



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

Processo n° 10380.017285/2008-18
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1101-001.168 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de agosto de 2014
Matéria IRPJ E OUTROS
Recorrente PARENTE FERRAGENS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2004

Ementa:

SIGILO BANCÁRIO. A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente não caracteriza violação de sigilo bancário, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. ARGUMENTAÇÃO DE LANÇAMENTOS EM DUPLICIDADE E/OU ESTORNADOS ULTERIORMENTE. QUESTÃO SANADA NA INSTÂNCIA A QUA. REGULARIDADE DA TRIBUTAÇÃO. Para além da questão da nulidade dos lançamentos em decorrência da ilegitimidade da prova que lhes dá lastro, o sujeito passivo unicamente pleiteia, repetindo ipsis litteris o que foi dito em sede de Impugnação, sejam retificados os equívocos na apuração da base para os lançamentos, consistentes em duplicidades e depósitos ulteriores estornados. Contudo, in casu, sequer há interesse processual em relação a tal questão, uma vez que a r. instância a qua já procedeu às retificações que foram especificamente pleiteadas pelo sujeito passivo, sendo que parte dos créditos tributários inicialmente constituídos foi exonerada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Primeira Turma Ordinária da Primeira Câmara da Primeira Seção de Julgamento em: 1) por maioria de votos, REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento por quebra de sigilo bancário, vencido o Relator Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior; e 2) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao

recurso voluntário, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

(assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente

(assinado digitalmente)

BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR - Relator

(assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora Designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente), Benedicto Celso Benício Júnior (Relator), Edeli Pereira Bessa, Paulo Mateus Ciccone, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Marcelo de Assis Guerra.

Relatório

Trata-se de autos de infração de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e Contribuição Previdenciária – tributos esses exigidos na sistemática do SIMPLES –, lavrados contra Parente Ferragens Ltda. em razão de suposta omissão de receitas durante o ano-calendário de 2004, totalizando o montante de R\$ 3.159.477,17, soma essa que contempla as multas de ofício aplicadas em cada autuação (75%) e juros de mora à taxa SELIC.

Importante frisar que o auto da presente controvérsia foi lavrado em decorrência de auditoria fiscal, determinada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0310100/00618/08, que englobou os anos-calendário 2004 e 2005. Ocorre que, em decorrência das omissões do ano de 2004, o contribuinte foi excluído do Simples, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2005, de acordo com o Ato Declaratório Executivo nº 63/2008, que é o objeto da controvérsia travada nos autos do Processo n. 10380.016501/2008-08. Outrossim, as exigências atinentes ao próprio ano-calendário 2005 compõem o objeto do Processo n. 10380.019142/2008-12.

Em 12 de junho de 2008, a fiscalização solicitou que fossem apresentados os Livros Diário e Razão ou o Livro Caixa, bem como a indicação de todas as contas bancárias de titularidade do sujeito passivo, com a apresentação dos extratos bancários correspondentes (fls. 110 a 112).

O contribuinte, em 24 de junho de 2008, apresentou documento de fl. 131, afirmando que “*em razão de total desorganização administrativa da empresa, não mantém escrituração contábil em livros Razão, Caixa e Diário*”, contudo fez constar que possuía contas nos bancos Rural e Mercantil do Brasil. Ainda, assegurou que a fiscalização estava autorizada a requerer extratos das referidas contas quanto aos anos de 2004 e 2005, em função da dificuldade de se conseguir os documentos solicitados junto às instituições financeiras.

Através de informações internas, os representantes da Fazenda Nacional descobriram existir, em nome do recorrente, duas outras contas no Banco do Brasil e Banco

Bradesco, em função disso, emitiu-se a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) nº 03.10.100.2008-00045-6.

A requisição foi encaminhada ao Banco do Brasil S/A (fls. 132 a 134), Banco Rural S/A (fls. 152 a 154), Banco Bradesco S/A (fls. 244 a 248) e Banco Mercantil do Brasil S/A (fls. 274 a 275). A fiscalização recebeu das instituições financeiras, as informações acostadas em fls. 135 a 151 (Banco do Brasil), 156 a 243 (Banco Rural), 249 a 273 (Banco Bradesco) e 277 a 297 (Banco Mercantil do Brasil).

A autoridade fiscal concluiu, portanto, após a análise da documentação apresentada, haver duas infrações que foram relacionadas no lançamento: omissões de receitas – atinente a depósitos bancários não escriturados e cuja origem não foi comprovada pelo sujeito passivo –, e insuficiência de recolhimento dos tributos sobre a receita por ele mesmo declarada.

O contribuinte foi cientificado do lançamento em 21 de outubro de 2008 (fl. 299), tendo apresentado Impugnação em 20 de novembro de 2008, às fls. 300 a 307.

Nesta postulação, sustenta, em síntese: (i) a nulidade dos lançamentos tributários, por obtenção ilícita de extratos bancários, uma vez que somente autorizara a fiscalização a solicitar os extratos bancários das contas-correntes que mantinha nos bancos Rural e Mercantil do Brasil; e, (ii) haver distorções no levantamento fiscal, em decorrência da não observação de estornos e depósitos em duplicidade. Por fim, requer que a ação fiscal seja julgada improcedente e, por conseguinte, sejam anulados e extintos os autos de infração; caso assim não se entenda, requer que sejam reavaliados os valores considerados omitidos de tal sorte que sejam suprimidas as duplicidades e se excluam os depósitos que foram estornados.

Por ocasião da análise da Impugnação, converteu-se o julgamento em diligência e, por meio da Resolução nº 08-002.309, de 13 de janeiro de 2012 (fls. 331 a 335), o processo foi encaminhado à DRF Fortaleza para que: (i) o sujeito passivo fosse intimado a apresentar demonstrativo contendo relação com todos os lançamentos que, no seu entender, fossem indevidamente lançados pelo fato de terem sido estornados, bem como todos aqueles valores que entendesse terem sido lançados erroneamente, por motivo diverso do que apresentou em impugnação; (ii) fosse elaborado Relatório de Diligência Fiscal, a partir da resposta do contribuinte, circunstanciado e conclusivo, com todos os valores, incluindo os novos, se houvessem; e, (iii) o impugnante fosse cientificado do relatório e apresentasse manifestação a ele, se assim o desejasse.

O contribuinte foi intimado a se manifestar nos termos da Resolução supracitada em duas oportunidades (fls. 337 e 339). Em decorrência de sua inércia, foi lavrado o Termo de Constatação Fiscal de fls. 340 dando conta da impossibilidade de atendimento integral do quanto determinado na mencionada Resolução da DRJ.

A DRJ decidiu pela parcial procedência da impugnação, unicamente para retificar equívocos materiais havidos na apuração dos meses de janeiro e março de 2004 – justamente os equívocos especificamente indicados pelo sujeito passivo em sua Impugnação –, tendo esse r. *decisum* restado assim ementado, *litteris*:

“ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – SIMPLES

Ano-calendário: 2004

REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA – RMF. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

Verificado que o procedimento adotado pela fiscalização encontra fundamento no Decreto nº 3.724, de 2001, que autoriza a expedição de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira RMF, não há que se falar em nulidade do feito.

OMISSÃO DE RECEITA DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. REGULARIDADE DA TRIBUTAÇÃO.

O art. 42 da Lei 9.430, de 1996, contempla uma presunção legal de omissão de receitas, estabelecida com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte”

De acordo com o AR de fl. 363, o contribuinte foi cientificado da decisão da DRJ em 19 de novembro de 2012, tendo interposto Recurso Voluntário na data de 26 de novembro de 2012, às fls. 365 a 371. Repisou, nessa postulação, todos os argumentos deduzidos em sua Impugnação – inclusive aqueles atinentes aos equívocos materiais, que já haviam sido retificados pela instância *a qua*.

Em 7 de agosto de 2013, o julgamento do presente processo foi sobrestado em função da existência à época, do disposto no § 1º do artigo 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que determinava o sobrestamento de processos que versassem sobre matéria com repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, em 28 de novembro de 2013, o referido parágrafo foi revogado por meio da Portaria MF nº 545, de modo que os autos retornaram a este relator em 7 de fevereiro de 2014.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Benedicto Celso Benício Júnior

Por ser o Recurso Voluntário tempestivo, conforme ciência do acórdão de impugnação em 19.11.2012 (fl. 363) e interposição em 26.11.2012 (fl. 365), dele tomo conhecimento.

É preciso dizer que o sujeito passivo não se irressignou – nem em Impugnação nem por ocasião do Recurso Voluntário – quanto aos créditos tributários derivados da apontada insuficiência de recolhimentos, de modo que se cuida de matéria não impugnada, inexistente litígio em relação ao ponto.

A presente controvérsia – tendo em vista os lindes do litígio, definidos pela extensão da impugnação – gravita em torno da legitimidade da obtenção de provas para dar esteio a lançamentos fiscais através de RMFs. Frise-se que essa questão em nada afeta a, repita-se, não controvertida questão da insuficiência de recolhimentos, tendo em vista que essa insuficiência foi constatada a partir do cotejo entre os recolhimentos efetuados pelo sujeito passivo e as receitas declaradas pelo Recorrente – falta de recolhimentos da ordem de R\$ 2.463,76 durante o ano-calendário de 2004 –, e não através dos extratos bancários que chegaram ao conhecimento do Fisco em virtude da emissão das RMFs.

Ocorre que essa matéria está em discussão no Recurso Extraordinário n. 601.314/SP, cuja Repercussão Geral foi reconhecida pelo STF.

Por haver sido revogado o §1º do artigo 62-A do Regimento Interno deste Colendo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, não mais é possível o sobrestamento do processo em causa para que se guarde a decisão do STF no citado recurso excepcional.

Em que pese tal assertiva, em 15 de dezembro de 2010 o Tribunal do Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu nos autos do Recurso Extraordinário nº 398.808/PR, por maioria de votos, pela impossibilidade da utilização de prova assim obtida, conforme a ementa do acórdão:

“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 à 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.”

No seu voto, o Ministro Marco Aurélio explicita suas razões, litteris:

“O passo banaliza o que a Constituição Federal quer protegido – a privacidade do cidadão, irmã gêmea da dignidade a ele assegurada mediante princípios explícitos e implícitos.

Assentando que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários há de merecer, sempre a sempre, interpretação, por mais que se potencialize o objetivo, harmônica com a Carta da República, provejo o recurso extraordinário interposto para conceder a segurança. Defiro a ordem de afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso a dados bancários da 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”

Ainda, é importante trazer à balha o posicionamento externado pelo Ministro Gilmar Mendes, tendo em vista a clareza da demonstração quanto à ilegitimidade

“Porque há de ser tão difícil, numa matéria que é relevante e tão suscetível a abusos, obter-se essa declaração do próprio Judiciário, diante uma medida cautelar? (...)”

Portanto, não chego a esse ponto, mas eu vou acompanhar Vossa Excelência quanto ao fundamento básico da necessidade de jurisdição, que também acho que foi a posição defendida pelo Ministro Cezar Peluso, no julgamento, a ideia da reserva de jurisdição.

Portanto, Presidente, eu me manifesto nesse sentido, já com a ressalva, quer dizer, entendo que aqui está presente a necessidade de reserva de jurisdição,”

Por todo o exposto, forte no inciso I do §6º do art. 26-A do Decreto n. 70.235/72 – que autoriza o afastamento de preceito de legal no caso de o Plenário do STF já ter assim se manifestado em decisão definitiva –, dou provimento ao Recurso Voluntário ante a ilegitimidade da prova.

Contudo, se a turma entender pela legitimidade da prova em apreço, superando o inegável vício das autuações, passo a analisar o mérito.

Para além da questão da nulidade dos lançamentos em decorrência da ilegitimidade da prova que lhes dá lastro, o sujeito passivo unicamente pleiteia, repetindo *ipsis litteris* o que foi dito em sede de Impugnação, sejam retificados os equívocos na apuração da base para os lançamentos, consistentes em duplicidades e depósitos ulteriormente estornados.

Ora, sequer há interesse processual em relação a tal questão, uma vez que a r. instância *a qua* já procedeu às retificações que foram especificamente pleiteadas pelo sujeito passivo, sendo que parte dos créditos tributários inicialmente constituídos foi exonerada.

Saliente-se que a r. DRJ converteu o feito em diligência, após o quê o contribuinte foi instado, em duas ocasiões diferentes (fls. 337 e 339), a descortinar as duplicidades e os depósitos posteriormente estornados que alegava haver nos lançamentos.

Nada obstante, permaneceu completamente inerte, inexistindo qualquer elemento a revelar no lançamento impropriedades diversas daquelas já retificadas pelo órgão julgador de piso.

Por todo o exposto, afastada a preliminar de nulidade dos lançamentos, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Benedicto Celso Benício Júnior - Relator

Voto Vencedor

Conselheira EDELI PEREIRA BESSA

Prevalece neste Colegiado o entendimento de que a obtenção de informações sobre movimentação bancária sem autorização judicial tem amparo no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, objeto do Recurso Extraordinário nº 601.314, mas que ainda aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal em rito de repercussão geral, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. A decisão que reconheceu a repercussão geral desta matéria foi assim ementada:

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.

Assim, como ainda não foi editada decisão definitiva de mérito no referido recurso extraordinário, nada há que imponha a reprodução, pelos Conselheiros, no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, do entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal em outros casos semelhantes, até porque o Decreto nº 70.235/72 somente autoriza os órgãos administrativos de julgamento a afastar a aplicação de lei que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

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)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

É certo que o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal em caso concreto que ali chegou por meio do Recurso Extraordinário nº 389.808, decidido em 10/05/2011 nos termos da 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.

Contudo, a Procuradoria Geral da República opôs embargos de declaração a esta decisão, os quais aguardam julgamento, estando conclusos ao relator desde 09/11/2011, de modo que não se verificou o trânsito em julgado, não se podendo falar, aqui, da existência de *decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal*, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo legal que autoriza o procedimento aqui utilizado para reunião das provas que fundamentam a exigência.

Ademais, em recente decisão publicada em 01/07/2013, a 4ª Turma do Tribunal Regional da 3ª Região assim se manifestou nos autos do Agravo de Instrumento nº 2012.03.00.004864-1/SP:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DE EMPRESA - DECADÊNCIA - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

1. A matéria relativa à inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário pela fiscalização sem autorização judicial ainda não se encontra dirimida no âmbito do C. Superior Tribunal Federal e atualmente encontra-se afetada ao plenário em sede de repercussão geral no RE 601.314.

2. Embora deva ser respeitado o direito à privacidade, não podem ser anulados outros vetores da Constituição Federal, tais como o princípio da igualdade na tributação e o princípio da capacidade contributiva.

3. Conquanto a regra seja a proteção do sigilo bancário, se a situação fática apresentar-se de modo suspeito, de rigor a verificação da movimentação bancária.

4. A prerrogativa conferida ao fisco pela Lei Complementar nº 105/2001, não lhe permite, devassar a vida de quem quer que seja. A quebra do sigilo bancário, como restrição

do direito à privacidade do cidadão, somente há de ser permitida ante a necessidade do procedimento, a bem de interesses igualmente insculpidos na nossa Constituição e seguindo o devido processo legal.

5. Há de ser resguardada a privacidade do indivíduo e protegido o interesse público, que exsurge da necessidade de que todos sejam tratados de maneira isonômica, inclusive no campo da tributação.

6. Aplicação dos princípios da Unidade da Constituição e da mútua cedência, mediante interpretação harmônica dos dispositivos constitucionais.

7. A quebra do sigilo bancário não pode ser feita de forma desmedida, qualquer abuso da autoridade poderá ser analisado pelo Poder Judiciário, que deverá conformar a atividade fiscal aos exatos termos de sua atuação vinculada, sob pena de se permitir que seja transformada a prerrogativa constante da Lei n. 10.174/01 em mecanismo de perseguições e desmandos.

8. O magistrado deve verificar, caso a caso, se o sigilo bancário há de ser compatibilizado com outros princípios norteadores da Constituição, ou se, no caso em concreto, tal quebra afrontaria diretamente direito insculpido na Constituição.

9. A situação fática apresentou-se de modo suspeito, fazendo-se necessária a verificação da movimentação financeira da executada, para comprovar a confusão patrimonial entre a ela e as novas pessoas jurídicas criadas para dar continuidade às atividades que exercia anteriormente.

10. Ante o panorama fático, não se vislumbra inconstitucionalidade ou ilegalidade na quebra de sigilo bancário e de movimentação financeira sem autorização judicial.

11. O Código Tributário Nacional disciplina a decadência, em decorrência da anulação do lançamento anteriormente efetivado, no seu artigo 173, inciso II, mas somente o vício formal enseja a aplicação deste dispositivo.

12. A anulação do lançamento por erro na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária não é considerado vício formal pela jurisprudência assente do E. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 392.

13. Impossibilidade de se aferir a imutabilidade da decisão administrativa que anulou o lançamento e de se examinar a arguição de decadência, que poderá ser melhor dirimida em sede de eventuais embargos à execução, com ampla dilação probatória.

14. Agravo de instrumento desprovido.

A Desembargadora Federal Marli Ferreira abordou os efeitos do julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR nos seguintes termos:

Ressalte-se, contudo, que o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, em apertada votação (4 votos vencidos), obsteu o acesso da Receita Federal, com base na Lei Complementar nº 105/01, na Lei nº 10.174/01 e no art. 4º do Dec. 3.724, de 10/01/2001, aos dados bancários dos contribuintes, sem autorização judicial, quando do julgamento do RE nº 389808/PR, de relatoria do e. Ministro MARCO AURÉLIO, cujo acórdão vem assim ementado:

'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/PR, Tribunal Pleno, Dje 09-05-2011)

Ocorre que essa Corte Superior ostenta posicionamentos díspares acerca da matéria, como se depreende dos acórdãos a seguir transcritos:

'PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. COMPARTILHAMENTO DAS INFORMAÇÕES COM A RECEITA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - Não é cabível, em sede de inquérito, encaminhar à Receita Federal informações bancárias obtidas por meio de requisição judicial quando do delito investigado for de natureza diversa daquele apurado pelo fisco. II - Ademais, a autoridade fiscal, em sede de procedimento administrativo, pode utilizar-se da faculdade insculpida no art. 6º da LC 105/2001, do que resulta desnecessário o compartilhamento in casu. III - Agravo regimental desprovido.'(grifei)

(Inq 2593 AgR/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 15-02-2011)

'RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA (PODER GERAL DE CAUTELA).

REQUISITOS. AUSÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. REFERENDO DE DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 21, V DO RISTF). CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DADOS BANCÁRIOS PROTEGIDOS POR SIGILO . TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SIGILO SAS DA ENTIDADE BANCÁRIA AO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. LEI 10.174/2001. DECRETO 3.724/2001. A concessão de tutela de urgência ao recurso extraordinário pressupõe a verossimilhança da alegação e o risco do transcurso do tempo normalmente necessário ao processamento do recurso e ao julgamento dos pedidos. Isoladamente considerado, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema é insuficiente para justificar a concessão de tutela de urgência a todo e qualquer caso. Ausência do risco da demora, devido ao considerável prazo transcorrido entre a sentença que denegou a ordem e o ajuizamento da ação cautelar, sem a indicação da existência de qualquer efeito lesivo concreto decorrente do

ato tido por coator (21.09.2001 - 30.06.2003). Medida liminar não referendada. Decisão por maioria.'

(AC 33 MC/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe 10-02-2011)

Observe-se que, nessa Cautelar, considerou-se que, em razão da ausência de decisão do próprio Supremo Tribunal Federal nas ações diretas nas quais se discute a constitucionalidade das leis que autorizam a requisição de informações bancárias pela Receita Federal (ADI 2386/DF, ADI 2390/DF e ADI 2397/DF), não haveria verossimilhança da alegação. Restou ressaltado, ainda, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Para além disso, a recorrente reitera seus questionamentos acerca da ausência de justificativas para a Fiscalização, na forma da lei, requerer suas informações bancárias a determinadas instituições financeiras. A decisão de 1ª instância, porém, validamente demonstrou que não prosperam tais alegações. As razões ali expostas são aqui adotadas:

Apregoa a defendente que somente houvera autorizado a requisição dos extratos bancários das instituições financeiras Banco Rural e Banco Mercantil do Brasil. Tendo o lançamento levado em conta os valores depositados em outras casas bancárias, em relação às quais inexistia autorização, no caso o Banco do Brasil e o Banco Bradesco, pugna a litigante pela nulidade do lançamento. A seu ver, “à mingua de autorização do contribuinte, torna-se ilegal a expedição das RMF’s constantes destes autos, às quais, nessas condições, deveriam observar os requisitos previstos no Decreto nº 3.724/2001”.

Deve-se, pois, perquirir se a obtenção das informações bancárias, por parte da fiscalização, atendeu aos preceitos legais estabelecidos pela legislação regente da matéria, o Decreto nº 3.724, de 2001. Assim, necessário se faz a reprodução parcial desta norma, conforme abaixo estabelecida:

Art. 2º

[...]

§ 5º A Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio de servidor ocupante do cargo de AuditorFiscal da Receita Federal do Brasil, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

[...]

Art. 3º Os exames referidos no § 5º do art. 2º somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses:

[...]

X - negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira;

Nos termos da legislação apresentada, o AFRFB somente poderá examinar as informações financeiras do contribuinte quando se fizerem presentes, de forma cumulativa, duas premissas – a existência de procedimento de fiscalização em curso e o exame for considerado indispensável para a realização da atividade, ressaltandose que uma das hipóteses de indispensabilidade ocorre quando o titular da conta bancária declina a sua titularidade.

Conforme consta à fl. 109, ao iniciar a fiscalização a autoridade fiscal determinou a apresentação da “relação nominal de todas as contas-correntes de depósitos bancários mantidas pelo sujeito passivo em instituições financeiras no BRASIL e/ou EXTERIOR”. Em resposta, fl. 131, a pessoa jurídica afirmou possuir conta bancária somente no Banco Rural e no Banco Mercantil do Brasil.

Ora, ao iniciar qualquer auditoria-fiscal o responsável pelo procedimento recebe documentação contendo informações pertinentes a todas as contas bancárias tituladas pelo contribuinte, inclusive a estimativa dos valores movimentados. Logo, era de seu conhecimento que além das contas-correntes do Banco Rural e do Banco Mercantil existiam as contas do Banco do Brasil e do Banco Bradesco, em relação às quais o sujeito passivo, pela via da omissão, negou as suas respectivas titularidades, restando configurada situação a se ajustar com perfeição ao inc. X do art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001, fato que demonstra a indispensabilidade do exame das informações bancárias da fiscalizada em sua integralidade, e não apenas daquelas instituições financeiras em relação às quais havia a autorização expressa do contribuinte.

De fato, como negar a imprescindibilidade dos extratos bancários frente ao fato de que, no ano-calendário 2004, o contribuinte informara ao fisco federal receita tributável da ordem de R\$ 897.356,08, fl. 126, quando este órgão dispunha de informação da existência de movimentação financeira sobejamente superior a este valor? Esta constatação levaria a autoridade responsável pela fiscalização, de forma inexorável, à conclusão da existência de elevada omissão de receita e, como forma de documentar a infração, não restou outra opção senão a requisição dos extratos bancários de todas as instituições financeiras em que o contribuinte possuía conta, como de fato o fez.

Foi ainda apontada pela impugnante a ausência nos autos de “exposição circunstanciada, precisa e clara de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista nos dispositivos legais”. A legislação referenciada corresponde aos §§ 5º e 6º do art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001:

§ 5º A RMF será expedida com base em relatório circunstanciado, elaborado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal encarregado da execução do MPF ou por seu chefe imediato.

§ 6º No relatório referido no parágrafo anterior, deverá constar a motivação da proposta de expedição da RMF, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de

indispensabilidade prevista no artigo anterior, observado o princípio da razoabilidade.

A norma reproduzida estabelece tão somente a necessidade da elaboração do relatório circunstanciado por parte do AFRFB responsável pela fiscalização, ou por seu chefe imediato, tratando-se de documento direcionado à autoridade competente para a emissão da RMF. Objetiva, por conseguinte, convencer referida autoridade quanto à indispensabilidade da requisição, não constando do texto legal qualquer determinação no sentido de sua juntada aos autos, em razão do que a ausência do documento não tem o condão de nulificar o lançamento.

Com efeito, a mera ausência do relatório circunstanciado em nada compromete a validade da prova. Em concreto, nem de longe macula o consagrado exercício do direito de defesa da impugnante, posto que as informações obtidas junto às instituições bancárias foram a ela disponibilizadas. No entanto, ao invés de buscar esclarecer a origem de tão elevados depósitos, a litigante optou pela inércia.

A matéria ora em discussão já foi enfrentada por outros órgãos do contencioso administrativo, que desse mesmo modo decidiram. A título de exemplo, seguem as ementas infra:

Acórdão nº 103-4419, de 23 de setembro de 2011 – DRJ Porto Alegre

REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA RMF. VALIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL. Verificando-se dos autos que as RMF foram emitidas nas situações previstas na legislação e foram expedidas por agente competente, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal.

Acórdão nº 12-40934, de 28/09/2011 – DRJ/RJ

REQUISIÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. AUSÊNCIA DE RELATÓRIO CIRCUNSTANCIADO. O relatório circunstanciado exigido pelo Decreto nº 3.724, de 2001, destina-se a convencer a autoridade administrativa competente da necessidade de emissão da RMF Requisição de Movimentação Financeira. Constando do relatório fiscal e demais peças dos autos que a RMF foi emitida por agente competente e nas situações previstas na legislação, de forma a possibilitar ao contribuinte aferir a legalidade do procedimento administrativo, não há que se falar em nulidade do procedimento, ainda que não conste dos autos um relatório circunstanciando a hipótese que determinou a emissão da RMF.

Acórdão nº 1202-00370, de 30 de agosto de 2008 – CARF

EXTRATOS BANCÁRIOS. RMF. PROVA ILÍCITA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL A entrega, pela instituição financeira, mediante RMF, dos extratos com a movimentação financeira bancária do fiscalizado, quando há procedimento fiscal em curso e o exame desses dados pelo Fisco se revela indispensável, não configura a existência de prova ilícita, nem necessita de autorização judicial.

Nesses termos, havendo a comprovação de que as informações bancárias foram requisitadas em perfeita sintonia com o que preconiza o Decreto nº 3.724, de 2001, como demonstrado, não há que se falar em nulidade do lançamento, afastando-se o argumento apresentado pela litigante.

Estas as razões, portanto, para REJEITAR a arguição de nulidade do lançamento em razão de quebra do sigilo bancário.

(documento assinado digitalmente)

EDELI PEREIRA BESSA – Redatora designada.