



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

Processo nº 10950.722904/2012-56
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1102-000.220 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 7 de novembro de 2013
Assunto SIMPLES. EXCLUSÃO E LANÇAMENTOS DE OFÍCIO.
Recorrente DROGARIA SILVA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, determinar o sobrestamento do julgamento do recurso, à luz do art. 62-A do Anexo II, do RICARF, e do parágrafo único do art. 1º da Portaria CARF nº 1. de 03.01.2012, vencido o conselheiro José Evande Carvalho Araújo, que prosseguia no julgamento.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé – Presidente e Relator.

Participaram do julgamento os conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araújo, Marcelo Baeta Ippolito, Ricardo Marozzi Gregório, João Carlos de Figueiredo Neto, e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por DROGARIA SILVA LTDA contra acórdão proferido pela 2ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em Curitiba - PR, que concluiu pela procedência parcial da impugnação interposta.

O processo trata dos seguintes atos a serem analisados:

Ato Declaratório Executivo nº 16, de exclusão do Simples Federal a partir de 01/01/2007

- a) manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo DRF/MGÁ nº 16, de 30/05/2012, que determinou a exclusão do contribuinte do Simples Federal, desde 01/01/2007 (fls. 2839);
- b) manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo DRF/MGÁ nº 17, de 30/05/2012, que determinou a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, desde 01/07/2007 (fls. 2840);
- c) impugnação aos autos de infração lavrados pela sistemática do Lucro Arbitrado, relativos aos fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009;

Os atos que excluíram a empresa do Simples Federal e do Simples Nacional foram expedidos em face da Representação Fiscal de fls. 2-11, na qual restou demonstrado que o contribuinte auferiu, nos anos-calendário de 2006, 2007, 2008 e 2009, receitas em montante muito superior aos limites para a permanência no regime simplificado, conforme quadro de fls. 7, considerando as receitas declaradas e o montante considerado omitido, relativo aos depósitos bancários de origem não comprovada.

Intimado a comprovar, por meio de documentos hábeis e idôneos, a origem dos recursos relativos aos valores creditados nas respectivas contas bancárias, o contribuinte alegou que grande parte desses créditos seriam oriundos do recebimento de contas de água, luz e telefone, visto que possui contratos celebrados com a Sanepar, Copel, e Brasil Telecom, bem como do recebimento de boletos de pagamento emitidos pelo Banco Bradesco, dentre outros serviços prestados àquele banco, também por conta de contrato firmado.

Sucederam-se diversas intimações, e, à vista dos elementos apresentados e verificações efetuadas, expurgou a fiscalização, dos créditos a serem comprovados, aqueles referentes à Sanepar.

De se observar que as receitas declaradas foram subtraídas dos montantes considerados como depósitos bancários não comprovados, para a determinação da receita considerada omitida.

Com relação ao ADE nº 16 (Simples Federal), centrou sua inconformidade na impossibilidade de serem conferidos efeitos retroativos ao ato de exclusão, o que fere diversos

princípios constitucionais, e no desrespeito ao contraditório e ampla defesa, na medida em que só foi concedido o direito de recorrer do ato após este ter surtido seus efeitos. Requer a decretação da nulidade do ato, extensiva aos lançamentos dele decorrentes.

Com relação ao ADE nº 17 (Simples Nacional), além dos mesmos argumentos acima, acusa o ato de não apontar um enquadramento legal específico, e, assim, não permitir saber com exatidão o motivo da exclusão, o que caracteriza cerceamento do direito de defesa.

Com relação aos autos de infração, relata que entregou os livros fiscais requeridos; que, não estando de posse dos extratos bancários, só os obteve por intermédio da própria fiscalização; que deu as devidas explicações e esclarecimentos ao fisco e que apresentou cópias dos contratos com a Sanepar, Copel, Brasil Telecom, e Bradesco, mas que apesar de ter reiteradamente solicitado das referidas empresas que lhe fornecessem demonstrativos dos valores que recebeu, somente foi atendido pela Sanepar.

Reclama que, sem efetuar qualquer diligência junto à Sanepar, Copel e Brasil Telecom ou Bradesco, a fiscalização encerrou as investigações, emitiu os atos de exclusão do Simples Federal e do Simples Nacional, e lavrou os autos de infração.

Requer a nulidade dos autos de infração, ao argumento de que a empresa só poderia ser excluída do tratamento diferenciado a partir do exercício fiscal seguinte, preservando, assim, a segurança jurídica.

Afirma que o lançamento concomitante à exclusão evidencia inobservância do efeito suspensivo, o que acarreta nulidade dos autos; sustenta que a exclusão do contribuinte do Simples Federal e do Simples Nacional não é definitiva e não pode produzir efeitos, dado que contestada pelo interessado, e, conseqüentemente, não pode ensejar cobrança de eventuais diferenças em virtude da mudança no sistema de tributação.

Requer a nulidade dos autos de infração por falta de motivação e desrespeito à legalidade, posto que embasados em meros indícios, não tendo a autoridade fiscal se desincumbido de fazer prova dos fatos alegados; sustenta que a presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430/96 é inadequada, por não haver correlação direta e segura entre depósitos bancários e omissão de receitas.

Afirma que não houve individualização das movimentações bancárias, mas apenas exclusão dos débitos, sendo o relatório apresentado cópia integral de todos os créditos nas contas, ou seja, foi feita uma solicitação genérica de comprovação dos créditos, fugindo totalmente à exegese da Lei nº 9.430, de 1996.

Acusa de inadequados os atos de exclusão, repetindo os argumentos das manifestações de inconformidade.

Contesta o arbitramento, alegando que a fiscalização, ao considerar todo o montante da movimentação financeira na apuração do imposto, violou o dever de apurar a real receita bruta.

Protesta pela dedução do PIS e da COFINS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, e afirma não haver nos autos qualquer dispositivo a fundamentar o lançamento de Adicional do IR.

Requer diligência para a expedição de ofícios às empresas Copel, Brasil Telecom, e Bradesco, para que informem a respeito dos valores pertencentes a essas empresas que transitaram por suas contas bancárias.

Analisando a defesa apresentada, a DRJ julgou-a parcialmente procedente, proferindo o Acórdão nº 06-39.928, cuja ementa encontra-se assim redigida:

Assunto: Normas de Administração Tributária

Data do fato gerador: 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007, 31/03/2008, 30/06/2008, 30/09/2008, 31/12/2008, 31/03/2009, 30/06/2009, 30/09/2009, 31/12/2009

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

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

AUTO DE INFRAÇÃO. EXCLUSÃO DO SIMPLES CONTESTADA. EFEITO SUSPENSIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

Descabida a alegação de que a contestação apresentada aos atos de exclusão do contribuinte da sistemática simplificada suspende seus efeitos até julgamento definitivo da exclusão, porque inexistente previsão legal para tanto; e a alegação de cerceamento de defesa por terem sido cientificados os atos de exclusão na mesma data em que os autos de infração, se ao contribuinte foi dado direito de se defender, o que exerceu, e a exigibilidade do crédito tributário lançado de ofício fica suspensa pela apresentação de impugnação; e a alegação de cerceamento de defesa por deficiente capitulação legal, se em ambos os atos de exclusão consta o motivo como excesso de receitas no ano anterior e as correspondentes capitulações legais.

DILIGÊNCIA. PRESCINDÍVEL.

Indefere-se o pedido de diligência, considerado prescindível, porque o contribuinte pretende transferir à autoridade administrativa o encargo de buscar provas de alegações que apresentou na impugnação, desacompanhadas de documentação.

“Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

Data do fato gerador: 01/01/2007

OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO. RETROATIVA, POSSIBILIDADE.

A opção pela sistemática do Simples é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior, prevendo a legislação a exclusão retroativa, não se aplicando ao caso o princípio da irretroatividade, que veda a possibilidade de uma lei aplicar-se a fatos anteriores a sua publicação, pois a lei que deu base à exclusão já havia sido publicada em 1996.

EXCESSO DE RECEITAS. DATA DA EXCLUSÃO.

A exclusão de ofício, por falta de comunicação pelo contribuinte do excesso de receitas, é a partir do ano-calendário seguinte ao ano em que o excesso se deu.

Assunto: Simples Nacional

Data do fato gerador: 01/07/2007

OPÇÃO. REVISÃO. EXCLUSÃO. RETROATIVA, POSSIBILIDADE.

A opção pela sistemática do Simples Nacional é ato do contribuinte sujeito a condições e passível de fiscalização posterior, prevendo a legislação a exclusão retroativa, quando verificado que o contribuinte incluiu-se indevidamente no sistema, não se aplicando ao caso o princípio da irretroatividade, que veda a possibilidade de uma lei aplicar-se a fatos anteriores a sua publicação, pois a lei do Simples Nacional foi publicada em 2006.

EXCESSO DE RECEITAS. DATA DA EXCLUSÃO.

A exclusão de ofício, por falta de comunicação pelo contribuinte do excesso de receitas, é a partir do ano-calendário seguinte àquele em que o excesso ocorreu.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Data do fato gerador: 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007, 31/03/2008, 30/06/2008, 30/09/2008, 31/12/2008, 31/03/2009, 30/06/2009, 30/09/2009, 31/12/2009

LUCRO. ARBITRAMENTO. CONTABILIDADE. DEFICIÊNCIAS.

Cabe arbitrar o lucro da pessoa jurídica excluída do Simples e do Simples Nacional, que não recompôs a contabilidade a fim de incluir a movimentação bancária, apesar de intimada, nem manifestou opção pelo lucro presumido.

RECEITA BRUTA.

A receita bruta conhecida do contribuinte cuja contabilidade não abrange todas as suas operações pode ser apurada por meio de presunção legal.

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS CUJA ORIGEM NÃO FOI COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL.

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, mediante intimação individualizando os valores, não comprovou mediante documentação hábil e idônea que fossem valores isentos, já oferecidos à tributação, não tributáveis ou tributados exclusivamente na fonte ou de outra origem justificada.

LANÇAMENTO COM BASE EM PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE.

O lançamento com base em presunção legal transfere o ônus da prova ao contribuinte em relação aos argumentos que tentem descaracterizar a movimentação bancária detectada.

SÚMULA 182 DO TFR. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM LANÇAMENTOS RELATIVOS A FATOS GERADORES OCORRIDOS SOB A ÉGIDE DE LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE.

A Súmula 182 do Tribunal Federal de Recursos, tendo sido editada antes do ano de 1988 e por reportar-se à legislação então vigente, não serve como parâmetro para decisões a serem proferidas em lançamentos fundados em lei editada após aquela data.

LUCRO ARBITRADO. NÃO DEDUÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES.

A dedutibilidade de tributos e contribuições na determinação do lucro real, não se aplica ao lucro arbitrado.

AUTO DE INFRAÇÃO. ADICIONAL DE IMPOSTO DE RENDA. BASE LEGAL.

A alíquota do imposto de renda das pessoas jurídicas é de quinze por cento e a parcela do lucro real, presumido ou arbitrado, que exceder o valor resultante da multiplicação de vinte mil reais pelo número de meses do respectivo período de apuração, sujeita-se à incidência de adicional de imposto de renda à alíquota de dez por cento, conforme capitulação legal constante do auto de infração.

RECOLHIMENTOS DE IMPOSTO E CONTRIBUIÇÕES. SIMPLES E SIMPLES NACIONAL.

Cabe excluir das exigências de ofício os valores de imposto e contribuições recolhidos, nas sistemáticas simplificadas, das quais o contribuinte foi excluído.

LANÇAMENTOS REFLEXOS: PIS, COFINS e CSLL Dada a íntima relação de causa e efeito, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido no principal.

Em síntese, a DRJ rejeitou as alegações de nulidade, julgou improcedentes as manifestações de inconformidade contra os atos de exclusão, indeferiu o pedido de diligência, e julgou procedente em parte a impugnação aos autos de infração, para deduzir, dos valores exigidos de ofício, os valores que o contribuinte recolheu nas sistemáticas simplificadas, conforme demonstrado na planilha de págs. 3077-3086, mantendo, de resto, as exigências efetuadas.

Cientificado desta decisão em 24.04.2013 (fls. 3124), e com ela inconformado, o contribuinte interpôs recurso voluntário em 24.05.2013, fls. 3125-3154, no qual, em síntese, reprisa os argumentos expostos na inicial, e acrescenta ainda o pleito de nulidade dos autos de infração por indevida quebra de seu sigilo bancário sem autorização judicial, observando que o CARF deve submeter-se, nos termos do artigo 62-A, do seu Regimento Interno, ao quanto decidido pelo STF a respeito desta matéria.

Esclareça-se que todas as indicações de folhas neste voto dizem respeito à numeração digital do e-processo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

A exigência fiscal, conforme visto, está calcada na constatação de omissão de receitas decorrente da falta de comprovação da origem de depósitos bancários. Esses depósitos,

por sua vez, foram identificados a partir da análise dos extratos bancários das contas correntes da fiscalizada obtidos por meio de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF.

Sobre este tema — sigilo bancário — este Colegiado tem decidido pelo sobrestamento dos feitos, em obediência ao que determinam o artigo 62-A do Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010) e a Portaria CARF nº 1, de 03 de janeiro de 2012, mesmo em situações como a presente, em que sequer houve alegação da parte acerca da matéria, porque, nos termos dos citados ordinatórios, o sobrestamento deve ser feito de ofício pelo próprio relator.

Neste sentido, transcrevo trecho do julgamento realizado no PAF nº 10630.720364/2007-21 (Resolução nº 1102-00.088), *verbis*:

“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 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.”

Em razão dos fundamentos acima expostos, e na esteira do entendimento deste Colegiado acerca desta questão, voto pelo sobrestamento do julgamento do presente feito 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