



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

**Processo nº** 18088.720393/2013-47  
**Recurso nº** De Ofício e Voluntário  
**Resolução nº** **2101-000.193 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**  
**Data** 21 de janeiro de 2015  
**Assunto** Imposto sobre a Renda Retido na Fonte  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL, IESA PROJETOS, EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S/A E MARCO BERNARDI.  
**Recorrida** IESA PROJETOS, EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S/A, MARCO BERNARDI E FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência para esclarecimento de questões de fato, relativas a: (a) origem dos documentos de transferência bancária identificados pela fiscalização, (b) afastamento do sigilo bancário e (c) lançamentos contábeis referidos no termo de verificação fiscal..

*(assinado digitalmente)*

LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS - Presidente

*(assinado digitalmente)*

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR – Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente), Mara Eugênia Buonanno Caramico, Maria Cleci Coti Martins, Eduardo de Souza Leão, Heitor de Souza Lima Junior (Relator) e Ewan Teles Aguiar.

## **Relatório**

Considerando-se a excelência do relatório da autoridade julgadora de 1ª instância até a fase de impugnação, o adoto também no presente. As folhas ali mencionadas referem-se ao processo digitalizado, tratadas no âmbito do presente sob a menção de “e-fls”.

**Reza o relatório:**

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

Autenticado digitalmente em 04/02/2015 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 04/

02/2015 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 19/02/2015 por LUIZ EDUARDO DE OLI

VEIRA SANTOS

Impresso em 20/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*“Em decorrência de ação fiscal direta, a contribuinte, acima identificada, foi autuada, em 19/11/2013 (fl. 128), e intimada a recolher o crédito tributário constituído relativo ao Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), multa proporcional e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos em 2008. Nesta mesma data o responsável tributário solidário Marco Antonio Bernardi, CPF 046.529.15896, conforme Relatório Fiscal (itens 41 a 42.4 – fls. 121 e 122), também foi cientificado do lançamento e da respectiva sujeição passiva solidária (Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 01 477 2013 fls. 109 e 110).*

*2. Conforme descrito nos Autos de Infração, no Relatório Fiscal (fls. 111 a 122) e planilhas de cálculo de fls. 13 a 16 e 46 a 49, a contribuinte efetuou pagamentos, por meio de débitos em suas contas correntes bancárias registrados em sua contabilidade (créditos contábeis nas contas bancos), cuja operação e respectiva causa não foram comprovadas pela contribuinte intimada (Termo de Diligência Fiscal nº 02/330/2013 – fls. 44 a 50) e re-intimada (Termo de Diligência Fiscal nº 03/330/2013 – fls. 59 a 61).*

*3. Tendo em vista o apurado, foi lavrado, conforme preceitua o artigo 9º do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, o Auto de Infração de IRRF (ato e anexos às fls. 02 a 12). A multa de ofício aplicada foi qualificada (itens 32 a 39 do Relatório Fiscal – fls. 120 e 121) com fulcro nos artigos 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996 combinado com o artigo 71 da Lei nº 4.502/1964 (sonegação) e majorada por falta de resposta ao Termo de Diligência Fiscal nº 03/330/2013, conforme artigo 44, § 2º, da Lei nº 9.430/1996, totalizando 225%. Os juros de mora estão calculados com base na taxa Selic.*

*4. Irresignada, a autuada e o responsável solidário, representados por mandatário (fls. 29, 30, 41 e 159 a 175), apresentaram, em 19/12/2013 (fls. 447 e 453), conjuntamente a impugnação de fls. 131 a 159, instruída com documentos de fls. 160 a 446, na qual alegam em síntese:*

*4.1. a Receita Federal do Brasil (RFB) pretende validar informações e documentos (escutas telefônicas e informações bancárias) colhidas em operação promovida em conjunto com a Polícia Federal em Fortaleza, Ceará (Operação Podium – documentos de fls. 176 a 206), cuja lacração dos documentos apreendidos foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos Habeas Corpus (HC) nºs 199.884/CE (fls. 207 a 209) e ilegalidade do procedimento foi decidida pelo mesmo STJ no HC nº 198.224/CE (fls. 210 a 290), o que burla as exigências legais para constranger o cidadão e mitiga os direitos e garantias individuais;*

*4.2. apesar de não constar no processo como teria sido obtida a informação de que parte dos pagamentos realizados retornou para as contas dos impugnantes, resta claro que o auto de infração é ilegal pela quebra do sigilo bancário do responsável solidário Marco Antonio Bernardi, conforme se pode observar no item 21 do Relatório Fiscal que indica que foram quebrados também os sigilos bancários do Sr. Hybernon e da Sra. Karla Cysne, pois não houve autorização judicial,*

*o que viola o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, conforme jurisprudência judicial reproduzida;*

*4.3. há probabilidade latente de estender aos impugnantes os efeitos da decisão exarada no HC 198.224CE, que determinou a impossibilidade de utilização, por serem ilícitas, das provas colhidas na Operação Podium, que, segundo o item 1 do Relatório Fiscal, é a origem do auto de infração ora impugnado, por meio de expediente enviado pela Delegacia da Receita Federal em Fortaleza, pois são ilegais as provas obtidas por derivação de provas nulas;*

*4.4. apesar de a fiscalização afirmar que os atos dos impugnantes geraram grande fraude à Fazenda Nacional, é certo que o narrado nos itens 07 a 24 do Relatório Fiscal apenas informa que a contabilidade provisionava os pagamentos, o que ocorre em toda empresa de grande porte, e na data indicada estes eram efetuados, o que não configura nenhuma fraude, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei;*

*4.5. conforme doutrina reproduzida e artigo 924 do Regulamento do Imposto de Renda, que diz que cabe ao Fisco a prova de fatos inverídicos, para aclarar a descrição da fraude fiscal, a auditoria fiscal deveria indicar em que momento foi perpetrada a fraude e indicar que ocorreu o retardamento, diminuição ou supressão no pagamento do tributo de forma artilosa;*

*4.6. do total de pagamentos efetuados, presumiu-se sem provas que o impugnante Marco Bernardi recebeu em devoluções aproximadamente R\$250.000,00, o que não chega nem aos pés das grandes fraudes contra a Fazenda Nacional do passado e do presente;*

*4.7. “por mais questionável que tenham sido os pagamentos feitos em favor do Impugnante, tais pagamentos não constituem fraude, pois não foram com o objetivo de suprimir o pagamento de tributo”;*

*4.8. no momento do lançamento (19 de novembro de 2013) encontrava-se decaído o direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário cujos fatos geradores ocorreram até 19 de novembro de 2013, pois, conforme o § 2º do artigo 674 do RIR/1999 (norma que fundamenta o lançamento) considera-se vencido o imposto de renda na fonte no dia do pagamento e o prazo decadencial é de cinco anos a partir do fato gerador de acordo com o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional (CTN) e orientação jurisprudencial citada da própria Receita Federal;*

*4.9. na hipótese de ser inadmitida ilegalidade da quebra do sigilo, bem como inadmitida a desconstituição da fraude, somente pode ser mantida a caracterização de fraude em relação ao montante de R\$256.635,00, que é o valor que foi creditado em favor do responsável tributário Marco Bernardi e não em relação ao total dos pagamentos realizados (R\$7.547.378,24);*

*4.10. é indevida a aplicação da multa de ofício duplicada (qualificada), já que a conduta do contribuinte é de inadimplemento e não de sonegador, cujo ônus da prova é da auditoria fiscal segundo jurisprudência transcrita, pois em momento algum restou*

*caracterizado o retardamento ou a criação de empecilhos, já que os fatos foram devidamente documentados na contabilidade;*

*4.11. a qualificação da multa também é indevida por ser confiscatória, e não atender os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade aos atos praticados;*

*4.12. também é indevido o aumento da multa pela metade, pois as requisições foram atendidas na medida do possível, visto que sempre esclareceu que os documentos solicitados não estavam em posse dos impugnantes, por serem objeto de outro procedimento, não podendo o Estado se utilizar da própria torpeza para agravar a situação da contribuinte;*

*4.13. era impossível apresentar a documentação em face dos princípios constitucionais do sigilo, do direito em não produzir provas contra si e do trancamento do procedimento criminal por decisão judicial;*

*4.14. não pode permanecer a solidariedade atribuída a Marco Bernardi sobre todo o crédito tributário constituído, pois menos de 5% do valor dos pagamentos retornaram para sua conta e a responsabilidade do diretor se limita aos atos que efetivamente deu causa, além do que, como já dito, esta informação foi obtida por ato inconstitucional; e*

*4.15. como não restou comprovada a fraude por parte do contribuinte, é impossível a responsabilização de seu diretor.”*

Analisando a impugnação, a 1ª. Turma da Delegacia da Brasil de Julgamento em São Paulo I, por maioria de votos, julgou procedente em parte a impugnação para reduzir o percentual da multa aplicável a 150%, rejeitando o aumento de 50% (a 225%) levado a cabo pela autoridade autuante, por entender esta última no auto caracterizada a hipótese prevista no art. 44, §2º., inciso I da Lei nº 9.430, de 24 de dezembro de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488. de 15 de junho de 2007.

No mesmo Acórdão, uma vez superado o limite de alçada de exoneração estabelecido pela Portaria MF nº 3, de 03 de janeiro de 2008, formaliza-se Recurso de Ofício a este Conselho, quanto ao crédito tributário não mantido em sede de 1ª. instância. Cientificados do mencionado Acórdão em 17 de fevereiro de 2014 (e-fls. 480 a 487), em 18/03/2014 a contribuinte e o sujeito passivo solidário ingressam com o Recurso Voluntário de e-fls. 495 a 519, onde, resumidamente:

a) Iniciam o pleito recursal alegando que a investigação criminal denominada “OPERAÇÃO PODIUM” foi considerada ilegal para dois dos investigados, se encontrando suspensa em face do Sr. Marco Antônio Bernardi. Cita-se que a quebra de sigilo bancário e telefônico não obedeceram aos princípios de ampla defesa e devido processo legal, violando o contraditório. Mencionam decisão de laçação de documentos apreendidos, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos Habeas Corpus (HC) nºs 199.884/CE (e-fls. 207 a 209), acreditando, ainda, na extensão do entendimento emanado em outro HC (198.224/CE) em favor dos pacientes vinculados à Recorrente IESA.

Entendem que, a partir da decisão ali proferida, ficaram a Receita Federal e a Polícia Federal impedidos de dar seguimento ao procedimento inquisitorial, citando como evidência a inexistência de ação penal proposta, bem como a falta de andamento do inquérito

há mais de um ano. Retomam, a seguir, assim, a argumentação de que a Receita Federal do Brasil (RFB) intimou o contribuinte com o intuito de arrecadar documentos e validá-los, por via oblíqua, para fins de constituição dos crimes imputados aos autuados, através de posterior compartilhamento com a Polícia Federal em Fortaleza.

b) Após breve síntese da autuação, passam a fundamentar seu recurso, dividindo-o nos seguintes itens:

**b.1) Quanto ao sigilo bancário:** Entendem que todas as peças acostadas aos autos se referem ao sigilo de terceiras pessoas que não os recorrentes, refutando a documentação citada pelo Acórdão recorrido em seu item 7, da seguinte forma:

e-fl. 179: Trata-se de ofício da RFB informando ao Juiz Federal de Fortaleza que um dos investigados iria dizer toda a verdade.

e-fls. 187 a 189: Trata-se de decisão judicial que defere a quebra de sigilo de pessoas jurídicas outras – Federação Cearense de Automobilismo, Capitalize Fomento Comercial e Construtora Marquize.

e-fls. 190/191: Trata-se de documentação arrecadada pela Polícia Federal e Receita Federal nos mandados de busca e arrecadação, os quais, por decisão do STJ, devem permanecer lacrados até decisão final, decisão esta que beneficia diretamente os documentos arrecadados na sede da residência da recorrente IESA, do recorrente Marco Bernardi e na Residência de Jauvenal OMS.

Quanto ao item 10 do recorrido, transcreve excerto do Acórdão prolatado nos autos do HC 198.224-CE que se refere a interceptação telefônica dos pacientes. Encerra o item ressaltando inexistir prova, nos autos, da quebra de sigilo dos recorrentes, alegando a insubsistência do auto por se basear na quebra de sigilo bancário de terceiros.

**b.2) Quanto à inexistência de fraude:** Além de repisar os itens 4.4 e 4.5 constantes do relatório da autoridade julgadora de 1ª instância, o contribuinte alega que os fatos descritos não indicam a existência de ação ou omissão dolosa a impedir, retardar a incidência do IRRF. Entende que haveria necessidade da autoridade fiscal demonstrar objetivamente a tentativa dos contribuintes omitirem arditosamente a necessidade de retenção a título de IRRF, tendo, porém, se limitado a demonstrar, em tese, que os pagamentos a título de adiantamento teriam retornado aos recorrentes, sendo utilizados com a intenção de fraudar o Imposto de Renda da Pessoa Física ou prejudicar a incidência do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica, temas que fogem completamente ao escopo da incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte.

Propugna que não restou comprovado o comportamento de fraude dos recorrentes, mas apenas o seu inadimplemento, a ausência de retenção do IR, requerendo que o auto de infração e a imposição de multa sejam anulados, principalmente, com relação à fraude.

**c) Quanto à decadência** : Defende a aplicabilidade, no caso de acolhimento da fundamentação da ausência de fraude, do disposto no art. 150, §4º. da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), ressaltando que, nesta hipótese, restaria extinto o direito de exigir o crédito tributário dos fatos geradores ocorridos até 19 de novembro de 2008.

**d) Quanto aos pagamentos efetivados:** São repisados *in totum* os argumentos constantes do item 4.9 do relatório da autoridade julgadora de 1ª instância.

**e) Quanto à multa de ofício duplicada e a sua majoração em 50% :** Entende não caber a duplicação da multa efetuada, uma vez que o presente processo cuida de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte, não havendo prova de que os recorrentes ludibriaram o Fisco para não pagar o IRRF. Ressalta que em momento algum restou caracterizado o retardamento, a criação de empecilhos, ou por ventura se logrou esconder o inadimplemento por parte dos recorrentes, com todos os fatos tendo sido documentados em sua escrita contábil. Volta a mencionar a falta de andamento da ação penal, afirmando que não há sonegação, não há fraude, mas tão somente o inadimplemento dos autuados.

Finalmente, quanto aos argumentos referentes à majoração da multa em 50%, ainda que tal matéria não esteja mais em litígio no âmbito do Recurso Voluntário, permanece a mesma em litígio no âmbito do Recurso de Ofício e, assim, achou-se por bem reproduzir as alegações dos contribuintes em sede do presente Relatório.

Alegam, aqui, os recorrentes, que as requisições foram atendidas, na medida de sua possibilidade jurídica, havendo documentos que não estavam em posse dos recorrentes, bem como eram objeto de outro procedimento. Alega que a documentação requisitada sempre esteve em poder do Fisco, com as justificativas, esclarecimentos e requisições não passando de ardil para agravar a pena dos Recorrentes, entende assim incabível a majoração da multa em 50%

Do exposto, requerem os recorrentes que se:

a) Se declare a insubsistência e improcedência da ação fiscal, cancelando-se o débito fiscal, uma vez que: a.1) A ação fiscal foi movida em flagrante inconstitucionalidade, baseada em quebra do sigilo bancário dos Recorrentes, sem a prova da autorização judicial; a.2) A ação fiscal resta ilegal por ser decorrência direta de procedimento criminal suspenso, tendo já sido declarado, para outros envolvidos no procedimento criminal, a ilegalidade das provas obtidas;

b) Não sendo acolhida nenhuma das preliminares ao mérito, requer-se que seja acolhida a desconstituição da fraude, pois, conforme exaustivamente o que ocorreu foi o inadimplemento;

c) Após a desconstituição da fraude no Imposto de Renda Retido na Fonte, requer o reconhecimento da decadência de grande parte dos lançamentos.

d) Se ainda assim, mantiver o auto, requer que a multa seja reduzida proporcionalmente aos atos praticados;

e) Outrossim, requer que a solidariedade seja anulada. No entanto, não entendendo desta forma, espera que ela seja mitigada para os atos, eventualmente, cometidos pelo impugnante Marco Bernardi; (Pedido sem fundamentação);

f) Caso não seja acolhido nenhum pedido para cancelamento e desconstituição do crédito tributário total, que seja reduzido o crédito tributário às ações em que forem comprovadas à fraude.

Remetem-se os autos à apreciação deste Colegiado.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior, Relator.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual dele conheço.

### Preliminarmente:

#### 1. Quanto à insubsistência e improcedência da ação fiscal por sua decorrência direta de procedimento criminal suspenso e à ilegalidade de provas obtidas.

Inicialmente, quanto aos argumentos tecidos pelos recorrentes acerca da Receita Federal “intimar o contribuinte a produzir prova contra si mesmo”, com o intuito de posterior compartilhamento com a Polícia Federal para fins de instrução da ação penal, noto que todas as intimações realizadas pela Receita Federal do Brasil obedeceram, de forma estrita, a autorização legal contida nos arts. 904, 905, 911, 927 e 928 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda-RIR/99), não havendo que se cogitar de qualquer tipo de ilegalidade no que tange às intimações efetuadas, inclusive no que diz respeito a prazos concedidos, bem como a sua prorrogação.

Uma vez perfeitamente suportadas legalmente todas as informações solicitadas pelo Auditor, incabíveis a propósito, aqui, ilações outras que não digam respeito à obediência às prerrogativas supra, repita-se, legalmente estabelecidas, tudo em pleno respeito ao princípio da legalidade.

Ainda, é de se notar que o andamento do feito criminal mencionado, em meu entendimento, em nada afeta a análise de legalidade do presente auto de infração, a menos que houvesse determinação judicial expressa, existisse decisão judicial definitiva acerca da ilicitude de provas aqui utilizadas ou ao menos decisão judicial de caráter precário que inviabilizasse sua utilização até que tal decisão final fosse proferida.

A propósito, compulsando, junto ao site do Superior Tribunal de Justiça, as decisões proferidas no âmbito do HC 198.224-CE, verifico que as decisões ali proferidas se circunscrevem às provas obtidas quando da busca e apreensão realizadas nos domicílios residenciais e comerciais dos pacientes originais que tiveram a ordem concedida e, posteriormente, dos demais pacientes que tiveram os pedidos de extensão deferidos (nos quais apesar de se incluir o Sr. José Hybernon Cysne Neto, não se inclui o impugnante Marco Antonio Bernardi).

Note-se, também, não atingir o mencionado HC, assim, eventuais decisões judiciais anteriores acerca da possibilidade de interceptação telefônica e obtenção de informações bancárias, uma vez que se esteve, no âmbito deste *mandamus*, a se decidir, sempre, acerca da ilicitude das provas obtidas a partir de autos de busca e apreensão.

Ainda, não é suficiente, para fins de extensão do âmbito da decisão exarada no *mandamus*, o excerto de e-fl. 502 trazido pelos recorrentes, uma vez que, note-se, independentemente do que consta nos autos a título de razão de decidir ou de *obiter dictum*, não se estava ali a decidir acerca da legalidade dos prévios interceptação e afastamento de sigilo, mas sim sobre a busca e apreensão. Escorreito, assim, o posicionamento emanado do recorrido em seus itens 9 a 11, os quais reproduzo novamente abaixo, utilizando-os como *ratio decidendi*, verbis:

“

(...)

9. *Em relação ao argumento de que as provas que provocaram o início da ação fiscal foram consideradas ilícitas e inutilizáveis pelo STJ no HC nº 198.224CE (fls. 210 a 290), é necessário esclarecer que esta decisão do STJ, que teve dois votos favoráveis e dois votos contrários aos impetrantes (prevaleceu a decisão mais favorável aos réus), teve como pedido o reconhecimento da ilicitude da prova obtida a partir de busca e apreensão realizada em 25 de novembro de 2010 nos endereços residenciais e comerciais dos pacientes (segundo parágrafo de fl. 215), que não são a autuada e o responsável tributário, não tendo como atingir, desta forma as informações bancárias e telefônicas, obtidas anteriormente a esta data e em relação a todos os investigados, inclusive quanto aos impugnantes.*

10. *O voto do relator que foi favorável aos réus aponta falta de fundamentação idônea apenas da decisão do juiz de primeiro grau que determinou a referida busca e apreensão (fls. 225 e 226), nada falando sobre as decisões deste mesmo magistrado que autorizaram a quebra dos sigilos bancário e telefônico. Para o relator (fls. 230 e 231), os documentos viciados são os Autos Circunstanciados de Busca e Arrecadação realizados na sede de outra empresa investigada (não a autuada) e na residência do acusado J. E. A (não o responsável).*

11. *Assim, como as provas que fundamentam a presente autuação não decorrem das obtidas nas invalidadas Buscas e Apreensões, as mesmas provas são lícitas e podem ser utilizadas nos lançamentos ora discutidos, aplicando-se ao caso o entendimento expresso pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no RHC 90.376, relator o Ministro Celso de Mello, Dje de 17/05/2007, citado no voto do relator do HC nº 198.224CE (fl. 235):*

*“Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal – tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.”*

(...)”

Assim, entendo que não há nenhum reparo a fazer ao recorrido nesta seara, a menos do pleno esclarecimento/comprovação de não terem sido as provas aqui utilizadas

objeto dos referidos mandados de busca e apreensão, assunto que será tratado com a devida propriedade conjuntamente com o item 2 abaixo.

## **2. Quanto à inexistência de autorização judicial para afastamento do sigilo bancário**

Adentrando agora a questão do sigilo bancário, confrontam-se duas argumentações:

a) O Acórdão recorrido, no âmbito dos seus itens 6 a 8 de e-fls. 460 a 462, afasta a hipótese de ocorrência de quebra de sigilo sem autorização judicial da seguinte forma:

(...)

*6. Quanto à obtenção das informações bancárias que permitiram a verificação que parte dos valores pagos pela empresa autuada a terceiros retornou à conta bancária de seu presidente/diretor financeiro, o Relatório Fiscal elaborado pela Seção de Programação, Avaliação e Controle da Atividade Fiscal (SAPAC) da Delegacia da Receita Federal em Fortaleza, documento que provocou a ação fiscal cujos lançamentos estão formalizados no presente processo, assim afirma (fls. 20 e 21):*

*A quebra regular do sigilo bancário de todos os envolvidos foi autorizada pelo Juiz da 11ª Vara da Justiça Federal Seção do Ceará. Com isso, o Banco Itaú S/A disponibilizou a relação de DOC's/TED's que as empresas do Grupo Iesa (IESA PROJETOS EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S/A e IESA ÓLEO & GÁS S/A) se utilizaram para remeter numerário diretamente para a conta corrente do Sr. José Hybernon Cysne Neto, durante o ano-calendário de 2008. Um total de 09 (nove) DOC's foram assim movimentados, totalizando R\$964.935,00.*

*Um fato peculiar deve ser destacado quando da remessa do DOC pela IESA PROJETOS EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S/A de R\$273.135,00 em 21.11.2008. Ao receber o numerário, o Sr. Hybernon emite em 24.11.2008, um cheque no valor de R\$114.900,00, nominativo ao Sr. Vanderlei Costa de Lima (que é empregado da firma individual Karla Lusitano Cysne). Este, por sua vez, liquida o cheque por depósito direto na conta corrente do Sr. MARCO ANTONIO BERNARDI, Presidente da empresa (IESA PROJETOS EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S/A), remetente originária do DOC para o Sr. Hybernon em 21.11.2008.*

*Em outro momento, agora em 03.05.2010, segundo escuta telefônica descrita no corpo do Relatório do ESPEI 3ª RF (cujo teor parcial anexamos a esta Representação), vê-se uma provável manipulação sobre a movimentação de uma quantia de R\$500.000,00, envolvendo as pessoas ligadas ao Grupo IESA (Sr. Marco Antonio Bernardi e o Sr. Juvenal de Oms, conhecido como "Peteco"), o Sr. Hybernon e a firma individual Karla Lusitano Cysne.*

*7. Os documentos apresentados pelos impugnantes referentes à Operação Podium e às ações judiciais relacionadas, em diversos trechos, confirmam que os sigilos bancário e telefônico das pessoas e*

*empresas investigadas foram afastados por autorização judicial devidamente concedida. Entre estes documentos encontram-se os seguintes:*

*7.1. o Ofício RFB/Espei03 nº CE20100018 encaminhado ao juiz federal da 11ª Vara no Ceará (fl. 179 – referência à autorização judicial para compartilhamento de informações com a Receita Federal);*

*7.2. a Decisão deste mesmo juízo autorizando a quebra de sigilo bancário e fiscal da entidade e de empresas envolvidas na investigação (fls. 187 a 189);*

*7.3. o Despacho da Superintendência Regional da Polícia Federal no Ceará que expressamente se refere, entre outros documentos, a guias de depósito de numerário em favor da autuada e do responsável tributário, além de outras pessoas (fls. 190 e 191);*

*7.4. a Decisão do mesmo juízo da 11ª Vara Federal no Ceará que autoriza a quebra do sigilo bancário da empresa individual Karla Lusitano Cysne (CNPJ 72.403.678/000126), uma das pessoas beneficiárias dos pagamentos feitos pela autuada (31 de um total de 46 pagamentos – fls. 13 a 16), cuja parte dos valores recebidos foi devolvida ao responsável tributário, conforme demonstra a fiscalização nos itens 21.2 e 21.3 do Relatório Fiscal (fl. 115);*

*7.5. o Voto do ministro relator proferido no HC nº 198.224/CE julgado pelo STJ que fala textualmente em “reiteradas concessões de interceptações telefônicas e telemáticas, bem como de quebra de sigilos bancário e fiscal dos investigados” (fl. 217); e*

*7.6. o Voto-vista proferido no mesmo HC nº 198.224/CE no qual se encontra escrito que “(...) foi autorizada a quebra dos sigilos bancário e fiscal das pessoas físicas e jurídicas suspeitas de envolvimento nas ditas operações, a partir do que se produziram laudos de exame financeiro pelo Setor Técnico-Científico da Polícia Federal” (fl. 242).*

*8. Enfim, não há nos autos nenhum indício de que a quebra do sigilo bancário da autuada e do responsável tributário e/ou das pessoas que receberam dos e/ou transferiram numerários para os impugnantes tenha ocorrido sem autorização judicial. Pelo contrário, há diversos documentos afirmando e comprovando que estas investigações bancárias se deram com autorização e sob a supervisão do Poder Judiciário. Assim ficam sem sentido as afirmações da impugnante em sentido contrário, bem como a jurisprudência que trata de quebra de sigilo bancário sem autorização judicial e que acompanha a impugnação (fls. 298 a 403).*

*(...)*

b) O recorrente, por sua vez, em seu pleito recursal, propugna que “(...) em momento algum, seja pela documentação acostada pelos recorrentes e/ou informações ou documentos da auditoria é evidenciada a quebra de sigilo bancário dos recorrentes”, refutando, ainda, as alegações constantes do item 07 do Acórdão impugnado (e-fl. 461).

Assim, inicio a análise pelos indícios documentais de existência de afastamento do sigilo bancário que suportaria os elementos utilizados na instrução probatória, consoante apontados pela autoridade julgadora de 1ª instância (item 7 do Acórdão vergastado):

a) Quanto ao expediente de e-fl. 179, entendo assistir razão aos recorrentes, em relação à sua pouca utilidade de forma a se validar a documentação bancária carreada aos autos, uma vez que, ainda que se mencione ali decisão judicial prolatada no âmbito do Processo 2009.81.00.003965-3, é de se entender, pelo teor da mesma, que se tratava tal decisão tão somente do compartilhamento de informações com a RFB, não se podendo comprovar a anterior efetiva quebra de sigilo que deu origem à documentação bancária carreada aos autos, a partir deste elemento.

b) Quanto à decisão de e-fls. 187 a 189, trata-se de decisão relacionada a quebra de sigilo bancário de terceiros que não se revestem da qualidade de atuados, não guardando estes terceiros, ainda, qualquer relação com os documentos bancários de e-fls. 82 a 87 e 89 a 94, utilizados na autuação. Julga-se tal decisão assim imprestável para fins de efetiva comprovação da efetiva quebra de sigilo, de forma a suportar os elementos probatórios.

c) Quanto ao despacho de e-fls. 190 e 191, trata-se de mera anexação, aos autos do IPL, de elementos diversos, não se podendo concluir decisivamente, exclusivamente a partir do mesmo, acerca da existência de prévio afastamento de sigilo para fins de obtenção dos elementos bancários anexados, nem mesmo se os mesmos teriam sido obtidos em etapas distintas ou em etapa única (requisição de informações bancárias e/ou autos de busca e apreensão), sendo, também, assim, de pouca utilidade para fins de comprovação da regular quebra de sigilo que deu origem aos elementos utilizados para fins de instrução do lançamento.

d) A decisão judicial mencionada de e-fls. 192 a 199 é suficiente para concluir pela regular quebra de sigilo da empresa individual de Karla Lusitano Cysne (CNPJ 72.403.678/0001-26), respaldando a documentação bancária utilizada na autuação de fls. 83 a 85, não sendo porém suficiente para respaldar a documentação de fls. 82, 86, 87, 89 e 90 a 94, abrangendo estas últimas os documentos onde surge o nome do recorrente Marco Antônio Bernardi, sujeito passivo solidário.

e) e f) Para as menções feitas à quebra de sigilo bancário e fiscal dos investigados e das pessoas físicas e jurídicas suspeitas de envolvimento, sempre no âmbito do HC 198.224/CE, tais menções não são precisas o suficiente para que se possa concluir pelo legal prévio afastamento do sigilo bancário que deu origem aos elementos bancários anexados aos autos.

Assim, para fins da efetiva comprovação da existência de autorização judicial para fins de obtenção da documentação bancária anexada aos autos, passam a se confrontar, exclusivamente, a expressa negativa dos impugnantes quanto à existência de regular quebra de sigilo dos recorrentes e o teor do relatório de fls. 20/21 da Seção de Programação, Avaliação e Controle da Atividade Fiscal (SAPAC) da Delegacia da Receita Federal em Fortaleza, onde se afirma categoricamente que:

*“ A quebra regular do sigilo bancário de todos os envolvidos foi autorizada pelo Juiz da 11ª Vara da Justiça Federal Seção do Ceará. Com isso, o Banco Itaú S/A disponibilizou a relação de DOC's/TED's que as empresas do Grupo Iesa (IESA PROJETOS EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S/A e IESA ÓLEO & GÁS S/A) se utilizaram para*

*remeter numerário diretamente para a conta corrente do Sr. José Hybernon Cysne Neto, durante o ano-calendário de 2008. Um total de 09 (nove) DOC's foram assim movimentados, totalizando R\$964.935,00.*

*Um fato peculiar deve ser destacado quando da remessa do DOC pela IESA PROJETOS EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S/A de R\$273.135,00 em 21.11.2008. Ao receber o numerário, o Sr. Hybernon emite em 24.11.2008, um cheque no valor de R\$114.900,00, nominativo ao Sr. Vanderlei Costa de Lima (que é empregado da firma individual Karla Lusitano Cysne). Este, por sua vez, liquida o cheque por depósito direto na conta corrente do Sr. MARCO ANTONIO BERNARDI, Presidente da empresa (IESA PROJETOS EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S/A), remetente originária do DOC para o Sr. Hybernon em 21.11.2008”*

A de se ressaltar, ainda, a falta de indicação, nos autos, acerca da origem da documentação utilizada, se oriunda de prévias interceptações telefônicas e intimação/ofício às instituições financeiras (esta última alegação conforme vergastado e relatório supra) ou se oriunda de autos de busca e apreensão.

Adicionalmente, entendo que é de se considerar, ainda: a) A temeridade de se concluir acerca da existência de afastamento judicial do sigilo bancário com base em provas indiretas ou indiciárias e b) a especial importância da caracterização da regular quebra de sigilo bancário para a documentação bancária carreada aos autos no caso sob análise, haja vista ter sido a documentação bancária carreada aos autos utilizada, inclusive, para fins da construção da argumentação de ocorrência de fraude pela autoridade autuante.

Diante de todo o exposto, entendo se estar diante de situação que requer adicional esclarecimento fático, através de diligência a ser realizada pela autoridade preparadora.

Entendo que, no caso em questão, somente a partir de tal esclarecimento acerca da efetiva origem e regularidade de obtenção da documentação bancária anexada (repita-se, utilizada diretamente para a construção da hipótese de caracterização da fraude) se deva prosseguir tanto nos demais itens do Recurso Voluntário (que envolvem os itens de decadência e a qualificação da multa, dependentes da caracterização da fraude), devendo ainda que se postergue, no caso, o julgamento do Recurso de Ofício para fins de prolação de decisão única, consoante rito amparado pelo Decreto nº. 70.235, de 1972.

Finalmente, entendo como recomendável que se junte aos autos, também, os lançamentos contábeis mencionados no item 15 do relatório de e-fl. 113, de forma a que se esclareça a posterior apropriação ao resultado pela empresa dos montantes contabilizados na conta de adiantamento ou serviço de terceiros, na forma do mencionado item 15.

Diante do exposto, voto no sentido de converter o julgamento em diligência a fim de se esclarecer os seguintes pontos:

a) Como se deu, em detalhes (mencionando números de Ofícios e/ou outros expedientes) a obtenção pela autoridade autuante da documentação carreada aos autos (inclusa, aqui, a documentação bancária de e-fls. 82 a 87 e 89 a 94) ? Teria sido a mesma obtida pela Polícia Federal no âmbito do IPE 1311/08 e posteriormente transferida à Receita Federal ?

b) Quanto à documentação bancária utilizada, teria se originado a mesma de envio pelas instituições financeiras, na forma relatada pelo relatório de fls. 20 a 21, com prévio afastamento de sigilo bancário autorizado judicialmente, ou de RMF, ou através de autos de busca e apreensão ?

c) Houve, em algum momento, o afastamento dos sigilos bancário e telefônico, por força de decisão judicial, dos impugnantes IESA Projetos, Equipamentos e Montagens S/A e Marco Antonio Bernardi, bem como a autorização judicial do compartilhamento, com a Receita Federal do Brasil, das informações assim obtidas pela Polícia Federal relacionadas aos recorrentes e utilizadas no presente lançamento?

d) Juntar aos autos, também, os lançamentos contábeis mencionados no item 15 do relatório de e-fl. 113, de forma que se esclareça a posterior apropriação ao resultado pela empresa dos montantes contabilizados na conta de adiantamento ou serviço de terceiros, na forma do mencionado item 15.

O resultado da diligência deverá ser encaminhado através de relatório circunstanciado, com a devida ciência à autuada, abrindo-se prazo de 30 dias para sua manifestação. No referido relatório deverão ser juntadas cópias de todas as decisões judiciais que assim decidiram pelo afastamento do sigilo bancário, pela possibilidade de interceptação telefônica e pela autorização de compartilhamento das referidas informações com a Receita Federal, bem como quaisquer outros elementos comprobatórios que a autoridade preparadora julgar pertinente.

É como voto.

(assinado digitalmente)

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR - Relator