



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

Processo nº 10665.000562/2009-30
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2202-000.423 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 23 de janeiro de 2013
Assunto Solicitação de sobrestamento
Recorrente GLAUCIANE MARIA DE SOUZA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, decidir pelo sobrestamento do processo, nos termos do voto do Conselheiro Relator. Após a formalização da Resolução o processo será movimentado para a Secretaria da Câmara que o manterá na atividade de sobrestado, conforme orientação contida no § 3º do art. 2º, da Portaria CARF nº 001, de 03 de janeiro de 2012. O processo será incluído novamente em pauta após solucionada a questão da repercussão geral, em julgamento no Supremo Tribunal Federal.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Guilherme Barranco de Souza, Antonio Lopo Martinez, Rafael Pandolfo, Pedro Anan Junior e Nelson Mallmann. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Odmir Fernandes.

Relatório

GLAUCIANE MARIA DE SOUZA, contribuinte inscrita no CPF/MF sob o nº 057.582.436 - 04, com domicílio fiscal na cidade de Pompeu, Estado de Minas Gerais, à Rua Professora Erotildes, n.º 585 – casa – Bairro Volta do Brejo, jurisdicionada a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Divinópolis - MG, inconformada com a decisão de Primeira Instância de fls. 692/710, prolatada pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte - MG, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 716/743.

Contra a contribuinte acima mencionada foi lavrado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Divinópolis - MG, em 20/04/2009, o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física (fls.02/12), com ciência por AR, em 06/05/2009 (fls. 585), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 4.756.450,76 (padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de Renda Pessoa Física, acrescidos da multa de lançamento de ofício normal de 75% e dos juros de mora de, no mínimo, de 1% ao mês, calculado sobre o valor do imposto de renda relativo aos exercícios de 2005 a 2006 correspondente aos anos-calendário de 2004 a 2005, respectivamente.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização de revisão de declaração de ajuste anual referente aos exercícios de 2005 a 2006, onde a autoridade fiscal lançadora entendeu haver omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada. Infração capitulada no art. 42 da Lei 9.430, de 1996; art. 849 do RIR/99; art. 1º da Medida Provisória nº 22/2002 convertida na Lei nº 10.451, de 2002; art. 10 da Lei nº 11.119, de 2005.

O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela constituição do crédito tributário lançado esclarece, ainda, através do Termo de Verificação Fiscal, datado de 20/04/2009 (fls.13/31), entre outros, os seguintes aspectos:

- que em 19/09/2007, foram feitas as Requisições de Informações sobre Movimentações Financeiras - RMF aos Bancos, tendo em vista que GLAUCIANE MARTA DE SOUSA, CPF 057.582.436-04, não apresentou os extratos bancários e não prestou alguns esclarecimentos como solicitado no Termo de Início de Fiscalização e no Termo de Intimação 001 supra referenciados, cujos fatos já caracterizaram a recusa da apresentação dos documentos, prevista no artigo 3º Incisos X e VII do Decreto 3724/2001, c/c o artigo 33, Inciso I da Lei 9.430/96. Constatou-se também que a Contribuinte apresentou a relação incompleta dos números das contas movimentadas nos anos de 2004 e 2005;

- que conciliado a este fato, a contribuinte esclareceu que tal recursos são mera movimentação bancária de recursos de terceiros e freqüentemente assume obrigações creditícias com terceiros, bem como empresta recursos a terceiros, o que justificaria sua movimentação financeira apresentar elevados valores. E ainda, constatou-se movimentação financeira elevada com relação aos rendimentos declarado, o que dá indícios da situação de interposta pessoa, como definido nos Incisos X e XI do artigo 3º e o Inciso I do Parágrafo 2º deste mesmo artigo, do Decreto 3.724/2001;

- que em 27/12/2007, a contribuinte apresentou documentos e esclarecimentos apenas para os itens 8, 9 e 10, das intimações 002 e 003, ficando sem atendimento os itens 1 a 7 e 11 das Intimações 002 e 003 e itens 12 e 13 da Intimação nº 003. De forma reiterada, solicitou prorrogação de prazo, desta vez, não inferior a noventa dias, sem ater aos prazos legais para apresentar documentos e esclarecimentos e sem apresentar comprovações irrefutáveis da necessidade do prazo solicitado para apresentação dos documentos requisitados pela fiscalização. Destarte, como já mencionado, apenas os itens 1 a 4 daquelas intimações ora citadas estão vinculadas As documentações bancárias e por ocasião da reiteração das Intimações 002 e 003, através da Intimação no 004 de 16/01/2008, cientificada A Contribuinte em 25/01/2008, já havia transcorrido mais de setenta dias. A Intimação nº 004 de 16/01/2008 consolidou e reiterou todos os itens das Intimações 002 e 003 já relacionados acima, para atendimento no prazo de vinte dias, com vencimento em 18/02/2008, e manteve em destaque os dispositivos legais quanto á omissão de receitas e pessoa interposta, artigo 42 da Lei 9.430/96 e seu § 5º incluído pela Lei 10.637/2002, e as implicações da falta do atendimento às Intimações;

- que com os constantes pedidos de prorrogação de prazos para a apresentação de documentos constantes nas Intimações, nunca atendidas completamente, e o vencimento da Intimação nº 004 sem atendimento, cujos fatos configuram a recusa de prestar informações e/ou entrega de documentos, conciliados A possível existência de interposta pessoa, nos termos definidos nos Incisos X e XI do artigo 3º e o Inciso I do Parágrafo 2º deste mesmo artigo, do Decreto 3.724/2001, como relatado no item 6 acima deste Termo, foram selecionados documentos para serem solicitados aos Bancos, através de RMF. Tais documentos foram solicitados em 28/02/2008, com os objetivos de (1) confirmar os tipos de operações realizadas pela contribuinte Glauciane Maria de Sousa e declaradas a esta fiscalização, bem como, caracterizar a possível existência de outra(s) pessoa(s) movimentando recursos dela(s) na conta corrente Glauciane Maria de Sousa;

- que foram feitas Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira a diversos Bancos, com base na falta de apresentação de documentos e presença de indícios de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato, com base e definições estabelecidas pelos artigos 3º, Incisos VII e XI do Decreto 3.724/2001, c/c Inciso I do parágrafo 2º do artigo 3º deste mesmo Decreto e artigo 33, Inciso I da Lei 9.430/1996. Foram constatadas operações comerciais de empréstimos a terceiros, a pessoas físicas e jurídicas, movimentadas nas contas bancárias da CREDIPEU - Cooperativa de Crédito Rural de Pompeu, agência 3161, conta 31.641-5 e na Caixa Econômica Federal, agência 1426, conta 4719-5, o que ensejou o procedimento fiscal em separado, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal nº 001, com a tributação na pessoa jurídica equiparada, tendo em vista o exercício da atividade comercial. Através dos procedimentos de amostragem, proporcionalmente às quantidades movimentadas com relação aos procedimentos das demais contas, foram requisitados aos bancos, (Banco do Brasil Agência 2475 - conta 10.298-9 e Caixa Econômica Federal, Agência 1426 - conta 18.772-1), documentos de débitos e créditos, com a finalidade de certificar que tipos de operação eram realizados e a possível vinculação com o Sr. Jamir de Souza Machado, uma vez que a Contribuinte afirmou a concessão de operações de mútuos com o uso de todas as suas contas bancárias, sem vinculação com o Sr. Jamir. Especificamos os documentos apresentados pelo Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal no "ANEXO 1: DOCUMENTOS REQUISITADOS AOS BANCOS, relacionados com este procedimento fiscal (Termo de Verificação nº002). Esses documentos podem ser assim sintetizados, destacando-se que a Contribuinte não apresentou nenhum documento que comprovasse as origens dos recursos movimentados em suas contas bancárias;

- que contribuinte não apresentou qualquer documento de prova sobre as origens dos recursos e as aplicações dos mesmos. Como já citado e comprovado nos itens anteriores, para as contas bancárias movimentadas no Banco do Brasil, Agência 2475, conta 10.298-9 e na Caixa Econômica Federal, Agência 1426, conta nº 18.772-1, não surgiram comprovações de que elas foram movimentadas em operações de empréstimos, nem provas da participação do Sr. Jamir de Souza Machado. Declarações feitas sem comprovações ou provas reais e documentais de evidências dos fatos, não podem prosperar. Além do mais, salientamos que cabe à contribuinte comprovar, com documentos, as origens e aplicações dos recursos financeiros, quando solicitados pela Receita Federal, cujo ônus da prova é exclusivamente dela, como preceitua o artigo 925 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto 3.000/99 c/c artigo 42 da Lei 9.430/96. Não merece relevância a intenção e solicitação da contribuinte de transferir à Receita Federal o ônus de controlar, escriturar, provar toda a movimentação e todas as operações realizadas pelas pessoas físicas ou jurídicas. Destarte, sobre este aspecto, foi anexado a este procedimento fiscal o Termo de Verificação nº 001, para compor o relato completo da auditoria efetuada. É relevante ressaltar que os bancos recebem os depósitos em cheques e lançam na conta corrente de seus clientes, com algum destaque e sem efetuar o crédito na conta, ou seja, sem efetuar a alteração do saldo. Transcorrido o prazo da compensação ou por ocasião da sua liberação, isto depende da origem da cidade do emitente do cheque, o banco efetua os créditos disponíveis do dia e faz o débito na conta, relativo aos cheques devolvidos, com destaque no histórico. Assim sendo, para todos os valores creditados deverão ser abatidos todos os cheques depositados que foram devolvidos. Este procedimento foi adotado por esta fiscalização na apuração dos valores sujeitos lançamento.

Irresignada com o lançamento a autuada apresenta, tempestivamente, em 05/06/2009, a sua peça impugnatória de fls. 586/620, instruído pelos documentos de fls.621/690, solicitando que seja acolhida a impugnação e determinado o cancelamento do crédito tributário amparado, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que como já relatado, a impugnante foi autuada nos termos do art. 42 da Lei n. 9.430/96, em relação à sua movimentação bancária nas contas correntes do Banco do Brasil n. 10.289-9 e da Caixa Econômica Federal n. 18.772-1, durante o período de 01 de janeiro de 2004 a 31 de dezembro de 2005;

- que totalmente descabida a conduta, evidentemente. Conforme noticiado desde o início do procedimento fiscal, a impugnante não nega que pactua, contrato de mútuos. Tanto é que, conforme se verifica nos demais Autos de Infrações correlatos, que tem como escopo exatamente verificar as transações pactuadas com terceiros, constatou-se a prática destas operações. No presente, sem que nenhuma justificativa plausível fosse apresentada, os doutos fiscais não tiveram nenhum interesse de verificar a veracidade do que foi sustentado — realização continua de mútuo, utilizando-se de todas as suas contas bancárias, com idênticos históricos;

- que conforme se verifica no *caput* do dispositivo mencionado, a tributação pretendida somente terá vez quando duas situações estiverem concomitantemente juntas: (i) falta de documentação hábil e idônea; (ii) origem dos recursos;

- que de antemão, oportuno destacar que os documentos apresentados são idôneos e hábeis para justificar toda a transação realizada. A começar com extratos bancários que, com extrema agilidade, a Receita Federal conseguiu perante as instituições financeiras;

- que a impugnante apresentou, quando solicitada e da forma mais rápido possível, toda documentação que comprova a movimentação de cheques depositados em suas contas bancárias;

- que não se pode olvidar que o primeiro requisito que afasta a aplicação do art. 42, acima mencionado, para fins de tributação de Imposto de Renda está presente: existe documentação hábil e idônea para dar suporte em todas as operações;

- que sendo assim, a tributação pretendida com suporte no art. 42 da Lei 9.430/96 não deve prevalecer, porque os requisitos mínimos para tanto estão ausentes, restando frustradas, portanto, os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, tais como, legalidade e tipicidade tributárias;

- que a realização das operações de mútuo foram comprovadas pela própria auditoria fiscal a partir de inúmeras intimações fiscais feitas a terceiros (mutuários da impugnante) a fim de confirmar as informações prestadas pela impugnante. Conforme ficou asseverado no trecho abaixo retirado do Termo de Verificação Fiscal n. 001, pg. 34;

- que os juros cobrados pela impugnante são os ganhos (renda) obtidos na realização das operações e, apesar dos auditores fiscais terem afirmado ser "impossível quantificar o real valor dos ganhos", tal afirmativa não se mostra verdadeira, afinal, sendo as operações de mútuo realizadas através de emissão de cheques, transferências, TEDs e DOCs e do recebimento de cheques e depósitos, fica evidente que é possível calcular o montante dos empréstimos realizados e, por consequência, aplicar os juros cobrados sobre tal montante para se apurar os ganhos;

- que para demonstrar a funcionalidade desse método de apuração da renda, a impugnante elaborou uma planilha seguindo o passo-a-passo acima descrito (documentos anexos). Verifica-se pelo resultado apurado, que o valor obtido é infinitamente inferior à presunção de que todos os depósitos efetuados nas contas da impugnante seriam receita sujeita a tributação do imposto de renda da pessoa física, nos termos do art. 42 da lei n. 9.430/96;

- que enquanto na apuração pela sistemática da presunção a base de cálculo do Imposto de Renda atingiu a vultosa e surreal quantia de quase R\$ 6 milhões no auto ora impugnado e no outro, relativo às outras contas alcançou R\$ 38.032.359,19 (trinta e oito milhões, trinta e dois mil e trezentos e cinqüenta e nove reais e dezenove centavos) com a aplicação do arbitramento, a apuração com base no lucro real, apurado sobre o juros cobrado nas operações de mútuo nas quatro contas não ultrapassou 5% da apurada mediante arbitramento;

- que não espera a impugnante que a planilha apresentada seja aceita como valor definitivo, pelo contrário, a impugnante deseja e requererá que seja realizada perícia técnica para a apuração precisa dos ganhos obtidos através da cobrança de juros nas operações de mútuos, até porque acredita que um técnico poder á colaborar com a certeza esperada de todo procedimento fiscal;

- que vale ressaltar que os extratos bancários disponíveis aos auditores fiscais durante o procedimento fiscal podem e devem ser considerados como documentos hábeis para comprovar ES "entradas" e "saídas" de recursos, uma vez que, como foi declarado pela impugnante e confirmado pelos auditores fiscais, todas as operações de mútuo eram concretizadas pela emissão de cheques ou de transferências para os mutuários e concluídas

pelo depósito de cheques dos mutuários, de terceiros, transferências ou depósitos. Todas as operações de mútuo eram realizadas mediante movimentação bancária, os extratos são o próprio livro caixa da impugnante, estando neles registradas todas as operações;

- que conforme restou comprovado em pormenores na alegação supra, irrefutável que o Auto de Infração deva ser julgado improcedente, anulando-se o lançamento do crédito tributário realizado. Isso porque, conforme restou assentado, a Receita não conseguiu diligenciar detidamente e, por conseguinte, concluir ou comprovar que houve o efetivo acréscimo patrimonial ou ingresso de recursos financeiros no patrimônio, de acordo com o dispositivo legal utilizado como suporte, ou seja, art. 42 da Lei n. 9.430/96. Logo, não há que se falar em dever de pagar tributo e o seu corolário, as multas;

- que não se pode olvidar a real necessidade de afastar a alegação de fraude apresentada pelo fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração. Segundo a fiscalização, a omissão de rendimentos e, ao seu lado, suposta inércia da impugnante, resultaria na aplicação de penalidade qualificada de 150%. Todavia, a penalidade deve ser afastada de plano, pois, além de não ter previsão legal atualmente, ela tem evidente efeito confiscatório;

- que de acordo com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, a multa de 150% — montante muito superior à quantia devida a título de tributo —, deve ser afastada imediatamente, sob pena de violação da Carta Magna. Destaque-se: tributo e penalidade tributária não podem ter efeito confiscatório. Logo, multa uma vez e meia superior ao tributo a ser pago, viola o direito a propriedade e, conseqüentemente, possui caráter de confisco;

- que, portanto, caso não seja afastada a penalidade imposta, em primeiro lugar, porque inexistente conduta típica, em segundo, em razão de o dispositivo legal utilizado como suporte inexistir no ordenamento jurídico, em terceiro lugar, porque resta flagrante o efeito confiscatório do ato, em total falta de sintonia com art. 150, IV da CRFB, seja a penalidade desqualificada e, por conseguinte, aplicado o enunciado previsto no art. 968 do RIR, conforme previsto no ordenamento jurídico brasileiro e inserido no corpo do texto de todas as cartas;

- que talvez os fiscais tenham observado indevidamente a legislação em vigência à época da concretização dos supostos fatos geradores. No entanto, ela não terá aplicabilidade ao caso concreto, quer em razão da inexistência de fraude, dolo etc.; quer em virtude da aplicação da lei retroatividade benigna com relação às penalidades, nos termos do art. 106 do CTN;

- que no caso dos autos, não se pode esquecer que existem três situações evidentes que afastam a fraude: (i) a autoridade fiscalizadora não atendeu aos requisitos legais, isto é, ela não apontou de forma minuciosa e não houve prova nenhuma em relação à suposta conduta fraudulenta; (ii) a autoridade administrativa fundamentou e apurou o crédito tributário por meio de presunções, falsas, no entanto; e (iii) voluntariamente, a contribuinte demonstrou a seriedade dos seus atos, comprovando e fundamentando a sua interpretação da legislação tributária, inclusive atendendo todas as solicitações durante o processo de fiscalização;

- que assim sendo, em sede de conclusão, a penalidade não deverá permanecer porque: (i) inexistente conduta atípica que faça incidir multa ou qualquer penalidade tributária; (ii) a penalidade aplicada no Auto de Infração não possui previsão legal no ordenamento jurídico; (iii) a penalidade aplicada não está em sintonia com o texto

constitucional, sendo mais do que evidente a existência de caráter confiscatório; (iv) simples omissão de receita não corresponde necessariamente fraude, motivo pelo qual totalmente imprópria a aplicação da redação antiga da Lei; (v) diante da flagrante inexistência de fraude, conforme salientado, caso tenha que ser mantida penalidade, que, ao invés de 150% do valor do tributo, seja aplicada a penalidade prevista no art. 968 do RIR, conforme destacado pelo fiscal em todos os termos de intimação, ou, quiçá, a redação atual da Lei n. 11.488/07.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pela impugnante, os membros da Quinta Turma da Delegacia da Receita do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte - MG, concluíram pela improcedência da impugnação e manutenção do crédito tributário lançado, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que assim, pode até a contribuinte discordar da exigência, mas, no caso examinado, não ficou configurado nenhum vício no procedimento fiscal capaz de tornar nula a autuação, notadamente porque foi garantido à autuada o pleno exercício de seu direito de defesa contra o lançamento regularmente constituído;

- que registre-se, entretanto, que o procedimento fiscal observou, fielmente, a legislação vigente sobre o assunto. Como preceitua o CTN, em seu art. 113, a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, e este, consiste na situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência, conforme disposto no art. 114 do mesmo diploma legal;

- que faz-se necessário esclarecer que o que se tributa, no presente processo, não são os depósitos bancários, como tais considerados, mas a omissão de rendimentos por eles representada. Os depósitos bancários são apenas a forma, o sinal de exteriorização, pelos quais se manifesta a omissão de rendimentos objeto de tributação;

- que a lei transcrita estabeleceu uma presunção de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular de conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento;

- que as presunções legais, também chamadas presunções jurídicas, dividem-se em absolutas (*jûris et jure*) e relativas (*jûris tantum*). Denomina-se presunção *juris et jure* aquela que, por expressa determinação de lei, não admite prova em contrario nem impugnação; diz-se que a presunção é *juris tantum* quando a norma legal é *formulada* de tal maneira que a verdade enunciada pode ser elidida pela prova de sua irrealidade;

- que a presunção legal de renda, caracterizada por depósitos bancários, é do tipo *juris tantum* (relativa). Caberia, portanto, ao contribuinte apresentar justificativas válidas, devidamente comprovadas, para os ingressos ocorridos em suas contas-correntes;

- que a presunção em favor do fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário;

- que não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder/dever de considerar os valores depositados como rendimentos tributáveis e omitidos na declaração de ajuste anual efetuando o lançamento do imposto correspondente;

- que nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a administração pública, cabendo ao agente tão-somente a inquestionável observância do diploma legal.

A decisão de Primeira Instância está consubstanciada nas seguintes ementas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Exercício: 2005, 2006

PRELIMINAR DE NULIDADE.

Há de se rejeitar as preliminares de nulidade quando comprovado que a autoridade fiscal cumpriu todos os requisitos pertinentes à formalização do lançamento, e a autuada, devidamente cientificada, manifestou contestação de forma ampla e irrestrita, em consonância com o rito do processo administrativo fiscal.

OMISSÃO DE RECEITAS - PRESUNÇÃO LEGAL – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM. NÃO COMPROVADA.

Configuram omissão de receita, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

O MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A multa de ofício qualificada no percentual de 150% será aplicada quando, em procedimento fiscal, ficar caracterizada ação dolosa do contribuinte, consubstanciada em conduta tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 20/11/2009, conforme Termo constante à fls. 713, e, com ela não se conformando, a recorrente interpôs, em tempo hábil (22/12/2009), o recurso voluntário de fls. 716/743, instruído pelos documentos de fls. 744/981, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que pela falta de coerência dos fiscais durante todo o procedimento fiscal. Conforme noticiado desde o início do procedimento fiscal, a recorrente afirma que pactua contrato de mútuos. Tanto é que, conforme se verifica nos demais Autos de Infrações correlatos, que tem como escopo exatamente verificar as transações pactuadas com terceiros, constatou-se a prática destas operações. No presente, sem que nenhuma justificativa plausível fosse apresentada, os doutos fiscais não tiveram nenhum interesse de verificar a veracidade do que foi sustentado — realização continua de mútuo, utilizando-se de todas as suas contas bancárias, com idênticos históricos;

- que oportuno reiterar que a necessidade de se apresentar contratos detalhados discorrendo sobre o mútuo pactuado entre a recorrente e terceiros não existem. Isso porque, conforme já dito, a operação é realizada da forma mais simples possível, ou seja, a contribuinte empresta dinheiro — diferentes formas: dinheiro em espécie, transferência etc. —, em contraprestação e para assegurar o negócio, recebe cheque. Fica com eles em mãos até a data de vencimento, conforme pactuado entre as partes envolvidas;

- que nessa linha, não se pode olvidar que o primeiro requisito que afasta a aplicação do art. 42, acima mencionado, para fins de tributação de Imposto de Renda está presente: existe documentação hábil e idônea para dar suporte em todas as operações;

- que não se pode olvidar que a imposição legal para tributação está totalmente desmedida de razoabilidade. Ora, não se pode olvidar que a documentação existente é idônea e hábil para assegurar tudo que foi até aqui asseverado;

- que nada melhor do que a apresentação de extratos bancários e a lista de todos os depósitos de cheque. Ademais, a origem dos recursos resta mais do que evidente, ou seja, os mesmos estavam em plena disponibilidade no final do ano de 2003, nas contas bancárias da recorrente, conforme se verifica;

- que a movimentação bancária da recorrente deve ser tributada de uma forma uníssona, ou seja, como se defendeu no PTA n. 10665.000564/2009-84, mediante a apuração do ganho (lucro);

- que dessa forma, deve-se concluir que os juros cobrados pela recorrente são os ganhos (renda) obtidos na realização das operações e, apesar dos auditores fiscais terem afirmado ser "impossível quantificar o real valor dos ganhos", tal afirmativa não se mostra verdadeira, afinal, sendo as operações de mútuo realizadas através de emissão de cheques, transferências, TEDs e DOCs e do recebimento de cheques e depósitos, fica evidente que é possível calcular o montante dos empréstimos realizados e, por consequência, aplicar os juros cobrados sobre tal montante para se apurar os ganhos;

- que como no direito pátrio não se admite essa conduta meramente arrecadatória, bem como, com os documentos disponíveis à fiscalização seria possível a apuração do ganho obtido pela recorrente nas operações de mútuo torna-se impossível a aplicação da presunção do art. 42 da Lei n. 9.430/96, uma vez que os extratos bancários se mostraram documentos hábeis o suficiente para elidir a presunção e permitir a apuração do imposto mediante a verificação do efetivo ganho da recorrente;

- que vale destacar que a forma de apuração aqui apresentada tanto pode ser adotada para apuração da renda de pessoa física quanto da pessoa jurídica, assim, ainda que esse d. órgão julgador entenda manter a autuação na pessoa física, poderia ser sustentada a tributação na pessoa jurídica, como fez a d. fiscalização no outro auto de infração, já mencionado, bem como, é totalmente aplicável a tributação da como pessoa física desde que tenha em mente a apuração do ganho real e não a aplicação de presunção abusivas e surreais;

- que os d. julgadores *a quo*, tentaram sustentar que apesar dos dispositivos mencionados no auto de infração terem sido revogados as multas aplicadas possuem previsão em outro dispositivo. Ora, tal tentativa é absurda e foge do razoável em se tratando de um Estado Democrático de Direito, onde o princípio da legalidade é sustentáculo do direito ao **contraditório e a ampla defesa**;

- que se o contribuinte foi autuado com base num dispositivo legal é contra este que deve se defender, não podendo, em sede de Julgamento Administrativo, os Julgadores alterarem o fundamento da autuação como se isto fosse insignificante e não afetasse diretamente o direito de defesa da Recorrente;

- que assim, basta a constatação de que os fundamentos legais invocados no auto de infração não se aplicam ao caso dos autos, uma vez que foram revogados, para se concluir que as multas aplicadas não possuem o amparo jurídico legal necessário para sua exigência, devendo a decisão recorrida ser reformada também nesse ponto, para afastar a aplicação das penalidades;

- que ainda segundo a d. Fiscalização, a omissão de rendimentos e, ao seu lado, suposta inércia da Recorrente, resultariam na aplicação de penalidade qualificada de 150%. Nessa linha, o contribuinte teria agido com dolo e com intuito de sonegar imposto, motivo pelo qual lhe foi imputada penalidade severa, no importe de 150% do valor do tributo. Trouxe A. tona o significado de sonegação e fraude, conforme previsão, respectivamente, dos arts. 71 e 72 da Lei n. 4.502/64;

- que foge totalmente dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade apontar que a Recorrente teve como escopo fraudar ou agir com dolo. Houve, na realidade, algumas premissas levantadas pela fiscalização, equivocadas por se distanciarem da realidade. Não somente quanto à multa, mas também e, principalmente, no que tange ao tributo.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Nelson Mallmann, Relator

Do exame inicial dos autos verifica-se que existe uma questão prejudicial à análise do mérito da presente autuação, relacionada com sobrestamento de julgados.

Observa-se às fls. 13/31 do Termo de Verificação Fiscal os seguintes excertos:

Com os constantes pedidos de prorrogação de prazos para a apresentação de documentos constantes nas Intimações, nunca atendidas completamente, e o vencimento da Intimação nº 004 sem atendimento, cujos fatos configuram a recusa de prestar informações e/ou entrega de documentos, conciliados A possível existência de interposta pessoa, nos termos definidos nos Incisos X e XI do artigo 3º e o Inciso I do Parágrafo 2º deste mesmo artigo, do Decreto 3.724/2001, como relatado no item 6 acima deste Termo, foram selecionados documentos para serem solicitados aos Bancos, através de RMF. Tais documentos foram solicitados em 28/02/2008, com os objetivos de (1) confirmar os tipos de operações realizadas pela contribuinte Glauciane Maria de Sousa e declaradas a esta fiscalização, bem como, caracterizar a possível existência de outra(s) pessoa(s) movimentando recursos dela(s) na conta corrente Glauciane Maria de Sousa.

Foram feitas Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira a diversos Bancos, com base na falta de apresentação de documentos e presença de indícios de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato, com base e definições estabelecidas pelos artigos 3º, Incisos VII e XI do Decreto 3.724/2001, c/c Inciso I do parágrafo 2º do artigo 3º deste mesmo Decreto e artigo 33, Inciso I da Lei 9.430/1996. Foram constatadas operações comerciais de empréstimos a terceiros, a pessoas físicas e jurídicas, movimentadas nas contas bancárias da CREDIPEU - Cooperativa de Crédito Rural de Pompeu, agência 3161, conta 31.641-5 e na Caixa Econômica Federal, agência 1426, conta 4719-5, o que ensejou o procedimento fiscal em separado, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal nº 001, com a tributação na pessoa jurídica equiparada, tendo em vista o exercício da atividade comercial. Através dos procedimentos de amostragem, proporcionalmente às quantidades movimentadas com relação aos procedimentos das demais contas, foram requisitados aos bancos, (Banco do Brasil Agência 2475 - conta 10.298-9 e Caixa Econômica Federal, Agência 1426 - conta 18.772-1), documentos de débitos e créditos, com a finalidade de certificar que tipos de operação eram realizados e a possível vinculação com o Sr. Jamir de Souza Machado, uma vez que a Contribuinte afirmou a concessão de operações de mútuos com o uso de todas as suas contas bancárias, sem vinculação com o Sr. Jamir. Especificamos os documentos apresentados pelo Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal no "ANEXO 1: DOCUMENTOS REQUISITADOS AOS BANCOS, relacionados com este procedimento fiscal (Termo de Verificação nº002). Esses documentos podem ser assim sintetizados, destacando-se que a Contribuinte não apresentou nenhum documento

que comprovasse as origens dos recursos movimentados em suas contas bancárias.

Com visto, resta claro da análise dos autos, que a autoridade administrativa, através da Requisição de Movimentação Financeira – RMF solicitou diretamente às instituições financeiras os extratos bancários.

Assim sendo, a discussão sobre os depósitos bancários lançados, por enquanto, não faz sentido haja vista que se trata de mais um caso de sobrestamento de julgado feito, por unanimidade de votos, por esta turma de julgamento, nos termos do art. 62-A e parágrafos do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, 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.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

É de se ressaltar, que a primeira orientação dada era de que se os extratos bancários fossem acostados aos autos mediante o atendimento da Solicitação de Emissão de Requisição de Movimentação Financeira (RMF) solicitada pela autoridade fiscal lançadora, com base no art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001, o processo deveria ser sobrestado até que a repercussão geral fosse julgada. Entretanto, na evolução da discussão sobre o assunto, surgiu a corrente que defende a tese de que somente é possível sobrestar as matérias que o próprio Supremo Tribunal Federal tenha determinado o sobrestamento de Recursos Extraordinário – RE.

Para pacificar o assunto o Presidente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) editou a Portaria CARF nº 001, de 03 janeiro de 2012, determinando os procedimentos a serem adotados para o sobrestamento de processos, da qual extraio os seguintes excertos:

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.

Resta evidente, nos autos, de que se trata de imposto de renda incidente sobre depósitos bancários com origem não comprovada, onde o fornecimento das informações sobre a movimentação bancária do contribuinte, pelas instituições financeiras, foi realizada diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem prévia autorização judicial (art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001). Ou seja, o fornecimento das informações sobre movimentação bancária do contribuinte foram obtidas pelo fisco por meio de procedimento administrativo, sem prévia autorização judicial, assunto na esfera das matérias de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, conforme o recurso extraordinário 601314.

O Recurso Extraordinário (RE) 601314 chegou ao Supremo contra uma decisão que considerou legal o artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, que permite a entrega das informações, por parte dos bancos, a pedido do Fisco. Para o autor do recurso, contudo, este dispositivo seria inconstitucional, uma vez que permite a entrega de informações de contribuintes, sem autorização judicial, configuraria quebra de sigilo bancário, violando o artigo 5º, X e XII da Constituição Federal.

De acordo com o relator, a matéria discutida no RE 601314, a eventual inconstitucionalidade de quebra de sigilo bancário pelo Poder Executivo (Receita Federal) atinge todos os contribuintes, conforme a ementa, de 20/11/2009, abaixo transcrita:

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, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-07 PP-01422)

Em data posterior (15/12/2010) a decretação da repercussão geral o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, por cinco votos a quatro, que a Receita Federal não tem poder de decretar, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário do contribuinte, durante julgamento do Recurso Extraordinário interposto pela GVA Indústria e Comércio contra medida do Fisco (RE 389.808), cuja ementa é a seguinte:

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.

Observa-se que a discussão girou em torno do respaldo constitucional dos dispositivos da Lei nº 10.174, de 2001, da Lei Complementar nº 105, de 2001 e do Decreto nº 3.724, de 2001, usados pela Receita para acessar dados da movimentação financeira. O relator do caso, ministro Marco Aurélio, destacou em seu voto que o inciso 12 do artigo 5º da Constituição diz que é inviolável o sigilo das pessoas salvo duas exceções: quando a quebra é determinada pelo Poder Judiciário, com ato fundamentado e finalidade única de investigação criminal ou instrução processual penal, e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito. “A inviabilidade de se estender essa exceção resguarda o cidadão de atos extravagantes do Poder Público, atos que possam violar a dignidade do cidadão”.

Por maioria de votos, o STF entendeu ser indispensável à prévia manifestação do Poder Judiciário para que seja legítimo o acesso da Receita Federal às informações que se encontram protegidas pelo sigilo bancário. E assim o fez em virtude de regra clara e inequívoca, constante do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que prescreve que o sigilo de dados somente pode ser afastado mediante prévia autorização judicial.

Em seu voto o ministro Celso de Mello, a equação direito ao sigilo — dever de sigilo exige — para que se preserve a necessária relação de harmonia entre uma expressão essencial dos direitos fundamentais reconhecidos em favor da generalidade das pessoas (verdadeira liberdade negativa, que impõe, ao Estado, um claro dever de abstenção), de um lado, e a prerrogativa que inquestionavelmente assiste ao Poder Público de investigar comportamentos de transgressão à ordem jurídica, de outro — que a determinação de quebra de sigilo bancário provenha de ato emanado de órgão do Poder Judiciário, cuja intervenção moderadora na resolução dos litígios, insista-se, revela-se garantia de respeito tanto ao regime das liberdades públicas quanto à supremacia do interesse público.

Os efeitos dessa decisão por ora estão limitados ao caso concreto e não vinculam as instâncias inferiores. Porém, ela reafirma entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal. Não se pode esquecer, pois, que se trata de decisão do Pleno da mais alta corte do país e como tal deve ser entendida e respeitada. Isso quer dizer, na prática, que mesmo que o Supremo ainda não tenha julgado definitivamente a matéria (várias ações diretas de inconstitucionalidade contra a lei complementar ainda aguardam para ser julgadas na corte, além do Recurso Extraordinário 601.314), sua decisão em relação à Lei Complementar nº 105, de 2001, poderá ser o argumento para os próximos julgados.

Em decisão monocrática publicada em março de 2011, a ministra Cármen Lúcia afirma categoricamente que não cabe mais discussão sobre o assunto. “No julgamento do Recurso Extraordinário 389.808 (...), com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de ter acesso a Receita Federal a dados bancários dos contribuintes”, disse ela ao julgar o Recurso Extraordinário 387.604, verbis:

RE 387.604 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA RECEITA FEDERAL: IMPOSSIBILIDADE. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório I. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“EMBARGOS INFRINGENTES. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTIMIDADE E SIGILO DE DADOS VERSUS ORDEM TRIBUTÁRIA HÍGIDA. ART. 5º, X E XII. PROPORCIONALIDADE.

1. O sigilo bancário, como dimensão dos direitos à privacidade (art. 5º, X, CF) e ao sigilo de dados (art. 5º, XII, CF), é direito fundamental sob reserva legal, podendo ser quebrado no caso previsto no art. 5º, XII, 'in fine', ou quando colidir com outro direito albergado na Carta Maior. Neste último caso, a solução do impasse, mediante a formulação de um juízo de concordância prática, há de ser estabelecida através da devida ponderação dos bens e valores, in concreto, de modo a que se identifique uma 'relação específica de prevalência' entre eles.

2. No caso em tela, é possível verificar-se a colisão entre os direitos à intimidade e ao sigilo de dados, de um lado, e o interesse público à arrecadação tributária eficiente (ordem tributária hígida), de outro, a ser resolvido, como prega a doutrina e a jurisprudência, pelo princípio da proporcionalidade.

3. Com base em posicionamentos do STF, o ponto mais relevante que se pode extrair desse debate, é a imprescindibilidade de que o órgão que realize o juízo de concordância entre os princípios fundamentais - a fim de aplicá-los na devida proporção, consoante as peculiaridades do caso concreto, dando-lhes eficácia máxima sem suprimir o núcleo essencial de cada um - revista-se de imparcialidade, examinando o conflito como mediador neutro, estando alheio aos interesses em jogo. Por outro lado, ainda que se aceite a possibilidade de requisição extrajudicial de informações e documentos sigilosos, o direito à privacidade, deve prevalecer enquanto não houver, em jogo, um outro interesse público, de índole constitucional, que não a mera arrecadação tributária, o que, segundo se deduz dos autos, não há.

4. À vista de todo o exposto, o Princípio da Reserva de Jurisdição tem plena aplicabilidade no caso sob exame, razão pela qual deve ser negado provimento aos embargos infringentes” (fl. 275).

2. A Recorrente alega que o Tribunal a quo teria contrariado o art. 5º, inc. X e XII, da Constituição da República.

Argumenta que “investigar a movimentação bancária de alguém, mediante procedimento fiscal legitimamente instaurado, não atenta contra as garantias constitucionais, mas configura o estrito cumprimento da legislação tributária. Assim, (...) mesmo se considerarmos o sigilo bancário como um consectário do direito à intimidade, não podemos esquecer que a garantia é relativa, podendo, perfeitamente, ceder, se houver o interesse público envolvido, tal como o da administração tributária” (fl. 284).

*Analisados os elementos havidos nos autos, **DECIDO.***

3. Razão jurídica não assiste à Recorrente.

4. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 389.808, Relator o Ministro Marco Aurélio, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de ter acesso a Receita Federal a dados bancários de contribuintes:

“O Plenário, por maioria, proveu recurso extraordinário para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto a dados bancários da empresa recorrente. Na espécie, questionavam-se disposições legais que autorizariam a requisição e a utilização de informações bancárias pela referida entidade, diretamente às instituições financeiras, para instauração e instrução de processo administrativo fiscal (LC 105/2001, regulamentada pelo Decreto 3.724/2001). Inicialmente, salientou-se que a República Federativa do Brasil teria como fundamento a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e que a vida gregária pressuporia a segurança e a estabilidade, mas não a surpresa. Enfatizou-se, também, figurar no rol das garantias constitucionais a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), bem como o acesso ao Poder Judiciário visando a afastar lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV). Aduziu-se, em seguida, que a regra seria assegurar a privacidade das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, sendo possível a mitigação por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal. Observou-se que o motivo seria o de resguardar o cidadão de atos extravagantes que pudessem, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade, de modo que o afastamento do sigilo apenas seria permitido mediante ato de órgão equidistante (Estado-juiz). Assinalou-se que idêntica premissa poderia ser assentada relativamente às comissões parlamentares de inquérito, consoante já afirmado pela jurisprudência do STF”.

O acórdão recorrido não divergiu dessa orientação.

5. Nada há, pois, a prover quanto às alegações da Recorrente.

*6. Pelo exposto, **nego seguimento ao recurso extraordinário** (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).*

Publique-se.

*Brasília, 23 de fevereiro de 2011. Ministra **CÁRMEN LÚCIA** Relatora.*

Nesta linha de raciocínio, é de se notar, ainda, que nas demais decisões o Supremo Tribunal Federal tem determinado o sobrestamento de tal matéria, conforme é possível se verificar nos julgados abaixo:

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 DJe-120 DIVULG 19/06/2012 PUBLIC 20/06/2012).

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 DJe-217 DIVULG 14/11/2011 PUBLIC 16/11/2011).

Ora, o presente tema tem sido muito discutido após a Lei nº 10.174, de 2001 (que alterou a Lei nº 9.311, de 1996, e passou a admitir a utilização de dados da extinta CPMF para fins de apuração de outros tributos) e, sobretudo, a Lei Complementar nº 105, de 2001 (cujos artigos 5º e 6º admitem o acesso, pelas autoridades fiscais da União, Estados e municípios, das contas de depósito e aplicações financeiras em geral), tem reflexo direto em inúmeros lançamentos que são fundamentados na existência de movimentação bancária incompatível com os rendimentos e receitas declarados pelo contribuinte.

Como visto, anteriormente, o primeiro julgamento de relevância adveio na ação cautelar nº 33 – ajuizada para o fim de atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário – em que, por seis votos a quatro, admitiu-se a quebra independentemente de autorização judicial. Votaram a favor do Fisco os ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Carmen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie, enquanto, contrariamente à quebra sem ordem judicial, posicionaram-se os ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Todavia, poucas semanas após o próprio recurso extraordinário (nº 389.808)

veio a ser apreciado, desta vez com resultado diverso. O ministro Gilmar Mendes mudou de posição e, como o ministro Joaquim Barbosa não participou do julgamento, o placar foi favorável aos contribuintes, por cinco a quatro.

Apesar da decisão monocrática da ministra Cármen Lúcia afirmado categoricamente que não cabe mais discussão sobre o assunto, entendo, que a questão não está resolvida. Tivesse o ministro Joaquim Barbosa participado do julgamento (no pleno do STF) e mantido sua posição adotada na cautelar, o resultado teria ficado empatado (cinco a cinco). Além disso, existem várias Adins que aguardam julgamento (n.ºs 2.386, 2.390, 2.397 e 4.010) e o tema já teve sua repercussão geral reconhecida (RE nº 601.314), porém, ainda pendente de julgamento.

Por outro lado, existe notícias na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o mesmo tem determinado o sobrestamento de processos onde a discussão abrange o fornecimento das informações sobre a movimentação bancária do contribuinte, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem prévia autorização judicial (art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001). Assim, resta evidente, que o assunto se encontra na esfera das matérias de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, conforme o recurso extraordinário 601314 e que os processos estão sobrestados.

É de se ressaltar, que caso a posição definitiva do Supremo Tribunal Federal - STF seja no sentido da possibilidade da quebra sem autorização judicial, os autos de infração em curso deverão ser mantidos pelos órgãos administrativos de julgamento, o mesmo sucedendo com os processos judiciais, ressalvadas as questões peculiares envolvidas em cada caso. Contudo, se declarada a inconstitucionalidade dos diplomas que permitem a quebra pelas autoridades administrativas, será preciso verificar com maior critério as consequências nos procedimentos em curso.

Isso porque nem sempre o lançamento é motivado apenas na existência de movimentação financeira incompatível com os rendimentos declarados. Nos casos, por exemplo, de omissão de receitas (artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996) fundamentados exclusivamente na existência de valores em instituições financeiras, não há dúvida de que, declarada a inconstitucionalidade da quebra sem autorização judicial, os lançamentos restarão viciados e deverão assim ser declarados pelo órgão administrativo ou judicial competente. No entanto, há casos em que a existência de recursos financeiros eventualmente não comprovados é apenas um dos indícios que fundamentam a ação fiscal.

No caso em questão, resta claro, nos autos, de que se trata de imposto de renda incidente sobre depósitos bancários com origem não comprovada, onde o fornecimento das informações sobre a movimentação bancária do contribuinte, pelas instituições financeiras, foi realizada diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem prévia autorização judicial (art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001). Ou seja, os extratos bancários foram acostados aos autos mediante o atendimento da Solicitação de Emissão de Requisição de Movimentação Financeira (RMF) solicitada pela autoridade fiscal lançadora, com base no art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001.

É conclusivo, que no julgamento do Recurso Extraordinário n. 389.808, não aplicável a repercussão geral, o Pleno do Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de ter acesso a Receita Federal a dados bancários de contribuintes:

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.

***Decisão** O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), deu provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falou, pelo recorrente, o Dr. José Carlos Cal Garcia Filho e, pela recorrida, o Dr. Fabrício Sarmanho de Albuquerque, Procurador da Fazenda Nacional. Plenário, 15.12.2010.*

Naquele julgado, o Plenário, por maioria, proveu recurso extraordinário para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto a dados bancários da empresa recorrente.

Na espécie, questionavam-se disposições legais que autorizariam a requisição e a utilização de informações bancárias pela referida entidade, diretamente às instituições financeiras, para instauração e instrução de processo administrativo fiscal (Lei Complementar nº 105, de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724, de 2001).

Não há dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, naquela ocasião, declarou, por maioria de votos, a impossibilidade de acesso aos dados bancários dos contribuintes através de procedimento administrativo efetuado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil diretamente as instituições financeiras, entretanto a decisão, ainda, não transitou em julgado e não se aplica na solução da repercussão geral em discussão, razão pela qual entendo que se faz necessário sobrestar o presente julgado até a solução final da repercussão geral em questão.

Assim sendo, resta evidente nos autos de que se trata de imposto de renda incidente sobre depósitos bancários com origem não comprovada e parte da discussão se concentra sobre o fornecimento de informações sobre movimentação bancária do contribuinte obtida pelo fisco por meio de procedimento administrativo, sem prévia autorização judicial, assunto na esfera das matérias de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, conforme o recurso extraordinário 601314.

A vista disso seja o presente processo encaminhado à Secretaria da 2ª Câmara da 2ª Seção para as devidas providências no sentido de atender o sobrestamento do julgamento. Observando que, após solucionada a questão, o presente processo será novamente incluído em pauta publicada.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann