



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

Processo nº 15540.000387/2010-44
Recurso nº
Resolução nº **1402-000.212 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 11 de setembro de 2013
Assunto IRPJ - Sigilo Bancário
Recorrente ELUANA PEREIRA TERRA DE CASTRO e OUTROS - Responsáveis solidários por MINDOURO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA (EXTINTA)
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. Ausente justificadamente o Conselheiro Paulo Roberto Cortez.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Carlos Pelá, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Leonardo de Andrade Couto.

Eluana Pereira Terra de Castro e Outros - Responsáveis solidários por MINDOURO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA (EXTINTA) recorrem a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 2ª Turma da DRJ Brasília/DF, 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*):

“Trata o presente processo dos autos de infração de fls. 04/51, lavrados no âmbito da Delegacia da Receita Federal de Niterói/RJ, em 25/08/2010, por meio dos quais estão sendo exigidos da interessada acima identificada, o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, no valor de R\$ 2.213.064,42 (fls. 04/07 e 18/25); a Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, no valor de R\$ 734.845,92 (fls. 26/33); a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, no valor de 1.220.974,79 (fls.34/43) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no valor de R\$ 3.391.596,69 (fls. 44/51), todos acrescidos de multa de 75% e juros de mora calculados até 30/07/2010. O valor total do crédito tributário constituído é R\$ 16.410.301,02, conforme demonstrativo de fl. 01.

A autuação fundou-se no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, em virtude do contribuinte regularmente intimado não ter comprovado, mediante documentação hábil e idônea a origem de depósitos bancários junto a instituições financeiras.

Como parte integrante do auto de infração veio o Termo de Verificação Fiscal (fls. 08/12), onde estão detalhadas as razões da autuação, que resume-se:

- a ação fiscal iniciou-se em 30/07/2009, em empresa EXTINTA, cujas atividades já haviam sido encerradas em 25/06/2007, conforme extrato da JUCERJA, motivada pela presença de movimentação financeira incompatível com a receita bruta declarada nos anos-calendário de 2005 a 2007;

- para que a desconstituição da pessoa jurídica seja considerada regular, não basta o atendimento dos ritos formais para a sua baixa no registro comercial e nos cadastros fiscais, sendo requisito legal para dissolução da sociedade, de acordo com o disposto nos arts. 1.102 e 1.109 da Lei nº 10.406/02 (Novo Código Civil), com o amparo das Leis Complementares 123 e 128, a quitação de todas as suas obrigações;

- não há como considerar regular a extinção de pessoa jurídica que tenha excluído do conhecimento do Fisco obrigações de sua responsabilidade enquanto em atividade - tanto é que a baixa no cadastro do CNPJ é aceita condicionalmente pela SRF, com ressalva expressa do direito à exigência de créditos tributários que venham a ser levantados posteriormente;

- a dissolução irregular de pessoa jurídica implica a substituição da sujeição passiva da PJ para os seus administradores;

- para esse efeito foi lavrado em separado Termo de Sujeição Passiva Solidária qualificando o(s) sócio(s) gerente(s) como sujeitos passivos solidários pelas obrigações tributárias da empresa MINDOURO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. – EXTINTA;

- os sujeitos passivos responderão pessoal e ilimitadamente pela dívida resultante dos atos praticados com infração à lei, e, por haver pluralidade de sujeitos passivos, a solidariedade tributária entre eles os obriga a cada deles a responder pela dívida toda;

- a ação fiscal, teve início em 28/10/2009, conforme AR do Termo de Início, assinado nesta data por um proposto (zelador) que se encontrava no endereço cadastral da sócia gerente ELUANA PEREIRA TERRA DE CASTRO (fls. 53 e 105/107);

- a via do termo de início enviada para o outro sócio gerente MIGUEL LOPES FILHO, foi devolvida ao remetente (fls. 108/110 e 141/142);

- desde então, vários Termos de Intimação e de Reintimação Fiscal foram devolvidos sem recebimento resultando, daí, que o Termo de Início de Fiscalização não foi atendido;

- diante da inércia da interessada, a fiscalização propôs a quebra do seu sigilo bancário, tendo sido expedidos ofícios requisitando extratos bancários e demais informações cadastrais às instituições financeiras (fls. 115/122);

- após o recebimento e análise da documentação foram expurgados os lançamentos de valores inexpressivos, bem como todos os outros que a própria natureza de seu histórico tais como estornos, transferências entre contas de mesma titularidade e etc., não indicam a ocorrência de receitas, e selecionados os créditos bancários a serem submetidos à auditoria fiscal;

- em seguida foi solicitada a expedição de MPF vinculado, em nome da sócia gerente ELUANA PEREIRA TERRA DE CASTRO, CPF nº 056.218.267-52;

- diante da impossibilidade de se dar ciência pessoal ou postal das intimações posteriores, a fiscalização cientificou a sócia gerente através de edital, para que justificasse e comprovasse a origem dos créditos selecionados para auditoria (fl. 123);

- não se obtendo qualquer resposta, foi solicitado novo MPF vinculado, em face a HUGO CECÍLIO DE CARVALHO, CPF nº 397.570.057-20, por ter sido comprovado, mediante instrumento público, que o mesmo foi procurador da fiscalizada, junto às instituições bancárias durante o período fiscalizado (fl. 139);

- em prosseguimento à ação fiscal foi realizada diligência e solicitação de documentos junto ao Sr. HUGO CECÍLIO DE CARVALHO, em 02/06/2010 (fls. 124/125), nos termos nela expostos, buscando entre outros elementos, esclarecer e justificar por escrito sua participação nos negócios da empresa supra citada;

- em resposta datada de 15/06/2010 (fls. 128/132), o contribuinte diligenciado respondeu à intimação, alegando, em resumo, que: *"a) o declarante foi empregado da firma Mindouro Comercial de Alimentos; b) por força do seu cargo lhe foi outorgada procuração conjunta com MARIANA NEVES PEREZ e PETER MALHEIROS MACIOKAS; c) em 27/04/2006, lhe foi cancelada a outorga da procuração, permanecendo na mesma apenas os outros outorgados; d) jamais se utilizou da procuração, não tendo assinado nenhum documento, muito menos qualquer cheque, empréstimo ou outro documento de crédito; f) que jamais fez parte da administração da empresa ou cargo de gerência; g) que atuou na função de empregado, subordinado ao mando dos sócios da empresa, como engenheiro; h) que procurou os donos na empresa "após receber o MPF supra", que eles de fato mudaram de endereço; que estava fornecendo o atual endereço dos sócios, com autorização de ambos; i) que esclarece não ser responsável tributário pela empresa extinta; j) que à época da extinção a empresa não tinha débitos de impostos."*

- a fiscalização verificou ainda, em face de referência à Sra. MARIANA NEVES PEREZ, CPF nº 083.309.327-45, citada na resposta do SR. HUGO, tratar-se de pessoa sem expressão econômica, não contribuinte, declarante como ISENTA, que, contudo, figura como sócia gerente de outra empresa, a saber, POSTO DE COMBUSTÍVEIS JARDIM ESPERANÇA LTDA., CNPJ 09.228.210/0001-06, juntamente com o menor HUGO MIQUELOTTI CECILIO DE CARVALHO, CPF 126.665.387-29, menor, filho do diligenciado (fls. 310/317);

- de posse do novo endereço da Sra. ELUANA PEREIRA TERRA DE CASTRO (fl. 130), de acordo com informação do Sr. HUGO, foi retomada a ação fiscal e, mediante Termo de Reintimação Fiscal, foi reiterada à sócia gerente da fiscalizada, ELUANA PEREIRA TERRA DE CASTRO, os termos da intimação anterior, para que, em novo prazo, justificasse e comprovasse a origem dos créditos bancários questionados (fls.148/150);

- em 10/08/2010 foi recebida resposta da sócia ELUANA PEREIRA TERRA DE CASTRO (fls. 306/309), discordando dos termos do Edital nº 32 e afirmando que podia ser encontrada se o fiscal tivesse recorrido ao cadastro de pessoa física da própria instituição da receita Federal do Brasil, "já que a mesma encontra-se com o endereço atualizado no referido cadastro" e solicitando prazo de 30 dias para atender à intimação relativamente aos anos de 2006 e 2007;

- em 12/08/2010 a fiscalização efetuou nova consulta ao cadastro de pessoas físicas, conforme documento acostado aos autos do processo, verificando que, ao contrário do que foi alegado pela sócia, o seu endereço permanece inalterado e desatualizado, constando nele seu antigo endereço - Av. Júlia Kubischek, nº 58, casa 205, CEP 28.905-000 - Jardim Flamboyant, Cabo Frio (fl. 03);

- por entender que o pedido de prorrogação tratava-se de mera medida protelatória, sem qualquer finalidade prática, solicitada por pessoa sem nenhuma expressão econômica ou capacidade gerencial, conforme demonstrado no Termo de Sujeição Passiva Solidária anexo ao Auto de Infração (fls. 13/17), foi denegado o pedido de prorrogação de prazo e apurada a matéria tributável;

- foi imputada ainda, através de termo próprio (fls. 13/17), responsabilidade tributária solidária aos seguintes contribuintes: a) ELUANA PEREIRA TERRA DE CASTRO, CPF nº 056.218.267-52, sócia-gerente; b) MIGUEL LOPES FILHO, CPF nº 003.494.358-71, sócio; c) HUGO CECÍLIO DE CARVALHO, CPF nº 397.570.057-20, procurador; d) MARIANA NEVES PEREZ, CPF nº 083.309.327-45; e) PETER MALHEIROS MACIOKAS, CPF nº 285.964.557-87, procurador.

Irresignada com a autuação a empresa apresentou, em 29/09/2010, a impugnação de fls. 346/371, instruída com os documentos de fls. 372/434, onde alega resumidamente que:

DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS - ao contrário do que diz a Fiscalização, todos os documentos estavam à sua disposição, não se justificando a lavratura do auto de infração, sem nenhuma explicação;

- o sigilo bancário do impugnante foi quebrado sem mandado judicial a respaldá-lo, sendo assim ilegal;

- o art. 42 da Lei nº 9.430 é categórico ao afirmar que se caracteriza também como omissão de receita ou rendimentos os valores creditados em conta de

depósito ou investimento mantido junto à instituição financeira, em relação aos quais a pessoa física ou jurídica não comprove, mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações, mas que não lhe foi dada a oportunidade de fazer esta comprovação, pois o fiscal sequer deu-se ao cuidado de examinar os livros, tendo emitido o auto de infração e imposição de multa e remetido via postal ao contribuinte;

- a comprovação mais idônea, mais perfeita, mais regular da origem dos depósitos é certificada pela própria fiscalização, ao cotejar extratos e livros contábeis, não cabendo qualquer exigência por falta de comprovação de sua origem, visto que a própria Fiscalização não se deu ao trabalho de ver os livros e documentos, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal;

- cita acórdãos do Conselho de Contribuintes determinado o cancelamento de autos de infração emitidos sem que fique, cabalmente demonstrado que não ficou comprovada a origem dos depósitos (fls. 351/352);

- que o Fisco não pode arbitrar com base nos extratos bancários sem intimar os sócios da empresa para comprovar a origem dos depósitos;

- que o lucro presumido é apurado mediante a aplicação do percentual de 8% sobre a receita bruta auferida, havendo as exceções de acordo com a atividade e nos termos do dispositivo do art. 31 da Lei nº 8.981/95;

- a opção pelo lucro presumido não é argumento para justificar a tributação de receita, pois se trata de opção, ou seja, faculdade alternativa do contribuinte ao montante real em que é apurado o lucro tributável, sem considerar despesas e custos;

- o imposto de renda só pode ser apurado quando constatado acréscimo patrimonial, o que não se observa na presente autuação;

- transcreve acórdão do Conselho de Contribuintes para alegar que os depósitos bancários não são, por si só, rendimentos tributáveis, cabendo ao Fisco demonstrar tratar-se de receitas à margem da contabilidade;

- o contribuinte pessoa física não foi regularmente intimado, já que possui endereço conhecido na sua declaração de renda da pessoa física do sócio gerente, apresentada tempestivamente e não teve o mesmo à oportunidade de apresentar os livros e documentos que estavam escriturados em ordem e conforme determina o RIR;

- as atribuições da fiscalização não são absolutas e não podem suprimir o direito ao sigilo bancário do contribuinte;

- é inconstitucional o dispositivo legal que autoriza a quebra de sigilo bancário por Decreto pela administração (LC nº 105/2001, art. 5º);

- não há que se invocar, na defesa dos dispositivos da LC nº 105/2001, que não haveria propriamente uma quebra de sigilo, mas apenas uma transferência desse sigilo para o Fisco;

- O Tribunal Federal de Recursos, através da Súmula 182, consolidou o entendimento segundo o qual "é ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em depósitos bancários"; - argumenta ainda, com base em julgados do Conselho de Contribuintes, que o fato meramente alegado de cuja ocorrência não é

demonstrado não tem o condão de obrigar o contribuinte, sendo patente no caso presente o vício na formação do ato administrativo;

- traz à colação julgamento realizado em 2.2.1994, pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu no Recurso Especial nº 37.566-5 - RS, para enfatizar que o sigilo bancário do contribuinte não pode se quebrado com base em procedimento administrativo fiscal (fls. 360/361).

DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA - não pode haver a sujeição passiva solidária dos sócios ou procuradores, uma vez que a sociedade foi baixada legalmente na Junta Comercial do Estado, no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), no Estado, Previdência e Município, sem ter nenhum débito, sendo regular a sua extinção;

- o fato de a baixa do CNPJ ser aceita condicionalmente pela SRF, com ressalva expressa do direito à exigência de créditos tributários que venham a ser levantados posteriormente, não presume a dissolução irregular da sociedade, já que foram atendidas todas as exigências para a sua extinção obtendo a baixa regular de seus cadastros e inscrições;

- o art. 135 do CTN diz que os sócios e procuradores somente podem ser responsabilizados pelos créditos correspondentes à obrigação tributária resultante de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, o que não se vislumbra no caso concreto;

- ao contrário do que alega a Fiscalização os sócios encerraram as atividades da empresa regularmente, recolheram todos os impostos devidos, e providenciaram as baixas na Junta Comercial do Estado, Secretária da Receita Federal, Secretaria da Receita Estadual e Previdência, não havendo assim infringência ao art. 135 do CTN, não sendo lícito a Sujeição Passiva solidária dos sócios e procuradores;

- para se imputar a solidariedade aos sócios há que se demonstrar a prática de atos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social, ou estatutos, o que não restou evidenciado no presente processo;

- o ônus da prova quanto à responsabilidade atribuída aos sócios é do Fisco, que não logrou êxito nesta tarefa;

- a simples falta de pagamento do tributo não pode levar à responsabilização dos sócios, há que se verificar se esta decorreu da prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social, ou ao estatuto;

- neste mesmo sentido, o artigo 158 da Lei da Sociedade por Ações declara que o administrador não é pessoalmente responsável por obrigações contraídas em nome da sociedade, por decorrência de ato irregular de gestão;

- a obrigação não pode ser imputada aos sócios, já que estes encerraram regularmente a sociedade;

- o entendimento jurisprudencial predominante é no sentido de que, com exceção dos casos expressamente previstos em lei, os sócios não respondem pelos tributos da pessoa jurídica;

- a responsabilidade tributária de terceiros disciplinada nos artigos 134 e 135, do CTN foi bastante minucioso a ponto de dispensar à matéria dois artigos divididos em 10 incisos e um parágrafo;

- se for admitida a aplicação ampla dessa norma legal, estaria revogada a responsabilidade subsidiária prevista no "caput" do artigo 134, bem como não haveria mais necessidade de verificar se o ato foi praticado com excesso de poder ou infração de lei ou estatuto social, para a aplicação da solidariedade tributária de terceiros;

- questiona se um simples parágrafo (4º) inserido no artigo 78 da LC 123/06, cujo "caput" nada trata de responsabilidade tributária de terceiros, tem alcance suficiente para disciplinar e revogar a matéria tratada nos artigos 134 e 135 do CTN;

SEPARAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DA PESSOA JURÍDICA E DE SEUS SÓCIOS E PROCURADORES - como regra geral, o patrimônio e a responsabilidade da pessoa jurídica não se comunicam com a dos seus sócios, salvo nas situações especiais previstas em lei;

- transcreve parte do Código Civil, para alegar que este disciplina a responsabilidade dos sócios, nos diversos tipos de sociedades, indicando em que situação o sócio responde solidariamente, ou não, nesse sentido;

DA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA OFICIALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE - alega que a administração de vê observar os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de seus cinco elementos constitutivos, quais sejam: objeto, motivo, forma, finalidade e competência, para só assim entrar no ordenamento jurídico;

- a autuação não seguiu tais princípios;

- que a autuação não seguiu os determinado no artigo 10 do Decreto 70.235/72;

- a autoridade administrativa fiscal incorreu em excesso de poder, que caracteriza abuso de autoridade visto que tal autoridade agiu de forma contrária aos comandos normativos explicitados na Lei nº 9.784/99 e no artigo 10 do Decreto nº 70.235/72, devendo a autuação ser cancelada de plano.

DO PEDIDO FINAL - finaliza requerendo o cancelamento integral da autuação, bem como a exclusão dos sócios da responsabilidade que lhes foi atribuída, com o conseqüente arquivamento do processo.

Juntei aos autos os documentos de fls. 440/441.

É o relatório.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 12-35.637 (fls. 447-470) de 10/02/2011, por unanimidade de votos, julgou procedente o mérito da autuação. A decisão foi assim ementada.

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2005, 2006, 2007 OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS. Caracterizam omissão de receita os valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular - sujeito passivo - regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

RESPONSABILIDADE PESSOAL. ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO. É pessoalmente responsável pelos tributos exigidos da pessoa jurídica, o sócio ou representante que tenha praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

PIS. COFINS. CSLL. DECORRÊNCIA. Ressalvados os casos especiais, os lançamentos reflexivos colhem a sorte daquele que lhes deu origem, na medida em que não há fatos ou argumentos novos a ensejar conclusões diversas.”

Da aludida decisão foram cientificados os coobrigados nas seguintes datas: Hugo Cecílio de Carvalho, em 29/11/2012 (A.R. de fl. 622), Mariana Neves Perez, em 28/11/2012 (A.R. de fl. 623), Peter Malheiros Macioka, em 29/11/2012 (A.R. de fl. 624), Miguel Lopes Filho, edital afixado em 27/12/2012 e desafixado em 11/01/2013 (fl. 674). Apresentaram recurso voluntário: Hugo Cecílio de Carvalho, em 10/12/2012 (fls. 642 a 655), Mariana Neves Perez, em 18/12/2012 (fls. 658 a 671), Mindouro Comercial de Alimentos Ltda, em 18/12/2012 (fls. 626 a 639), onde repisam os argumentos trazidos em sede de impugnação.

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. 115 a 122.

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.