



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

Processo nº 10830.010920/2002-97
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2202-000.295 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 15 de agosto de 2012
Assunto Solicitação de sobrestamento
Recorrente JOSÉ EDUARDO NOGUEIRA PORTO
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 (Presidente). Ausente justificadamente, o Conselheiro Helenilson Cunha Pontes.

Relatório

JOSÉ EDUARDO NOGUEIRA PORTO, contribuinte inscrito no CPF/MF sob o nº 776.117.218-87, com domicílio fiscal na cidade de Campinas, Estado de São Paulo, à Alameda das Palmeiras, nº 650 - Bairro Campinas, jurisdicionado a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas - SP, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 316/331, prolatada pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo – SP II, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 337/348.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado, em 19/12/2002, o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física (fls. 180/188), com ciência pessoal, em 19/12/2002 (fls. 180), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 280.711,18 (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 ao exercício de 2001, correspondente ao ano-calendário de 2000.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização de revisão de Declaração de Ajuste Anual referente ao exercício de 2001, 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, ainda, através do próprio Auto de infração, entre outros, os seguintes aspectos:

- que quanto à movimentação financeira do Banco Itaú vale mencionar que a mesma não foi apresentada pelo contribuinte, tendo sido solicitada diretamente ao referido banco, através da devida Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira;

- que, por fim, quanto à resposta do contribuinte ao Termo de Intimação Fiscal lavrado em 27/09/2002, quando o mesmo esclarece que em transações imobiliárias os documentos apresentados nem sempre coincidem em datas e valores, alegando, inclusive, que cabe apenas ao contribuinte a comprovação das origens dos depósitos bancários mediante documentação hábil e idônea, não constando da legislação a exigência de serem os mesmos coincidentes em datas e valores, esclareceu que as exigências das devidas comprovações, constantes no Termos acima referido, sempre foram no sentido da apresentação de toda a documentação que amparasse tais origens e pudessem esclarecê-las, sendo que entendemos que quando a legislação se refere a um documento hábil é evidente que está se referindo a um documento que fosse coincidente em datas e valores, portanto, os depósitos acima referidos não tiveram comprovadas suas origens, sendo através do presente Auto de Infração exigido o imposto de renda não recolhido no ano-calendário de 2000 a título de omissão de rendimentos.

Irresignado com o lançamento o autuado apresenta, tempestivamente, em 17/01/2003, a sua peça impugnatória de fls.189/224, instruído pelos documentos de fls.225/314, solicitando que seja acolhida a impugnação e determinado o cancelamento do crédito tributário amparado, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que se analisando o auto de infração, PASMEN, verificamos que o auditor fiscal decidiu proceder ao lançamento com fundamento no fato de que os depósitos e créditos não se deram por comprovados em virtude dos mesmos não terem sido coincidentes em datas e valores com os recursos provenientes da documentação apresentada pelo IMPUGNANTE;

- que devemos ressaltar que a pessoa física não está, absolutamente, obrigada a ter escrituração contábil na forma determinada para as pessoas jurídicas que devem registrar todos os fatos administrativos, com livros fiscais próprios, contabilizando os eventos por partida diária;

- que na descrição dos fatos e enquadramento legal o Auditor Fiscal afirma que o IMPUGNANTE "não comprovou mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Termos de Intimação e Constatação Fiscais e de Intimações . Fiscais lavrados em 22.08.2002, 27.09.2002 e 04.10.2002 ,respectivamente, sendo os seguintes os depósitos não comprovados:", Isto, absolutamente, não corresponde a realidade dos fatos;

- que nas respostas de 12.09.2002, 18.10.2002 e de 30.10.2002 aos Termos acima citados, o IMPUGNANTE teve a oportunidade de apresentar copiosa documentação, na sua maioria, relativa a transações imobiliárias, parte dela referente a operações do próprio IMPUGNANTE e outras onde ele figurou apenas como procurador (representando o grupo de investidores) cuja movimentação financeira circulou por suas contas correntes;

- que como restou provado e não aceito pelo Auditor Fiscal todos os créditos e depósitos bancários foram regularmente comprovados. Portanto, o termo empregado foi totalmente inapropriado para o caso em tela, porque o vocábulo evidente deve ser empregado para algo cabalmente demonstrado e comprovado, o que não corresponde à realidade do caso vertente;

- que como se nota, a presunção relativa ou condicional admite prova em contrario, então o digno auditor fiscal não poderia, ao seu bel prazer, ter ignorado referidas provas (documentos idôneos), contratos de compra e venda, escrituras públicas de compra e venda, contrato particular de divisão amigável e atribuição de futuras unidades autônomas e etc.;

- que cabe destacar que os depósitos de pequena monta incluídos na autuação, sobretudo os relativos ao Banco Hail S/A estão suportados pela renda declarada pelo IMPUGNANTE no valor de R\$ 87.180,83;

- que autoridade fiscal teve acesso ao extrato bancário por meio do art. 11, §2º da Lei nº 9.311/96, para fins de fiscalização, exigência e eventual cobrança de imposto de renda pessoa física do ano-calendário de 2000, está dispondo de um meio ilegal e inconstitucional para satisfação de suas pretensões, o que inevitavelmente causa uma insegurança nas relações jurídicas bem como em sua ordem pois, o § 3º VEDA expressamente a utilização das informações pela Secretaria da Receita Federal para fins de constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos;

- que mesmo se considerássemos a Lei nº 10.174/01 constitucional, a Lei nº 9.311/96 vigorou até a publicação daquela, que jamais poderia ser aplicada para fatos corridos anteriormente e na vigência de outra Lei, sob pena de prejudicar o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, protegidos e assegurados, inclusive constitucionalmente;

- que ignorando também este fato da garantia da ordem jurídica assegurada constitucionalmente, se aplicássemos a alteração ao artigo 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, trazida pela Lei nº 10.174/01, segundo a própria Lei, que dispôs expressamente sobre sua aplicação, ou melhor, sobre sua vigência, a aplicação da Nova Redação ou modificação seria lícita somente a partir do momento em que a Lei fosse publicada e dali para frente, não prejudicando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, aplicável, portanto, a partir de 10 de janeiro de 2001;

- que em resumo, o artigo 11, § 3º da Lei nº 9.311/96, vigorou até o dia 09/01/2001 com sua redação original, vedando a Secretaria da Receita Federal a usar dados da CPMF para constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos e, a partir do dia 10/01/2001, passou a vigorar com sua nova redação;

- que, portanto, não observando este comando legal, a autoridade fazendária veio dar efeito RETROATIVO a Lei nº 10.174/01, causando insegurança no meio jurídico, ignorando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, exigindo do IMPUGNANTE que apresentasse seus extratos bancários do ano-calendário de 2000 para procedimentos de fiscalização e constituição de crédito tributário do Imposto de Renda Pessoa Física daquele período (conforme MPF), dados legalmente vedados para esse fim bem como sigilosos, nos termos da Constituição Federal;

- que sendo assim, a atitude do fisco é ilegal, uma vez que a Lei nº 9.311/96, em seu art. 11, § 3º, vigente no ano de 1998, veda expressamente a autoridade fazendária de utilizar tais dados e, inconstitucional porque fere os princípios trazidos no art. 5º da CF/88, considerado cláusula pétrea;

- que assim, o procedimento adotado pela Receita Federal aplicando retroativamente a Lei nº 10.174/01, com base no § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional, é ilegal e inconstitucional, pois segundo o princípio da capacidade contributiva, trazido pelo disposto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, a administração tem o poder-dever de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, desde que respeitando os direitos individuais e nos termos da lei, o que não foi observado;

- que o mero depósito não representa o fato gerador do imposto de renda em nenhuma de suas espécies, ou seja, o depósito não representa disponibilidade econômica ou jurídica de renda, muito menos de proventos de qualquer natureza;

- que se os depósitos bancários representam marco inicial da investigação, eles não podem ser erigidos a fato indiciário na construção da aludida presunção legal, o que vale dizer, que esses depósitos não podem sustentar uma presunção legal, uma vez que, além da ausência de correlação natural exigida na instituição desse artifício legal, tal providência implicaria na transferência integral do ônus da prova para o contribuinte, o que, para pessoa física, quase sempre, no rigor exigido pela Receita Federal, essa prova não poderá ser produzida;

- que o alcance do artigo 42 às pessoas físicas, deve restringir-se a situações em que os auditores, no âmbito da fiscalização da pessoa jurídica, têm acesso As contas bancárias de seus sócios, gerentes, etc., e comprovam ser esta movimentação das empresas, jamais devendo ser utilizado este dispositivo no âmbito da fiscalização do Imposto de Renda da Pessoa Física, tudo de acordo com a interpretação sistemática deste artigo conforme explicitado;

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante, os membros da Quinta Turma da Delegacia da Receita do Brasil de Julgamento em São Paulo – SP II, concluíram pela improcedência da impugnação, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que em relação aos argumentos concernentes ao sigilo bancário, é de se dizer que ao solicitar às instituições financeiras os extratos bancários do contribuinte, a autoridade administrativa valeu-se de meios e instrumentos de fiscalização colocados à sua disposição pelo ordenamento jurídico para que a ação fiscal possa ter eficácia;

- que pode-se afirmar que o procedimento adotado pelo autuante de solicitar os extratos bancários, quer seja diretamente ao contribuinte, ou – nas condições previstas em lei – às instituições financeiras, encontra-se plenamente legitimado pelo ordenamento jurídico. Pelas normas vigentes, não ocorre a alegada quebra de sigilo sobre as informações obtidas, mas apenas a sua transferência ao Fisco, que, por força de lei, é obrigado a conservá-lo;

- que manifesta inconformidade do impugnante acerca da exigência consubstanciada no Auto de Infração de fls. 180/183, compreendendo a tributação dos rendimentos omitidos provenientes de valores creditados em conta de depósito ou de investimento, de origem não comprovada, não é de ser acatada;

- que a argumentação de que a movimentação bancária não é fato gerador de imposto de renda, carece de sustentação, já que atinente a lançamento realizado sob a égide do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996 e MP nº 1.563-1/97, convalidada pela Lei nº 9.481, de 13/08/1997 e art. 849, § 2º, inciso II, do RIR/99;

- que a própria lei definindo que os depósitos bancários, de origem não comprovada, caracterizam omissão de receita ou de rendimentos. Portanto, não meros indícios de omissão; razão por que não há que estabelecer o nexo causal entre cada depósito e o fato que represente omissão de receita;

- 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 o impugnante contesta que a expressão “*coincidente em datas e valores*” utilizada pela autoridade fiscal para desconsiderar as justificativas do contribuinte não encontra guarida na lei nem tampouco na jurisprudência atinente as pessoas físicas;

- que a legislação exige a comprovação mediante documentação hábil e idônea e se não houver coincidência de datas e valores não há como garantir um vínculo entre os documentos e os depósitos. Mesmo alegando que no mercado imobiliário esta coincidência de datas e valores nem sempre é possível, não afasta a tributação, visto que não foi esclarecida

nem demonstrada a razão desta dificuldade em cada caso, assim como, se houvesse uma justificativa concreta talvez pudesse ser aceita;

- que destaca que os depósitos de pequena monta incluídos na autuação, sobretudo os relativos ao Banco Itaú, estão suportados pela renda declarada pelo impugnante no valor de R\$ 87.180,83. No entanto, mais uma vez não há elementos nos autos para a vinculação dos depósitos considerados como omissão de rendimentos com a renda declarada;

- que destarte, não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder/dever de autuar a omissão no valor dos depósitos bancários recebidos. 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 novo diploma;

- que inaplicável, portanto, inclusive a Súmula 182, visto que inteiramente superada pela entrada em vigor da Lei nº 9.430/1996, que tornou lícita a utilização de depósitos bancários de origem não comprovada como meio de presunção legal de omissão de receitas ou de rendimentos;

- que a fiscalização aplicou de imediato a faculdade, prevista no art.11, § 3º, da Lei nº 9.311/1996, com a redação que lhe deu a Lei nº 10.174/2001, de utilizar as informações prestadas pelas instituições financeiras para a instauração do procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo ao imposto de renda e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário existente;

A decisão de Primeira Instância está consubstanciada nas seguintes ementas:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF
Ano-calendário: 2000 DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE
RENDIMENTOS A Lei nº 9.430/1996, no seu art. 42, estabeleceu uma
presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento
do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária,
regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e
idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou
de investimento.*

*A apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção
legal regularmente estabelecida.*

SIGILO BANCÁRIO.

*Havendo procedimento de ofício instaurado, a prestação, por parte das
instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais
tributários do Ministério da Fazenda, não constitui quebra do sigilo
bancário.*

*A obtenção de informações junto as instituições financeiras, por parte
da administração tributária, a par de amparada legalmente, não
implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste,
porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os
agentes fiscais por dever de ofício.*

APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO.

Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente A ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas (Art.144, § 10 do CTN)

A Lei Complementar nº 105/2001 e a Lei nº 10.174/2001, que deu nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/1996, disciplinam o procedimento de fiscalização em si, e não os fatos econômicos investigados, de forma que os procedimentos iniciados ou em curso a partir do mês de janeiro de 2001, poderão valer-se dessas informações, inclusive para alcançar fatos geradores pretéritos.

*IMPOSSIBILIDADE DE ANALISE SOBRE
INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS NA ESFERA
ADMINISTRATIVA.*

Arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional.

Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 09/03/2010, conforme Termo constante às fls. 332/334, e, com ela não se conformando, o recorrente interpôs, em tempo hábil (23/03/2010), o recurso voluntário de fls. 337/348, instruído pelos documentos de fls. 349, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas 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 sobrestamento de julgados.

Observa-se no próprio Auto de Infração o seguinte excerto:

Quanto à movimentação financeira do Banco Itaú vale mencionar que a mesma não foi apresentada pelo contribuinte, tendo sido solicitada diretamente ao referido banco, através da devida Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira. Por fim, quanto à resposta do contribuinte ao Termo de Intimação Fiscal lavrado em 27/09/2002, quando o mesmo esclarece que em transações imobiliárias os documentos apresentados nem sempre coincidem em datas e valores, alegando, inclusive, que cabe apenas ao contribuinte a comprovação das origens dos depósitos bancários mediante documentação hábil e idônea, não constando da legislação a exigência de serem os mesmos coincidentes em datas e valores, esclareceu que as exigências das devidas comprovações, constantes no Termos acima referido, sempre foram no sentido da apresentação de toda a documentação que amparasse tais origens e pudessem esclarecê-las, sendo que entendemos que quando a legislação se refere a um documento hábil é evidente que está se referindo a um documento que fosse coincidente em datas e valores, portanto, os depósitos acima referidos não tiveram comprovadas suas origens, sendo através do presente Auto de Infração exigido o imposto de renda não recolhido no ano-calendário de 2000 a título de omissão de rendimentos.

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 CONTRIBUÍNTES, 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 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 1. 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 (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 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 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 sobrestamento do julgamento. Observando que, após solucionada a questão, o presente processo será novamente incluído em pauta publicada.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann