como atestado, não foi juntada a prova inequívoca da existência desta autorização.

Ademais, como relatado, restou incompleta a ciência das partes interessadas no resultado do julgamento proferido na 1ª instância administrativa.

Diante disso, entendo que o presente julgamento deve ser convertido em diligência para que a autoridade administrativa:

(i) junte aos autos a comprovação da autorização judicial para a quebra do sigilo bancário mencionada no Termo de Constatação que fundamentou a lavratura dos autos de infração, especificamente às fls. 1150 (correspondente às fls. 1343 do processo digital);

(ii) caso de fato a autorização judicial foi promovida com a amplitude suficiente para abranger todas as pessoas físicas e jurídicas envolvidas na “Operação Grandes Lagos”, junte a comprovação de que a empresa contribuinte estaria incluída nessa amplitude;

(iii) promova a ciência à empresa contribuinte dos elementos eventualmente juntados na diligência, para que esta, querendo se manifeste no prazo de 30 (trinta) dias;

(iv) promova a ciência ao Sr. Bento Gonçalves Neto, sujeito passivo solidário arrolado nos autos, do resultado do julgamento proferido na 1ª instância administrativa e dos elementos eventualmente juntados na diligência, para que este, querendo, apresente recurso voluntário, também no prazo de 30 (trinta) dias.

É como voto.

Documento assinado digitalmente.

Processo nº 16004.001059/2009-61
Resolução nº **1102-000.167**

S1-C1T2
Fl. 1.762

Documento assinado digitalmente.

Ricardo Marozzi Gregorio - Relator

CÓPIA