



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

Processo nº 19515.000971/2008-43
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2202-000.401 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 21 de novembro de 2012
Assunto Solicitação de sobrestamento
Recorrente YE CHENGPU
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann – Presidente e Relator.

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

Relatório

YE CHENGPU, contribuinte inscrito no CPF/MF sob o nº 227.336.608-61, com domicílio fiscal na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, à Rua Heitor Peixoto, n.º 725 – Apto 1206- B - Bairro Cambuci, jurisdicionado a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo - SP, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 343/352, prolatada pela 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo - SP, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 356/370.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Fiscalização em São Paulo - SP, em 24/03/2008, o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física (fls. 297/301), com ciência por AR, em 26/03/2008 (fls. 303), exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 1.957.922,67 (padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de Renda Pessoa Física, acrescidos da multa de lançamento de ofício normal de 75% e dos juros de mora de, no mínimo, de 1% ao mês, calculado sobre o valor do imposto de renda relativo aos exercícios de 2003 a 2006, correspondente aos anos-calendários de 2002 a 2005, respectivamente.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização de revisão de Declaração de Ajuste Anual referente aos exercícios de 2003 a 2006, onde a autoridade fiscal lançadora entendeu haver 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 descrito no Termo de Verificação Fiscal. Infração capitulada no art. 849 do RIR/99; art. 1º da Medida Provisória nº 22/2002 convertida na Lei nº 10.451 de 2002.

A Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela constituição do crédito tributário lançado esclarece, ainda, através do Termo de Verificação Fiscal, datado de 24/03/2008 (fls. 288/296), entre outros, os seguintes aspectos:

- que, os extratos bancários do contribuinte no Banco Bradesco S/A: contas correntes nº 53.809-4 e nº 55.639-4 e poupanças nº 53.809-4 e nº 55.639-4 e Sudameris- C/C 3030556-5 foram obtidos junto aos bancos Bradesco e Sudameris, através de Requisição de Informação Sobre Movimentação Financeira (RMF), no curso da ação fiscal referente ao Sr. Ye Zhengwu, CPF: 217.989.228-43, pois as referidas contas bancárias são conjuntas;

- que, o banco Bradesco informou-nos que o contribuinte movimentou quatro contas no Bradesco: - contas correntes nº 53.809-4 e nº 55.639-4 e poupanças nº 53.809-4 e nº 55.639-4 - todas são conjuntas com seu pai, Sr. Ye Zhengwu. Sendo assim, o banco Sudameris informou-nos que o contribuinte foi co-titular da conta-corrente nº 3030556- 5, que de novembro de 2002 a julho de 2004 foi movimentada em conjunto o pai e individualmente por Ye Zhengwu, de agosto de 2004 a dezembro de 2005, conforme se verifica nos extratos da conta;

- que, portanto, nos quatro anos analisados, verifica-se que houve grande quantidade diária de créditos de valores diversos, constando repetidas ocorrências de devoluções dos cheques depositados e estornos de depósitos dos valores creditados nas contas;

- que, análise da Movimentação Financeira, esta fiscalização apurou Omissão de Rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimento, mantidas em instituição financeira, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nas operações de crédito, em todos os meses dos quatro anos- calendário fiscalizados.

Irresignado com o lançamento o autuado apresenta, tempestivamente, em 24/04/2008, a sua peça impugnatória de fls. 305/326, instruído pelos documentos de fls. 327/328, solicitando que seja acolhida a impugnação e determinado o cancelamento do crédito tributário amparado, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que, os fatos que embasam o presente são depósitos bancários, os quais a Autoridade Fiscal considerou como omissão de receita, efetuando assim o lançamento de ofício da mesma. Assim, lavrou o Auto de Infração, ora guerreado, logrando tributar fatos não previstos na hipótese de incidência de nenhuma norma pátria. Sobre tal *mister* cabe tecer algumas considerações;

- que, o contribuinte recolhe o tributo antecipadamente, via carnê lêo ou no ajuste realizado na declaração anual, sem que o fisco tenha realizado qualquer verificação prévia das informações prestadas (DIRPF), assim a característica basilar está na exigibilidade legal do pagamento antecipado e não no efetivo pagamento antecipado. Considerando que o contribuinte é obrigado a antecipar o pagamento do valor apurado a título de imposto sobre a renda, antes de qualquer pronunciamento por parte da Fazenda, é fácil declarar que se trata de exação por homologação;

- que, se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, considerando que no caso em tela, o Contribuinte antecipou o pagamento das suas obrigações, bem como entregou tempestivamente as DIRPF, basta fixar o termo inicial da contagem decadencial e, por conseguinte término;

- que, ad argumentandum tantum, não há que se falar em fraude ou dolo, eis que não houve a omissão de nenhuma receita, tampouco qualquer ato destinado à ocultação ou simulação de fato gerador, com o objetivo de reduzir ou suprimir o recolhimento de qualquer tributo que seja, desde já, deixa-se claro que a regra esculpida no art. 173, do CTN, não é aplicável ao caso, mesmo que hipoteticamente houvesse ocorrido à ocultação de receita, o que não houve. Porém, o que a Fazenda homologa não é o pagamento, mas, toda a atividade procedimental tendente a verificar a ocorrência do fato impositivo, levada a conhecimento do Fisco;

- que assim, na hipótese de imposto apurado pelo sujeito passivo, mesmo que não tenha sido pago antecipadamente, sujeita-se ao prazo de decadência com termo a *quo* na data da ocorrência do fato gerador, trata-se de lançamento por homologação;

- que em análise pormenorizada dos fatos que tange o auto de infração, verifica-se que não houve o aperfeiçoamento da hipótese de incidência em virtude da ausência do preenchimento do critério material (hipótese);

- que, portanto, eivado de equívocos é o presente auto. A regra matriz de incidência do imposto de renda não comporta a expressão depósito de valores, sem que os mesmos representem os conceitos renda e proventos. A autoridade fiscal em nenhum momento logrou provar o acréscimo patrimonial descoberto por parte do contribuinte;

- que o auditor equiparou alguns depósitos realizados nas contas correntes como ganho/renda, atitude que o bom direito repudia veementemente. Não pode prevalecer a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários se o fisco não lograr em consubstanciar os sinais externos de riqueza, outro fator que não se constata nos autos em debate;

- que ao compulsar a legislação, obtém-se que depósitos bancários não constituem, por si só, fato gerador do imposto de renda, pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos, acréscimo patrimonial. O lançamento baseado em depósitos bancários só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre o depósito e o fato que representa omissão de rendimento. Entendimento esposado pelo próprio Conselho de Contribuintes (Acórdão 104-17.494, da 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, cuja ementa, publicada no DOU de 13.09.2000);

- que é exatamente o que ocorre nos presentes autos, a administração está utilizando pretextos infundados para caracterizar renda onde ela não existe. Admitir por presunção que uma movimentação bancária é acréscimo patrimonial, renda, é totalmente inconcebível e inaceitável. A presunção nesses casos configura o enriquecimento ilícito do Estado e o próprio confisco dos bens do contribuinte. O qual está sendo coagido a entregar seus pertences ao Estado sem sequer ter realizado qualquer hipótese de incidência tributária.

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

- que contra o contribuinte acima identificado foi lavrado Auto de Infração de fls. 288/301, com lançamento de imposto de renda da pessoa física relativo aos anos calendário/ exercícios 2002/2003: 2003/2004, 2004/2005 e 2005/2006, no valor de R\$ 1.957.922,67, dos quais R\$ 860.886,73 correspondem ao imposto; R\$ 645.665,04, à multa proporcional e R\$ 451.370,90, a juros de mora, calculados até 29/02/2008;

- que, tendo em vista movimentação financeira incompatível com os rendimentos declarados pelo contribuinte no período em questão, foi determinada ação fiscal, conforme Mandado de Procedimento Fiscal — MPF n.º 08.1.90.00-2008-00546-9;

- que, a auditora-fiscal esclarece que foram relacionados os valores dos cheques devolvidos e estornos de depósitos nos *Demonstrativos de Cheques Devolvidos e Estornos*, sendo que tais valores foram desconsiderados para efeitos de apurar os rendimentos omitidos, conforme demonstrativos elaborados para cada banco em que o interessado manteve contas;

- que o primeiro pressuposto básico para o lançamento por homologação é a existência efetiva do pagamento a que estava obrigado o contribuinte pela legislação tributária. O segundo é a homologação expressa pela autoridade fazendária dessa atividade exercida pelo contribuinte, antes de operados cinco anos da ocorrência do fato gerador. Veio o legislador, contudo, admitir que a homologação se dê de forma tácita, como hipótese de exceção, desde que a Fazenda Pública não tenha se pronunciado quanto à atividade exercida pelo contribuinte (pagamento) no prazo mencionado. A homologação tácita, portanto, somente se opera quando caracterizada a omissão da autoridade fazendária quanto à verificação da correta apuração do imposto pelo sujeito passivo da obrigação tributária;

- que no presente caso apurou-se infração à legislação tributária consubstanciada em omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem a devida comprovação da origem o contribuinte. Sendo assim, o imposto de renda que deixou de ser pago não estava sujeito ao lançamento por homologação, previsto no art. 150, §4º, do CTN, mas sim a lançamento de ofício pela autoridade administrativa, motivo pelo qual há que ser aplicada a regra contida no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional;

- que também não há que se falar em inexistência de nexo causal entre a disponibilidade econômica e a omissão de rendimento, pois não cabe ao julgador administrativo discutir se a presunção estabelecida em lei é adequada ou não. Cumpre salientar que a autoridade administrativa se encontra totalmente vinculada aos ditames legais (art. 116, inciso III, da Lei n.º 8.112/90), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do CTN).

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.*

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

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Após 1º de janeiro de 1997, com a entrada em vigor da Lei n.º 9.430, de 1996, consideram-se rendimentos omitidos, autorizando o lançamento do imposto correspondente, os depósitos junto a instituições financeiras, quando o contribuinte, regularmente intimado, não logra comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados.

*PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INTIMAÇÕES.
PROCURADOR.*

Não encontra amparo legal nas normas do PAF a solicitação para que as intimações sejam feitas na pessoa e domicílio profissional do procurador.

Lançamento Procedente.

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 30/04/2009, conforme Termo constante à fl. 354, e, com ela não se conformando, o recorrente interpôs, em tempo hábil (20/05/2009), o recurso voluntário de fls. 356/370, instruído pelos documentos de fls. 371/853, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que, aponta, ainda, ter havido negativa injustificada de apresentação de documentos regularmente exigidos pela Fiscalização durante o desenvolvimento da ação fiscal...", o que constituiria embaraço à fiscalização, motivadora da respectiva sanção tributária, defendendo a aplicação da absurda, "data venha", multa de 75% do valor supostamente devido, diante do que dispõe o artigo 44, 1, da Lei 9.430/96, rejeitando a farta jurisprudência administrativa colimada pelo recorrente, pois que "... não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência",

arguindo, por fim, a inaplicabilidade da doutrina existente a respeito da arbitrariedade da infração, posto que a lavratura teria foros de aceitabilidade “por sua estrita subordinação à legalidade”, uma vez sob definição “... do artigo 150, I, da Constituição Federal de 1988”;

- que ademais, em que pese a autuação mencionar estar embasada nos dispositivos que regem o Processo Administrativo, com as alterações introduzidas pelas Leis 8.748/93 e 9.532/97, a verdade é que o enquadramento legal do procedimento está equivocado, além, da própria capitulação legal de infração. A fiscalização, ilegalmente, tão só requisitou as informações, que foram fornecidas pelos Bancos, sem qualquer zelo, como se absorve do próprio Termo de Verificação Fiscal. E não bastava, para dar foros de legalidade à autuação, a análise dos extratos. O procedimento administrativo teria de obedecer ao critério da lei, o que não ocorreu;

- que, decisão, assim, peca pela base e deve ser reformada. Os extratos bancários, que são documentos privados, não retratam qualquer fato gerador de tributos, muito menos de Imposto de Renda. As informações de movimentação não se constituem, neste caso, como irregularidade fiscal relacionada com o imposto de renda. E a infração, por ter sido apontada com base em meras presunções, não encontra supedâneo em nossa legislação e doutrina.

- que, portanto, no cômputo do cálculo da exigência, é óbvio que não se pode falar que os valores detectados nos extratos bancários constituam receitas tributáveis; logo, sobre tais não incide o Imposto de Renda, razão pela qual o apontamento fiscal partiu de premissas irreais, porquanto repita-se, à tributo não pode incidir sobre todo e qualquer valor incluído no extrato bancário;

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Nelson Mallmann, Relator

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

Observa-se às fls. 288/296 do Termo de Verificação Fiscal os seguintes excertos:

Os extratos bancários do contribuinte no Banco Bradesco S/A: contas correntes nº 53.809-4 e nº 55.639-4 e poupanças nº 53.809-4 e nº 55.639-4 e Sudameris- C/C 3030556-5 foram obtidos junto aos bancos Bradesco e Sudameris, através de Requisição de Informação Sobre Movimentação Financeira (RMF), no curso da ação fiscal referente ao Sr. Ye Zhengwu, CPF: 217.989.228-43, pois as referidas contas bancárias são conjuntas.

O banco Bradesco informou-nos que o contribuinte movimentou quatro contas no Bradesco: - contas correntes nº 53.809-4 e nº 55.639-4 e poupanças nº 53.809-4 e nº 55.639-4 - todas são conjuntas com seu pai, Sr. Ye Zhengwu. Sendo assim, o banco Sudameris informou-nos que o contribuinte foi co-titular da conta-corrente nº 3030556- 5, que de novembro de 2002 a julho de 2004 foi movimentada em conjunto o pai e individualmente por Ye Zhengwu, de agosto de 2004 a dezembro de 2005, conforme se verifica nos extratos da conta.

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

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

moderadora na resolução dos litígios, insista-se, revela-se garantia de respeito tanto ao regime das liberdades públicas quanto à supremacia do interesse público.

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

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

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

Relatório *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).

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 às instituições financeiras, entretanto a decisão, ainda, não transitou em julgado e não se aplica na solução da repercussão geral em discussão, razão pela qual entendo que se faz necessário sobrestar o presente julgado até a solução final da repercussão geral em questão.

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

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

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann