



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

Processo nº 19515.003445/2010-50
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1302-000.226 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 06 de março de 2013
Assunto SOBRESTAMENTO
Recorrente EMAC EMPRESA AGRICOLA CENTRAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros da **3ª câmara / 2ª turma ordinária** da primeira **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade, sobrestar o julgamento, nos termos do art. 62-A do RICARF.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Presidente

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros presentes Alberto Pinto Souza Junior, Paulo Roberto Cortez, Marcio Rodrigo Frizzo, Waldir Veiga Rocha, Guilherme Pollastri Gomes da Silva e Eduardo de Andrade.

Relatório

O presente processo foi iniciado para verificação de movimentação financeira incompatível com a receita declarada pela contribuinte nos anos-calendários de 2005. Apurou a fiscalização infrações que resultaram em lançamentos de IRPJ, CSLL, COFINS e PIS, no valor de R\$ 21.869.999,44, aí já incluídos os juros de mora e multa regulamentar e agravada, em razão de omissão de receita presumida como previsto no art. 46 da Lei 9430/96.

Conforme Termo de Verificação Fiscal de fls., em fiscalização junto à contribuinte relativa ao ano calendário de 2005, verificou-se que intimada e re-intimada a fiscalizada não atendeu às solicitações do AFRE, ocasionando o lançamento de ofício, com o agravamento de 50% das multas previstas nos incisos I e II do caput do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

Considerando que, a fiscalizada deixou de atender quase que integralmente ao solicitado no Termo de Re-Intimação Fiscal, a fiscalização lavrou o Termo de Embaraço à Fiscalização.

Em prosseguimento ao procedimento foram expedidas RMF's, relativamente ao ano-calendário de 2005, ao BANCO BRADESCO S.A., ao UNIBANCO e ao BANCO INDUSTRIAL E COMERCIAL S.A. BICBANCO, bancos nos quais a fiscalizada teve movimentação financeira.

De posse das informações prestadas pelos bancos, foram ordenados os depósitos efetuados nas contas da fiscalizada no ano de 2005.

Em 31/07/2008 a fiscalizada entregou livros, documentos e arquivos magnéticos, onde se verificou que as contas bancárias mantidas nas agências do BICBANCO e do Bradesco, não integravam a escrituração contábil da mesma.

Visando corroborar as informações de receitas transcritas nos Livros Registro de Saídas apresentados pela fiscalizada, abrangendo as filiais de Campos dos Goytacazes/RJ e de Brasilândia/MS, oficiou-se aos Secretários da Fazenda dos Estados do Rio de Janeiro e do Mato Grosso do Sul, no sentido de que fossem fornecidas à fiscalização cópias das GIA's relativas aquele ano.

Recebidas as respostas dos ofícios citados, a fiscalização verificou que os valores das receitas mensais declaradas pela fiscalizada nas GIA's do Estado do Rio de Janeiro conferiam com as informações transcritas nos Livros Fiscais de Registro de Saídas e de Apuração do ICMS da filial de Campos dos Goytacazes. No entanto, a Declaração Anual do Produtor – DAP, protocolada pela fiscalizada junto à Secretaria de Estado da Fazenda de Mato Grosso do Sul, apresentava valor total de saídas ligadas à comercialização de cana-de-açúcar no montante de R\$ 20.015.493,75, superior às saídas transcritas no Livro Fiscal de Registro de Saídas da filial de Brasilândia, que totalizava apenas R\$ 11.622.919,53.

Em 01/04/2009, foi lavrado Termo de Intimação Fiscal relativamente aos 3 bancos com os quais a fiscalizada possuía movimentação financeira e a fiscalizada não atendeu e não comprovou a origem dos créditos lançados em suas contas bancárias.

Vale lembrar que a contribuinte, no início da fiscalização, estava em situação de omissa, e sob fiscalização, entregou a declaração em 05/05/2008, porém, continuou omissa em relação à entrega de DCTF.

Tendo em vista o não atendimento ao solicitado, particularmente a não comprovação quanto à origem dos créditos lançados nas suas contas bancárias, a fiscalização classificou como receita de vendas omitida pela empresa em 2005 o montante de R\$ 17.044.219,14, relativo ao faturamento da filial de Campos dos Goytacazes e classificou como receita de vendas o montante de R\$ 20.015.493,75, relativo ao faturamento realizado pela filial Brasilândia/MS.

Classificou ainda como receita de vendas o montante de R\$ 9.288.336,00, representado pela soma de créditos em contas bancárias, os quais, de acordo com o teor dos históricos dos lançamentos, indicavam serem oriundos do faturamento da empresa.

Portanto, o total classificado como receita de vendas omitida pela empresa em 2005 foi de R\$ 46.348.048,89, conforme demonstrado na planilha de fl. 92;

Do total de R\$ 93.736.155,05 de créditos bancários sem comprovação de origem pela empresas, retirados os R\$ 46.348.048,89 classificados como receita de vendas omitida, restaram R\$ 47.388.106,16 de créditos bancários sem comprovação, conforme as planilhas de fl. 109.

Em face do exposto, foram efetuados os seguintes lançamentos, relativos ao ano-calendário de 2005:

Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ)			
Auto de Infração	fls. 170/180		
Fundamento legal	artigos 27, inciso I, e 42 da Lei nº 9.430/96; e artigos 530, 532 e 537 do RIR/99		
Crédito Tributário (em reais)	2.225.667,63	Imposto	
	3.728.273,33	Multa proporcional	
	1.328.351,06	Juros de mora (cálculo até 30/09/2010)	
	7.282.292,02	TOTAL	
Contribuição para o PIS			
Auto de Infração	fls. 181/191		
Fundamento legal	artigos 1º e 3º da Lei Complementar nº 7/70; artigo 24, §2º, da Lei nº 9.249/95; e artigos 2º, inciso I, alínea "a" e § único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524/2002		
Crédito Tributário (em reais)	609.284,88	Contribuição	
	1.024.365,42	Multa proporcional	
	373.198,95	Juros de mora (cálculo até 30/09/2010)	
	2.006.849,25	TOTAL	
Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS)			
Auto de Infração	fls. 192/202		
Fundamento legal	artigos 2º, inciso II e § único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524/2002		
Crédito Tributário (em reais)	2.812.084,51	Contribuição	
	4.727.841,55	Multa proporcional	
	1.722.457,34	Juros de mora (cálculo até 30/09/2010)	
	9.262.383,40	TOTAL	
Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL)			
Auto de Infração	fls. 203/214		
Fundamento legal	artigo 2º, e §§, da Lei nº 7.689/88; artigo 24 da Lei nº 9.249/95; artigo 29 da Lei nº 9.430/96; e artigo 37 da Lei nº 10.637/2002		
Crédito Tributário (em reais)	1.012.350,44	Contribuição	
	1.702.022,98	Multa proporcional	
	604.101,35	Juros de mora (cálculo até 30/09/2010)	
	3.318.474,77	TOTAL	
Crédito Tributário Total (em reais)			
Consolidado até 30/09/2010	7.282.292,02	IRPJ	
	2.006.849,25	PIS	
	9.262.383,40	COFINS	
	3.318.474,77	CSLL	
	21.869.999,44	TOTAL	

Cientificada dos lançamentos em 29/10/2010, a contribuinte apresentou, em 29/11/2010, impugnação alegando, em síntese, o seguinte:

- que nada deve ao Fisco a título de IRPJ sobre os valores depositados/creditados nas referidas instituições financeiras no ano calendário de 2005, pois tais valores referem-se a financiamentos e vendas de cana de açúcar.

- que a impugnante obteve junto ao BRADESCO um financiamento (FINAME) para aquisição de maquinário agrícola em 2005.

- que desse modo, os valores depositados/creditados naquela instituição, constantes dos extratos apresentados para a autoridade fiscal, referem-se a financiamento obtido junto ao próprio BRADESCO, para aquisição de maquinário.

- que não existe razão para tributação de um valor, creditado em agência bancária, que seja proveniente de empréstimo, pois tal operação não representa ganho de capital.

- que os valores creditados no BICBANCO e no UNIBANCO, referem-se à compra e venda de cana de açúcar, sendo que todos os impostos devidos foram recolhidos no momento da realização das operações, não havendo que se falar em incidência de IRPJ sobre estes valores, sob pena de se impor à impugnante uma bitributação

- que não sendo devido o tributo principal, mostra-se indevida a cobrança dos tributos reflexos PIS, COFINS e CSLL.

- a jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal Federal veda peremptoriamente a cobrança de tributos sobre álcool hidratado para fins carburantes e, conseqüentemente, veda a cobrança de tributos sobre os produtos destinados à sua fabricação.

- o PIS, a COFINS e a CSLL são contribuições que se destinam ao financiamento da seguridade social, tanto que a Lei Complementar nº 70/91 foi editada com fundamento no artigo 195, I, da CF/88. Mas, embora definida pela Magna Carta como contribuição, nossos tribunais vêm reconhecendo que a sua natureza é tributária, desta feita, não podem ser exigidas nas operações realizadas com derivados de petróleo ou combustíveis, sob pena de violar a norma. Nem se diga que a exigência destes tributos se validaria porque tais contribuições incidem sobre o faturamento e não sobre operações, de modo que a vedação contida no artigo 155, § 3º, da CF/88 não se aplicaria. A impugnante produz e comercializa cana de açúcar destinada a produção de álcool hidratado para fins carburantes, sendo o seu faturamento representado por operações de venda desse produto. Ou seja, a incidência do tributo sobre o faturamento implicaria na tributação da operação de venda do combustível, terminantemente vedada pela Constituição.

- que a fiscalização, ao realizar o levantamento, não o fez de maneira correta, e o auto é nulo de pleno direito, não só porque os dados ali discriminados não foram transportados corretamente, como também porque os cálculos estão totalmente equivocados.

- a fiscalização limitou-se a calcular supostas contribuições sobre valores arbitrados a critério pessoal da autuante.

- pretende a Fazenda cobrar um tributo sobre uma operação que não constitui fato gerador de IRPJ, não havendo que se falar em lançamento de ofício por omissão de receita, ou mesmo em arbitramento de lucro, pois todas as informações foram devidamente prestadas por meio de escrituração contábil.

- sobre os valores originais, foi aplicada multa, tornando o pagamento do débito extremamente oneroso, já que não existe o dolo. Logo, não devem prevalecer as multas impostas.

- outrossim, o arbitramento do lucro procedido pelo agente fiscalizador deve ser desconsiderado, tendo em vista que os números ali apresentados não condizem com a realidade fática.

- a impugnante está acobertada pela imunidade constitucional prevista no § 3º, do artigo 155 da CF/88, não devendo, por isso, prosperar o presente Auto de Infração. Ficam impugnados os cálculos dos juros, que não podem ser acima do permitido legal de 1% ao mês, e as multas confiscatórias, estipuladas à taxa absurda de 225% e 112,5%.

A 5ª Turma da DRJ/SP1 julgou por unanimidade, procedente em parte a impugnação e recorreu de ofício por força da legislação vigente, alegando em síntese o seguinte:

- que da análise do caso em tela, se verifica a íntima relação de causa e efeito entre a autuação do IRPJ e dos demais tributos (PIS, COFINS e CSLL), e por isso a presente decisão se estende, *mutatis mutandis*, a esses tributos.

- sobre o assunto nulidade dos Autos de Infração, há que se observar o disposto nos artigos 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72. Os dispositivos mostram que, no tocante ao lançamento, só pode haver nulidade se o ato for praticado por agente incompetente.

- a apuração de omissão de receitas com base em depósitos bancários é regida pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/96, devendo ser tributada a título de IRPJ, PIS, COFINS e CSLL, nos termos do § 2º do referido artigo.

- a fiscalização apurou depósitos bancários não oferecidas à tributação; e depósitos não comprovadamente oriundos da atividade da empresa, considerados, por presunção legal, receita omitida, conforme a seguir demonstrado:

	Receitas da atividade	Depósitos não da atividade
jan/2005	1.543.318,51	6.746.192,58
fev/2005	827.555,19	7.354.074,66
mar/2005	1.710.581,19	9.816.881,24
1º Trimestre	4.081.454,89	23.917.148,48
abr/2005	1.924.971,94	13.686.498,81
mai/2005	5.217.176,58	758.260,77
jun/2005	1.685.201,49	78.520,28
2º Trimestre	8.827.350,01	14.523.279,86
jul/2005	7.781.385,23	1.614.369,74
ago/2005	8.054.581,84	1.656.419,29
set/2005	6.856.727,21	3.845.135,84
3º Trimestre	22.692.694,28	7.115.924,87
out/2005	3.240.853,50	340.313,92
nov/2005	1.540.381,19	731.187,14
dez/2005	5.965.315,08	760.251,86
4º Trimestre	10.746.549,77	1.831.752,92
Total	46.348.048,95	47.388.106,13

- dessa forma, tendo sido a contribuinte regularmente intimada e re-intimada, cabe a ela o ônus de comprovar, através de documentos hábeis e idôneos, que os créditos efetuados em suas contas bancárias não são receitas tributáveis ou que já foram devidamente tributadas.

- com relação à alegação de que os valores depositados no BRADESCO referem-se a financiamento obtido junto ao banco, para aquisição de maquinário agrícola, não representando

ganho da empresa, a contribuinte não trouxe aos autos nenhuma prova nesse sentido, nem durante a ação fiscal nem na impugnação.

- a contribuinte também não traz aos autos nenhuma documentação comprobatória de que, com relação aos valores creditados junto ao BICBANCO e ao UNIBANCO, teria recolhido os tributos no momento da realização das operações de compra e venda de cana de açúcar e que todas as informações foram devidamente prestadas por meio de escrituração contábil.

- também não procede a alegação de erro na apuração da matéria tributável. Os valores considerados como receitas omitidas foram obtidos nos extratos bancários nos quais a fiscalizada teve movimentação financeira e encontram-se reproduzidos nos Termo de Intimação Fiscal e foram exatamente esses valores que serviram de base para a apuração dos tributos, inexistindo, portanto, o alegado erro na apuração da matéria tributável.

- assim, não logrando a contribuinte comprovar, através de documentos hábeis e idôneos, que os créditos efetuados em suas contas bancárias não são receitas tributáveis ou que já foram devidamente tributadas, há que se manter integralmente a autuação por omissão de receita, não elidida pela impugnante.

- a alegação da impugnante em relação à imunidade também não procede, pois essa imunidade se refere a operações (como no caso da industrialização / IPI), que não se confundem com o faturamento (base de cálculo do PIS e da COFINS), nem com o lucro (ponto de partida para a apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL).

- a propósito da questão, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pela constitucionalidade da inserção das empresas referidas no artigo 155, § 3º da CF/88 no campo de incidência das contribuições sociais:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. COFINS E CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS A ENERGIA ELÉTRICA, SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES, DERIVADOS DE PETRÓLEO, COMBUSTÍVEIS E MINERAIS DO PAÍS. IMUNIDADE. INEXISTÊNCIA.

I. A COFINS e a contribuição para o PIS, na presente ordem constitucional, são modalidades de tributo que não se enquadram na de imposto, e como contribuições para a seguridade social não estão abrangidas pela imunidade prevista no artigo 150, VI, da Constituição Federal nem são alcançadas pelo princípio da exclusividade consagrado no § 3º do artigo 155 da mesma Carta. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AGRE224957/AL)

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. DISTRIBUIDORAS DE DERIVADOS DE PETRÓLEO, MINERADORAS, DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA E EXECUTORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. C.F., art. 155, § 3º. Lei Complementar nº 70, de 1991.

I. Legítima a incidência da COFINS e do PIS sobre o faturamento da empresa. Inteligência do disposto no § 3º do art. 155, C.F., em harmonia com a disposição do art. 195, caput, da mesma Carta. Precedente do STF: RE 144.971DF, Velloso, 2ª T., RTJ 162/1075.II. R.E. conhecido e provido.” (Recurso Extraordinário 230.3377/ RN, Tribunal Pleno, em 01/07/1999)

- improcede, portanto, a alegação de imunidade, relativa ao IRPJ, PIS, à COFINS e à CSLL, decorrente da aplicação do artigo 155, § 3º, da CF/88.

- com relação às multas de ofício constante nos lançamentos comporta a aplicação da multa de ofício de 225% para os valores lançados a título de receita de vendas omitida pela empresa, e da multa de ofício de 112,5% para os valores lançados a título de depósitos bancários de origem não comprovada.

- em relação à multa por falta de pagamento de 75%, houve 2 tipos de “agravamentos”, um, pela fraude no caso de omissão de receitas oriundas da atividade da empresa, e outro, pelo não atendimento às intimações.

- com relação ao agravamento da multa pelo não atendimento às diversas intimações, há que se manter o agravamento de 50% previsto § 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96. Já em relação ao agravamento decorrente de fraude, entendo ser descabido, por falta de comprovação da existência de dolo, isto porque a existência de depósitos bancários não comprovados pela contribuinte autoriza, na forma do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, a presunção de omissão de receitas, mas não a presunção de fraude.

- neste caso cabe à fiscalização comprovar, cabalmente, o intuito de fraude, exigido pelo inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, para o agravamento da multa de ofício, o que não ocorreu. Destaque-se que a Súmula nº 14 do CARF dispõe que :

“Súmula CARF nº 14: *A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo*”.

Além disso, para que a multa de ofício seja agravada, a contribuinte deveria ter infringido os artigos 71, 72 ou 73 da Lei nº 4.502/64, fato esse que não resta caracterizado nos autos.

- portanto, não há que se falar em qualificação da multa de ofício nas hipóteses de mera omissão de rendimentos sem a devida comprovação do intuito de fraude.

- o cálculo dos juros de mora com base na taxa SELIC tem previsão legal e já está sumulado.

- diante do exposto, se considerou PROCEDENTE EM PARTE A IMPUGNAÇÃO, para reduzir a multa de ofício de 225% alterada para 112,5% (multa de 75% agravada em 50%), conforme a seguir e recorreu de ofício:

	Exigido (a)	Exonerado (a)	Mantido (a)
IRPJ	2.225.667,83	0,00	2.225.667,83
Multa IRPJ	3.728.273,33	1.224.397,25	2.503.876,08
PIS	609.284,88	0,00	609.284,88
Multa PIS	1.024.365,42	338.919,93	685.445,49
COFINS	2.812.084,51	0,00	2.812.084,51
Multa COFINS	4.727.841,55	1.564.246,48	3.163.595,07
CSLL	1.012.350,44	0,00	1.012.350,44
Multa CSLL	1.702.022,98	563.128,74	1.138.894,25

Intimada da decisão da 5ª Turma da DRJ/SP, a Contribuinte não se manifestou sobre a mesma.

Voto

Conselheiro Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator

Conheço do recurso de ofício por preencher todos os requisitos do Decreto nº 70.235/72.

Consta no Termo de Verificação Fiscal às fls. 239 que: “em prosseguimento, foram expedidas RMF – Requisições de Movimentação Financeira, relativamente ao ano calendário de 2005, ao BANCO BRADESCO S.A, UNIBANCO-UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A e BANCO INDUSTRIAL E COMERCIAL S.A. - BICBANCO, bancos nos quais a fiscalizada teve movimentação financeira, de acordo com os dados constantes dos sistemas informatizados da RFB (ANEXO 1 a este Processo, volumes 01 a 07). De posse das informações prestadas pelos bancos, foram ordenados os depósitos efetuados nas contas da fiscalizada no ano de 2005”.

Em que pese não constar entre as argumentações trazidas pela recorrente a questão da solicitação dos dados bancários diretamente pelo órgão fiscalizador, pelas disposições regimentais previstas nos §2º e 3º, inciso I, do art. 2º da Portaria CARF nº 001 de 03/jan/2012, aprecio, a possibilidade de prosseguimento do julgamento submetido a este Colegiado.

Determina a Portaria CARF nº 001, de 03/01/2012, o seguinte:

Art. 1º. Determinar a observação dos procedimentos dispostos nesta portaria, para realização do sobrestamento do julgamento de recursos em tramitação no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, em processos referentes a matérias de sua competência em que o Supremo Tribunal Federal – STF tenha determinado o sobrestamento de Recursos Extraordinários – RE, até que tenha transitado em julgado a respectiva decisão, nos termos do art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.

Parágrafo único. O procedimento de sobrestamento de que trata o caput somente será aplicado a casos em que tiver comprovadamente sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal – STF o sobrestamento de processos relativos à matéria recorrida, independentemente da existência de repercussão geral reconhecida para o caso.

Art. 2º. Cabe ao Conselheiro Relator do processo identificar, de ofício ou por provocação das partes, o processo cujo recurso subsuma-se, em tese, à hipótese de sobrestamento de que trata o art. 1º.

.....

§ 2º. Sendo suscitada a hipótese de sobrestamento durante a sessão de julgamento do processo, o incidente deverá ser julgado pela Turma, que poderá:

I – decidir pelo sobrestamento do processo do julgamento do recurso, mediante resolução; ou

II – recusar o sobrestamento e realizar o julgamento do recurso.

§ 3º. Na ocorrência de sobrestamento, nos termos dos §§ 1º e 2º, as respectivas Secretarias de Câmara deverão receber os processos e mantê-los em caixa específica, movimentando-os para a atividade SOBRESTADO.

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:

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 26A, § 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. 26A. 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.

Os citados embargos foram recebidos por despacho datado de 07/10/2011 e ainda encontram-se pendentes de julgamento. Assim, estamos 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 542B, 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 543B, do CPC, o qual transcrevo:

Art. 543B.

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.

Reconhecida a repercussão geral, à luz do parágrafo único do artigo 543B, 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 543B.

O sobrestamento dos processos pendentes de julgamento nos tribunais estaduais ou regionais decorre da lei, isto é, no caso do STF, do artigo 543B, parágrafo único e, no caso do STJ, do art. 543C, 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 543C, 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 543B e 543C, 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. 543B 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. 543B 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 543B, CPC, que ao se reportar aos tribunais de origem usa as expressões “**sobrestando os demais processos até o pronunciamento definitivo da corte.**”

Há que se perceber a diferença entre sobrestar os demais processos na origem (art. 543B, parágrafo único, do CPC) e, determinar a devolução dos demais aos tribunais de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543B 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 15122010.

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 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. 4950).

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 601.314RG/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. 543B do CPC, visto que no recurso extraordinário discute-se questão idêntica à apreciada no RE 601.314RG/SP. (grifei).

A devolução dos autos ao Tribunal de origem para que se aguarde a decisão do RE 601.314/MG, nos termos do 543B, 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 62A, § 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. 543B, 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. 543B 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. 543B do CPC, visto que no recurso discute-se questão idêntica à apreciada no RE 601.314RG/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 543B, do CPC, a conclusão a que chego é que tal procedimento corresponde ao sobrestamento previsto no artigo 62A, § 1º, do Regimento Interno do Carf.

Portanto, conduzo meu voto no sentido de SOBRESTAR o julgamento dos presentes autos, nos termos do disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 62 A do Regimento Interno, e o encaminhamento à Secretaria da Câmara para as providências de que trata o § 2º e 3º, inciso I, do art. 2º da Portaria CARF nº 001/2012.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator