



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

Processo nº 16004.000866/2007-03
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2202-000.299 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 15 de agosto de 2012
Assunto Solicitação de sobrestamento
Recorrente ALESSANDRO PERES FAVARO
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

ALESSANDRO PERES FAVARO, contribuinte inscrito no CPF/MF sob o nº 221.931.998-92, com domicílio fiscal na cidade de São Jose do Rio Preto, Estado de São Paulo, à AV. Juscelino K. de Oliveira, n.º 1220 – CS 1170 - Bairro Recanto Real, jurisdicionado a Delegacia da Receita Federal do Brasil de São Jose do Rio Preto - SP, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 850/872, prolatada pela 4ª 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. 885/959.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado, em 30/10/2007, o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física (fls. 729/742), com ciência por AR, em 11/08/2009 (fls. 850), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 3.327.136,25 (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 2003 e 2006, correspondentes aos anos-calendário de 2002 e 2005, respectivamente.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização de revisão de Declaração de Ajuste Anual referente aos exercícios de 2003 e 2005, onde a autoridade fiscal lançadora constatou as seguintes irregularidades:

1 - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO: Omissão de rendimentos tendo em vista a variação patrimonial a descoberto, onde verificou-se excesso de aplicações sobre origens, não respaldado por rendimentos declarados / comprovados, conforme relatado no Termo de Constatação Fiscal que é parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração. A infração esta capitulada nos arts. 1º, ao 3º, e §S, da Lei nº 7.713, de 1988; arts 1º e 2º, da Lei nº 8.134/90; arts. 55, inciso XIII, e parágrafo único, 806 e 807 do RIR/99; art. 1º da Medida Provisória nº 22/2002 convertida na Lei n o 10.451/2002.

2 - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA: Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimento, 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 relatado no Termo de Constatação Fiscal, que é parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração. A infração esta capitulada nos arts. 849 do RIR/99; art. 1º da Medida Provisória n o 22/2002 convertida na Lei n o 10.451/2002;

3 - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA EM NOME DO CÔNJUGE - JULIANA SAUD: Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimento, mantidas em instituições financeiras, em nome do cônjuge do contribuinte, Sra. Juliana Saud Maia Fávaro, em relação aos quais, não foi comprovado, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme relatado no Termo

de Constatação Fiscal, que é parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração. A infração esta capitulada nos art. 849 do RIR/99; (art. 1º da Medida Provisória nº 22/2002 convertida na Lei nº 10.451/2002.

O Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela constituição do crédito tributário lançado esclarece, ainda, através do Termo de Constatação Fiscal, datado de 30/10/2007 (fls. 700/726), entre outros, os seguintes aspectos:

- que atendendo o Termo de Início de Fiscalização, o advogado do contribuinte, Sr. Cláudio Roberto Chaim, apresentou os seguintes esclarecimentos: "Que o requerente (Alessandro Peres Favaro) encontra-se preso e recolhido no Centro de Detenção Provisória de São José do Rio Preto, Estado de São Paulo, conforme comprova o incluso documento. • Acontece, que além da prisão do requerente, os seus imóveis foram todos seqüestrados por ordem judicial, bem como teve a sua residência lacrada, permanecendo essa situação até a data de hoje. Mesmo querendo atender as solicitações de Vossa Senhoria, tem a dizer que no momento, em razão de estar preso, encontra-se impossibilitado de apresentar os documentos exigidos, bem como fazer se necessário, sua ampla defesa, conforme lhe ampara a Constituição Federal. Os documentos solicitados, encontram-se dentro da residência do requerente, que foi por ordem judicial, seqüestrada e devidamente lacrada, conforme acima referido, impedindo-o, assim, de apresentá-lo perante essa repartição, devendo ser aguardado melhor oportunidade";

- que, em 04 de janeiro de 2007, compareci pessoalmente e acompanhado de meu supervisor, Sr. Vanderlei Honorato Alves — matrícula nº 63.744, para dar ciência ao contribuinte do Termo de Intimação e Ciência da Continuação do Procedimento Fiscal e do Mandado de Procedimento Fiscal Complementar;

- que através do Termo de Intimação e Ciência da Continuação do Procedimento Fiscal, a fiscalização reintimou o contribuinte a apresentar os documentos e elementos solicitados no Termo de Início de Fiscalização, ainda não encaminhados a fiscalização pelo contribuinte;

- que o contribuinte negou-se a assinar o Termo de Intimação e Ciência da Continuação do Procedimento Fiscal, pois segundo ele, seu advogado o instruiu a não assinar qualquer documento. Sendo assim, a fiscalização lavrou a Declaração de Recusa, conforme fls. 108;

- que, em 26 de janeiro de 2007, haja vista a não apresentação das contas bancárias solicitadas, foi requerida a Solicitação de Emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira — RMF com base no art. 3º, inciso VII do Decreto nº 3.724/2001. Expediram-se requisições de informações sobre a movimentação financeira do contribuinte aos bancos: Banco Cooperativo Sicredi S.A., fls. 111/113 e Banco Sudameris Brasil S.A., fls. 155/157, visando à obtenção da ficha cadastral; extrato de aplicações financeiras e extrato de movimentação de conta-corrente, cujos elementos foram apresentados pelos bancos e encontram-se no presente processo fiscal;

- que a fiscalização procedeu à análise dos extratos bancários obtidos através das requisições de movimentação financeira — RMF. De acordo com os extratos bancários obtidos, foram efetuadas as exclusões dos valores previstos nas legislações (depósitos/créditos decorrentes de transferências entre contas da própria pessoa física e os referentes a resgates de aplicações financeiras, estornos, cheques devolvidos, etc.);

- que, após, efetuadas as exclusões permitidas, a conciliação efetuada pela fiscalização apurou quais os valores creditados/depositados nas contas bancárias de titularidade do contribuinte cujas origens devem ser comprovadas, conforme planilha denominada "Demonstrativo de Valores — Extratos Bancários", fls. 286/297.

Irresignado com o lançamento o autuado apresenta, tempestivamente, em 09/01/2008, a sua peça impugnatória de fls. 756/844, instruído pelos documentos de fls. 845/846, solicitando que seja acolhida a impugnação e determinado o cancelamento do crédito tributário amparado, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que a omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimentos financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regulamento intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme relatado no Termo de Contestação Fiscal, que é parte integrante e inseparável do Auto de Infração;

- que depósitos bancários de origem não comprovada omissão de rendimentos por depósitos bancários com origem não comprovada em nome do cônjuge- Juliana Saud, sendo que a omissão de rendimentos caracterizada valores creditados em conta de depósitos ou de investimentos, mantidas em instituições financeiras, em nome do cônjuge do contribuinte Sra. Juliana Saud Mala Favaro, em relação aos quais, não foi comprovada, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações conforme relatado no Termo de Contestação Fiscal, que é parte integrante do presente Auto de infração;

- que a fiscalização levada à efeito contra o Impugnante mesmo sabedora que ele encontrava preso e que todos os seus documentos haviam sido arrecadados pela Polícia Federal e não foram devolvidos ela insistiu que fosse apresentada documentação hábil e idônea, justificando depósito por depósito efetuado nas contas bancárias dele e de sua esposa relacionado-os um por um;

- que ora Eméritos Julgadores, a prova solicitada pelo Fisco é humanamente impossível de ser levantada dada a situação acima apresentada, ainda mais se considerarmos que trata-se de operações realizadas há mais de 5 anos, isto porque, como se sabe, as pessoas físicas, ao contrário das jurídicas, não estão obrigadas a manterem rígido controle de suas operações;

- que o auto de infração é, portanto, nulo de pleno direito em relação aos fatos geradores ocorridos entre 31/01/2002 a 31/11/2002, uma vez que foi alcançado pelos fulminantes efeitos decadenciais que impedem a Fazenda Pública de constituir o crédito tributário;

- que, portanto, deve ser acolhida a preliminar de decadência, com conseqüente cancelamento da exigência fiscal correspondente ao mês indicado. Certamente a autoridade julgadora ao apreciar a questão da decadência dirá que ela não se aplica ao caso, porque foi aplicada a penalidade agravada (150%), que faz pressupor que ela foi praticada com fraude ou dolo, o que acarretaria o deslocamento da contagem do prazo de decadência para o primeiro dia do exercício seguinte, segundo os ditames do artigo 173,1, do CTN;

- que ora, este agravamento de penalidade só pode ser classificado como um absurdo ou premeditado, pois o que se tentou aqui foi simplesmente deslocar o marco inicial da contagem do prazo decadencial do artigo 150, § 40 (data da ocorrência do fato gerador) para o

artigo 173, I, do CTN (primeiro dia do exercício seguinte), na tentativa desesperada de "salvar" o Auto de Infração, pelo menos com relação ao ano-calendário de 2002;

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante, os membros da Quarta Turma da Delegacia da Receita do Brasil de Julgamento em São Paulo – SP II, concluíram pela procedência da ação fiscal e pela manutenção do crédito tributário, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que alega o recorrente cerceamento do seu direito de defesa, pois estando preso e com os documentos arrecadados pela Polícia Federal, não havia como justificar os depósitos efetuados em sua conta corrente e na de sua esposa, ainda mais por se tratarem de operações ocorridas a mais de cinco anos, e a pessoa física não estar obrigada a manter rígido controle de suas operações. Argumenta, ainda, que para possibilitar a comprovação da origem dos depósitos haveria que ser liberada, pelo menos em cópia, a documentação em poder da Polícia Federal;

- que no processo administrativo fiscal o cerceamento do direito de defesa resulta de despachos e decisões. Assim, não pode ocorrer previamente à lavratura de atos ou termos, entre os quais se inclui o auto de infração. Após a lavratura do auto de infração e de sua ciência é, aberto o prazo para o contribuinte impugnar a exigência fiscal sendo-lhe proporcionado devidamente o contraditório e a ampla defesa, pois é só com a impugnação do auto de infração, que se instaura o litígio entre o fisco e o contribuinte, podendo-se, então, falar em ampla defesa ou cerceamento dela;

- que ademais, é preciso verificar se o fato alegado pelo recorrente — impossibilidade de comprovação da origem dos depósitos por estar preso e os documentos de posse da Polícia Federal, além do lapso temporal entre a intimação para comprovação e a ocorrência das operações — realmente caracterizou alguma situação que, envolvendo fato fora de seu alcance, cerceou seu direito de defesa.

- que o fato de estar preso não impediu o recorrente de se defender no processo administrativo. Foi cientificado de todos os atos do procedimento administrativo e, mediante seu procurador, teve ampla possibilidade de apresentar documentos e esclarecimentos, seja no curso da ação fiscal, seja na fase impugnatória;

- que também o fato de que os documentos, que o recorrente alega que poderiam justificar a origem dos depósitos, estavam de posse da Polícia Federal, não caracteriza cerceamento do direito de defesa à medida que, apesar do longo período entre a ciência do Termo de Início do Procedimento - 09/11/2006, e a apresentação da impugnação — 09/01/2008, não consta dos autos nenhum documento demonstrando que o recorrente e/ou seu procurador solicitou perante a Polícia Federal cópia de tais documentos a fim de produzir provas para sua defesa administrativa. Assim, o contribuinte só poderia alegar cerceamento de direito de defesa se, após solicitado à Polícia Federal, o acesso aos documentos fosse-lhe negado, o que não é o caso dos autos;

- que o recorrente alega que o crédito tributário, relativo aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e novembro de 2002, encontra-se decaído, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, contando-se o prazo a partir do mês de ocorrência do fato gerador, não podendo se falar em dolo, fraude ou simulação, hipóteses em que tal dispositivo seria afastado, posto que não comprovados;

- que assim, as normas de incidência do imposto de renda delineiam, atualmente, um sistema híbrido de tributação, em que o imposto é devido à medida que os rendimentos e ganhos de capital são percebidos, constituindo-se, contudo, em mera antecipação da obrigação tributária definitiva, que ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário, quando se completa o suporte fático da incidência;

- que a renda tributada pelo Fisco no presente lançamento, em princípio, fora omitida e, obviamente, com relação à mesma, não se verifica qualquer antecipação de pagamento de imposto por parte do contribuinte. Este fato permite concluir que não há qualquer procedimento, ou atividade mencionada no art. 150 do CTN pelo obrigado, nem o respectivo pagamento do tributo sobre a identificada renda omitida, que deva ser homologado. Portanto, não há como se falar em lançamento por homologação para renda omitida, não se aplicando o disposto no §4º do citado dispositivo, independentemente da ocorrência de dolo, fraude ou simulação;

- que devidos os fatos alegados é importância destacar que, quando em auditoria de tributo, qualquer que seja a modalidade de lançamento, for verificado que houve omissão ou inexatidão por parte do contribuinte, o CTN em seu art. 149, inciso V, determina que esse lançamento seja revisto de ofício, obviamente, consubstanciado por meio de auto de infração. O parágrafo único do art. 149 do CTN delimita que a revisão de ofício só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública;

- que no exercício em que o lançamento pode ser efetuado, no caso do imposto de renda das pessoas físicas, é o ano em que se instaura a possibilidade de o Fisco lançar. Ou seja, para proceder ao lançamento referente à omissão de rendimentos ocorrida no ano-calendário de 2002, ano-calendário em relação ao qual o recorrente alega ter ocorrido a decadência, o Fisco deveria esperar a entrega da Declaração de Ajuste correspondente, cujo prazo final para apresentá-la se deu em 30/04/2003. Portanto o lançamento da omissão de rendimentos só poderia ter sido efetuado a partir de 30/04/2003, sendo 01/01/2004 o termo inicial do prazo decadencial, primeiro dia do exercício seguinte ao que o Auto de Infração poderia ter sido lavrado, e 31/12/2008 o termo final;

- que, portanto, afirma o recorrente que o lançamento é nulo, pois as provas — extratos bancários — nas quais se baseou são ilícitas, posto que decorrentes da quebra de sigilo sem autorização judicial. Argumenta que a alegação de que se agiu sob o pálio da Lei Complementar nº 105/2001 não procede, pois tal Lei é inválida e inconstitucional;

- que assim, o entendimento do recorrente de que os extratos bancários constituem prova ilícita, por terem sido obtidos por quebra de sigilo sem autorização judicial, está equivocado, pois não há quebra de sigilo no repasse das informações pelas instituições financeiras ao fisco;

- que a Lei Complementar nº 105/2001 só veio a reforçar esse entendimento ao, estabelecer expressamente em seu art. 1º, § 3º, inciso III, que "não constitui violação do dever de sigilo o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996";

- que à inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, é de se ressaltar que não cabe às autoridades julgadoras administrativas a apreciação e decisão de questões referentes à constitucionalidade de atos legais, visto que a Constituição Federal, por meio dos artigos 97 e 102, confere tal competência exclusivamente ao Poder Judiciário. Aos

juízes desta instância do contencioso administrativo, composta exclusivamente por Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, cabe, por dever de ofício, observar o estrito cumprimento das leis, bem como dos atos normativos expedidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, por força do disposto no art. 7º da Portaria nº 58, de 17/03/2006;

- que, portanto argumenta o recorrente que tendo o próprio agente do Fisco concluído que ele exercia atividade comercial, ele deveria ser equiparado à pessoa jurídica para fins de tributação, sendo que independentemente do fato da atividade ser lícita ou ilícita, os rendimentos dela decorrentes são tributáveis e, no caso, tendo sido a ele atribuídos a totalidade dos depósitos deveria obrigatoriamente ser equiparado à empresa individual e tributá-lo como pessoa jurídica;

- que cabe ao contribuinte, se pretende refutar a presença da omissão de rendimentos estabelecida contra ele, provar por meio de documentação hábil e idônea que tais valores tiveram origem em rendimentos tributáveis, não tributáveis, sujeitos à tributação definitiva e/ou já tributados exclusivamente na fonte. Cabe a ele, portanto, provar a existência dos recursos, ao passo que ao Fisco compete provar a aplicação destes;

- que desta forma, o legislador estabeleceu, a partir da referida data, uma presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do contribuinte, em instituições financeiras, ou seja, tem-se a autorização para considerar **ocorrido o fato gerador** quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não havendo a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova. Ao contrário da alegação do contribuinte de que a tributação do depósito bancário extrapola o fato gerador do imposto de renda definido pelo CTN, após a vigência da Lei nº 9.430/96, o depósito, quando não comprovada sua origem, é, por expressa disposição legal, omissão de receita ou rendimentos. Não há mais a necessidade de se comprovar acréscimo patrimonial e/ou sinais exteriores de riqueza;

- que na peça impugnatória o recorrente argumenta, além da impossibilidade de utilização de depósitos bancários como renda, o que já se afastou, que os depósitos de titularidade de Juliana Saud Maia Favaro foram a ele atribuídos sem qualquer explicação e que se tal movimentação efetivamente lhe pertencesse, ele deveria ter sido intimado para justificar a origem dos depósitos/créditos, o que não foi feito sendo nulo o procedimento por cerceamento do direito de defesa;

- que o recorrente insurge-se contra a aplicação da multa qualificada de 150%, quando discorre sobre a alegada decadência do crédito tributário do ano-calendário de 2002, ao argumentar que não se comprovou o dolo e a fraude nos autos, sendo que estes não podem ser presumidos;

- que a recorrente, além da impugnação apresentada em conjunto com o recorrente em 08/01/2008, apresentou em 30/11/2007 impugnação de fls. 747/748, solicitando o cancelamento da sujeição passiva solidária, além de alegações já respondidas na apreciação da impugnação apresentada conjuntamente. Passo a tratar, portanto, da responsabilidade solidária atribuída à recorrente;

A decisão de Primeira Instância está consubstanciada nas seguintes ementas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF
Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005 DECADÊNCIA.

Tratando-se de lançamento ex officio, a regra aplicável na contagem do prazo decadencial é a estatuída pelo art. 173, I, do Código Tributário Nacional, iniciando-se o prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Pelos elementos constantes dos autos, fica sem fundamento a alegação de cerceamento do direito de defesa, na medida em que o contribuinte, teve oportunidade, tanto na fase da autuação quanto na fase impugnatória, de juntar aos autos documentos, informações e/ou esclarecimentos, no sentido de elidir a tributação contestada.

Os documentos apreendidos pela polícia federal ou pela justiça podem ser obtidos mediante pedido de cópias.

ILICITUDE DE PROVAS. SIGILO BANCÁRIO.

São lícitas as provas obtidas com respaldo na legislação vigente à época da ocorrência do procedimento de fiscalização.

O acesso às informações bancárias não configura quebra do sigilo bancário, haja vista ser imposto às autoridades administrativas, seu resguardo durante todo o procedimento. Há, na verdade, mera transferência do sigilo, que antes vinha sendo assegurado pela instituição financeira, e passa a ser mantido também pelas autoridades administrativas.

A apreciação e decisão de questões que versem sobre a constitucionalidade de atos legais são de competência exclusiva do Poder Judiciário, salvo se já houver decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, hipótese em que compete à autoridade julgadora afastar a sua aplicação.

ERRO DE IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. EQUIPARAÇÃO PESSOA JURÍDICA.

A equiparação da pessoa física à pessoa jurídica, para os efeitos do imposto de renda, pleiteada sob alegação de exercício de atividade mercantil, só tem lugar quando demonstrado que a atividade tem caráter comercial e é exercida com habitualidade e profissionalmente.

Os rendimentos derivados de atividades ou transações ilícitas ou percebidos com infração à lei, são tributáveis na pessoa física beneficiária, independentemente das sanções que couberem.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO.

O acréscimo patrimonial, não justificado pelos rendimentos tributáveis, não tributáveis ou isentos e tributados exclusivamente na fonte só é elidido mediante a apresentação de documentação hábil que não deixe margem a dúvida.

Os saldos porventura apurados na análise da evolução patrimonial no mês de dezembro só serão considerados como recursos no ano seguinte, se constantes da declaração de bens ou mediante comprovação da efetiva existência dos mesmos em 31 de dezembro.

A alegação da existência de doações de terceiros deve vir acompanhada de provas inequívocas da efetiva transferência do numerário emprestado, não bastando a simples informação nas declarações do doador e donatário.

LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FATOS GERADORES A PARTIR DE 01/01/1997.

A Lei nº 9430/96, que teve vigência a partir de 01/01/1997, estabeleceu, em seu art. 42, uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente quando o titular da conta bancária não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados em sua conta de depósito ou investimento.

MULTA QUALIFICADA.

A conduta reiterada do contribuinte em omitir rendimentos tributáveis decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada evidencia a intenção de reduzir o montante do imposto devido, o que dá ensejo à aplicação da multa qualificada.

SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA *Comprovado, mediante provas documentais obtidas na ação fiscal, o interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal mantém-se a obrigação solidária tributária imputada.*

DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS.

EXTENSÃO.

As decisões judiciais, a exceção daquelas proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade de normas legais, e as administrativas não têm caráter de norma geral, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência senão àquela objeto da decisão.

Lançamento Procedente

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 11/08/2009, conforme Termo constante a fl. 850, e, com ela não se conformando, o recorrente interpôs, em tempo hábil (04/09/2009), o recurso voluntário de fls. 885/959, com instrução de documentos adicionais fls. 960/965, no qual demonstra irrisignação 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 Termo de Constatação Fiscal (fls. 700/726) o seguinte excerto:

Atendendo o Termo de Início de Fiscalização, o advogado do contribuinte, Sr. Cláudio Roberto Chaim, apresentou os seguintes esclarecimentos: "Que o requerente (Alessandro Peres Favaro) encontra-se preso e recolhido no Centro de Detenção Provisória de São José do Rio Preto, Estado de São Paulo, conforme comprova o incluso documento. Acontece, que além da prisão do requerente, os seus imóveis foram todos seqüestrados por ordem judicial, bem como teve a sua residência lacrada, permanecendo essa situação até a data de hoje. Mesmo querendo atender as solicitações de Vossa Senhoria, tem a dizer que no momento, em razão de estar preso, encontra-se impossibilitado de apresentar os documentos exigidos, bem como fazer se necessário, sua ampla defesa, conforme lhe ampara a Constituição Federal. Os documentos solicitados, encontram-se dentro da residência do requerente, que foi por ordem judicial, seqüestrada e devidamente lacrada, conforme acima referido, impedindo-o, assim, de apresentá-lo perante essa repartição, devendo ser aguardado melhor oportunidade".

Em 04 de janeiro de 2007, compareci pessoalmente e acompanhado de meu supervisor, Sr. Vanderlei Honorato Alves — matrícula nº 63.744, para dar ciência ao contribuinte do Termo de Intimação e Ciência da Continuação do Procedimento Fiscal e do Mandado de Procedimento Fiscal Complementar.

Através do Termo de Intimação e Ciência da Continuação do Procedimento Fiscal, a fiscalização reintimou o contribuinte a apresentar os documentos e elementos solicitados no Termo de Início de Fiscalização, ainda não encaminhados a fiscalização pelo contribuinte.

O contribuinte negou-se a assinar o Termo de Intimação e Ciência da Continuação do Procedimento Fiscal, pois segundo ele, seu advogado o instruiu a não assinar qualquer documento. Sendo assim, a fiscalização lavrou a Declaração de Recusa, conforme fls. 108.

Em 26 de janeiro de 2007, haja vista a não apresentação das contas bancárias solicitadas, foi requerida a Solicitação de Emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira — RMF com base no art. 3º, inciso VII do Decreto nº 3.724/2001. Expediram-se requisições de informações sobre a movimentação financeira do contribuinte aos bancos: Banco Cooperativo Sicredi S.A., fls. 111/113 e Banco Sudameris Brasil S.A., fls. 155/157, visando à obtenção da ficha cadastral; extrato de aplicações financeiras e extrato de movimentação de conta-corrente, cujos elementos foram apresentados pelos bancos e encontram-se no presente processo fiscal.

A fiscalização procedeu à análise dos extratos bancários obtidos através das requisições de movimentação financeira — RMF. De acordo com os extratos bancários obtidos, foram efetuadas as exclusões dos valores previstos nas legislações (depósitos/créditos decorrentes de transferências entre contas da própria pessoa física e os referentes a resgates de aplicações financeiras, estornos, cheques devolvidos, etc.).

Após, efetuadas as exclusões permitidas, a conciliação efetuada pela fiscalização apurou quais os valores creditados/depositados nas contas bancárias de titularidade do contribuinte cujas origens devem ser comprovadas, conforme planilha denominada "Demonstrativo de Valores — Extratos Bancários", fls. 286/297.

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

juízo 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 (24.03.07), 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).

*Analizados 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 obtida pelo fisco por meio de procedimento administrativo, sem prévia autorização judicial,

Processo nº 16004.000866/2007-03

S2-C2T2

Erro! A origem da referência não foi encontrada. n.º 2202-000.299

Fl. 20

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