



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

Processo nº 13896.000622/2010-22
Recurso nº
Resolução nº **1402-000.186 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 07 de março de 2013
Assunto IRPJ - Sigilo Bancário
Recorrente KOFAR PRODUTOS METALURGICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, sobrestar o julgamento até manifestação definitiva do STF sobre a matéria, 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.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moises Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.

Kofar Produtos metalúrgicos Ltda recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 3ª Turma da DRJ Ribeirão Preto/SP, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“Em ação fiscal levada a efeito contra a contribuinte em epígrafe, relativa ao ano-calendário de 2005, foi efetuado lançamento para exigência de crédito tributário no valor total de R\$ 69.681.520,75 (sessenta e nove milhões e seiscentos e oitenta e um mil e quinhentos e vinte reais e setenta e cinco centavos), conforme demonstrativo de fl.1, tendo sido lavrados os seguintes autos de infração:

I — Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) — fls. 2.177/2.186 Imposto: R\$ 10.668.257,55 Juros de mora: R\$ 5.043.952,16 Multa proporcional: R\$ 16.703.454,48 Multa exigida isoladamente: R\$ 3.649.243,77 Total: R\$ 36.064.907,96 Enquadramento legal: Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 24; Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, art. 3º, § 2º, IV; Regulamento do Imposto de Renda (RIA/1999), Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 —, arts. 222, 247, 248, 249, II, 251 e parágrafo único, 278, 279, 280, 288 e 843; Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 44, § 1º, IV, alterado pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, art. 14, c/c Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 106, II, "c".

II — Contribuição para o PIS/Pasep — fls. 2.187/2.197 Contribuição: R\$ 569.287,80 Juros de mora: R\$ 307.809,75 Multa Proporcional: R\$ 1.257.137,51 Total: R\$ 2.134.235,06 Enquadramento legal: Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, arts. 10, 3º e 4º. III – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Co fins) — fls.2.198/2.208 Contribuição: R\$ 2.622.174,31 Juros de mora: R\$ 1.417.790,79 Multa Proporcional: R\$ 5.790.452,15 Total: R\$ 9.830.417,25 Enquadramento legal: Lei nº 10.833, de 24 de dezembro de 2003, arts. 1º, 3º e 5º.

IV — Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) — fls. 2.209/2.215 Contribuição: R\$ 3.715.580,22 Juros de mora: R\$ 1.756.726,32 Multa Proporcional: R\$ 5.732.010,49 Total: R\$ 11.204.317,03 Enquadramento legal: Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, art. 2º e §§; Lei nº 9.249, de 1995, art. 24; Lei nº 9.316, de 22 de novembro de 1996, art. 1º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 28; Lei nº 10.637, de 2002, art.37.

V — Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) — fls. 2.216/2.222 Imposto: R\$ 2.356.302,82 Juros de mora: R\$ 1.250.595,18 Multa proporcional: R\$ 5.301.681,31 Total: R\$ 8.908.579,31 Enquadramento legal: RIR/1999, art. 674.

VI —Multa exigida isoladamente — CSLL — fls. 2.228/2.232 Multa exigida isoladamente: R\$ 1.539.064,14 Enquadramento legal: RIR/1999, arts. 222 e 843, c/c Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, § 1º, IV, alterado pela Lei no 11.488, de 2007, art. 14, de Lei nº 5.172, de 1966, art. 106, II, "c".

O Termo de Constatação Fiscal de fls. 2.110/2.138 descreve a ação fiscal, relatando as seguintes infrações apuradas:

1. Pagamento de dívidas da empresa por terceiros, com recursos próprios, por meio de dação em pagamento, representando receita não operacional, caracterizada por doações, correspondentes a ingressos não decorrentes das atividades operacionais, que aumentam o patrimônio do donatário (CTN, art. 43; Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 38, § 2º; Decreto-lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, VIII; e Lei nº 7.689, de 1988, art. 2º);

2. Créditos bancários não comprovados, relativos a transferências bancárias (RIR/1999, arts. 287 e 288);

3. Pagamentos a beneficiários não identificados, contabilizados como transferências a conta bancária de titularidade da contribuinte (MR11999, art. 675, § 3º; Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, art. 61, § 3º);

4. Receitas de aluguel de máquinas não contabilizadas (Lei nº 9.249, de 1995, art. 24; RIR11999, arts. 251 e parágrafo único, e 288).

Sobre os valores submetidos à tributação, referentes a créditos bancários sem comprovação de origem, foi aplicada multa qualificada, por entender a fiscalização que a contribuinte teria praticado atos que se enquadram nos arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, incorrendo na hipótese prevista no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, quais sejam:

- Embaraço à fiscalização no início do procedimento fiscal;
- Escrituração de conta bancária inexistente no Deustch Bank, com fins de acobertar os valores que transitaram pela conta no Banespa;
- Apresentação de contratos de Cessão de Direitos Creditórios com diversas inconsistências, bem como de planilhas justificando créditos bancários por meio de desconto de duplicatas via Spinelli FIDC, sem qualquer relação com os valores creditados no banco;
- Créditos bancários sem comprovação de origem e demais receitas omitidas em valores contrastantes com a receita informada A Receita Federal do Brasil (RFB) na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) original (R\$ 0,00);
- Conduta reiterada de não prestar A RFB as informações previstas na DIPJ;
- Transferências efetuadas pela sócia e justificadas incoerentemente;
- Diversas incoerências verificadas nas justificativas dos créditos bancários, sem qualquer respaldo em documentação idônea;
- Passivo junto à CSN não contabilizado, bem como a quitação d parte do passivo escriturado com imóveis de propriedade dos sócios;
- Indistinação entre os patrimônios da empresa e dos sócios, verificada nos empréstimos sem formalidades, nos pagamentos não contabilizados, nas dações em pagamento à margem da escrituração.

Considerou o autuante que todos os elementos acima corroboram sua convicção de que não se pode considerar a completa omissão de informações à RFB como simples "erro humano" na digitação da DEPJ, como declara a contribuinte, mas antes demonstram as condutas previstas na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, arts. 1º e 2º.

A multa referente à omissão dos créditos bancários foi agravada pela falta de apresentação de livros, documentos e arquivos, sem justificativas ou esclarecimentos, de acordo com o previsto no RIR11999, art. 959, e na Lei nº 9.430, de 1996, art. 44.

tiveram tratamento contábil regular e que há inconsistência nos livros apresentados, o que os torna imprestáveis;

- o fato de a empresa ter apresentado o livro Razão é de suma importância, pois é cediço que nele se encontram escrituradas todas as operações fiscalizadas, e, no caso vertente, ele foi acompanhado do Livro Caixa, que trouxe declinada toda a movimentação financeira da contribuinte, dia a dia;

- a existência desses livros e a escrituração da movimentação financeira impediriam, em princípio, o arbitramento do lucro;

- o auditor-fiscal assaca que os livros seriam imprestáveis, diante de discrepâncias encontradas, entretanto, em nenhum momento, especifica quais seriam essas discrepâncias;

- até mesmo para fins de regularização por parte da contribuinte, as decisões administrativas devem ser fundamentadas, como determina a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, arts. 2º, parágrafo único, VII, e 50, § 1º;

- a agente fiscal argumenta em seu relatório que, nas relações das operações financeiras apresentadas pela contribuinte, haveria erro em algumas operações ou falta de justificativa;

- por outra via, em relação aos documentos apresentados, foram acompanhados dos esclarecimentos pertinentes;

- não obstante, nesse relatório foram citados outros documentos que seriam necessários ao convencimento da fiscalização, e o próprio contribuinte apresentou diversos documentos que não haviam sido solicitados quando das intimações, que não foram sequer considerados pela fiscalização;

- a omissão de receita ocorre apenas quando não há escrituração *das* operações financeiras ou a não comprovação da origem dos valores constantes de contas bancárias;

- na situação em tela, toda a movimentação foi escriturada, bem como a origem de todos os depósitos foi apontada, de forma que inevitável o afastamento da presunção de omissão de receitas;

- nem todo depósito efetuado em uma conta pode ser configurado como renda, portanto há movimentações financeiras da conta-corrente que não são necessariamente renda, pois empréstimos não são renda, por exemplo;

- são uníssonas, nesse sentido, as jurisprudências administrativas e judiciais, consoante Súmula nº 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR);

- conclui-se, portanto, que houve presunção no presente caso, sem quaisquer provas, não podendo ser aceito como correto;

- por suposta irregularidade na apresentação da declaração do imposto de renda, a empresa seria, quando muito, penalizada por infração ao descumprimento de obrigações acessórias, desde que não sanasse tal erro no prazo assinalado pela fiscalização;

- o fato de não haver registro regular desses livros não afasta a possibilidade de constatação da receita da contribuinte e, quando muito, justificaria a aplicação de uma penalidade por descumprimento de obrigação acessória, mas jamais afastaria as

informações deles constantes, o mesmo ocorrendo no que se reporta à declaração de imposto de renda de pessoa jurídica apresentada de forma equivocada;

- o equívoco perpetrado quanto à apuração da base de cálculo ocasiona cobrança de imposto sobre valor indevido, evidenciando exigência de imposto sem fato gerador, o que é expressamente proibido pela Constituição Federal (CF);

- a legislação federal é bastante clara quando limita a receita obtida pelas empresas de "factoring", como sendo *representada* pela "diferença entre a quantia expressa no título de crédito adquirido e o valor pago" (vide ADN Cosit nº51, de 1994);

- há erro no auto lavrado que nulifica o procedimento fiscal, conquanto são exigidos valores distorcidos da realidade, sendo que no caso do PIS e da Cofins, a situação é ainda mais gritante, pois há disposição legal *expressa, que define* a receita da empresa;

- no que se refere As receitas não operacionais, a autuante considerou que a empresa possuía uma dívida com a CSN e para tanto utilizou recursos próprios para o pagamento, representando assim "efetivo ingresso de valores na empresa fiscalizada";

- os bens imóveis que "seriam" utilizados para pagamento da dívida se encontram devidamente escriturados na contabilidade da empresa, informação que pode ser devidamente comprovada por meio dos lançamentos efetuados nos Livros Diário e Razão de 2002, cuja cópia já solicitou para sua contabilidade e deverá *ser* apresentada nos próximos dias;

- os bens oferecidos em "dação" para pagamento da indigitada dívida nunca saíram da empresa, ou seja, nunca foram efetivamente transferidos para a CSN, portanto o valor que foi calculado em relação As dívidas da Kofar Nordeste, conforme descrito no item "Dação em Pagamento", nunca foram quitadas, logo não há de se falar em "ingresso de valores" na empresa;

- no que se refere à apuração reflexa do PIS, Cofins e CSLL, quaisquer impropriedades incorridas quando da apuração de omissão de receitas estão produzindo efeitos confiscatórios, já que não se consegue comprovar com exatidão que o que foi apurado de "lucro" corresponde necessariamente a receitas;

- a agente fiscal não pode simplesmente, a seu exclusivo critério, formular exigência reflexa a título de demais impostos;

- inexigibilidade da Cofins e do PIS, em face de diversas inconstitucionalidades;

- nulidade do lançamento por falta de liquidez;

- a multa aplicada é excessivamente grave, não encontra respaldo na situação fática, sendo que a falta de proporcionalidade ao caso gera excesso, podendo ser caracterizada como confisco, que é proibido pela CF, art. 150, IV;

- conforme jurisprudência, o lançamento da multa qualificada de 150% deve ser minuciosamente justificado e comprovado nos autos, o *que* não ocorreu no presente caso; além disso, exige-se que o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos arts.71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, sendo inadmissível a qualificação da multa de (Aldo sobre a falta de comprovação da origem dos recursos depositados em conta-corrente bancária, a qual se trata de simples presunção de omissão de receitas, não caracterizando evidente intuito de fraude;

- o próprio CTN, art. 112, dispõe que a lei tributária que define infrações, ou lhe comine penalidades, se interpreta da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à capitulação legal do fato; à natureza ou às circunstâncias materiais do fato ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; à autoria, imputabilidade ou punibilidade; e à natureza da penalidade aplicável ou A. sua graduação;
- a penalidade, se ficar comprovado o cometimento da infração, deve equivaler a, no máximo, dez por cento do valor devido a título de tributo;
- cabe repudiar a taxa Selic como fator de juros, à vista de sua flagrante inconstitucionalidade;
- a recusa da Administração em reconhecer a ilegalidade em sede administrativa não é o posicionamento mais correto diante da lei vigente;
- mesmo a lei que regula os processos administrativos (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 56) disciplina dessa forma.

Requeru o reconhecimento da preliminar de nulidade da autuação fiscal ou, alternativamente, a alteração da base de cálculo utilizada, a exclusão do auto da tributação referente as contribuições sociais pela sua inconstitucionalidade, a substituição da multa aplicada em 225% por 10% e a substituição da taxa Selic por juros não superiores a 1%.

Posteriormente, em 02/06/2010, a contribuinte apresentou a petição de fl.2.369, requerendo a juntada dos documentos de fls. 2.370/2.418, que não acompanharam a impugnação protocolada em 31/05/2010.

Os senhores Antonio Carlos Settani Cortez e Cleide Pedrosa Cortez apresentaram, respectivamente, as impugnações de fls. 2.419/2.423 e 2.439/2.443, contra os Termos de Sujeição Passiva Solidária.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 14-31.413 (fls. 2.449-2.471) de 28/10/2010, por maioria de votos, julgou procedente o lançamento. A decisão foi assim ementada.

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Ano-calendário: 2005 DEPOSITO BANCÁRIO. OMISSÃO DE RECEITA. Evidencia omissão de receita a existência de valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÃO LEGAL. ONUS DA PROVA. A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

OMISSÃO DE RECEITAS NÃO OPERACIONAIS. DOAÇÃO. PAGAMENTO DE DÍVIDAS POR TERCEIROS. A quitação de dívidas da empresa por terceiros, não registradas na escrituração, constitui receita não operacional, por representarem ingressos não decorrentes das atividades operacionais que aumentam o patrimônio do donatário
ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2005 DECADÊNCIA. PAGAMENTO. IRPJ. CSLL. PIS. COFINS. O direito de a Fazenda Pública rever lançamento por

homologação extingue-se no prazo de 5 (cinco) anos, contados do fato gerador, no caso de haver pagamento antecipado do tributo e não ter ocorrido dolo, fraude ou simulação, caso contrário o prazo é contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. A cobrança de juros de mora está em conformidade com a legislação Vigente.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE. Mantém-se a multa por infração qualificada quando reste inequivocamente comprovado o evidente intuito de fraude.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Ano-calendário: 2005 INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO. A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.

NULIDADE. Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. Considera-se definitiva, na esfera administrativa, a exigência relativa a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS. COFINS. CSLL. Aplica-se à tributação reflexa idêntica solução dada ao lançamento principal em face da estreita relação de causa e efeito.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXCLUSÃO DE PESSOAS. FALTA DE COMPETÊNCIA. Não compete As Delegacias da Receita Federal de Julgamento a apreciação da exclusão de pessoas arroladas como responsáveis solidárias pelos tributos exigidos do contribuinte.”

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 07/01/2011 (A.R. de fl. 2.481), a interessada interpôs recurso voluntário em 27/01/2011 (fls. 2.485-2.543) onde repisa os argumentos trazidos em sede de impugnação, acrescentando questão preliminar sobre a impossibilidade de quebra do seu sigilo bancário da maneira como procedeu a fiscalização.

É o relatório.

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar.

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Há que se reconhecer, de início, que o presente processo traz, dentre outras, matéria relativa a acesso a dados bancários, sem ordem judicial, por parte da autoridade fiscal. É o que se constata nos autos com as requisições de informações sobre movimentação financeira, fls. 11 a 90.

Passo a enfrentar esse tópico específico me valendo dos fundamentos, que adoto como razões de decidir neste Voto, apresentados pelo i. Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva, que transcrevo abaixo.

“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, sem ordem judicial, por parte da autoridade fiscal.

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 (...)

§ 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.”

Por todo o exposto, voto por sobrestar o julgamento do presente processo, 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.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator.