

Relatório

A agravante impugna a decisão que negou seguimento ao recurso assim argumentando:

"Os agravantes foram autuados pela Receita Federal do Brasil, órgão da agravada, no Auto de Infração constante do Processo Administrativo Fiscal nº 10410.723892/2011-11. No referido auto, os agravantes são supostamente devedores no montante de R\$ 7.272.917,17 (sete milhões, duzentos e setenta e dois mil e dezessete centavos), conforme se depreende dos documentos acostados.

Ocorre que os agravantes entendem que o seu débito é de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Com efeito, as provas colhidas na instrução do processo administrativo fiscal, especialmente as que são o suporte legal para o cálculo do suposto débito, foram obtidas diretamente da instituição financeira (extratos de movimentação bancária, dentre outros), sem a devida e necessária autorização judicial, o que caracteriza prova ilegal/inconstitucional, conforme é o entendimento pacificado dos nossos tribunais.

Sabendo disso, os agravantes apresentaram defesa ao auto de infração, contudo o auto foi mantido. Incoformados, os recorrentes ingressaram com recurso à instância administrativa superior, como lhe faculta a legislação de regência.

Subindo ao grau superior, Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Recife (PE), referida impugnação foi julgada improcedente, tendo o Acórdão o seguinte ementário:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITAS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

I - Presume-se a omissão de receitas ou de rendimentos, em situação no qual os depósitos bancários indicando a movimentação financeira do contribuinte não tiverem a origem comprovada pelo titular, mediante a devida apresentação de documentos hábil e idônea

II - Opera-se a inversão do ônus da prova, situação em que cabe ao contribuinte desconstituir a presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

PRESUNÇÃO LEGAL. APRECIAÇÃO DE LEGALIDADE.

A presunção de omissão de receitas encontra-se prevista em lei. Nesse contexto, não cabe a órgão de julgamento administrativo apreciar arguição de sua legalidade.

SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. INOCORRÊNCIA. PREVISÃO LEGAL. EMISSÃO DE RMF. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

O fornecimento de informações pelas instituições financeiras sobre movimentação do sujeito passivo, na forma da Lei Complementar nº. 105, de 2001, não constitui quebra de sigilo. Trata-se de medida que prescinde de autorização judicial, quando promovida nos termos da lei, durante procedimento fiscal em curso no qual a autoridade tributária constata ser indispensável o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras.

CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. MODO DIFUSO. EFICÁCIA ENTRE AS PARTES.

Eventual decisão do STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade, tem efeito apenas entre as partes, ou seja, não beneficia terceiros não integrante da lide.

MATÉRIA NÃO CONTESTADA - VALORES DA OMISSÃO DE RECEITA - ARBITRAMENTO DO LUCRO - QUALIFICAÇÃO DA MULTA.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.

Ainda inconformados com a decisão administrativa, que, frise-se, foi proferida em total dissonância com o entendimento pacificado da mais alta Corte da República, os agravantes interpuseram novo recurso, desta feita a ser analisada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais da agravada, em Brasília, cuja situação atual é de aguardando julgamento.

Por não restar outra alternativa capaz de sanar os problemas explicitados, ingressam os agravantes com a ação anulatória de débito fiscal com pedido de antecipação de tutela, cujo objetivo principal é o de anular o procedimento administrativo fiscal, mormente no tocante às provas que servem de fundamento à ilegal cobrança fiscal, haja vista que tais provas (extratos de movimentação bancárias e de cartões de créditos) foram obtidas contrariando a legislação fiscal e, principalmente, à Constituição Federal (art. 5º, XII).

Em despacho liminar, o Juízo *a quo* indeferiu a antecipação de tutela, sob o argumento de que não havia provas suficientes para demonstrar o alegado na inicial, como também que os atos administrativos gozam de legitimidade e legalidade. Além disso, alegou que o processo ainda depende de recurso administrativo.

Eis, portanto, o resumo fático.

DA DECISÃO AGRAVADA

A Decisão Interlocutória ora agravada é originada do processo nº 0802858-60.2014.4.05.8000, em trâmite na 3ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE ALAGOAS, donde o MM Juiz indeferiu o pedido de Antecipação da Tutela, requerido pelos Agravantes/Autores, contrariando os fatos e direitos do mesmo (Agravante/Autor), contidos na peça vestibular.

A decisão referida foi proferida nos seguintes termos:

PROCESSO Nº: 0802858-60.2014.4.05.8000 - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

AUTOR: BEBIDAS MACEIO COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA (e outro)

ADVOGADO: CHARLES WESTON FIDELIS FERREIRA

RÉU: UNIÃO FEDERAL

3ª VARA FEDERAL - JUIZ FEDERAL TITULAR

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

1. BEBIDAS MACEIÓ COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA-ME e Roberto Sérgio da Silva propuseram a presente ação anulatória de débito fiscal, com pedido de tutela antecipada, em face da União para suspensão do auto de Infração constante do Processo Administrativo Fiscal nº 10410.723892/2011-11, até decisão final no presente processo.

2. Narram que foram autuados pela Receita Federal do Brasil, no auto de infração constante do Processo Administrativo Fiscal nº 10410.723892/2011-11. No referido auto, os autores são devedores do montante de R\$ 7.272.917,17 (sete milhões, duzentos e setenta e dois mil e dezessete centavos)

3. Argumenta que as provas colhidas na instrução do processo administrativo fiscal, especialmente as que dão o suporte legal para o cálculo do suposto débito, foram obtidas diretamente da instituição financeira (extratos de movimentação bancária, dentre outros), sem a devida e necessária autorização judicial, o que caracteriza prova ilegal/inconstitucional.

4. Informam que manejaram recurso administrativo, sendo este julgado improcedente pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Recife (PE), inconformados com esta decisão protocolaram novo recurso, desta feita a ser analisada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais da ré, em Brasília, cuja situação atual é de aguardando julgamento.

5. Pondera que estão presentes os requisitos autorizadores da medida requestada.

4. A plausibilidade da alegação, segundo sustenta, decorre por entender ser inconstitucional a LC nº 105/2001, no dispositivo que autoriza ao Fisco a obtenção de dados sigilosos dos contribuintes, sem a prévia autorização judicial.

5. O perigo da demora, pelo que entende, consistiria no fundado receio de que a autora venha a ser cobrada por aquilo que não deve, inclusive sofrendo sanções administrativas em forma de autuação, inscrição de débito em dívida ativa e execução fiscal.

Èo relatório

Passo a decidir

6. Não me convenço, por ora, da plausibilidade dos argumentos exordiais.

7. Assinalo, ab initio, que a concessão da tutela pretendida não pode se fundamentar na nulidade da ação fiscal, da maneira como foi posta, pois os atos administrativos, estando sujeitos ao princípio da legalidade, gozam, em contrapartida, de presunção de legitimidade, cabendo ao particular o ônus de provar a existência de vícios que os invalidem.

8. As alegações produzidas na inicial, de que as provas colhidas na instrução do processo administrativo fiscal foram obtidas de ilegalmente, podem vir a ser confirmadas no decurso do processo ou não; na realidade, o exame das questões de fato só será devidamente viabilizado com a formação do contraditório, oportunizando-se a União produção de contraprova, procedendo-se à instrução do feito.

9. Com efeito, não se pode partir do princípio de que narração dos autores é verossímil para presumir a ilegalidade do ato, sem sequer dar oportunidade ao ente público de se manifestar sobre as alegações, isto seria uma inversão indevida e injustificada do ônus da prova, em desacordo com os princípios jurídicos que regem a matéria.

10. Além disso, os autores não acostaram aos autos a íntegra do processo administrativo fiscal nº 10410.723892/2011-11, fato que dificulta ainda mais à comprovação de suas alegações .

11. Enfim, apesar do caudal de argumentos e julgados trazidos aos autos, não verifico, in casu, a ocorrência do perigo de que a futura sentença venha a tornar-se inexeqüível pela demora na apreciação do feito.

12. Isto porque, como informado pelos requerentes o processo administrativo se encontra pendente do julgamento de recurso administrativo, fato este que inviabiliza no momento a constituição definitiva do crédito tributário.

13. Nego, pois, a antecipação pretendida.

14. Retifique-se a autuação fazendo constar "Fazenda Nacional" em lugar de "União Federal".

15. Cite-se o réu, bem como se intime para, no prazo de defesa, anexar, na íntegra, cópia do processo administrativo respectivo.

16. Providências necessárias.

Maceió, 05 de agosto de 2014

MARCELO BARBI GONÇALVES

Juiz Federal Substituto

Em linhas pretéritas apresentamos a decisão do MM Juiz que merece reforma, frise-se.

A decisão agravada merece reforma, pois, patentemente, contrariou a legislação e jurisprudência pacificada. Vejamos os principais pontos atacados e fundamentação dos Agravantes que buscam a prevalência da JUSTIÇA.

DA DECISÃO AGRAVADA - PONTOS PRINCIPAIS

Consta na decisão do MM Juiz, pontos que merecem esclarecimentos e mudanças da interpretação, data máxima vênia. Vejamos:

Da presunção da legalidade dos atos administrativos

Dispõe a decisão atacada que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e legalidade. Sim, entendemos e concordamos com tal assertiva, contudo, tais presunções podem ser impugnadas, desde que tais vícios sejam provados por meios idôneos.

Ora, apesar de não estar acostada aos autos a cópia integral do processo administrativo fiscal nº 10410.723892/2011-11, entretanto, as principais peças, mormente aquelas que dão fundamento a cobrança fiscal foram sim acostadas (como termo de intimação fiscal, as requisições de informações financeiras dos agravantes, termo de encerramento, etc.) e devem servir para análise do principal fundamento argüido pelos agravantes, qual seja: a quebra do sigilo bancário.

As peças do processo fiscal demonstram, de forma insofismável, que a base de cálculo para a cobrança dos valores na ação fiscal é fruto das informações financeiras dos agravantes obtidas, frise-se, sem a interveniência do Poder Judiciário, o que caracteriza a quebra do sigilo bancário e portanto, provas inservíveis e ilegais.

Maiores argumentações são desnecessárias para o presente caso, pois o Supremo Tribunal Federal - STF, em reiteradas decisões, inclusive em sede de Repercussão Geral, já decidiu que é vedado ao Fisco a obtenção de informações sigilosas (em especial a financeira), sem a autorização judicial, pois tal prática caracteriza a quebra do sigilo bancário do contribuinte e, por conseguinte, declarou inconstitucional o dispositivo da Lei Complementar Federal nº 105/2001.

Em nossa fundamentação na exordial, reproduzimos e indicamos inúmeras decisões e entendimentos doutrinários a respeito.

Outro ponto que fundamenta a decisão ora rechaçada é que a demora não poderá causar prejuízos aos agravantes.

Outro equívoco. Apesar da existência e tramitação de recurso administrativo, porém, como já foi perfeitamente demonstrado, o próprio Fisco Federal não entende como inconstitucional o dispositivo da LC nº 105/2001 que autoriza a obtenção de informações financeiras sem autorização judicial. Ao contrário, aduz que o fundamento legal para a legitimidade e legalidade do seu ato é justamente tal disposto legal. Portanto, é de se concluir que o recurso administrativo fiscal não poderá prosperar e, por conseguinte, o crédito tributário será inscrito e, posteriormente, executado, o que causará graves e irreparáveis prejuízos aos agravantes.

Sendo assim, improcedentes são as argumentação da decisão agravada, merecendo reforma, pois.

DA EXPOSIÇÃO JURÍDICA

DAS PROVAS ILEGALMENTE OBTIDAS

Não há dúvidas que ocorreu abuso do Fisco Federal, quando buscou formas ilegais e já combatidas pelas Cortes Superiores, para obter dados e criar provas, ora utilizadas nos autos do Processo Administrativo Fiscal nº 10410.723892/2011-11, em desfavor dos agravantes.

O Fisco Federal buscou nas instituições bancárias, ilegalmente, informações no tocante a movimentações financeiras e cadastrais dos demandantes.

Ora, é sabido por todos da existência no mundo do Direito do princípio constitucional do sigilo bancário e da impossibilidade de sua quebra, salvo por autorização judicial (direitos à privacidade - art. 5º, X, CF/88 e ao sigilo de dados - art. 5º, XII, CF/88, é direito fundamental sob reserva legal, só podendo ser quebrado no caso previsto no art. 5º, XII, 'in fine').

Resta demonstrado nos autos, também, que em nenhum momento a Secretaria da Receita Federal, Delagacia Regional em Alagoas, requereu judicialmente autorização para promover investigações sigilosas nas contas bancárias dos agravantes, sendo obtidos tais dados de forma direta junto às instituições financeiras.

Na verdade, o Fisco Federal, ilegal e inconstitucionalmente repise-se, extrapolou sua competência e buscou de forma indevida e sem autorização judicial, dados sigilosos dos agravantes, pois são documentos e informações confidenciais e que não podem ser fornecidas pelos detentores da guarda (no caso em tema as instituições financeiras), sem a devida

autorização do Judiciário.

A nossa Corte Suprema já se manifestou sobre o tema por diversas vezes, sempre mantendo o mesmo entendimento de que é inconstitucional (Lei Complementar nº 105/2001) a obtenção de dados sigilosos bancários diretamente pelo Fisco, sem autorização judicial, vejamos uma das decisões:

RE 387.604

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

Relatório

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

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

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

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

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

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

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

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

Analisados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

3. Razão jurídica não assiste à Recorrente.

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

"O Plenário, por maioria, proveu recurso extraordinário para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto a dados bancários da empresa recorrente. Na espécie, questionavam-se disposições legais que autorizariam a requisição e a utilização de informações bancárias pela referida entidade, diretamente às instituições financeiras, para instauração e instrução de processo administrativo fiscal (LC 105/2001, regulamentada pelo Decreto 3.724/2001). Inicialmente, salientou-se que a República Federativa do Brasil teria como fundamento a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e que a vida gregária pressuporia a segurança e a estabilidade, mas não a surpresa. Enfatizou-se, também, figurar no rol das garantias constitucionais a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), bem como o acesso ao Poder Judiciário visando a afastar lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV). Aduziu-se, em seguida, que a regra seria assegurar a privacidade das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, sendo possível a mitigação por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal. Observou-se que o motivo seria o de resguardar o cidadão de atos extravagantes que pudessem, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade, de modo que o afastamento do sigilo apenas seria permitido mediante ato de órgão eqüidistante (Estado-juíz). Assinalou-se que idêntica premissa poderia ser assentada relativamente às comissões parlamentares de inquérito, consoante já afirmado pela jurisprudência do STF" (Informativo n. 613).

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

Como podemos colher no julgado acima apresentado, já existe manifestação recente da Corte Maior, no "julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808, Relator o Ministro Marco Aurélio, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal - STF afastou a possibilidade da Receita Federal ter acesso, sem a autorização do judiciário, a dados bancários

de contribuintes.", como podemos atestar da ementa abaixo reproduzida:

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.

Ressalte-se, por importante, que quando um Recurso Extraordinário é julgado pelo Supremo Tribunal Federal - STF observando o rito de repercussão geral, sua observância pelos Tribunais de grau hierárquico inferior em casos idênticos deve ser obrigatória.

Como se não bastasse o Supremo Tribunal Federal - STF já se manifestar contrariamente a obtenção de informações sigilosas diretamente pelo Fisco, outros Tribunais também o acompanham, a exemplo das decisões abaixo transcritas:

Recurso: 0000858-60.2009.4.05.8400
Relator: Des. Fed. Fernando Braga
Tipo Do Recurso: ACR
Órgão Julgador: Segunda Turma do TRF
da 5ª Região
Diário: DEJF p. 117 em 27/06/2014

PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUPOSTA PRÁTICA DE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA EM CONCURSO DE PESSOAS (LEI 8.137/90, ART. 1º, I, C/C CP, ART. 29). INFORMAÇÕES BANCÁRIAS REQUERIDAS DIRETAMENTE PELA RECEITA FEDERAL. ILICITUDE DA PROVA. ABSOLVIÇÃO DOS ACUSADOS. PROVIMENTO DO APELO DA DEFESA.

1. A jurisprudência entende (pacificamente) que o lançamento é condição de procedibilidade nos crimes tributários; trata-se de requisito objetivo, ou seja, só pode haver crime sonegação de tributos se houver, antes, um tributo reconhecidamente sonegado, ainda quando a persecução criminal, a posteriori, recaia sobre outra pessoa que não aquela que figura como devedora da exação constituída (este é o caso dos autos); 2. De todo modo, outro dado invalida a condenação sub examine: é que o início da persecução criminal se deu através de um ofício da delegacia da receita, pedindo ao banco que informasse a movimentação bancária da contribuinte, tudo isso sem prévia atuação do poder judiciário; 3. O STF já decidiu que, nas hipóteses de requerimento da autoridade fiscal ou do ministério público sem a necessária autorização judicial, referentemente aos dados fiscais dos contribuintes, haverá ilicitude da prova, a contaminar, inclusive, as demais dela decorrentes, segundo o princípio dos frutos da árvore envenenada; 4. Exclusão da prova que, diante da ausência de outras que se prestassem à manutenção da

condenação, impõe a absolvição do réu; 5. Apelação criminal provida. 117/207.

Recurso: 41.532/PR

Relator: Min. Sebastião Reis Júnior

Tipo Do Recurso: RHC

Órgão Julgador: Sexta Turma do STJ

Diário: DJE em 28/02/2014

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ILICITUDE DA PROVA. REQUISIÇÃO PELA RECEITA FEDERAL DE INFORMAÇÕES SOBRE A MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DIRETAMENTE À INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. QUEBRA DO SIGILO. LC Nº 105/2001. IMPRESTABILIDADE DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS PARA FINS DE PROCESSO PENAL.

1. A quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu decisum. 2. Os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal sem prévia autorização judicial não podem ser utilizados no processo penal, sobretudo para dar base à ação penal. 3. Recurso em habeas corpus provido em parte. Ordem concedida apenas para reconhecer a ilicitude de toda prova advinda da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial e determinar seja ela desentranhada da ação penal.

Dessa forma, está demonstrado à prática da ilegalidade pelo Fisco, mormente porque os dados para a lavratura do auto de infração e, conseqüentemente, a instauração do Processo Administrativo Fiscal nº 10410.723892/2011-11, foram obtidos por meio ilícitos, em consequência, o processo fiscal deveria ter sido prematuramente arquivado, dada a imprestabilidade das provas nele existentes.

Para fortalecer a tese da impossibilidade da utilização de provas obtidas ilegalmente, temos a apresentar a seguinte matéria colhida no site Consultor Jurídico (fonte: <http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/55297/stf-nao-importa-o-crime-prova-ilegal-tem-de-ser-rejeitada>)

STF: não importa o crime, prova ilegal tem de ser rejeitada

09/07/2008- Por mais importante que seja o crime apurado a partir de uma prova ilícita, os juízes não devem aceitá-la. Se a prova, além de ilícita, afronta garantias constitucionais, não cabe aplicar o princípio da razoabilidade para garantir o prosseguimento da ação penal. A conclusão é da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente o pedido do dono de um escritório de contabilidade para anular todo o processo a que ele respondia por crime tributário.

O recado do Supremo é claro. Se não forem obedecidas as regras legais, todo o trabalho para processar e julgar desde um réu como ex-presidente Fernando Collor até um contador, como no caso presente, terá sido em vão. Independente das acusações que pesem contra os réus, se as provas foram obtidas ilegalmente, devem ser consideradas inválidas. O mesmo vale para as chamadas provas "derivadas", ou seja, aquelas que foram obtidas com dados de investigações

irregulares anteriores.

Para o ministro Celso de Mello, relator do HC, é necessário rejeitar a "crescente predisposição para flexibilização dos comandos constitucionais aplicáveis na matéria". O ministro citou o constitucionalista Luis Roberto Barroso, que junto à Ana Paula de Barcellos, chamam a atenção para o risco de se admitir provas ilícitas com base no princípio da proporcionalidade. "Embora a idéia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de país, onde as exceções viram regra desde sua criação", afirmam.

O ministro também citou o jurista Antonio Magalhães Gomes Filho, para quem ainda há uma resistência dos tribunais em descartar provas ilícitas. Para Gomes Filho, isso é fruto de uma "equivocada compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, que não pode significar liberdade absoluta na condução do procedimento probatório nem julgamento desvinculado de regras legais". Celso de Mello concorda, ainda, com Gomes Filho, quando este diz que o combate à criminalidade não se dá através da aceitação de provas ilícitas no processo.

"O réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado", afirma Celso de Mello.

O ministro citou a Ação Penal 307. Nela, o ex-presidente Fernando Collor foi, juntamente, com outros réus, absolvido das acusações de corrupção. No caso, o STF entendeu que não podia admitir como provas informações de um micro computador apreendido através de violação de domicílio.

Fruto envenenado

O contador em questão era processado pela 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro desde 1996 sob a acusação de prática de crime tributário. Segundo a defesa, as provas foram obtidas com busca e apreensão em seu escritório de contabilidade, sem autorização judicial. A defesa alegou que agentes da Receita e da Polícia Federal coagiram funcionários e levaram documentos, computadores e livros de todos 1.200 clientes dos escritórios contábeis.

O Ministério Público Federal argumentou que o material não foi apreendido no escritório de contabilidade, mas em uma empresa atendida pelo escritório de contabilidade. Acontece que, segundo a defesa, a fiscalização nessa empresa só aconteceu devido ao material apreendido irregularmente no escritório de contabilidade.

Para o ministro Celso de Mello, não há dúvidas de que as provas, colhidas posteriormente a apreensão de documentos no escritório de contabilidade, não são válidas. "Tais novos meios de prova guardam direta, estreita e imediata vinculação causal com os elementos de informação que somente foram obtidos em virtude do desrespeito ao princípio que protege a inviolabilidade domiciliar", explicou o ministro.

Celso de Mello entendeu que, no caso, aplica-se a teoria dos "frutos da árvore envenenada". Essa conclusão só poderia ser afastada se a autoridade policial ou o MPF demonstrasse que a nova prova obtida não teve conexão com a prova ilícita.

Inviolabilidade do escritório

O ministro Celso de Mello já havia decidido no Habeas Corpus 82.788, envolvendo o mesmo contador, que não é admissível a apreensão de documentos em escritórios de contabilidade sem mandado judicial. Na ocasião, o ministro afirmou que o conceito de casa é estendido a "espaços privados não abertos ao público, onde alguém exerce atividade profissional". Nesse caso, a apreensão de documentos só pode ser feita com mandado judicial.

"Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral", afirmou.

A posição do STF, independentemente da natureza do crime, é firme quanto à imprestabilidade das provas obtidas por meio ilícito.

Vejamos parte do voto do Ministro Celso de Mello:

"A norma inscrita no artigo 5º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988 consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do Direito Processual*, pág. 60/82, 1990, Forense Universitária; Mauro Cappelletti, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Rivista di Diritto Civile*, pág. 112, 1961; Vincenzo Vigoritti, *Prove illecite e costituzione*, in *Rivista di Diritto processuale*, pág. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada - e repudiada sempre - pelos Juízes Tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por elas apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (Ada Pellegrini Grinover, op. cit., pág. 62, 1990, Forense Universitária). A cláusula constitucional do *due process of law* - que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público - tem, no dogma da inadmissibilidade das provas lícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado.(...) **Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que se exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova - de qualquer prova - cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável...**(STF, Ação Penal 307-3/DF, Plenário, relator Min. Celso de Mello, DJU 13/10/1995)" (GRIFO NOSSO)

Diante do já exposto, devidamente provado está que o Processo Administrativo Fiscal nº 10410.723892/2011-11, onde consta o Auto de Infração em face dos agravantes deveria ter sido prematuramente arquivado na instância administrativa, porém a 4ª Turma da DRJ/REC, contrariando as normas legais e constitucionais, manteve o constante do Auto de Infração e, em

consequencia, o "Crédito Tributário".

DA EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO

Equivocado é o entendimento dos julgadores da 4ª Turma da DRJ/REC, sobre "matéria não contestada", afirmando que "Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante".

Todo o auto foi devidamente impugnado, pois bem constado nos autos e reimpugnado no recurso administrativo interposto, temos que a fundamentação do Fisco Federal para a cobrança de valores supostamente não recolhido pela empresa autuada, relativo a IRPJ, CSLL, PIS e CONFINS, no ano (período-base) 2007, não possui sustentáculo legal, muito menos em se tratando de valores oriundos de depósitos bancários de origem não comprovada.

Os dispositivos legais elencados pelo Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil (responsável pelo pré julgamento no auto de infração), ou seja: Arts. 27, inciso I, e 42 da Lei nº. 9.430/96; Arts. 532 e 537 do RIR/99; Arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 7/70; Art. 24, § 2º, da Lei nº. 9.249/95; Arts. 2º, inciso I, alínea "a", inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº. 4.524/02; Art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; Art. 24 da Lei nº. 9.249/95; Art. 29 da Lei nº. 9.430/96; Art. 37 da Lei nº. 10.637/02, enfim, todos os dispositivos contrários a regra legal inserida no auto de infração, não se coadunam com a realidade dos fatos, bem como pelos documentos carreados aos autos do processo administrativo fiscal já referenciado, vez que inexistente prova contundente da falta de recolhimento de tributos, haja visto que as provas que instruem os autos **não são, categoricamente, lícitas**.

É salutar consignar que a falta de apresentação de livros fiscais, bem como depósitos bancários DENOMINADOS PELO FISCO como "DE ORIGEM NÃO COMPROVADA", não podem ser usados como prova acusatória, pois, isoladamente, não demonstra nenhuma sonegação ou qualquer ato ilícito supostamente praticado pela empresa.

E mais, um imaginável recolhimento dos tributos não pode ocorrer devido ao fato da inexistência das possíveis receitas (faturamento alegado), obtidos de forma irregular e ilegal (sem autorização judicial), pois os impostos só seriam devidos caso o faturamento (receita) existisse.

Voltando ao julgado já referenciado neste petitório, no tocante a origem de provas, reproduzimos, mais uma vez, texto do Ministro Celso de Melo: "***Tais novos meios de prova guardam direta, estreita e imediata vinculação causal com os elementos de informação que somente foram obtidos em virtude do desrespeito ao princípio que protege a inviolabilidade domiciliar***". (destaque nosso)

E, ainda, reportando-nos ao Ministro relator do julgado acima reproduzimos a afirmação: "**A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável**" (destaque nosso).

Assim, **se a prova é ilícita, obviamente a cobrança é indevida**, pois não existe o verdadeiro alicerce legal para a alegação de falta de recolhimento de tributos ou mesmo de uma sonegação categórica.

Para corroborar a afirmação acima, sustentamos a **Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados**, que advinda do direito norte americano a "*fruits of poisonous tree*" tem em seu nascimento um preceito bíblico de que a árvore envenenada não pode dar bons frutos, ou seja, **a prova ilícita originária ou inicial contaminará as demais provas decorrentes**, portanto, o processo que contém prova obtida por meio ilícito **é nulo e todos os atos decorrentes, também, devem ser tidos como nulos.**

Ainda sobre o tema Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, citamos ADA PELLEGRINI GRINOVER (GRINOVER, Ada Pellegrini, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho. **As Nulidades no Processo Penal**. Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição.) que leciona:

"trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas; não têm aptidão para surgirem como provas, daí sua total ineficácia."

Persistindo o Fisco Federal com essa cobrança sem fundamento, mesmo sabendo das ilicitudes existentes no processo administrativo fiscal em tramitação, o mesmo está passível da decretação da total nulidade do citado processo.

Finalizando os sustentáculos do presente processo, quanto ao "arbitramento do lucro", no auto de infração foi utilizado um percentual (9,6%) erroneamente, pois não existe a figura da "conhecida receita bruta" da pessoa jurídica autuada, uma vez que os valores obtidos mediante documentos bancários colhidos ilicitamente não são afirmativos da receita da empresa.

Na verdade, não conhecendo a receita bruta existe outro procedimento."

É o relatório.

Voto

Reitero os termos da decisão impugnada. O ato do MM Juiz Federal demonstra a inviabilidade da concessão de tutela antecipada na ação anulatória, primeiro porque a autora não juntou os autos do procedimento administrativo no qual constam os documentos relevantes ao deslinde da causa e, segundo, porque ainda não encerrado tal processo, o que mantém a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

Ementa: Processual Civil e Tributário. Deficiência da prova. Omissão de juntada aos autos do procedimento administrativo no qual constam os documentos relevantes ao deslinde da causa. Procedimento não encerrado, o que mantém a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Descabimento de tutela antecipada. Agravo interno desprovido.

PROCESSO Nº: 0803206-22.2014.4.05.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: BEBIDAS MACEIO COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA (e outro)

ADVOGADO: CHARLES WESTON FIDELIS FERREIRA

AGRAVADO: FAZENDA NACIONAL

RELATOR(A): DESEMBARGADOR(A) FEDERAL JOSE LAZARO ALFREDO GUIMARAES - 4ª TURMA

Vistos, etc.

Ementa: Processual Civil e Tributário. Deficiência da prova. Omissão de juntada aos autos do procedimento administrativo no qual constam os documentos relevantes ao deslinde da causa. Procedimento não encerrado, o que mantém a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Descabimento de tutela antecipada. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5a. Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator.

Recife, 02 de setembro de 2014.

(data de julgamento)

