



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
 SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

**Processo n°** 10120.008397/2007-50  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2801-003.787 – 1ª Turma Especial  
**Sessão de** 4 de novembro de 2014  
**Matéria** IRPF  
**Recorrente** ESUPERIO SEBASTIAO DE CAMPOS AGUILAR  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF**

Exercício: 2003,2004

LEI COMPLEMENTAR Nº 105 de 2001. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS DIRETAMENTE AO FISCO. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. REQUISIÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. PROCEDIMENTO FISCAL.

A Constituição Federal de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da personalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

Quando o Fisco, nos termos da Lei Complementar nº 105, de 2001, recebe diretamente das instituições financeiras informações sobre a movimentação das contas bancárias dos contribuintes, sem prévia autorização judicial, mas com regular procedimento fiscal instaurado, constatada sua imprescindibilidade a juízo da autoridade administrativa competente, e não há decisão definitiva do Poder Judiciário dizendo da inconstitucionalidade de tal dispositivo, nos casos que foram especificados e regulamentados por normas posteriores, sustentar que a expressão “diretamente ao Fisco” deve ser interpretada no sentido de que “desde que haja ordem judicial” é, *data venia*, negar aplicação da lei.

**IRPF. DECADÊNCIA.**

O imposto de renda pessoa física é tributo sujeito ao regime do denominado lançamento por homologação, sendo que o prazo decadencial para a constituição de créditos tributários é de cinco anos, quando há antecipação de pagamento, contados do fato gerador, que ocorre em 31 de dezembro de cada ano-calendário. Ultrapassado esse lapso temporal, sem a expedição de lançamento de ofício, opera-se a decadência, a atividade exercida pelo

contribuinte está tacitamente homologada e o crédito tributário extinto, nos termos do artigo 150, § 4º e do artigo 156, inciso V, ambos do CTN.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITO BANCÁRIO. PRESUNÇÃO. SÚMULA CARF Nº 26:

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei Nº- 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM.

Não Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITO IGUAL OU INFERIOR A R\$ 12.000,00. LIMITE DE R\$ 80.000,00.

Para efeito de determinação do valor dos rendimentos omitidos, não será considerado o crédito de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00, desde que o somatório desses créditos não comprovados não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00, dentro do ano-calendário.

Preliminares Rejeitadas.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de prova ilícita por quebra de sigilo bancário. Vencidos os Conselheiros Carlos César Quadros Pierre (Relator) Flavio Araujo Rodrigues Torres que acolhiam a preliminar. Designado para redigir o voto vencedor nessa parte o Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada. No mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Marcio Henrique Sales Parada e Marcelo Vasconcelos de Almeida que davam provimento ao recurso em menor extensão.

*Assinado digitalmente*

Tânia Mara Paschoalin – Presidente.

*Assinado digitalmente*

Carlos César Quadros Pierre - Relator.

*Assinado digitalmente*

Marcio Henrique Sales Parada - Redator Designado.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Tânia Mara Paschoalin, José Valdemir da Silva, Flavio Araujo Rodrigues Torres, Carlos César Quadros Pierre, Marcelo Vasconcelos de Almeida e Marcio Henrique Sales Parada.

## Relatório

Adoto como relatório aquele utilizado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento 3ª Turma da DRJ/BSA (Fls. 408), na decisão recorrida, que transcrevo abaixo:

*Contra o contribuinte em epígrafe foi emitido Auto de Infração do Imposto de Renda da Pessoa Física — IRPJ 7 (fls. 310/322), referente aos exercícios 2003/2004, anos-calendário 2002/2003, por Auditor Fiscal da Receita Federal (Pedro Divino Casimiro, Mat. 26.702), da DRF/Goiânia-GO. Após a revisão da Declaração foram apurados Os seguintes valores (fl. 310):*

<i>Imposto de Renda Pessoa Física - Suplementar</i>	<i>381.529,86</i>
<i>Multa de Ofício (passível de redução)</i>	<i>286.147,38</i>
<i>Juros de Mora (cálculo válido até 28/09/2007)</i>	<i>243.430,81</i>
<i>Total do Crédito Tributário</i>	<i>911.108,05</i>

*O lançamento acima foi decorrente da seguinte infração:*

*Omissão de Rendimentos Caracterizada por Depósitos Bancários com Origem não Comprovada. Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas bancárias de sua titularidade, mantidos em instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Enquadramento legal constante dos autos (fl. 317).*

<b>Fato Gerador</b>	<b>Valor tributável ou Imposto</b>	<b>Multa</b>	<b>Fato Gerador</b>	<b>Valor tributável ou Imposto</b>	<b>Multa</b>
31/01/02	297.599,26	75%	31/01/03	3.600,00	75%
28/02/02	263.702,62	75%	28/02/03	30.121,00	75%
31/03/02	76.800,00	75%	31/03/03	175.400,00	75%
30/04/02	17.850,00	75%	30/04/03	5.550,00	75%
31/05/02	17.252,28	75%	31/05/03	23.855,88	75%
30/06/02	46.023,00	75%	30/06/03	5.000,00	75%
31/07/02	24.000,00	75%	31/07/03	7.513,46	75%
31/08/02	58.612,28	75%	31/08/03	28.158,74	75%
30/09/02	4.500,00	75%	30/09/03	75.000,00	75%
31/10/02	120.747,43	75%	31/10/03	14.750,00	75%
30/11/02	41.250,00	75%	30/11/03	17.673,66	75%
31/12/02	32.865,00	75%	31/12/03	20.383,03	75%

*O contribuinte apresenta impugnação, protocolada em 29/11/2007 (lis. 327/350), acompanhada da documentação, na*



*Filho e Outros. No entanto, em razão de não estar provado, com documento emitido pelo Fisco Estadual (como por exemplo: cadastro de produtor rural), que o fiscalizado seja um dos 'outros' que constam como remetente de bovinos para abate, nas notas fiscais em causa, tais depósitos créditos não foram aceitos pela fiscalização como justificados".*

*Todavia, note-se que o art. 42 da Lei nº 9.430/96 somente autoriza a tributação dos valores creditados em conta-corrente bancária como omissão de rendimentos se a origem dos depósitos ou aplicações não estiver comprovada. Com a devida vênia, a origem está perfeitamente comprovada pelo contrato de parceria, pelo aditivo de 2001 a esse contrato e pelas notas fiscais de venda de gado bovino. Se dúvida há, no sentido posto pelo agente fiscal, está-se juntando cópia de comprovante de inscrição no cadastro de produtor rural do Estado sob o código nº 11.204.403-4 (doc. 01).*

*Por outro lado, não se podem tributar diretamente as receitas da Parceria como se rendimento fosse, pois se estaria tributando o patrimônio, e não a renda, em desconformidade com os termos do art. 43 do Código Tributário Nacional. Contudo, se algum valor restar com a origem não comprovada, deve-se atribuí-lo em partes iguais aos Srs. José Mário Tavares de Oliva, Luiz Roberto Castilho de Oliva, José Mário Tavares de Oliva Filho e Esupério Sebastião de Campos Aguilar, em face da participação igualitária nos ativos reunidos na atividade em Parceria.*

*Imperioso, portanto, reconhecer que os esclarecimentos prestados e Os documentos trazidos ao processo durante a persecução fiscal justificam e provam a origem dos depósitos apontados na c/c 0813/06484-05 do Banco HSBC e, em consequência, elidem a tributação.*

*A seguir, nas folhas 336 a 346, demonstrar-se-á comprovadamente a origem de inúmeros créditos autuados pelo agente fiscal, de forma individuada e específica em cada uma das contas-correntes bancárias.*

#### **ILEGITIMIDADE DO LANÇAMENTO COM BASE TÃO-SOMENTE EM EXTRATOS BANCÁRIOS:**

*O fiscal, com base nos extratos bancários de todas as contas-correntes do Impugnante, relaciona todos os créditos lançados acima de R\$ 1.000,00 Reais e os autua, como se rendimento fossem, não considerando, contudo, que o patrimônio do Impugnante não cresceu, nos anos-calendário de 2002 e 2003.*

*A Constituição Federal impõe expressa limitação ao legislador ordinário: o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza há de ser cobrado sobre acréscimo patrimonial, jamais sobre o patrimônio. Transcreve o art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN), Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, a fim de concluir que o imposto de renda só pode incidir sobre acréscimos patrimoniais, que serão chamados de renda se*

*produzidos pelo capital, pelo trabalho ou pela combinação de ambos, ou de proventos em todos os demais casos.*

*Cita entendimento do STF no sentido de sua argumentação.*

*Observa que o imposto de renda não incide sobre depósitos bancários, e sim sobre acréscimos patrimoniais. Os depósitos são tão-somente indícios que permitem ao fisco iniciar o procedimento de apuração de acréscimos, estes sim relevantes. Diante, portanto, da constituição Federal e do Código Tributário Nacional, mero indicio de renda não pode ser transformado em renda pela lei tampouco pelo agente fiscal.*

*Faz histórico da questão, concluindo que a Lei 11 0 9.430/96 revogou o art. 6º, inciso §5º, da Lei nº 8.021/90, e, em seu art. 42, acolheu a mesma estrutura da norma revogada, mantendo sua identidade: mesmas hipóteses e mesmas conseqüências.*

*Por conseguinte, nada acresce a Lei nº 9.430/96 que autorize a alteração do entendimento sedimentado judiciária e administrativamente, segundo o qual não prevalecem os lançamentos feitos exclusivamente com base em valores de depósitos bancários, se o agente fiscal não demonstra a existência de acréscimos patrimoniais. Se outro entendimento for dado, equivale a revogar 'as disposições dos arts. 43 e 142 do Código Tributário Nacional.*

#### *DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR:*

*Estabelece a Lei nº 9.430/96, no §4º do art. 42, que, no caso de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos.*

*Essas disposições cogentes mudaram, para a espécie, o período de apuração e de tributação, ensejando modificação também na contagem do termo de início do lapso decadencial. Se por um lado oneram a exigência com gravame maior de juros de mora, já que o vencimento é antecipado em relação às hipóteses normais, por outro lado antecipam o termo inicial do lapso decadencial.*

*Assim, o lançamento deve ser notificado ao sujeito passivo dentro do período de cinco anos, a contar do último dia de cada mês em que o crédito é apurado. Se notificado após o quinquênio, decaído está o direito de lançar.*

*No presente caso, de janeiro a outubro de 2002 o direito de a Fazenda lançar encontra-se atingido pela decadência e, em conseqüência, extintos estão os créditos lançados e seus consectários. É o que se requer preliminarmente.*

#### *Dos Pedidos*

*A vista de todo o exposto, mui humildemente requer a Vossa Senhoria:*

- inicialmente, o acolhimento da preliminar de decadência do direito de lançar, no tocante aos meses de janeiro a outubro de 2002, com a conseqüente declaração. de extinção do débito tributário;

- no mérito, o acolhimento da presente Impugnação para declarar improcedente o lançamento em todos os seus termos.

Passo adiante, a 3ª Turma da DRJ/BSA entendeu por bem julgar a impugnação parcialmente procedente, em decisão que restou assim ementada:

**DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. COMPROVAÇÃO.**

*A presunção legal de omissão de rendimentos autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular das contas bancárias ou o real beneficiário dos depósitos, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em suas contas de depósitos ou de investimentos.*

**DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. NÃO OCORRÊNCIA.**

*No caso do Imposto de Renda Pessoa Física, quando não houver a antecipação do pagamento do imposto pelo contribuinte, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

Cientificado em 13/10/2008 (Fls.437), o Recorrente interpôs Recurso Voluntário em 12/11/2008 (fls. 443 a 454), reiterando os argumentos expostos quando da apresentação da impugnação, anexando ainda extratos bancários para comprovação do alegado.

Em 21 de junho de 2012, (Fls. 466) aprovou aos membros do Colegiado desta egrégia 1ª Turma Especial da Segunda Sessão de Julgamento, sobrestar o julgamento do recurso, com base no disposto no art. 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, com as alterações das Portarias MF nºs 446, de 27 de agosto de 2009, e 586, de 21 de dezembro de 2010, tendo em vista o reconhecimento da repercussão geral do tema, pelo Supremo Tribunal Federal, e a determinação do sobrestamento dos recursos extraordinários sobre a matéria.

Encerrado o sobrestamento, o processo voltou a pauta de julgamento.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Carlos César Quadros Pierre - Relator

Conheço do recurso, posto que tempestivo e com condições de admissibilidade.

De início, verifico que trata o processo de omissão de rendimentos por depósitos bancários de origem não comprovada. Vislumbro ainda que resta em litígio apenas os saldos de imposto a pagar no valor de R\$ 65.110,73 e R\$ 84.336,15, relativamente aos exercícios 2003 e 2004, respectivamente, mais multa de ofício de 75% e juros de mora; uma vez que a DRJ considerou parcialmente procedente a impugnação apresentada pelo ora recorrente.

Em sede de preliminar alega o impugnante que o lançamento deve ser notificado ao sujeito passivo dentro do período de cinco anos, contado-se do último dia de cada mês em que o crédito é apurado. Acresce que, de janeiro a outubro de 2002, o direito de a Fazenda Pública lançar encontrava-se atingido pela decadência.

No que pertine a nulidade do lançamento em razão da apuração do Imposto em 31 de dezembro de 2002 e 2003, e não de forma mensal, cumpre esclarecer que, no lançamento, os depósitos foram apurados mensalmente, com a definição do fato gerador em 31 de dezembro do ano base.

Tal procedimento é acatado amplamente pelo CARF, conforme se verifica na Súmula CARF n 38, de aplicação obrigatória por este Conselheiro:

*O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário.*

Portanto, incabível acatar a tese do Recorrente que pretende contar o prazo decadencial, no caso, mensalmente.

Dentro deste parâmetro, cabe analisar a decadência relativa ao ano calendário 2002 e 2003; portanto, com fatos geradores em 31/12/2002 e 31/12/2003.

O IRPF obedece ao comando do lançamento por homologação, disciplinado pelo Art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional; que reza:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame autoridade administrativa, opera-se pelo ato em a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

(...)

*§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado este prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Verifica-se, ainda, quanto à esse tema (decadência), que o Superior Tribunal de Justiça - STJ já firmou o entendimento de que a regra do art. 150, § 4º, do CTN, somente deve ser aplicada nos casos em que o sujeito passivo antecipar o pagamento e não for

comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, prevalecendo os ditames do art. 173, nos demais casos. Transcreve-se, a seguir, a ementa do Recurso Especial nº 973.733 - SC (2007/0176994-0), julgado em 12 de agosto de 2009, sendo Relator o Ministro Luiz Fux:

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: **REsp 766.050/PR**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; **AgRg nos EREsp 216.758/SP**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e **EREsp 276.142/SP**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*

*2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).*

*3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de*

*Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).*

(...)

7. *Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*

*(destaques do original)*

Observa-se que o acórdão do REsp nº 973.733/SC foi submetido ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, reservado aos recursos repetitivos, o que significa que essa interpretação deverá ser aplicada por este Colegiado, em obediência ao art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, com alterações da Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010, *in verbis*:

*Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.*

Diante do exposto, conclui-se que o prazo decadencial do IRPF deve ser contado da seguinte forma: (I) ocorrido o pagamento antecipado, aplica-se a regra do art. 150, § 4º, do CTN; (II) não ocorrendo o pagamento antecipado ou se comprovadas as hipóteses de dolo, fraude e simulação, deve-se aplicar o disposto no art. 173, inciso I, do CTN.

No caso em exame, o lançamento relativo ao ano calendário de 2002 poderia ser realizado até 31 de dezembro de 2007, enquanto o lançamento relativo ao ano calendário de 2003 poderia ser realizado até 31 de dezembro de 2008.

Tendo sido notificado o contribuinte em 01 de novembro de 2007 (folha 333 dos autos), o foi dentro do período de direito da Fazenda Nacional.

Isto posto, não encontrava-se decaído o direito da Fazenda Nacional lançar o crédito tributário.

Razão pela qual entendo ultrapassada a preliminar argüida.

Por fim, quanto as preliminares, compulsando os autos (docs de páginas 71 e 116), também observo que a fiscalização, com base no art. 6º da Lei Complementar 105/2001, requisitou de instituições bancárias os extratos bancários do contribuinte.

Do exposto, peço vênha para adotar integralmente o ensinamento do Conselheiro Rafael Pandolfo.

O crédito tributário debatido no presente recurso tem como fundamento o art. 42, da Lei nº 9.430/95. Para chegar à comprovação da materialidade do tributo — depósitos bancários sem origem identificada — o Fisco utilizou-se de Requisição de Informações de Informação Financeira — RMF, instrumento administrativo que teria como objetivo dar

eficácia ao disposto na Lei Complementar nº 105/01, na Lei nº 9.311/96 e no Decreto nº 3.724/01.

Ocorre que o **PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, decidiu dar INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO a esses atos normativos, de modo a considerar imprescindível a requisição ao Poder Judiciário de permissão para violar o sigilo de dados do contribuinte.**

O julgamento recebeu a seguinte 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.*

(RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218 RTJ VOL-00220- PP-00540)

A supracitada decisão teve como objetivo tanto conciliar a necessidade do Fisco de ter acesso a dados sigilosos para conseguir atingir seu desiderato, quanto preservar o sigilo de dados dos contribuintes e a inafastabilidade da jurisdição em matérias sensíveis à violação de direitos, garantias explicitadas nos incisos XII e XXXV, do art. 5º, da CF:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*

*XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

O Supremo Tribunal Federal, portanto, ao enfrentar o tema ora **apreciado, não declarou a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo**, nem mesmo a inconstitucionalidade sem redução de texto. Simplesmente, analisando o ordenamento tributário brasileiro, **adotou interpretação conforme a Constituição**, fixando aos enunciados infraconstitucionais analisados um conteúdo deontológico compatível com a Carta Maior. **Transcreve-se, abaixo, trecho extraído do voto do Relator (acompanhado pela maioria dos demais Ministros), que explicita a técnica de julgamento aplicada:**

*Assentando que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários hão de merecer, sempre e sempre, interpretação, por mais que se potencialize o objetivo, harmônica com a Carta da República, provejo o recurso interposto para conceder a segurança. Defiro a ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários do recorrente. **COM ISSO, CONFIRO À LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA – LEI Nº 9.311/96, LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01 E DECRETO Nº 3.724/01 — INTERPRETAÇÃO CONFORME À CARTA FEDERAL, TENDO COMO CONFLITANTE COM ESTA A QUE IMPLIQUE AFASTAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO DO CIDADÃO, DA PESSOA NATURAL OU DA JURÍDICA, SEM ORDEM EMANADA DO JUDICIÁRIO.***

(Destaque nosso, STF. RE 389.808/PR. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. em 15/12/10).

A respeito do tema, deve ser repisado o conteúdo da cláusula de reserva de plenário, inserida no art. 97 do Texto Constitucional, abaixo transcrita:

*Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*

A decisão proferida no âmbito do Recurso Extraordinário 389.808, embora tenha sido por *maioria simples* (5X4), foi dotada de quorum *insuficiente* à declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo, que é de seis votos (maioria absoluta), conforme preceito constitucional acima reproduzido. Isso prova, matematicamente, que o desfecho do tema conferido pelo STF não implicou no reconhecimento de inconstitucionalidade dos enunciados infraconstitucionais analisados.

Na realidade, conforme expresso no julgamento, o precedente referido realizou interpretação conforme a Constituição, técnica que, embora atue no mesmo plano significativo de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, dela se diferencia por *não afastar significados*, mas compelir a aplicação de uma interpretação específica, que torna o dispositivo analisado compatível com a Constituição. A sutileza é relevante. Basta verificar que, na interpretação conforme a Constituição, não se declara a inconstitucionalidade de qualquer enunciado ou significado a ele atribuído.

A interpretação conforme a Constituição, portanto, não se confunde com a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, como bem aponta o Professor e Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

*Ainda que não se possa negar semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático da sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal*

(MENDES, Gilmar Ferreira, Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. – São Paulo: 2005, pp. 354-355).

Desse modo, conclui-se que:

a) não existe dispositivo regimental que impeça o julgamento do tema pelo CARF, a partir da revogação realizada pela Portaria nº 545/13;

b) o STF, ao enfrentar o tema em sede de jurisdição difusa, **não** declarou a inconstitucionalidade de qualquer enunciado, aplicando a interpretação conforme a Constituição (que dispensou, inclusive, a cláusula de reserva de Plenário exigida pelo art. 97 da CF/88);

c) não incide o óbice inserido no art. 26 – A do Decreto 70.235/72, pois o deslinde do feito dispensa qualquer reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, conforme desfecho conferido ao tema pelo STF, ao analisar o RE nº 389.808. Pelo mesmo motivo, não se cogita de aplicação da Súmula nº 2 do CARF e do art. 62 – A do Regimento Interno do CARF;

d) segundo a interpretação conforme a Constituição realizada pelo STF (RE nº 389.808), a requisição de informações financeiras é válida e seus dispositivos normativos, contidos na Lei Complementar nº 105/01, Lei 9.311/96 e Decreto 3724/01 vigentes, *desde que ocorra a prévia autorização do Poder Judiciário*.

Reforçando uma diretiva óbvia e inerente ao devido processo legal, o art. 30, da Lei nº 9.784/99, determina que são inadmissíveis, no processo administrativo, as provas obtidas por meios ilícitos. O dispositivo busca retirar os incentivos para que os agentes públicos desviem-se dos procedimentos regulares, através da inutilização de seu trabalho quando realizado de forma que contrarie o direito.

A ilicitude da prova, no caso, é corolário lógico da incompatibilidade da sua obtenção com os ditames fixados pelo STF, em interpretação conforme a Constituição. A constituição válida do crédito tributário exige prova da materialidade revelada através de procedimento válido perante o ordenamento jurídico pátrio. Malgrado essa hipótese, não há obrigação tributária pela ausência de prova que, validamente, ratifique o conceito de fato previsto na hipótese normativa tributária.

Ressalto a importância do tema em questão, dentro de um estado democrático de direito. A regra positivada em nosso ordenamento tem origem na doutrina e jurisprudência americanas (*exclusionary rules, caso Elkins v. United States*), que consolidaram o entendimento segundo o qual o Estado, enquanto defensor dos direitos fundamentais, terá como Pírrica toda vitória obtida com base na violação desses Direitos, pois, com o pretexto de vencer uma batalha contra um ilícito isolado, leva à bancarrota o próprio Estado Democrático de Direito que almeja proteger<sup>1</sup>.

Ocorre que não só as provas obtidas ilicitamente são vedadas, como também aquelas que delas se derivam. A doutrina do “*fruit of the poisonous tree*”, ou simplesmente “*fruit doctrine*” – “*fruto da árvore envenenada*”, aplicada primeiramente na jurisprudência

americana (*caso Silverthine Lumber Co. v. United States*), estabelece que as provas obtidas por meios ilícitos contaminam aquelas delas decorrentes. Assim, tanto as conclusões decorrentes dos dados bancários obtidos através da quebra ilegal do sigilo, quanto os outros elementos probatórios que deles originam-se, são fruto da prova que restou contaminada pela ausência de requisição prévia ao poder judiciário para quebra do sigilo bancário.

Como visto, a finalidade do art. 30, da Lei nº 9.784/99 é coibir os abusos estatais através da inutilização dos efeitos dos atos ilícitos cometidos por seus agentes. Dessa forma, qualquer prova que tenha sido produzida à margem do critério definido pelo STF revela-se estéril ao nascimento válido da obrigação tributária.

Na hipótese, somente foi possível a constituição do crédito tributário com base no art. 42 da Lei nº 9.430/95, através das provas obtidas junto às instituições financeiras por meio de quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial ou do titular da conta bancária. Ou seja, se a fiscalização não houvesse expedido a RMF, não teria concluído pela omissão de rendimentos, e não teria lavrado o auto de infração sob esse argumento.

Sendo assim, entendo que a infração omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em suas contas correntes, mantidas em instituições financeira, em relação aos quais, quando regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, deve ser excluída, pois carecem de materialidade obtida no seio de um devido processo legal (conforme entendimento adotado pelo STF).

Caso vencido na preliminar acima argüida, passo a analisar o mérito da questão.

## MÉRITO

Alega ainda o contribuinte a impossibilidade da autuação com base apenas em presunção de renda dos depósitos bancários do art. 42 da Lei 9.430/96.

Entendo que tal matéria já encontra-se pacificada no âmbito do CARF; com o emprego da seguinte Súmula, que é de aplicação obrigatória por este Conselho:

*Súmula CARF nº 26 - A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.*

Nos termos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com as alterações introduzidas pelo art. 4º da Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997, o contribuinte deveria comprovar a origem dos depósitos efetuados em suas contas bancárias; in verbis:

*Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

Como denota o texto acima, o legislador estabeleceu, a partir da edição da Lei nº 9.430/1996, uma presunção legal de omissão de rendimentos. Não logrando o titular comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, ou seja, para presumir que os recursos depositados traduzem rendimentos do contribuinte. Há a inversão do ônus da prova, característica das presunções legais.

Ao impugnante cabia, portanto, refutar a presunção contida na lei, pois a previsão legal em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação da origem de seus créditos bancários. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário

Deste modo, cabe ao Recorrente comprovar a origem dos depósitos que restaram não comprovados após a decisão da DRJ; *in verbis*:

*Não serão excluídos os valores abaixo listados, pelos motivos deduzidos a seguir:*

*1 - 20/03/2003 R\$ 40.000,00— conta-corrente nº 2030262 - Ag. 0546 do HSBC. Não há coincidência de valores. Diz ser referente ao valor recebido do Sr. Paulo Marcelo de Carvalho e de sua esposa, Sra Patrícia Luciana Fernandes de Carvalho, em contrapartida da venda de imóvel (fls. 361/362). Na escritura consta pagamento de R\$ 45.000,00;*

*2 - 26/03/2003 — R\$ 50.000,00 — conta-corrente nº 2030262 - Ag. 0546 do HSBC. Não existe o documento que diz haver juntado (fl. 363);*

*3 - 12/08/2002 Ag. DOC AUSTERIANO R\$ 16.000,00 — conta-corrente nº 220180 - Ag. 3935 do baú. Diz ser poupança que o seu genitor, Senhor Austeriano Batista Aguilar, mantinha no valor de 16.000,00 Reais, no Banco de Boston, e transferida para esta C/C em face de suas necessidades de saúde. Não foi encontrado qualquer documento que comprove a alegação;*

*Conta-corrente n" 124229 da Ag. 1589 do Itaú:*

*4 - 20/09/2002 DEPÓSITO CHEQUE R\$ 3.000,00 - Esse valor se refere à transferência da C/C 074674 da Ag. 1589 do HSBC. Conta originária não foi objeto do lançamento E não comprovada a titularidade desta.*

*5 - 01/10/2002 DEPÓSITO CHEQUE R\$ 8.000,00 - Esse valor se refere à transferência da C/C 074674 da Ag. 1589 do HSBC. Conta originária não foi objeto do lançamento e não comprovada a titularidade desta.*

*6 - 11/11/2002 CEI DEI' CI IQ R\$ 2.000,00 - Esse valor se refere à transferência da C/C 074674 da Ag. 0546 do HSBC. Conta originária não foi objeto do lançamento e não comprovada a titularidade desta.*

*7 - 25/02/2003 CEI DEI' CI IQ R\$ 4.243,20 - Esse valor se refere à transferência da C/C 061796 da Ag. 0813 do HSBC.*

*Conta originária não foi objeto do lançamento e não comprovada a titularidade desta.*

*8 - 30/06/2003 CEI DEP CHQ R\$ 10.000,00 - Esse valor se refere à transferência da C/C 062877 da Ag. 0813 do HSBC. Conta originária não foi objeto do lançamento e não comprovada a titularidade desta.*

*9 - 31/07/2003 CEI DEI' CI IQ R\$ 10.000,00 - Esse valor se refere à transferência da C/C 062877 da Ag. 0813 do HSBC. Conta originária não foi objeto do lançamento e não comprovada a titularidade desta.*

*10- 10/03/2003 CEI DEI' CHQ R\$ 10.000,00 - Esse valor se refere à transferência da C/C 062877 da Ag. 0813 do HSBC. Conta originária não foi objeto do lançamento e não comprovada a titularidade desta.*

*11 - 29/08/2003 CEI DEP CI IQ R\$ 10.000,00 - Esse valor se refere à transferência da C/C 062877 da Ag. 0813 do HSBC. Conta originária não foi objeto do lançamento e não comprovada a titularidade desta.*

*12 - 02/12/2003 CEI DEI' CHQ R\$ 6.000,00 - Esse valor se refere à transferência da C/C 062877 da Ag. 0813 do HSBC. Conta originária não foi objeto do lançamento e não comprovada a titularidade desta.*

*13 - 05/12/2003 CEI CHQ R\$ 5.000,00 - Esse valor se refere à transferência da C/C 062877 da Ag. 0813 do HSBC. Conta originária não foi objeto do lançamento e não comprovada a titularidade desta.*

*14 - 22/09/2003 CEI DEP CHQ R\$ 10.000,00 - Esse valor se refere à transferência da C/C 062877 da Ag. 0813 do HSBC. Conta originária não foi objeto do lançamento e não comprovada a titularidade desta.*

De imediato, verifico no que restou do lançamento um rol de depósitos dentro dos limites do art. 42, § 3º, II, da Lei nº 9.430/96 na Conta-corrente nº 124229 da Ag. 1589 do banco Itaú, que estão listados pela DRJ com os números 4 a 14 (fls. 426 e 427) como depósitos não comprovados, os quais não poderiam ser considerados como receitas omitidas por expressa previsão legal, pois são inferiores a R\$ 12.000,00 e não excedem R\$ 80.000,00, dentro de cada ano-calendário.

*Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

[...]

*§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:*

*I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;*

*II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). ( Alterado pela Lei nº 9.481, de 13.8.97 )*

Lei 9.481/97:

*Art. 4º Os valores a que se refere o inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 , passam a ser de R\$12.000,00 (doze mil reais) e R\$80.000,00 (oitenta mil reais), respectivamente.*

Observo que os depósitos ditos não comprovados pela DRJ dos itens 4, 5 e 6 referem-se ao ano-calendário de 2002. São todos inferiores à R\$ 12.000,00 e somados resultam em 13.000,00. Já os depósitos referenciados nos itens 7 à 14 dizem respeito ao ano-calendário de 2003, sendo todos igualmente inferiores à R\$ 12.000,00 e somados resultam em 65.243,20.

Assim, considerando que os depósitos bancários da respectiva conta inferiores a R\$ 12.000,00 não excedem R\$ 80.000,00 nos anos-calendário em questão, deve-se proceder a exclusão do correspondente montante de R\$ 13.000,00 no ano-calendário de 2002 e R\$ 65.243,20.

Excluindo-se tais valores, restam apenas os depósitos arrolados pela DRJ nos itens 1, 2 e 3.

Quanto ao item 1, depósito datado de 20/03/2003, no valor de R\$ 40.000,00, feito na conta-corrente nº 2030262, Ag. 0546 do banco HSBC, afirma o recorrente tratar-se de venda de imóvel, ocorre que quando da apresentação, na impugnação, da escritura de venda consta o valor de R\$ 45.000,00. Entendeu então a DRJ que os valores não correspondiam e, por isso, entendeu como não comprovada a origem deste depósito.

Penso que tal procedimento não foi o correto; haja vista que, no meu entendimento, a venda de imóvel, escriturado seis dias após o depósito, por valor superior ao depositado, justifica plenamente a origem de tal depósito.(doc. pág. 370 dos autos)

Ainda mais quando se observa que na escritura consta que o valor já foi plenamente quitado e em moeda corrente.

Por conseguinte, o valor de R\$ 40.000,00 deste depósito deve ser excluído do lançamento.

No tocante ao item 2, depósito datado de 26/03/2003, no valor de R\$ 50.000,00, feito na conta-corrente nº 2030262, Ag. 0546 do banco HSBC, afirma o recorrente que procedeu a juntada do documento comprobatório em data posterior à apresentação da impugnação, porém antes do julgamento da DRJ e que esta não o considerou.

Verifico que o referido documento encontra-se, de fato, acostado às fls. 399 e 400 dos autos e comprova cabalmente que o valor do referido depósito tem origem de transferência entre contas de mesma titularidade, devendo, portanto, tal valor ser excluído da base de cálculo da omissão de rendimentos.

Por fim, no que concerne ao item 3, depósito datado de 12/08/2002, no valor de R\$ 16.000,00, feito na conta-corrente de nº 220180, Ag. 3935 do Itaú o contribuinte não havia apresentado por ocasião de sua impugnação qualquer documento que comprovasse a alegação de tratar-se de transferência da conta de seu genitor para conta de sua titularidade, razão pela qual entendeu a DRJ não comprovada a origem de tal depósito.

Ocorre que, por ocasião de seu recurso, o contribuinte fez juntar às fls. 456 comprovante bancário de transferência eletrônica onde resta comprovada a transferência do valor em questão da conta do Sr. Austeriano, pai do recorrente, para conta de titularidade deste. Entendo, então, comprovada a origem do depósito, devendo, portanto, tal valor ser excluído da base de cálculo da omissão de rendimentos.

Ante tudo acima exposto e o que mais constam nos autos, voto por acatar a preliminar de nulidade do lançamento ante a prova ilícita e, caso vencido, voto, no mérito, por dar provimento ao recurso.

*Assinado digitalmente*

Carlos César Quadros Pierre

## **Voto Vencedor**

Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada - Redator Designado.

Apesar do destaque da tese jurídica exposta no Voto do ilustre Conselheiro Carlos César Quadros Pierre, peço vênia para discordar, nos seguintes termos.

**PRELIMINAR.**

O fornecimento das informações sobre movimentação bancária do contribuinte obtidas pelo Fisco com fulcro na Lei Complementar nº 105, de 2001, por meio de procedimento administrativo, sem prévia autorização judicial, é assunto na esfera das matérias de “repercussão geral” no Supremo Tribunal Federal, conforme o Recurso Extraordinário (RE) 601.314, cuja ementa vai aqui transcrita:

*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. (RE 601314/RG, Relator (a): Min.*

RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/10/2009, DJe218  
DIVULG 19112009 PUBLIC 20.11.2009 EMENT VOL 0238307  
PP01422)

A ementa parece-me clara ao estabelecer que a Corte Suprema deverá decidir, especificamente, sobre a possibilidade legal, estabelecida pela Lei Complementar nº 105 de 2001, de que informações sobre movimentações bancárias dos contribuintes sejam fornecidas pelas instituições financeiras “diretamente ao Fisco”. Essa é a questão. Foi, inclusive, atribuída ao tema a repercussão geral, tendo o Tribunal, em outras ocasiões, determinado o sobrestamento do julgamento de recursos que versem sobre o mesmo, como se pode observar a seguir:

*Decisão: Vistos. Verifico que a discussão acerca da violação, ou não, aos princípios constitucionais que asseguram ser invioláveis a intimidade e o sigilo de dados, previstos no art. 5º, X e XII, da Constituição, quando o Fisco, nos termos da Lei Complementar 105/2001, recebe diretamente das instituições financeiras informações sobre a movimentação das contas bancárias dos contribuintes, sem prévia autorização judicial teve sua repercussão geral reconhecida no RE nº 601.314/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski. Dessa forma, dados os reflexos da decisão a ser proferida no referido recurso, no deslinde do caso concreto, **determino o sobrestamento do presente feito, até o julgamento do citado RE nº 601.314/SP.** Publique-se. Brasília, 13 de junho de 2012. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (RE 410054 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 13/06/2012, publicado em DJe120 DIVULG 19/06/2012 PUBLIC 20/06/2012).(grifei)*

**DECISÃO REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA – PROCESSOS VERSANDO A MATÉRIA – SIGILO DADOS BANCÁRIOS – FISCO – AFASTAMENTO – ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 – BAIXA À ORIGEM. 1. Reconsidero o ato de folhas 343 a 344. 2. O Tribunal, no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski, concluiu pela repercussão geral do tema relativo à constitucionalidade de o Fisco exigir informações bancárias de contribuintes mediante o procedimento administrativo previsto no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001. 3. Ante o quadro, considerado o fato de o recurso veicular a mesma matéria, havendo a intimação do acórdão de origem ocorrido posteriormente à data em que iniciada a vigência do sistema da repercussão geral, bem como presente o objetivo maior do instituto – evitar que o Supremo, em prejuízo dos trabalhos, tenha o tempo tomado com questões repetidas – , **determino a devolução dos autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Faço-o com fundamento no artigo 328, parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, para os efeitos do artigo 543-B do Código de Processo Civil.** 4. Publiquem. Brasília, 3 de novembro de 2011. Ministro MARCO AURÉLIO Relator(AI 714857 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 03/11/2011, publicado em DJe217 DIVULG 14/11/2011 PUBLIC 16/11/2011).(grifei)**

Observo que a tese dos “frutos da árvore envenenada” fundou-se em “interpretação conforme a Constituição”, com base na decisão do Pretório Excelso tomada no julgamento do RE nº 389.808, datada de dezembro de 2010, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Não obstante, o próprio Ministro, em 03/11/2011, determinou a devolução de autos que tratam do mesmo assunto ao Tribunal de origem para que se aguarde o julgamento do RE nº 601.314/SP, que concluiu pela repercussão geral do tema.

Assim, em nosso sistema jurídico, as leis presumem-se válidas e constitucionais, até declaração do Poder Judiciário em contrário. Não há decisão definitiva do STF dizendo da inconstitucionalidade de dispositivos da LC 105 de 2001, que autorizem o fornecimento de informações bancárias dos contribuintes “diretamente ao Fisco”, nos casos que foram especificados e regulamentados por normas posteriores.

Sustentar que a expressão “diretamente ao Fisco” deve ser interpretada no sentido de que “desde que haja ordem judicial” é, a meu ver, negar aplicação da lei, que requer apenas que haja procedimento **administrativo** instaurado ou procedimento **fiscal** em curso, e confere à autoridade administrativa a consideração sobre a imprescindibilidade do exame dos dados, como foi aqui o caso.

*LC 105/2001 - Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.*

Quanto aos argumentos que erigem o sigilo bancário ao patamar constitucional, para se conciliar, em interpretação conforme a Constituição, sua garantia com as necessidades e deveres do Fisco, concluindo-se que somente com ordem judicial o dispositivo da Lei Complementar nº 105, de 2001, seria aplicável, destaca-se excerto do Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento, pelo STF, do MS 21.729, DJ 19/10/2001:

*“O sigilo bancário só existe no Direito brasileiro por força de lei ordinária. Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata de “intimidade” protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a ‘comunicação de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa. Reporto-me, no caso, brevitatis causao, a um primoroso estudo a respeito do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Em princípio, por isso, se admitiria que a lei autorizasse autoridades administrativas, com função investigatória e sobretudo o Ministério Público, a obter dados relativos a operações bancárias”. (apud CASSONE, Vitorio. Sigilo Bancário: Critério de Interpretação Constitucional. RET 55, mai-jun/07, p. 84)*

O Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, citado pelo Ministro, defende a possibilidade de acesso aos dados bancários, pelo Fisco, com a profundidade analítica que lhe é

peculiar, fazendo um paralelo entre o interesse público e o privado, para concluir que as autoridades fiscais "no tocante às informações sobre terceiros, exigíveis de instituições financeiras, quando protegidas pela inviolabilidade de sigilo de dados (sigilo bancário), podem ter acesso, observadas as cautelas e formalidades prescritas pela lei". Destaca ainda que não tem dúvidas sobre o valor tanto da privacidade quanto da inviolabilidade do sigilo de dados, mas reconhece que o Poder Público não pode ser inibido de exercer suas funções, principalmente a de fiscalização, quando a própria Constituição prevê o sigilo para as atividades do Estado. (FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado** - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 1, RT, São Paulo: 1992, p. 141-154.)

A matéria relativa à utilização de informações bancárias por parte da RFB encontra-se pacificada no STJ, que decidiu, em sede de recurso repetitivo, que a autoridade fazendária pode ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte até mesmo para constituição de créditos tributários anteriores à vigência da Lei Complementar nº 105 de 2001, ainda que sem o crivo do Poder Judiciário. A ementa do acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC está assim redigida:

*QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.*

*1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.*

*2. ...*

*4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.*

*5. ...*

*6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).*

*...*

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da personalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

...

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Pelo exposto VOTO por **rejeitar a preliminar** de que haja provas ilícitas obtidas irregularmente pelo Fisco a contaminar estes autos e, superando-a, para que se examine o mérito da controvérsia.

*Assinado digitalmente.*

Marcio Henrique Sales Parada.