



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

Processo nº 10630.720364/2007-21
Recurso nº 169.615 Voluntário
Resolução nº **1102-00.088 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 12 de junho de 2012.
Assunto IRPJ. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.
Recorrente AM INFORMÁTICA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, sobrestar o julgamento à luz do art. 62-A do Anexo II, do RICARF, e do § único do art. 1º da Portaria CARF nº 1, de 03.01.2012. Vencido o Conselheiro Antonio Carlos Guidoni Filho.

Documento assinado digitalmente.

Albertina Silva Santos de Lima - Presidente.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Albertina Silva Santos de Lima, Antonio Carlos Guidoni Filho, João Otávio Oppermann Thomé, Silvana Rescigno Guerra Barretto, Plínio Rodrigues Lima, e João Carlos de Figueiredo Neto.

Relatório

O presente processo retorna para julgamento nesta Turma, após a prolação de nova decisão pela autoridade julgadora de primeira instância, em cumprimento ao disposto no Acórdão 1102-00.370, de 26.01.2011, que declarou nula a decisão anteriormente proferida, por cerceamento ao direito de defesa.

Importante relatar novamente os fatos.

Contra a empresa acima qualificada foram lavrados, às fls. 4 a 39, os Autos de Infração do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ, da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, perfazendo um crédito tributário no montante de R\$ 9.987.958,94, aí já incluídos os juros de mora e a multa de ofício de 150%.

Consta no Termo de Verificação Fiscal, fls. 40 a 82, que o procedimento de fiscalização teve como origem o cruzamento das informações prestadas pelas instituições financeiras à Secretaria da Receita Federal do Brasil, relativamente aos valores sujeitos a incidência da Contribuição Provisória sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira — CPMF, com a situação fiscal informada nas Declarações Anuais Simplificadas relativas aos anos-calendário de 2002 e 2003, nas quais a empresa consta na condição de inativa, não obstante a movimentação financeira ocorrida em suas contas correntes nos montantes de R\$ 13.814.065,68 para o ano de 2002, e de R\$ 6.105.215,58 para o ano de 2003.

Durante o período de coleta de informações sobre a empresa, foi constatada a utilização de interpostas pessoas na constituição da pessoa jurídica, conforme declaração prestada pelo sócio da empresa, Sr Marcos Antônio Vieira, CPF 007.210.196-25, às fls. 109, da qual se destaca as seguintes informações:

- que trabalhava na empresa Koisas Geladas Ltda, CNPJ 38.637.815/0001-59, no período de 16 de maio de 1994 até 6 de junho de 2002, empresa esta de propriedade de Edyr Cordeiro de Paula Silva;
- que, precisando de um financiamento para fazer uma cirurgia, o Sr Edyr lhe propôs abrir uma conta corrente no Banco do Brasil da agência Centro da cidade de Governador Valadares, e que, para isso, providenciou uma Nota Fiscal de Venda referente à compra de um computador;
- que foi através desse expediente que conseguiu que o Banco lhe emprestasse a quantia necessitada, pois não possuía na época condições de abrir conta corrente junto à instituição financeira;
- que a conta foi aberta, portanto, com a interferência do Sr Edyr, e na condição de que ela seria tão somente movimentada por ele, Sr Edyr Cordeiro de Paula Silva, sem esclarecer que tipo de movimentação faria;

- que, a partir da abertura da conta, começou a assinar cheques, periodicamente, para o Sr Edyr, cheques estes que lhe eram apresentados em branco para assinatura;
- que o cartão do Banco e a senha para uso do cartão ficam na posse do Sr Edyr;
- que nunca movimentou essa conta, nunca pegou talão de cheques, e que desconhece a senha de uso do cartão;
- que o Sr. Edyr trabalha ou é proprietário da Sant'ana Turismo, empresa sediada na cidade de Governador Valadares;
- e, por fim, que a pedido do Sr Edy, juntamente com Alysson Silva Rosa, assinou o Contrato Social da empresa AM INFORMÁTICA, porém desconhece qualquer situação a respeito dessa empresa.

A fiscalização constatou, em visita ao endereço informado pela empresa no CNPJ, que não havia ali nenhuma instalação da empresa, e que na verdade tratava-se de uma residência familiar, conforme declaração prestada pela moradora (fls. 108), que informou ocupá-la há cerca de cinco anos, e disse desconhecer a existência de qualquer empresa de informática naquela rua.

Em diligência junto à imobiliária administradora do imóvel, a fiscalização constatou que o Contrato de Locação, datado de 20/06/2002, foi firmado entre o proprietário do imóvel, Sr. José Gonçalves Santos e a empresa AM INFORMÁTICA LTDA, representada no ato pelo Sr. Alysson Silva Rosa, e que o imóvel alugado era um galpão que somente poderia ser usado para fim RESIDENCIAL exclusivo do locatário.

Em solicitação de informações feita ao Ministério do Trabalho, obteve a fiscalização a informação de que a empresa AM INFORMÁTICA LTDA não tinha empregados em 2002, e que não havia entregue a Relação Anual de Informações Sociais – RAIS relativa a 2003.

Em solicitação de informações feita à Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, obteve a fiscalização cópia do contrato social e alterações da empresa, fls. 144 a 150, nos quais consta que seu objetivo social seria o comércio varejista de máquinas e aparelhos de uso doméstico e pessoal; equipamentos de informática e comunicação, componentes eletrônicos, comércio varejista de suprimentos de informática e material de escritório, e prestação de serviços de manutenção em equipamentos de informática e comunicação. Que possui dois sócios: Alysson Silva Rosa, CPF 040.517.578-02, e Marcos Antônio Vieira, CPF 007.210.196-25, sendo o sócio Alysson Silva Rosa o responsável pela administração da sociedade.

Em solicitação de informações feita à Delegacia Fiscal da Receita Estadual de Governador Valadares, para obtenção das vendas mensais ocorridas nos anos de 2002 e 2003, obteve a fiscalização a informação de que a empresa AM INFORMÁTICA LTDA não consta como inscrita no Estado.

Por meio do Termo de Início de Ação Fiscal de fls. 105 e 106, a empresa AM INFORMÁTICA LTDA foi intimada a apresentar, relativamente aos anos de 2002 e 2003,

dentre outros elementos, os livros contábeis e fiscais, os documentos referentes a receitas e despesas, os extratos bancários de todas as contas movimentadas, e a comprovar, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados nas contas bancárias.

Na ocasião, o Sr. Alysson Silva Rosa prestou a seguinte declaração, (fls. 107):

“1) A empresa AM INFORMÁTICA LTDA, acima identificada, foi aberta por ele Alysson e pelo amigo Marcos Antônio de Souza;

2) A empresa AM INFORMÁTICA LTDA nunca chegou a funcionar. A citada empresa somente foi aberta, mas não chegou a operar. Não comprou nada e não efetuou nenhuma venda, seja de mercadoria, seja de serviços;

3) A empresa AM INFORMÁTICA LTDA não chegou a ter qualquer movimentação financeira;

4) Recentemente, pediu ao contador, Sr Nildo para providenciar a baixa da empresa.

Por fim, o Sr Alysson Silva Rosa declarou que o outro sócio da AM INFORMÁTICA LTDA, Sr Marcos Antônio de Souza, encontra-se atualmente nos Estados Unidos da América.”

Cumprir observar que, diante da dificuldade encontrada pela fiscalização em manter contato com o sócio responsável pela administração da sociedade, o Sr. Alysson Silva Rosa, em geral as intimações eram encaminhadas a três endereços distintos onde ele poderia ser encontrado.

Apesar das sucessivas solicitações de prorrogações de prazo, concedidas pela fiscalização, ao fim e ao cabo, a empresa apresentou tão somente cópias do seu Contrato Social registrado na JUCEMG em 15/09/2000 (fls. 163 a 165), e dos extratos bancários da conta nº 503.433-2 da agência nº 0116 da Caixa Econômica Federal, abrangendo o período de 26/04/2002 a 01/10/2003 (fls. 166 a 199 e 202 a 304).

Por meio das competentes Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF (fls. 387 a 428, fls. 434 a 465 e fls. 467 e 468), foram obtidos dados e documentos relativos à movimentação financeira da empresa nas contas correntes mantidas junto à Caixa Econômica Federal e ao Bradesco S/A.

Verificou a fiscalização que na ficha cadastral preenchida pela empresa quando da abertura da conta bancária junto ao Bradesco S/A, em 07/05/2002, foi indicado como telefone de contato o número 3225-6208, e que este telefone é o mesmo informado na ficha cadastral do Banco do Brasil S/A para a empresa DATAMICRO INFORMÁTICA LTDA, que também se encontrava sob procedimento fiscal, e nesta última ficha o telefone citado consta como sendo do Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva.

Também nas fichas cadastrais dos sócios de direito da empresa DATAMICRO INFORMÁTICA LTDA, consta como referência o Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva, com endereço à Av. Minas Gerais, nº 228, em Governador Valadares e com telefone de contato 3225-6208.

Este endereço, conforme o contrato de locação de fls. 496-498, seria utilizado pelo locatário, Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva, para a exploração de uma agência de viagens e outras atividades relacionadas com turismo.

A fiscalização ressalta que, após uma relutância inicial do Sr. Alysson em prestar esclarecimentos, a partir de 16/02/2007, ele passou a colaborar com a fiscalização, fornecendo diversas provas de seu envolvimento com o Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva, inclusive o registro de diversas ligações efetuadas para o referido telefone.

A partir da identificação da caligrafia usadas no preenchimento dos campos “valor”, “extenso do valor”, “beneficiário” e “data” de cada um dos cheques emitidos pela AM INFORMÁTICA LTDA, feita pelo Sr. Alysson Silva Rosa, a fiscalização procurou essas pessoas. Apresentando a elas as cópias dos referidos documentos, a fiscalização obteve a confirmação, por parte do Sr. Alexandre Passos Rodrigues e da Sra. Patrícia Sobreira Silva de Paula, do preenchimento dos referidos cheques, tendo ambos afirmado que o fizeram a mando e ordem do Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva.

A fiscalização procurou ainda diversas outras pessoas ligadas ao Sr. Edyr, reunindo provas de sua participação à frente dos negócios da AM INFORMÁTICA LTDA.

Dos contatos feitos com os poucos beneficiários identificados em alguns cheques, constatou a fiscalização a realização de operações irregulares de câmbio.

De tudo o que foi apurado, a fiscalização concluiu que, apesar de a empresa AM INFORMÁTICA ter sido constituída pelos Srs. Alysson Silva Rosa e Marcos Antônio Vieira, não eram eles de fato os verdadeiros proprietários dessa empresa, mas sim o Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva. As evidências foram sintetizadas pela autoridade fiscal às fls. 70/71.

Diante da ausência de apresentação da escrituração comercial e fiscal da empresa, e da falta de comprovação da origem dos depósitos bancários em suas contas correntes, a fiscalização arbitrou o lucro da empresa, tomando como receita conhecida os valores dos depósitos cujas origens dos recursos não foram comprovadas, ao abrigo do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Às fls. 77, apresentou ainda uma síntese dos motivos que tornavam completamente impossível a apuração de um “spread” a ser aplicado sobre os depósitos, como forma de se chegar a um possível “ganho” em operações de câmbio.

Às fls. 78, a fiscalização sintetizou os motivos que a levaram a concluir pela ocorrência de conduta dolosa por parte da contribuinte, e que conduziram à aplicação da multa qualificada (150%).

Por fim, a fiscalização apontou o Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva como responsável solidário pelos créditos tributários constituídos contra a empresa AM INFORMÁTICA.

Foram apresentadas impugnações pelo Sr. Alysson Silva Rosa, em nome próprio e de AM INFORMÁTICA, fls. 999 a 1016, e pelo Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva, fls. 852 a 878.

Os argumentos da impugnação apresentada em nome de Alysson e AM INFORMÁTICA podem ser assim sinteticamente resumidos:

- a) total inexistência de culpa de ambos;
- b) idoneidade, caráter íntegro, boa fé, ingenuidade, e reputação ilibada de Alysson, comprovada por atestado de antecedentes, certidão criminal negativa, e declarações de pessoas físicas;
- c) Alysson é pessoa simples e de baixa capacidade econômico-financeira, conforme constatações da própria fiscalização;
- d) foi procurado pessoalmente por Edyr Cordeiro de Paula Silva há pouco tempo, e que *“este lhe propôs pagar-lhe com um carro, repita-se, exatamente com um carro, para que ele declarasse em Cartório que todas as alegações prestadas aos ilustres fiscais da Receita Federal teriam sido sob coação e ameaça e que já as encontrara prontas, faltando somente sua assinatura quando lá chegou para depor”* ;
- e) na ocasião, o Sr. Edyr *“entregou-lhe, inclusive, cópia do exato teor da declaração pretendida, eis que já teria conseguido esse intento e sido atendido por várias pessoas que antes prestaram esclarecimentos à Receita (cópia anexa)”* ;
- f) Alysson, entretanto, recusou a proposta;
- g) ilegitimidade passiva de Alysson e AM INFORMÁTICA para figurarem como devedores dos créditos tributários em questão;
- h) inexistência de capacidade contributiva de ambos;
- i) inexigibilidade de conduta diversa por parte de Alysson, em razão do “temor reverencial” e de sua “submissão funcional” ao Sr. Edyr;
- j) aplicação do instituto da delação premiada, em face da colaboração de Alysson com as autoridades fiscais.

Os argumentos da impugnação apresentada pelo Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva podem ser assim sinteticamente resumidos:

- k) os Auditores narram supostos fatos, com base em imprestáveis “depoimentos” e hipotéticos “documentos”, no sentido da existência da empresa “AM”, constituída por interpostas pessoas, a qual teve receita bancária omitida à tributação federal própria para a sociedade empresarial, cuja responsabilidade pelo “crédito tributário” seria do contribuinte na qualidade de “titular de fato”, por ter se beneficiado dessas receitas;
- l) nulidade do lançamento por excesso de prazo ilegal, tendo em vista o longo prazo decorrido durante o procedimento fiscal, cerca de dois anos;
- m) nulidade do lançamento por ausência de intimação ao contribuinte sobre o processo fiscal instaurado contra a empresa AM INFORMÁTICA;

- n) ausência de provas da responsabilidade do contribuinte pelos créditos tributários constituídos contra a empresa AM INFORMÁTICA, e de que ele e o senhor Alysson Silva tenham interesse comum nesses recursos depositados e sacados no banco;
- o) responsabilidade única do senhor Alysson Silva pelos fatos e pela empresa AM INFORMÁTICA;
- p) imprestabilidade dos “documentos” apresentados pela fiscalização, em razão da falta da designação de peritos para atestar ser sua a letra aposta em diversos cheques da empresa AM INFORMÁTICA;
- q) imprestabilidade dos “depoimentos”, os quais são ilegais, por sua unilateralidade, pelo fator coativo e surpresa em relação ao contribuinte;
- r) ilegalidade e inconstitucionalidade na “quebra” do sigilo bancário;
- s) ilegalidade no uso dos “valores bancários”, pois não foi regularmente intimado para comprovar a origem dos valores depositados na conta corrente da empresa AM INFORMÁTICA.

A DRJ/Rio de Janeiro-I, por meio do Acórdão 12-19.711, de 26.06.2008, destacou que o extenso e bem documentado Termo de Verificação Fiscal confirma que a pessoa jurídica foi constituída por sócios denominados “laranjas”, e que processou expressiva movimentação financeira em benefício do seu proprietário de fato, identificado pela fiscalização como responsável solidário pelo crédito tributário. No mérito, manteve integralmente o lançamento efetuado, por absoluta falência de fundamentos legais e/ou materiais que conduzissem a solução diversa.

Cientificado desta decisão em 21.08.2008, conforme AR de fls. 1084, e com ela inconformada, o Sr. Alysson Silva Rosa interpôs recurso voluntário em 12.09.2008, fls. 1118 a 1131, no qual protesta que *“a decisão recorrida não reconheceu a sua ilegitimidade passiva, bem como as demais teses por ele levantadas, e, no mérito, ratificou a solidariedade atribuída ao recorrente, que era mero ‘laranja’ da empresa AM INFORMÁTICA LTDA.”*

Assim, pede que seja reexaminada a questão e que seja excluída a sua imputada responsabilidade subsidiária, cancelando-se a exigência fiscal em relação ao recorrente Alysson Silva Rosa, culminando assim pela exclusão do seu nome dos autos administrativos.

Cientificado da decisão *a quo* em 08.08.2008, conforme AR de fls. 1081, e com ela inconformada, o Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva, por sua vez, também interpôs recurso voluntário, em 03.09.2008, fls. 1085 a 1113, no qual reprisa os mesmos argumentos expostos por ocasião da inicial, e acrescenta ainda o pedido de nulidade do Acórdão proferido pela DRJ, por ausência de julgamento da sua Impugnação.

Por meio do Acórdão nº 1102-00.370, de 26.01.2011, esta Turma decidiu, por unanimidade de votos, anular a decisão proferida pela DRJ, em razão de a mesma não ter analisado nenhuma das razões de defesa constantes da impugnação apresentada pelo Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva.

Em 29.11.2011 proferiu a DRJ nova decisão, acrescentando à anterior a análise da referida impugnação. Afastou as preliminares de nulidade invocadas, rejeitou as alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade, e, no mérito, observou que as provas coletadas, ao contrário do alegado, não deixam quaisquer dúvidas acerca da responsabilidade do Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva pelo crédito tributário constituído. Manteve, portanto, integralmente o lançamento efetuado. O Acórdão 12-42.495, fls. 1178 a 1185, possui a seguinte ementa:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano calendário: 2002, 2003

ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE Por se defeso à administração sua apreciação, insustentável, em sede administrativa, o questionamento de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade de dispositivo legal.

CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E LEGITIMIDADE PASSIVA.

Os conceitos exarados no CTN, capacidade contributiva (art. 121, § 1º, I) e legitimidade passiva (art. 126), se interligam, intimamente, na evidenciação da atividade exercida.

LEI Nº 9.613/98. DELAÇÃO PREMIADA O conceito de delação premiada, formalizado no artigo 1º, § 5º, da Lei no 9.613/98, reportase ao direito criminal; não, tributário.

INFRAÇÃO CAMBIAL.

Eventual infração a normas cambiais não constitui, per se, fundamento de qualquer exação tributária; vinculase, sim, às autoridades monetárias.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano calendário: 2002, 2003

LUCRO ARBITRADO.

Impõe-se o arbitramento de lucro ante a falência de argumentos impugnatórios, legais e/ou materiais, que afastem o arbitramento, fundado em explícitas omissões factuais da pessoa jurídica, constituída de interpostas pessoas, evidenciado o intuito fraudulento.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano calendário: 2002, 2003

REFLEXIVIDADE.

Ante a inexistência de elemento relevante, o decidido no feito matriz se estende àquele dele tomados por reflexo.

Assunto: Outros Tributos e Contribuições

Ano calendário: 2002, 2003

PIS e COFINS. OMISSÃO DE RECEITA.

Detectada omissão de receita, impõem-se as exigências do PIS e COFINS pertinentes.

Cientificada desta decisão por edital afixado em 20.12.2011, após ter resultado improficua a tentativa de intimação por via postal, a empresa AM INFORMÁTICA LTDA não apresentou recurso.

Por sua vez, dela cientificado o Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva, em 14.12.2011, interpôs recurso voluntário, em 03.01.2012, no qual reprisa os mesmos argumentos expostos por ocasião da inicial, apenas não há mais a alegação de inconstitucionalidade de quebra de sigilo, mas tão somente da ilegalidade nessa quebra de sigilo e no uso dos dados bancários, por não ter sido ele intimado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

O recurso apresentado pelo responsável pelo crédito tributário constituído, Sr. Edyr Cordeiro de Paula Silva, é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

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

Documento assinado digitalmente pela Lei nº 11.941, de 2009, a seguir transcrito, os Conselheiros do Carf somente

Autenticado digitalmente em 25/06/2012 por JOAO OTAVIO OPPERMANN THOME, Assinado digitalmente em 25/06/2012 por JOAO OTAVIO OPPERMANN THOME, Assinado digitalmente em 05/07/2012 por ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA

Impresso em 09/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

podem deixar de aplicar lei sob o fundamento de inconstitucionalidade após o Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, em controle concentrado ou difuso, por decisão definitiva, ter reconhecido a inconstitucionalidade da norma.

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

....

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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

Pelo que apurei em pesquisa realizada em 28/01/2012, os citados embargos foram recebidos por despacho datado de 07/10/2011 e ainda encontram-se pendentes de julgamento.

Assim, por estarmos diante de acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal que não transitou em julgado, com base na decisão resultante do RE 389.808/PR, não é possível, nesta instância administrativa, deixar de aplicar as disposições constantes na Lei Complementar nº 105, de 2001 e na Lei nº 10.174, de 2001.

A questão relacionada à alegação de impossibilidade de acesso aos dados bancários também está em pauta no Recurso Extraordinário nº 601.314/MG.

Em 20/11/2009, ao examinar o Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, quanto à matéria, a existência de repercussão geral, nos termos do artigo 542-B, do Código de Processo Civil. Neste sentido, segue a ementa da decisão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao fisco, sem prévia autorização judicial (lei complementar 105/2001). Possibilidade de aplicação da lei 10.174/2001 para apuração de créditos tributários referentes a exercícios anteriores ao de sua vigência. Relevância jurídica da questão constitucional. existência de repercussão geral.

O tratamento a ser dispensado aos processos com repercussão geral encontra-se no artigo 543-B, do CPC, o qual transcrevo:

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

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

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Observo que reconhecida a repercussão geral, à luz do parágrafo único do artigo 543-B, do CPC, cabe ao tribunal de origem, isto é, aos tribunais “a quo”, sobrestar os demais processos. O fato dos tribunais estaduais ou regionais poderem remeter ao STF um ou mais processo representativo da situação de repercussão geral não quer dizer que em relação aos demais exista necessidade de ato específico para que sejam sobrestados. O sobrestamento decorre da lei.

Não se pode confundir o ato de selecionar processos representativos da controvérsia, para que o STF tenha pleno conhecimento da matéria, com o ato de sobrestamento dos demais processos. São duas situações distintas tratadas no parágrafo único do artigo 543-B.

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

Conforme observado anteriormente, cabe aos tribunais de origem suspender o processamento dos recursos especiais ou extraordinários quando versarem sobre matéria com repercussão geral reconhecida. Porém, não adotada tal providência, o relator poderá determinar formalmente que se a observe. Isto que está previsto no § 2o. do artigo 543-C, que se refere ao STJ, mas igualmente adotado pelo STF que já expediu atos neste sentido.

Do Regimento Interno do STF

Quando da entrada em vigor dos artigos 543-B e 543-C, ambos do CPC, existia pendente de julgamento no STF e no STJ processos já admitidos pelos tribunais de origem. Em relação a estes processos ou a todos quanto chegarem ao STF tratando de matéria em relação a qual for reconhecida repercussão geral, aplica-se o disposto no artigo 328 do Regimento Interno, a seguir transcrito:

Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, o Presidente do Tribunal ou o Relator, de ofício ou a requerimento da parte

interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Parágrafo único. *Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o Presidente do Tribunal ou o Relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil. (grifei).*

Quando do reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, não identifiquei pronunciamento do relator ou do Presidente da Corte determinando a devolução de processos com a mesma matéria para que aguardassem o desfecho do citado Recurso Extraordinário. Quanto ao sobrestamento, na origem, dos processos com a mesma matéria, esta decorre do disposto na segunda parte do § 1o., do artigo 543-B, CPC, que ao se reportar aos tribunais de origem usa as expressões **“sobrestando os demais processos até o pronunciamento definitivo da corte.”** (grifei).

Há que se perceber a diferença entre:

- a)** sobrestar os demais processos na origem (art. 543-B, parágrafo único, do CPC) e;
- b)** determinar a devolução dos demais aos tribunais de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil (art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do STF).

O sobrestamento na origem diz respeito aos processos que ainda não foram remetidos ao STF. A devolução de que trata o Regimento Interno do STF dá-se quando os processos já estiverem no STF e este entender que eles devam ser devolvidos à origem até decisão daquele em relação ao qual foi reconhecida repercussão geral.

Importante observar que o sobrestamento é para os processos ainda não remetidos ao STF. Quanto aos processos que se encontram no STF podem ocorrer duas situações: devolução à origem ou julgamento pela Corte. Foi o que aconteceu, por exemplo, com o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, que inobstante tratar sobre matéria para a qual já havia sido reconhecido repercussão geral (RE 601.314/MG), foi julgado pela em 15-12-2010.

Ainda sobre o tema, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do processo acerca do sigilo bancário em relação ao qual foi reconhecida repercussão geral, em 19/10/2010, quando do exame do Agravo de Instrumento nº 765.714, proferiu decisão com o seguinte conteúdo:

“Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão, cuja ementa segue transcrita:

“TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. CONSTITUCIONALIDADE. VEDAÇÃO DA LEI 9.311/96 (ART. 11, § 3º). APROVEITAMENTO DE DADOS PARA CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Lei 4.595/64 permitia o acesso aos agentes fiscais tributários de documentos, livros e registros de contas de depósitos quando houvesse processo instaurado e quando tais documentos fossem considerados indispensáveis pela autoridade competente. A jurisprudência se manifestou, afirmando que o processo seria o judicial e a autoridade competente seria a judiciária.

2. Em 2001, essa matéria foi alterada, tendo sido editada a Lei Complementar 105. Não há inconstitucionalidade nessa legislação, pois, na coexistência de dois bens ou valores protegidos constitucionalmente, deve-se sobrepor o que visa atender ao interesse público e não ao interesse privado. Os direitos fundamentais não são absolutos e podem sofrer abalo se colocados em conflito com outro valor que deva ter preferência.

3. A fiscalização pela autoridade administrativa é instrumento de arrecadação tributária pelo Estado, que, por sua vez, visa atender ao princípio da capacidade contributiva (tributando quem capacidade detém) e ao da isonomia (tributando todos aqueles que podem ser tributados), corolários dos objetivos da República de construção de uma sociedade justa e solidária e de redução das desigualdades sociais.

4. Diante do princípio da irretroatividade das leis, a utilização dos dados da CPMF para apuração de eventual crédito tributário relativo a tributos diversos é vedada para anos anteriores ao de 2001. Fatos ocorridos e já consumados não se regem por lei nova, mas sim pelas leis que vigoravam no seu tempo. Leis novas valem para o futuro.

5. Na redação original do art. 11, § 3º, da Lei 9.311/96, o legislador impunha à Secretaria da Receita Federal “o sigilo das informações prestadas” e vedava sua utilização para a constituição de crédito relativo a outros tributos. Tratava-se de norma que impunha o sigilo e vedava a constituição de outros tributos com a utilização dos dados da CPMF, resguardando um direito do contribuinte, e sendo, portanto, norma material ou substantiva e não processual ou adjetiva sobre a qual se aplicaria o art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional.

6. *Apelação provida em parte” (fls. 49-50).*

No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se ofensa, em suma, ao art. 5º, X e XII, da mesma Carta.

No caso, o recurso extraordinário versa sobre matéria - sigilo bancário, quebra. Fornecimento de informações sobre a movimentação bancária de contribuintes diretamente ao Fisco, sem autorização judicial (Lei complementar 105/2001, art. 6º). Aplicação retroativa da Lei 10.174/2001, que alterou o art. 11, § 3º, da Lei 9.311/96 e possibilitou que as informações obtidas, referentes à CPMF, também pudessem ser utilizadas para apurar eventuais créditos relativos a outros tributos, no tocante a exercícios anteriores a sua vigência - cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 601.314-RG/SP, de minha relatoria).

*Isso posto, preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, dou provimento ao agravo de instrumento para admitir o recurso extraordinário e, **com fundamento no art. 328, parágrafo único, do RISTF**, determino a **devolução destes autos** ao Tribunal de origem para que seja observado o disposto no art. 543-B do CPC, visto que no recurso extraordinário discute-se questão idêntica à apreciada no RE 601.314-RG/SP. (grifei).*

A devolução dos autos ao Tribunal de origem para que se aguarde a decisão do RE 601.314/MG, nos termos do 543-B, do CPC, nada mais é do que o sobrestamento, atribuição que nos termos do artigo 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, é do relator ou do Presidente da Corte.

Quanto ao processamento e julgamento junto ao Carf, o artigo 62-A, § 1º e 2º, do Regimento Interno, assim dispõe:

Art. 62-A.

(...)

*§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos **sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria**, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B, do CPC.*

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

O artigo 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, prevê que nos casos em que se verificar a subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, tanto o relator quanto o Presidente do Tribunal podem determinar a devolução dos demais processos aos tribunais de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

No caso do AI 765714/SP, o relator do Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, processado pelo regime da repercussão geral, determinou o retorno à origem para que os autos do AI 765714/SP ficasse sobrestado, observando-se o disposto no art. 543-B do CPC, visto que no recurso discute-se questão idêntica à apreciada no RE 601.314-RG/SP.

No momento em que o Ministro-relator do Recurso Extraordinário nº 601.314/MG, com repercussão geral, no A.I. 765.714/SP determinou o retorno dos autos à origem para observar-se o disposto no artigo 543-B, do CPC, a conclusão a que chego é que tal procedimento corresponde ao sobrestamento previsto no artigo 62-A, § 1º, do Regimento Interno do Carf.”

A Portaria CARF nº 1, de 03 de janeiro de 2012, determinou os procedimentos a serem observados no caso de sobrestamento de processos de que trata o artigo 62-A do Regimento Interno do CARF.

Uma vez que esta Turma ainda não apreciou, até o momento, nenhum caso envolvendo esta questão, e que outras Turmas de Julgamento deste Conselho possuem entendimento diverso do aqui exposto, foi colocado em pauta o presente processo para a devida manifestação dos conselheiros que a integram.

Processo nº 10630.720364/2007-21
Resolução n.º **1102-00.088**

S1-C1T2
Fl. 15

Tendo em vista que o sobrestamento, nesses casos, deve ser feito de ofício pelo próprio relator, nos termos do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, acima transcrito, a proposta que ora submeto à apreciação de meus pares é de que o julgamento do presente feito seja sobrestado até que transite em julgado a decisão a ser proferida pelo STF nos termos do art. 543-B, do CPC a respeito do acesso, pela autoridade fiscal, aos dados bancários dos contribuintes, sem ordem judicial.

É como voto.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator