



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

Processo nº 10730.720285/2010-98

Recurso nº 999.999

Resolução nº 2202-00.252 – 2^a Câmara / 2^a Turma Ordinária

Data 20 de junho de 2012

Assunto Solicitação de Sobrestamento

Recorrente GERALDO LUIS RAPHAEL DA ROZA

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, nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann – Presidente e Relator.

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

Relatório

GERALDO LUIS RAPHAEL DA ROZA, contribuinte inscrito no CPF/MF sob o nº 943.768.917-20, com domicílio fiscal na cidade de Niterói, Estado do Rio de Janeiro, à Rua Praia do Icaraí, n.º 99 – apto 1004 – Bloco A - Bairro Icaraí, jurisdicionado a Delegacia Especial de Maiores Contribuintes no Rio de Janeiro - RJ, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 5344/5352, prolatada pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro – RJ II, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 5358/5372.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado, em 28/12/2010, o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física (fls. 5293/5301), com ciência por AR, em 29/12/2010 (fls. 5303/5304), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 9.644.127,87 (padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de Renda Pessoa Física, acrescidos da multa de lançamento de ofício qualificada de 150% e dos juros de mora de, no mínimo, de 1% ao mês, calculado sobre o valor do imposto de renda relativo aos exercícios de 2006 e 2007, correspondentes aos anos-calendário de 2005 e 2006, respectivamente.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização de revisão de Declaração de Ajuste Anual referente ao exercício de 2005 e 2006, onde a autoridade fiscal lançadora entendeu haver omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito mantidas em instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme apurado durante procedimento fiscal e descrito no próprio Auto de Infração. Infração capitulada no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; art. 4º da Lei nº 9.481, de 1997; art. 1º da Lei nº 9.887, de 1999 e art. 58 da Lei nº 10.637, de 2002.

O Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela constituição do crédito tributário lançado esclarece o conteúdo do Auto de Infração através do Termo de Verificação Fiscal, datado de 28/12/2010 (fls. 5281/5292).

Irresignado com o lançamento o autuado apresenta, tempestivamente, em 27/01/2011, a sua peça impugnatória de fls. 5308/5323, instruído pelos documentos de fls. 5324/5343, solicitando que seja acolhida a impugnação e determinado o cancelamento do crédito tributário amparado, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que haveria ilegitimidade passiva do Impugnante para responder ao presente auto de infração, em razão de os depósitos em questão não terem sido efetuados só pelo Contribuinte e tais depósitos teriam se destinado sempre à empresa Graphit Factoring, gerida ao menos por outras três pessoas;

- que não haveria nenhuma prova de que o Impugnante teria se valido sozinho da desmedida movimentação financeira junto ao Banco Bradesco;

- que a outra sócia da Graphit, Sra. Nagib, também havia concedido poderes de gestão ao Sr. Luiz Adilson Bon, permitindo que ele movimentasse a conta no Banco Bradesco;

- que o Interessado não era o titular da conta bancária nem tampouco recebeu poderes que lhe conferissem exclusividade da movimentação da conta bancária;

- que os documentados acostados e a declaração da Sra. Emília Nagib não deixariam dúvidas: os negócios realizados por meio da conta em questão eram destinados à Graphit e a movimentação bancária caberia a todos, não apenas aos sócios, mas também aos procuradores;

- que teria ocorrido a decadência do direito de a Fazenda efetuar o lançamento relativo ao ano-calendário de 2005, sendo o termo inicial do prazo decadencial o dia de ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, §4º, do CTN;

- que haveria flagrante nulidade, pois os sócios da Graphit Factoring e procuradores tinham acesso irrestrito à conta corrente 133.6312/ BRADESCO, operando a conta bancária;

- que na medida em que o contrato social da Graphit Factoring autorizava aos sócios constituírem mandatários ou procuradores e que estes assim o fizeram, o mínimo que se esperava do auditor fiscal era que o Sr. Luiz Adilson Bon fosse também intimado a prestar os esclarecimentos que lhe competiam, medida essa que não foi tomada, tendo o Auditor Autuante preferido atribuir responsabilidade absoluta ao Interessado;

- que se tratando de contas bancárias conjuntas, todos os co-titulares da conta deveriam ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas, sob pena de nulidade do lançamento;

- que sendo os mandatos idôneos e legítimos, os depósitos bancários em questão, em tese, pertenceriam a ambos os procuradores, e, em razão disso, o lançamento realizado sem a devida intimação do outro procurador, com acesso irrestrito à conta corrente do Bradesco, contém erro insanável, sobretudo porque não identifica a quem pertence efetivamente os valores creditados;

- que eivado de vícios, tem-se que o auto de infração seria nulo de pleno direito;

- que o Interessado e Adilson Bon seguiam sistematicamente a orientação dos sócios, sendo o Impugnante o responsável pela emissão dos cheques, enquanto que Adilson Bon providenciava os depósitos bancários;

- que as movimentações financeiras diriam respeito a operações de factoring que seriam realizadas segundo as determinações dos sócios da empresa Graphit Factoring Ltda., devendo ser considerado insubsistente o lançamento por ofensa ao Princípio da Verdade Material;

- que na elaboração do auto infração, o Fiscal Autuante teria cerceado o direito à ampla defesa, ao conferir um minguado prazo de vinte dias ao Impugnante para apresentar/justificar individualmente uma imensa movimentação financeira da qual não teria qualquer obrigação;

- que os recursos movimentados na conta corrente objeto da autuação derivam da atividade de factoring da empresa Graphit, além disso, boa parte das transferências se deu

entre as contas bancárias da citada empresa, não tendo sido excluídas no lançamento tais movimentações;

- que o Fiscal Autuante teria utilizado erradamente a tabela progressiva anual, enquanto que a legislação vigente determina expressamente a tributação no mês do depósito, com base na tabela progressiva mensal.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante, os membros da Segunda Turma da Delegacia da Receita do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro – RJ II, concluíram pela procedência da ação fiscal e pela manutenção do crédito tributário, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que o Impugnante alega que teria decaído o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, relativo ao ano-calendário de 2005, nos termos do art. 150, §4º, do CTN;

- que, entretanto, ao contrário do que sustenta o Interessado, nas hipóteses de lançamento de ofício para incluir rendimentos omitidos na declaração de ajuste anual, não seria o caso de aplicar a regra do art. 150, §4º, do CTN, mas sim o disposto no art. 173, I, do CTN, iniciando-se o prazo decadencial somente no primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado;

- que, assim, no caso em tela, em relação aos rendimentos omitidos no ajuste anual do ano-calendário de 2005, como o lançamento só poderia ter sido efetuado em 2006, o prazo decadencial começou a fluir em 1º de janeiro de 2007. Portanto, não haviam transcorrido cinco anos quando da ciência do auto de infração, efetuada em 29/12/2010 (fls. 5.303 e 5.304), não se cogitando, assim, da hipótese de decadência para o fato gerador ocorrido no ano-calendário de 2005;

- que mesmo que se aplicasse a regra do art. 150, §4º, do CTN, não se poderia cogitar da ocorrência de decadência na hipótese em estudo, uma vez que o lustro decadencial teria se iniciado em 31/12/2005, data da ocorrência do fato gerador do imposto de renda, e se encerraria apenas em 31/12/2010, depois, portanto, da data da ciência do auto de infração;

- que não há que se cogitar de cerceamento de defesa antes da ciência do auto de infração. No caso em epígrafe, o Interessado pôde juntar os elementos que entendesse apropriados a sua defesa durante todo o procedimento fiscal, tendo sido intimado por diversas vezes a apresentar documentos e informações. Ademais, cumpre sublinhar que o Autuado teve pleno conhecimento da infração capitulada, não pairando dúvida quanto a matéria tida como infringida. Por mais que negue isso em sua impugnação, não houve nenhum óbice à defesa do Autuado, o que se constata, facilmente, pelo extenso arrazoado apresentado;

- que o Interessado alega ilegitimidade passiva no caso em estudo, em virtude de a citada conta bancária no Banco Bradesco não ser de sua titularidade, mas sim da empresa Graphit Factoring, sendo o Contribuinte apenas um dos habilitados a movimentar essa conta no Banco Bradesco, juntamente com Luiz Adilson Bon, Emilia Nagib e Hermes Tavares da Fonseca;

- que segundo o Autuado tais depósitos não teriam sido por ele efetuados, mas sim por Luiz Adilson Bon, procurador da sócia Emilia Nagib, sendo o Interessado apenas responsável pela emissão dos cheques. O Interessado reclama, em razão disso, que Luiz

Adilson Bon fosse também intimado a prestar esclarecimentos acerca da origem dos depósitos efetuados, medida que não foi tomada pela Fiscalização e que acarretaria a nulidade da autuação;

- que o Interessado alega ilegitimidade passiva no caso em estudo, em virtude de a citada conta bancária no Banco Bradesco não ser de sua titularidade, mas sim da empresa Graphit Factoring, sendo o Contribuinte apenas um dos habilitados a movimentar essa conta no Banco Bradesco, juntamente com Luiz Adilson Bon, Emília Nagib e Hermes Tavares da Fonseca;

- que segundo o Autuado tais depósitos não teriam sido por ele efetuados, mas sim por Luiz Adilson Bon, procurador da sócia Emília Nagib, sendo o Interessado apenas responsável pela emissão dos cheques. O Interessado reclama, em razão disso, que Luiz Adilson Bon fosse também intimado a prestar esclarecimentos acerca da origem dos depósitos efetuados, medida que não foi tomada pela Fiscalização e que acarretaria a nulidade da autuação;

- que diante dos questionamentos do Autuado acerca da titularidade da conta corrente nº 133.6312 agência 0309, no Banco Bradesco, é preciso esclarecer que a citada conta foi aberta em nome da empresa Graphit Factoring Ltda., sendo o Interessado constituído como procurador do sócio-gerente Hermes Tavares da Fonseca, com amplos poderes para gerir e movimentar a conta bancária em tela. Entretanto, os sócios Hermes Tavares da Fonseca e Emília Nagib encerraram as atividades da referida pessoa jurídica em 01/12/2004, conforme distrato de fls. 274 e 275. Desse modo, tendo em vista a extinção da Graphit Factoring Ltda., a conta criada no Bradesco não foi movimentada por essa pessoa jurídica nos anos-calendário de 2005 e 2006;

- que diferentemente do alegado na impugnação, restou demonstrado que a mencionada conta bancária foi movimentada exclusivamente pelo Contribuinte depois do encerramento das atividades da Graphit Factoring Ltda. Tal conclusão advém das informações prestadas pelo sócio-gerente Hermes Tavares da Fonseca (fls. 97 e 98), que foi taxativo ao apontar o Contribuinte como a única pessoa que movimentava a conta, e do fato de somente o Interessado assinar os cheques emitidos nos anos-calendário de 2005 e 2006 (fls. 1.619 a 5.227);

- que segundo o Interessado, os numerosos créditos e débitos ocorridos nos anos-calendário de 2005 e 2006 na conta em análise seriam operações de factoring realizadas de acordo com as determinações dos sócios da Graphit Factoring Ltda. Todavia, não existem provas de que a movimentação da conta correspondia a operações de factoring dos sócios da extinta empresa;

- que tampouco há qualquer evidência de que após a extinção da Graphit Factoring Ltda. a conta no Bradesco foi movimentada por algum dos sócios ou pelo procurador Luiz Adilson Bon. A alegação de que o Interessado apenas assinava os cheques emitidos, cabendo a Luiz Adilson Bon toda a movimentação da conta, não encontra respaldo nos elementos constantes dos autos que apontam na direção de apenas o Autuado ter movimentado a conta em questão nos anos-calendário de 2005 e 2006;

- que com relação à multa qualificada, os elementos dos autos apontam o Interessado como único responsável pela movimentação financeira nos anos-calendário de 2005 e 2006 de uma conta bancária no nome de uma pessoa jurídica regularmente extinta,

restando caracterizada, em função disso, a intenção do Contribuinte de ocultar da autoridade fazendária a natureza e circunstâncias materiais de rendimentos percebidos à margem da tributação. Tal conduta do Interessado caracterizaria evidente intuito de fraude e ensejaria a aplicação da multa qualificada de 150%.

A decisão de Primeira Instância está consubstanciada nas seguintes ementas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Ano-calendário: 2005,2006

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Inexiste embaraço ao exercício do direito de defesa se o Contribuinte teve ciência do auto de infração e do Termo de Contestação, contendo a descrição dos fatos e a fundamentação legal e probatória das infrações, e se foi concedida ao Contribuinte ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos, tanto no decurso do procedimento fiscal como na fase impugnatória.

NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TITULARIDADE DE CONTA BANCÁRIA

Não há que se cogitar de nulidade da autuação por ilegitimidade passiva quando restar demonstrado que o Contribuinte era o titular de fato da conta bancária cujos depósitos com origem não comprovada foram considerados como rendimentos omitidos.

ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1997, a Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos 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.

MULTA QUALIFICADA

É cabível a aplicação da multa qualificada quando restar comprovado o intento doloso do Contribuinte de impedir ou retardar o conhecimento de fatos geradores por parte do Fisco a fim de se eximir da cobrança do imposto de renda.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 09/08/2011, conforme Termo constante às fls. 5355/5356, e, com ela não se conformando, o recorrente interpôs, em tempo

hábil (05/09/2011), o recurso voluntário de fls. 5358/5372, sem instrução de documentos adicionais, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expandidas na fase impugnatória.

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 sobrerestamento de julgados.

Observa-se às fls. 5283/5284 do Termo de Verificação Fiscal o seguinte excerto:

Em razão do não-atendimento no prazo hábil às nossas intimações para fornecer os extratos bancários em papel impresso e em meio magnético, bem como a documentação hábil e idônea, que justificasse a movimentação bancária, solicitamos a emissão de Requisição de Informações sobre a Movimentação Financeira (RMF) e autorização para a Delegacia Especial de Maiores Contribuintes no Rio de Janeiro (DEMAC), oficiasse diretamente ao banco Bradesco a obtenção em papel impresso e em meio magnético dos dados bancários de movimentação bancária, relativos às contas correntes de titularidade da Graphit Factoring Ltda. no Banco Bradesco, assim como diversos documentos comprobatórios, relativo aos anos de 2005 e 2006 (fls. 99/135).

Assim sendo, a discussão sobre os depósitos bancários lançados, por enquanto, não faz sentido haja vista que se trata de mais um caso de sobrerestamento 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 sobrerestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestrar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrerestamento 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 sobrerestado 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 sobrestrar as matérias que o próprio Supremo Tribunal Federal tenha determinado o sobrerestamento 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 sobrerestamento de processos, da qual extraio os seguintes excertos:

Art. 1º. Determinar a observação dos procedimentos dispostos nesta portaria para realização do sobrerestamento 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 sobrerestamento 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 sobrerestamento de que trata o caput somente será aplicado a casos em que tiver comprovadamente sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal – STF o sobrerestamento 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 a 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 Cármem 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 dessume 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 CARMEN LÚCIA
Relatora*

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 Cármel 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 (nºs 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 sobrerestamento 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 sobrerestados.

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, Carmen 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).

A PFN embargou o RE 389.808 e a parte contrária já foi científica e apresentou suas razões. Os autos estão conclusos com o relator desde 09/11/2011, verbis:

Origem:	PR - PARANÁ
Relator:	MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S)	G.V.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
ADV.(A/S)	JOSÉ CARLOS CAL GARCIA FILHO
RECDO.(A/S)	UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
Data	Andamento
09/11/2011	Conclusos ao(à) Relator(a)

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 sobrestrar 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 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.

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 sobrerestamento do julgamento. Observando que, após solucionada a questão, o presente processo será novamente incluído em pauta publicada.

(Assinado digitalmente)
Nelson Mallmann