



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

Processo n° 10120.724092/2013-37
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.886 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de dezembro de 2014
Matéria IRPF
Recorrente CARLOS AUGUSTO DE ALMEIDA RAMOS E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2009, 2010, 2011, 2012

RECURSO VOLUNTÁRIO. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. IMPOSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO EM SEDE RECURSAL.

A matéria que não tenha sido objeto de impugnação não pode por sua vez ser objeto de insurgência em sede de recurso voluntário, por operar-se sobre a mesma a preclusão.

Recurso voluntário de que não se conhece quanto a este aspecto.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTAR N.105/2001.

A Lei Complementar n° 105/2001 permite a quebra do sigilo por parte das autoridades e dos agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. CONLUIO. PRESUNÇÃO. AJUSTE DOLOSO NÃO COMPROVADO. QUALIFICAÇÃO AFASTADA.

A exigência da multa qualificada tem como requisito a comprovação da ocorrência da hipótese tipificada dos arts. 71, 72 e 73 da Lei n° 4.502/64. A ocorrência do conluio depende da verificação de dolo dos agentes a que se reporta a conduta. Incabível a presunção de utilização de interposta pessoa e imputação de titularidade de contas-correntes a terceiro, em razão de sentença penal, que reconheceu essa prática, mas não especificou para quais contas os agentes assim procediam. Não restando comprovado o ajuste doloso, deve ser afastada.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acórdão os membros do colegiado, QUANTO A PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA POR QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO: Pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar. Vencidos os Conselheiros FÁBIO BRUN GOLDSCHMIDT (Relator), RAFAEL PANDOLFO e PEDRO ANAN JÚNIOR, que acolhem a preliminar. Designado para redigir o voto vencedor nessa parte o Conselheiro ANTÔNIO LOPO MARTINEZ. QUANTO AO MÉRITO: Por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ - Presidente e Redator designado

(Assinado digitalmente)

FABIO BRUN GOLDSCHMIDT - Relator.

EDITADO EM: 10/03/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: ANTÔNIO LOPO MARTINEZ (Presidente), MÁRCIO DE LACERDA MARTINS (Suplente convocado), RAFAEL PANDOLFO, PEDRO ANAN JÚNIOR, MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA BARBOSA, FÁBIO BRUN GOLDSCHMIDT.

1 – Recibos da(s) Declaração(s) de Imposto de Renda Pessoa Física, ou justificar sua não entrega.

2 – Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física, tendo em vista, que o contribuinte se enquadra nas condições de obrigatoriedade de entrega como sócio da empresa. Apresentar ainda cópia da documentação hábil e idônea que utilizar nos lançamentos a serem feitos na referida declaração de rendimentos, tais como os valores de rendimentos tributáveis, não tributáveis, isentos e exclusivos de fonte, de deduções pleiteadas, de bens móveis e imóveis, bancários, entre outros.

Não logrando êxito na intimação do fiscalizado (fls. 29/32), foi lavrado edital nº 003/2012-EFF-MC/SSRF01, de 27/07/2012, em cumprimento aos ditames do inciso III, do art. 23 do decreto 70.235/72. O Edital foi afixado mural do Sefis em 25/07/2012, e desafixado em 24/08/2012 (fl. 33).

Em 10/09/2012, foi expedida Solicitação de Emissão de Requisição de Informação Sobre Movimentação Financeira (RMF), das contas de Geovani Pereira da Silva, sob a justificativa de que *“O contribuinte movimentou nos anos-calendário de 2008 a 2011 o total de R\$ 11.017.985,11, enquanto que declarou o total de rendimento o valor de R\$ 63.862,00, o que caracteriza a situação de indício de interposta pessoa. A necessidade de transferência do sigilo bancário se deve principalmente pelo fato de o contribuinte não ser encontrado em seu domicílio fiscal, fato este que obrigou esta Fiscalização lavrar o Edital nº 003/2012-EFF-MC/SSRF01, que não foi atendido no prazo determinado pelo mesmo bem como o fato de uma movimentação financeira correspondente a 172,5 vezes a renda declarada.”* (fl. 34/37).

Assim, em 11/09/2012, foram lavradas as Requisições de Movimentações Financeiras nºs;

01.2.02.00-2012-00021-3, destinada ao HSBC Bank Brasil S.A, fl. 38. Resposta do Banco informando os ativos financeiros em nome do fiscalizado na fl. 42/65.

01.2.02.00-2012-00022-1, destinada ao Banco Real S.A. (fl. 66/69). Resposta dada pelo Banco Santander, fl. 72/122;

01.2.02.00-2012-00023-0, destinada ao Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. (fl.122). Resposta dada pelo Banco Itaú Unibanco, fl. 126/160, , apresentada em 17/01/2013.

01.2.02.00-2012-00024-8, destinada ao Banco Itaú S.A, fl. 161. Resposta dada pelo Banco Itaú S.A. às fls. 168/209;

01.2.02.00-2012-00025-6, destinada ao Banco Bradesco S.A. fl. 210. Resposta dada pelo Banco Bradesco, fl. 215/284;

01.2.02.00-2012-00026-4, destinada à Cooperativa de Livre Admissão do Centro Norte GO, fl. 285. Resposta dada pela Unicred, fl. 289/318.

Em 25/09/2012, fl. 319, foi lavrado o Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal nº 0551 (fl. 319), sendo expedido AR, tendo o mesmo retornado, em 01/10/2012, com a informação da impossibilidade de intimação, pois o fiscalizado era “desconhecido” (fl. 320).

Em 08/10/2012 foi lavrado Edital nº 008-EFF-MC/SRRF01, em cumprimento aos ditames do inciso III do Art. 23 do Decreto 70.235/72 (fl. 722).

Diante do não atendimento da Requisição de Movimentação Financeira por parte do banco Unibanco, foi lavrado o Termo de Reintimação Fiscal nº 15, para que a instituição financeira apresentasse os extratos bancários solicitados (fls. 323 a 325). A instituição foi intimada em 12/01/2013 (fl. 324).

Em razão da apresentação do Sr. Giovani Pereira à Polícia Federal, foi solicitado à Justiça Federal de Goiás o endereço do fiscalizado, havendo a resposta com a informação do seu domicílio em 11/03/2013 (fl. 600).

De posse dos extratos bancários fornecidos pelas instituições financeiras, foi lavrado o Termo de Intimação nº 78, para Geovani Pereira da Silva apresentasse, no prazo de 20 dias, em relação aos anos-calendário 2008 a 2011 “documentação hábil e comprobatória da origem dos depósitos bancários listados no anexo apresentado, referente a cona bancária mantida em seu nome, identificando natureza tributária da operação que deu origem ao crédito.” (fls. 326/427).

O Termo de Intimação Fiscal nº 78 foi novamente encaminhado, agora para o endereço que o contribuinte forneceu para a Justiça Federal de Goiás, tendo havido a ciência em 20/03/2013 (fls. 428/429) e, em 04/04/2013, o mesmo esteve na Delegacia da Receita Federal para obter cópia dos extratos bancários, de acordo com o Termo de Intimação Fiscal nº103 (fl. 716), o que demonstra a ciência do fiscalizado a respeito do TIF nº 78.

Em 08/04/2013, o Sr. Geovani solicita uma prorrogação de prazo, o que foi deferido, sem que o contribuinte tenha trazido à fiscalização os esclarecimentos requeridos (fls. 719/721);

Em 05/03/13, são expedidos ofícios aos Bancos aos quais remetidos anteriormente os RMF's, solicitando cópia de documentos referentes aos valores lançados nos extratos analisados (fls. 430/452). Em atenção aos ofícios, as instituições financeiras apresentaram, total ou parcialmente, os documentos solicitados: Banco Bradesco S.A. (fl. 455/528); Banco Itaú S.A. (fls.579/590); Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A., (529/553); HSBC (fls. 555/569); Santander (fls. 570/578) e Unicred (fls. 591/599)

Em 18/03/2013, foi lavrado Termo de Constatação e de Intimação Fiscal nº 0084, em face **Carlos Augusto de Almeida Ramos, onde constou que o intimado era o titular de fato das contas movimentadas pelo Sr. Geovani Pereira da Silva, conforme verificado na sentença penal prolatada em ação penalº 9272-09.2012.4.01.3500, que corre na 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás.** Diante disso, o contribuinte foi instado a apresentar *documentação hábil e comprobatória da origem dos depósitos bancários listados em anexo, referente as contas correntes mantidas em nome do Sr. Geovani que, das quais quais o contribuinte Carlos Augusto de Almeida Ramo foi considerado titular de fato (...), identificando a natureza tributária das operações que deram causa aos créditos*”(fls. 601/707).

Intimado em 25/03/2013 (fls. 708/709), o contribuinte apresentou esclarecimentos, alegando desconhecer a origem dos depósitos listados, porquanto nunca teve acesso às mencionadas contas (fls. 710/715).

Foi juntada aos autos a Sentença Penal proferida na ação que Carlos Augusto de Almeida Ramos e Geovani Pereira da Silva eram réus (fls. 722/1232)

Em razão da ausência de justificativa para a origem dos depósitos, tanto por parte de Carlos Augusto de Almeida Ramos, quanto de Geovani Pereira da Silva, a totalidade dos depósitos listados no Termo de Intimação Fiscal nº 78 e no Termo de Constatação e de Intimação Fiscal nº 84 foi considerada como não justificada, para fins de apuração do tributo devido.

Foi aplicada multa qualificada, sob a justificativa de que o contribuinte e o responsável solidário reiteradamente vêm se utilizando de interposta pessoa para tentar dolosamente impedir o conhecimento, por parte da autoridade tributária, da ocorrência do fato gerador, com o único intuito de sonegar os tributos devidos.

Impugnação

Sendo lavrado o auto de infração, **Carlos Augusto de Almeida Ramos foi cientificado do lançamento em 22/05/2013 (fl.1274) e em 18/05/2013 (Geovani Pereira da Silva, fl.1272), os contribuintes apresentaram as impugnações em 17/06/2013 (fls.1284/1315 e 1318/1340, respectivamente).**

A Impugnação de Carlos Augusto de Almeida Ramos deu-se com base nos seguintes argumentos

Preliminar - Nulidade do auto por Quebra Ilegal de Sigilo Bancário:

Entende que o auto de infração é nulo, pois viola a reserva constitucional de jurisdição, para afastamento do sigilo bancário do contribuinte, **tendo a autoridade fazendária, com base em sentença penal pendente de trânsito em julgado, estabelecido a premissa de que era o Sr. Carlos Augusto, e não o Sr. Geovani, o verdadeiro titular dos valores movimentados nas contas correntes em nome deste último. Foi com base nessa presunção estabelecida pela sentença de que era o Sr. Carlos Augusto o verdadeiro titular dos valores movimentados nas contas de Geovani Pereira da Silva, que a autoridade requereu deste último os extratos bancários e, diante da ausência de apresentação, foram emitidos as Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira do contribuinte.** Refere que o sigilo bancário não pode ser afastado sem autorização judicial, o que não teria ocorrido no presente caso.

Acrescenta que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade consagra do no artigo 5º, X, da Constituição, já havendo entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que seria inconstitucional a quebra de sigilo bancário por parte da autoridade fazendária, sem a determinação judicial.

Mérito - Ilegalidade da Majoração da multa de 150% - inexistência de dolo ou fraude. - inexistência de dolo ou fraude: Em suas razões, define os conceitos de sonegação e fraude frente os artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, como a “ação ou omissão dolosa. Explica que, do ponto de vista fiscal, fraude, conforme legalmente definido, consiste na ação ou omissão dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador do tributo. Esclarece o que seria, no seu entender, a diferença entre dolo civil e dolo penal, sendo que o primeiro consistiria em artifício enganoso, malicioso, de má fé, utilizado para induzir alguém à prática de ato em seu prejuízo, já o dolo penal consistiria na vontade consciente do agente, de praticar

ato que irá ocasionar resultado delituoso. Conclui que o dolo presente na definição de fraude é aquele definido pelo direito penal, e estaria caracterizado pela falsificação de documentos, emissão de notas calçadas, adulteração de documentos contábeis, etc. Sustenta que a conduta do contribuinte não almejou o impedimento da ocorrência do fato gerador, a acusação que lhe é feita é a de omitir dados da movimentação financeira, que pode ser aferida mediante programa da Receita Federal. Reitera que não se pode falar em intenção fraudulenta toda vez que a autoridade fazendária tiver a possibilidade de rever as declarações prestadas pelos contribuintes sendo essencial que esteja caracterizada a deliberada intenção de obter o impedimento ou retardamento da ocorrência do fato gerador, ou exclusão ou modificação de suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido.

Desproporcionalidade da multa aplicada, em razão de seu efeito confiscatório.

A Impugnação de Geovani Pereira da Silva repisa os mesmos argumentos jurídicos explorados por Carlos Augusto de Almeida Ramos, ressalvada a diferença de referir que foi o seu sigilo bancário quebrado com base em presunção de que terceiro seria o titular de suas contas.

Decisão da DRJ

A 3ª Turma da DRJ-BSB, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo a exigência fiscal (fls.1344/1353). O referido vem bem elucidado na ementa que segue:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF Exercício:2009, 2010, 2011, 2012

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA: OMISSÃO DE RENDIMENTOS EVIDENCIADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS INJUSTIFICADOS. Consideram-se não impugnadas as matérias que não tenham sido expressamente contestadas, conforme o art. 17, do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação da Lei nº 9.532, de 1997

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIAR. As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos normativos regularmente editados.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. REGULARIDADE É legal o procedimento fiscal embasado em documentação obtida mediante quebra do sigilo bancário, quando efetuada esta com base e estrita obediência ao disposto na LC nº 105 e Decreto nº 3.724, ambos de 2001.

MULTA DE OFÍCIO. Por expressa determinação legal, a multa de ofício de 75% é aplicável em casos omissão de rendimentos evidenciada por depósitos injustificados, devendo a multa ser

qualificada quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas.

Em seus argumentos, expõe em síntese:

No tocante à nulidade por Quebra Ilegal de Sigilo Bancário, traça histórico legislativo acerca da possibilidade de obtenção de informações bancárias dos fiscalizados, indicando que a edição do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 chancelou a possibilidade da autoridade fiscal no bojo do processo administrativo de proceder a quebra do sigilo bancário dos contribuinte. Cita Parecer PGFN/CAT nº 1649/03, para rejeitar a alegação de inconstitucionalidade e ilegalidade da quebra de sigilo bancário sem anterior permissão judicial.

Consigna que procedimento fiscal foi instaurado ao se verificar indícios de movimentação financeira incompatível com a renda declarada por Geovani Pereira da Silva, o que autorizava a obtenção de extratos bancários diretamente das instituições financeiras, no caso da ausência de apresentação dos mesmos pelo contribuinte. Afirma que a constatação durante o processo judicial de que a movimentação financeira das contas correntes pertencia ao Sr. Carlos Augusto propiciaram a lavratura do Auto de Infração em nome deste último, mas não foi a causa da obtenção dos extratos diretamente das instituições financeiras.

No mérito, Aponta que o contribuinte deixou de impugnar o mérito da omissão de rendimentos evidenciada por depósitos bancários não justificados, aplicando o art. 17 do Decreto nº 70.235/72. Acrescentando que os impugnantes não se insurgiram contra a constatação, no decorrer do processo judicial, de que a movimentação de recursos nas contas correntes em nome do Sr. Geovani, de fato pertencia ao Sr. Carlos Augusto, tampouco foi dada qualquer explicação que tornasse plausível eventual boa fé que porventura pudesse existir no procedimento adotado.

Em relação à multa de 150%, refere que a multa de ofício foi aplicada com base inciso II, do artigo 44, da lei nº 9.430/96, citando o conceito de evidente intuito de fraude definido na lei nº 4.502/64. Aduz que a utilização de interposta pessoa para ocultação de bens ou de movimentação financeira constitui caso claro de tentativa de impedir ou retardar o conhecimento das autoridades fazendárias acerca da ocorrência de fatos geradores ou da condição financeira pessoal do contribuinte. Colaciona Súmula CARF nº 34, que consigna ser cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas.

Em relação ao caráter confiscatório da multa, revela que esta é mera sanção por ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, razão pela qual inaplicável a vedação do confisco prevista no art. 150, IV, da Constituição Federal. Assevera que o princípio do não-confisco dirige-se ao legislador e não ao aplicador da lei. Colaciona jurisprudência.

Recurso Voluntário

O sujeito passivo Geovani Pereira da Silva foi notificado do resultado do julgamento de sua impugnação em 12/08/2013 (fl.1363), tendo interposto recurso voluntário em 09/09/2013 (fls. 1418/1436), repisando os argumentos anteriormente esgrimados. Acrescentando, em síntese:

Discorre sobre a necessidade de reforma da decisão, no ponto em que afirma que o contribuinte não impugnou o mérito do lançamento. Afirma que caberia ao agente

Processo nº 10120.724092/2013-37
Acórdão n.º **2202-002.886**

S2-C2T2
Fl. 24

fazendário determinar se os valores encontrados na conta corrente do recorrente ou do responsável do solidário são renda tributável.

No mérito, assevera que os simples depósitos não configuram renda, que são entradas que modificam o patrimônio da pessoa jurídica, incrementando-o. Cita doutrina a respeito da distinção entre ingressos e receitas, afirmando que somente poderia recair a tributação sobre estas. ,

O sujeito passivo Carlos Augusto de Almeida Ramos foi notificado do resultado do julgamento de sua impugnação em 12/08/2013 (fl.1362), tendo interposto recurso voluntário em 09/09/2013 (fls. 1365/1417), repisando os argumentos anteriormente expostos na sua impugnação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Fabio Brun Goldschmidt, Relator.

Preliminarmente – Conhecimento parcial do Recurso Voluntário de Carlos Augusto de Almeida Ramos

Primeiramente, entendo que não deve ser conhecido o Recurso de Carlos Augusto de Almeida Ramos, no ponto em que discute a impossibilidade da presunção da omissão de rendimentos em face do conceito de renda previsto na legislação tributária.

Ambas as impugnações apresentadas não se irredimiram quanto ao mérito da omissão de rendimentos, limitando-se a discutir: 1) a nulidade do auto de lançamento em razão da prova ilícita (quebra de sigilo bancário); e 2) A impossibilidade de aplicação da multa qualificada.

Assim, não houve abertura de litígio quanto à omissão de rendimentos imputada, seja para comprovar sua origem, seja para discutir sua inconformidade ao conceito de renda previsto na legislação tributária. Trata-se de aplicação do art. 17 do Decreto 70.235/72, que expressamente determina que *“considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante”*.

Destaca-se que a discussão a que pretende o Recorrente no ponto, não é simplesmente trazer argumentos ou provas novas em sede de Recurso Voluntário, o que é aceito. Trata-se de trazer, em sede de recurso, irredimção sobre ponto que havia restado incontroverso pelo decurso de prazo para impugnação. Nesse sentido, a impugnação parcial importa na possibilidade de cobrança sobre os valores *não litigiosos* do lançamento. No presente caso, tal cobrança não foi efetivada em razão da preliminar de nulidade do auto de lançamento por utilização de prova ilícita. Nesse sentido, o despacho de encaminhamento à fl. 1440 refere expressamente que *“apesar do julgador de primeira instância ter considerado que no mérito não houve contestação da omissão de rendimentos, todo o crédito tributário foi suspenso no sistema Sief, como se observa no extrato de fls.1438/1439, devido à preliminar de nulidade alegada pelos interessados. para prosseguimento”*.

Nesse sentido já decidiu este Conselho:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF Exercício: 2006

IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. IMPOSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO EM SEDE RECURSAL. A matéria que não tenha sido objeto de impugnação não pode por sua vez ser objeto de insurgência em sede de recurso voluntário, por operar-se sobre a mesma a preclusão. Recurso voluntário de que não se conhece quanto a este aspecto.

(...)

(Acórdão nº 2802-002.642; Relator: Carlos Andre Ribas de Mello; Sessão de 21 de janeiro de 2014)

Assim, não deve ser conhecido do Recurso no ponto.

De todo modo, verifica-se que a irresignação do contribuinte em relação à presunção da omissão de rendimentos refere-se unicamente ao ônus probatório da administração fiscal em apontar a ocorrência da efetiva existência de renda. Vale lembrar que, mesmo que conhecido o recurso no ponto, a jurisprudência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é pela existência de uma previsão legal, que permite a tributação dos depósitos bancários que não tiveram sua origem comprovada, independentemente da existência ou não de acréscimo patrimonial dele decorrente.

Quanto aos demais pontos, ambos os Recursos serão analisados conjuntamente, em razão da similitude de suas alegações.

Obtenção de Provas - RMF

Os recorrentes insurgem-se quanto à quebra de sigilo bancário pela fiscalização, requerendo a nulidade do auto de infração. Diante disso, passa-se à análise do ponto.

O sigilo bancário tem sido tratado pelo STF e pelo STJ como assunto sujeito à proteção da vida privada dos indivíduos¹.

Corroborando, veja-se o julgado do STF (RE 219.780), em que o sigilo bancário foi considerado garantia constitucionalmente estabelecida. Do referido precedente, leia-se: *“O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, art. 5º, X)”*.

Mais especificamente, o assento constitucional da garantia de sigilo bancário se encontra nos incisos X e XII da CF, segundo os quais *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”* e *“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”*. De fato, sua interpretação conjunta conduz à conclusão de que o sigilo dos dados bancários está sujeito à proteção da vida privada dos indivíduos².

Em sendo assim, temos que o sigilo bancário, a par de possuir assento constitucional, é entendido como um direito e garantia fundamental, o que impõe a adoção de exegética que lhe outorgue a maior eficácia possível, conforme bem ensina Canotilho³ quando, ao tratar sobre a correlação entre o princípio da máxima efetividade e os direitos fundamentais, assevera: *“Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”*.

¹ Mendes, Gilmar. Curso de Direito constitucional, 2011, ed. 6ª, pg. 323

² Mendes, Gilmar. Curso de Direito Constitucional, 2011, ed. 6ª, pg. 323-4.

³ CANOTILHO, José Joaquim. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 162

A hermenêutica da LC nº105, art. 6º, portanto, deve se dar à luz destas normas que lhe são hierarquicamente superiores, para o efeito de se verificar sua compatibilidade ou incompatibilidade com a Carta.

No ponto, a tradição doutrinária e jurisprudencial da hermenêutica constitucional determina que a declaração de inconstitucionalidade seja reservada às situações extremas, em que seja impossível compatibilizar-se o texto legislativo com as garantias postas na Carta. As leis, ordinariamente, presumem-se constitucionais e devem ser aplicadas e respeitadas por todos. A inconstitucionalidade é exceção, já que induz à insegurança e à instabilidade do sistema, além da própria perda de credibilidade dos atos do Poder Legislativo.

É o entendimento que se percebe ao ler a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Veja-se:

*Uma lei não deve ser declarada nula se for possível interpretá-la de forma compatível com a constituição, pois deve-se pressupor não somente que uma lei seja compatível com a constituição mas também que essa presunção expressa o princípio segundo o qual, em caso de dúvida, deve ser feita uma interpretação conforme a constituição.*⁴

Justamente por esta circunstância é que se desenvolveu o princípio da interpretação conforme, que objetiva “salvar” da inconstitucionalidade todo e qualquer texto legal, sempre que se possa vislumbrar no mesmo um sentido possível, compatível com a Constituição. Canotilho bem demonstra que “*diante das normas plurissignificativas ou polissêmicas, deve-se preferir a interpretação que mais se aproxime das diretrizes constitucionais, e, portanto não seja contrária ao texto constitucional, de onde surgem várias dimensões a serem consideradas, seja pela doutrina ou jurisprudência*”.

Em tais circunstâncias, o autor⁵ aponta as dimensões a serem consideradas no âmbito da interpretação conforme:

prevalência da constituição: deve-se preferir a interpretação não contrária à Constituição;

conservação de normas: percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a constituição, ele deve assim aplica-la para evitar a sua não continuidade;

exclusão da interpretação contra legem: o intérprete não pode contrariar o texto literal e sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição;

espaço de interpretação: só se admite a interpretação conforme a Constituição se existir um espaço de decisão e, dentre as várias que se chegar, deverá ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição;

rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais: uma vez realizada a interpretação da norma, pelos vários métodos, se o juiz chegar a um resultado contrário à constituição, em realidade, deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, proibindo a sua correção contra a Constituição;

⁴ Bverfge 2, 266 (282) – Tradução livre

⁵ J. J. G. Canotilho. Direito Constitucional e teoria da Constituição., 6., ed. p. 229-230, *apud* Pedro Lenza. Direito

o intérprete não pode atuar como legislador positivo: não se aceita a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo hermenêutico, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador e com ela contraditória, seja em seu sentido literal ou objetivo. Deve-se, portanto afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador.

Adentrando à análise do art. 6º da LC nº105, temos que o mesmo dispõe:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Ao interpretar o texto do art. 6º da LC nº105, assim como a lei nº 9.311/96 e o D. nº 3724/01, o Min. Marco Aurélio entendeu por conferir-lhes *interpretação conforme*, com o intento de outorgar aos dispositivos o ÚNICO sentido que os compatibilizasse com a Constituição. Nesse sentido, deixou claro que nenhum dos textos citados dispensa a obtenção de autorização judicial para a quebra de sigilo bancário:

*“Assentado que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários hão de merecer, sempre e sempre, interpretação, por mais que potencialize o objetivo, harmônico com a Carta da República, provejo o recurso extraordinário interposto para conceder a segurança. Defiro a ordem para agastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da recorrente. **Com isso confiro à legislação de regência – Lei nº 9.311/96, Lei Complementar nº 105/01 e Decreto nº 3.724/01 – interpretação conforme à Carta Federal, tendo como conflitante com essa a que implique afastamento do sigilo bancário do cidadão, da pessoa natural ou jurídica, sem ordem emanada do Judiciário**”.*

De fato, a suspensão de direitos constitucionais, mormente de direitos e garantias individuais não pode ser suposta ou subentendida. No silêncio, sua observância se impõe.

Leia-se a lição do Ministro Celso de Mello, citado e endossado pelo Ministro Marco Aurélio: “a quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico-constitucional brasileiro, necessita apoiar-se em decisão revestida de fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fático idôneo, sob pena de inviabilidade do ato estatal que a decreta. A ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa – quando ausente a hipótese configuradora de causa provável – revela-se incompatível com o modelo consagrado na constituição da república, pois a quebra de sigilo não pode ser

manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes”.

No mesmo sentido é o entendimento do Ministro Carlos Velloso, ao analisar a quebra de sigilo bancário, no RE 389.808, referindo a necessidade de apreciação do tema pelo Judiciário quando da verificação das restrições às liberdades individuais. Veja-se:

“A mais recente doutrina norte-americana fez do “due process of law” uma forma de controle constitucional que examina a necessidade de razoabilidade e justificação das restrições à liberdade individual, não admitindo que a lei ordinária desrespeite a constituição, considerando que as restrições ou exceções estabelecidas pelo legislador ordinário devem ter uma fundamentação razoável e conforme o Poder Judiciário (...). A exigência de preservação do sigilo bancário enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade – impõe ao Estado o dever de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. A ruptura desse círculo de imunidade só se justificará desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos de nossos estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, excepcional e motivadamente, a eficácia do princípio da reserva de informações bancárias”

Partilhamos do mesmo entendimento. Não vemos motivo – e nem poderíamos, no contexto do processo administrativo – para declarar a inconstitucionalidade do referido art. 6º. Preferimos lê-lo à luz das diretrizes constitucionais que garantem a reserva de foro ao Poder Judiciário de todas as pretensões que possam implicar o comprometimento de direitos e garantias individuais.

É o que brilhantemente conclui o Min. Celso de Mello ao julgar MS nº 23.452, ao dizer que “o postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado.”:

No que toca ao conceito de reserva de jurisdição, Canotilho diz que:

“A idéia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra, mas também a primeira palavra”.

O STJ possui julgado exatamente neste sentido, assim ementado:

“O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (art. 5º, inciso X)”. Por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente a movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados. Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente. Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei. Interpretação integrada e sistemática dos artigos 3º, par. 5º, da Lei nº 4.595/64 e 197, inciso II e par. 1º do CTN. Recurso improvido, sem discrepância.” (Resp 37.566-5/RS-93)

Dentro do Sistema Constitucional Tributário, o próprio art. 145, §1º, além de assegurar a observância à capacidade contributiva, ainda evidencia ser “facultado à Administração, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, RESPEITADOS OS DIREITOS INDIVIDUAIS e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. No caso da quebra de sigilo bancário, a reserva de foro judicial é condição para validar o ato administrativo, assegurando o respeito aos direitos individuais de privacidade e inviolabilidade, albergados na CF.

Na hipótese dos autos, só foi possível a constituição do crédito tributário com base no art. 42 da Lei nº 9.430/95, através das provas obtidas junto às instituições financeiras por meio de quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial. Isto é, se a fiscalização não tivesse expedido a RMF, não teria concluído pela omissão de rendimentos, e, conseqüentemente, não teria lavrado o auto de infração sob esse argumento. Tal foi reconhecido pelo Acórdão da DRJ ao afirmar que:

Durante o procedimento fiscal, o Sr. Geovani foi condenado em processo judicial, no decorrer do qual ficou constatado que as contas correntes movimentadas em nome do Sr. Geovani, de fato, pertencem ao Sr. Carlos Augusto de Almeida Ramos.

Os extratos bancários do Sr. Geovani foram obtidos com base no artigo 6º, da Lei Complementar nº 105, de 2001, ou seja, já havia processo administrativo instaurado e o exame da movimentação financeira considerada indispensável pela autoridade administrativa.

A constatação, durante o processo judicial, de que a movimentação financeira das contas correntes em nome do Sr. Geovani, de fato, pertenciam ao Sr. Carlos Augusto, propiciou a lavratura do Auto de infração em nome deste último tendo como responsável solidário o verdadeiro titular, mas não foi a causa da obtenção dos extratos diretamente das instituições financeiras.

Destarte, já que a prova carreada no processo administrativo foi obtida por meio de RMF sem prévia autorização judicial (fls. 34/37), entendo pelo cancelamento do auto de infração lavrado, outorgando interpretação conforme ao art. 6º da LC nº105/01 para o fim de

entender válida a quebra de sigilo bancário em procedimento fiscal sempre que acompanhado da imprescindível autorização judicial para tanto.

No entanto, caso seja considerada lícita a prova decorrente da quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial, é que se analisa os argumentos remanescentes postos no recurso voluntário.

Multa Qualificada

De acordo com o auto de lançamento, a capitulação legal da multa deu-se com base no art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430/96 (fl. 1254). Ao citar a legislação aplicável, por sua vez, o termo de verificação fiscal cita os arts. 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502/64, e o art. 1º, §§1º a 5º, da Lei nº 12.683/12 (fls. 1257/1258), que dispõe:

Lei nº 4.502/64:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Lei nº 9.613/98 com a redação dada pela 12.683/12:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012):

(...)

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I - os converte em atiyos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

§ 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

O termo de verificação ao apurar a infração ocorrida, justificou a aplicação da multa qualificada da seguinte forma (fl. 1266):

“O contribuinte e o responsável solidário vêm reiteradamente se utilizado do método de interposta pessoa para tentar dolosamente impedir o conhecimento, por parte da autoridade tributária, da ocorrência do fato gerador, ora demonstrado neste Auto, com o único intuito de sonegar os tributos devidos. Portanto sua multa de ofício foi qualificada para 150%, tendo em vista o indício de crime contra a ordem tributária e lavagem de dinheiro.”

Em suma, a qualificação da multa ocorreu em razão da verificação da prática de conluio entre os agentes para a prática de sonegação.

Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando à prática de fraude ou sonegação. O Conluio, portanto, é a premissa, condição para as

inferências relativas à sonegação, já que o autuado não era titular das contas-correntes. Ou seja, sem a existência de conluio não há que se falar na prática de fraude ou sonegação.

Sendo assim, para a qualificação da multa é necessário que se verifique a união dos agentes para a prática dolosa de uma das formas de sonegação.

Conforme se depreende do Termo de Verificação Fiscal, o procedimento fiscal foi instaurado em face de Geovani Pereira da Silva, havendo a quebra de seu sigilo bancário e apurada a omissão de rendimentos nas contas correntes fiscalizadas. Posteriormente, houve prolação da sentença penal juntada aos autos, onde restou assentada uma relação de subordinação entre o Geovani e Carlos Augusto de Almeida Ramos e a utilização de contas correntes de propriedade daquele em benefício deste. Com base única e exclusiva em tal premissa, a fiscalização entendeu que Carlos Augusto era o proprietário de fato das contas correntes analisadas e o intimou para prestar esclarecimentos a respeito da origem dos depósitos (fl. 601). Com a negativa de Carlos Augusto acerca da titularidade de tais contas, foi lavrado o Auto de Lançamento, e estendida a solidariedade obrigacional ao fiscalizado original, Geovani Pereira da Silva.

Ao analisar os fatos, o termo de verificação fiscal reporta-se diversas vezes à sentença prolatada, concluindo que Carlos Augusto seria o titular de fato das contas movimentadas por Geovani Pereira. Analisando tais excertos, percebe-se que a sentença efetivamente demonstra uma relação de subordinação de Geovani Pereira frente a Carlos Augusto, dentre os quais destaco o trecho citado à fl. 1263, o qual peço vênia para transcrever:

A distribuição final dos pontos, autorização de abertura e fechamento de casas de exploração de jogos em Goiânia e no entorno de Brasília (em especial em Valparaíso de Goiás e Águas Lindas), sob rígido controle territorial, era efetivada e controlada por Carlinhos Cachoeira, auxiliado diretamente por (...), seu braço operacional, e Geovani Pereira, conhecedor profundo de sua contabilidade e responsável pelo controle financeiro do grupo.

Tal afirmativa encontra outro eco citado no Termo de Verificação Fiscal:

“Constantemente orientado por CARLINHOS CACHOEIRA, especialmente quanto à movimentação financeira de suas atividades, GEOVANI PEREIRA era profundo conhecedor de toda contabilidade do grupo criminoso. Foi a quem CARLINHOS CACHOEIRA se socorria frequentemente a fim de obter informações a respeito do destino da movimentação financeira, saldos, confirmações de pagamentos, cobranças a realizar.

Ademais, GEOVANI PEREIRA arrecadava, em conjunto com LENINE ARAÚJO, os recursos financeiros provenientes do jogo ilegal, seja por transferências eletrônicas, seja pessoalmente, controlando-os e contabilizando-os, tudo sob as orientações de CARLINHOS CACHOEIRA. Outrossim, GEOVANI PEREIRA foi responsável por controlar o pagamento de vantagem indevida a servidores públicos e auxiliar na ocultação dos recursos arrecadados por meio das atividades espúria. Com efeito, foram constatadas, por meio do sistema de contabilidade da organização criminosa, por exemplo, diversos pagamentos extraídos da seção operação, da conta-corrente GEO (referente a GEOVANI PEREIRA), tendo como favorecido servidores públicos da área de segurança.

Se não bastasse, GEOVANI PEREIRA era o representante legal, procurador das contas bancárias e o responsável pela movimentação da conta corrente em nome da empresa ALBERTO & PANTOJA CNTRUÇÕES E TRANSPORTES LTDA (CNPJ 11.620.733/0001-45), conforme, inclusive, consta do CCS – Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro, empresa esta em nome de terceiros e utilizada para movimentação de valores provenientes das atividades espúrias do grupo. Outrossim, GEOVANI PEREIRA também utilizava sua firma individual (GEOVANI PEREIRA DA SILVA ME, inscrita no CNPJ 37.397.353/0001-871) para a mesma prática, qual seja, movimentação de ativos da organização criminosa. Com efeito, foi possível entrelaçar as

movimentações financeiras das pessoas jurídicas em favor de vários integrantes do grupo criminoso, sempre realizados por GEOVANI PEREIRA, sob a orientação de CARLINHOS CACHOEIRA, efetivando transferências para pagamentos de despesas pessoais, aquisição de bens, vantagens para servidores públicos.

Quanto aos saques efetuados por GEOVANI PEREIRA, observou-se, ainda, por exemplo, a realização destes, 113 vezes, no período de 13/08/2010 e 18/04/2011 em valores em torno de R\$ 90.000,00 e R\$ 99.000,00, em típica operação de estruturação (smarfling ou pitufo), visando a evitar a realização de comunicação obrigatória da operação suspeita, não despertando desconfiança por parte dos agentes de reguladores do sistema financeiro, ao buscar distanciar a fiscalização, mais ostensiva em operações iguais ou superiores a R\$ 100.000,00.

A sentença ainda relaciona as empresas vinculadas ao nome de Geovani destinadas a auxiliar Carlos Augusto (fls. 844), como da empresa individual GEOVANI PEREIRA DA SILVA ME para auxiliar na movimentação e ocultação de valores pertinentes ao jogo. Ainda, analisa os rendimentos declarados e movimentações realizadas pelo próprio Geovani, concluindo:

“Interessante ressaltar que, com base na análise das quebras de sigilo fiscal e bancário, pode-se observar que os rendimentos declarados por GEOVANI não passam de R\$21.384,00 anuais e seu maior patrimônio bruto anual teria acontecido ao final do ano de 2009, quando declarou possuir bens no valor total de R\$197.500,00, embora com dívidas declaradas de R\$ 110.000,00.

Como se vê, a sua movimentação financeira chama atenção se comparada aos rendimentos declarados, bem como aos seus bens patrimoniais informados à RFB. GEOVANI movimentou nos anos de 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010, respectivamente, as quantias de R\$471.761,02, R\$626.658,02, R\$ 1.560.351,52, R\$ 3.141.305,48 e R\$ 4.355.567,90.

A fim de poder dar vazão às solicitações feitas pelos líderes da quadrilha, GEOVANI utiliza-se, além de sua conta própria, de contas de diversas empresas em que, embora não seja sócio, atua como representante bancário.”

Da leitura da sentença penal, portanto, depreende-se a relação de subordinação entre os agentes, e o controle contábil que Geovani Pereira fazia da contabilidade das atividades de Carlos Augusto, a mando deste. Ainda, conclui-se que Geovani Pereira utilizava-se de contas correntes em seu nome e em nome de empresas em que atuava como procurador, em prol das atividades de Carlos Augusto. **Todavia, entendo que tal relação não configura, a priori, a utilização de interposta pessoa para as contas correntes em questão, que foi o critério utilizado pelo Termo de verificação para a configuração do conluio e para a aplicação da multa qualificada.**

Em que pese tenha demonstrado a utilização de terceiros para a movimentação financeira advindas das atividades ilícitas de Carlos Augusto, seja através de empresas de fachada, seja em conta própria de Geovani Pereira, não há imputação de quais contas são essas. Das contas correntes analisadas, pode ser que parte delas de fato seja de propriedade de fato de Carlos Augusto de Almeida Ramos. Todavia, pode ser que parte dessas

contas não seja. Tal discriminação não foi feita na esfera judicial. E nem se poderia exigir da sentença penal maior aprofundamento no ponto. Vale lembrar que o julgado em questão não analisou um crime contra a ordem financeira e tributária, mas o crime de corrupção ativa e formação de quadrilha, conforme se depreende da fl. 759. Para esses tipos específicos seria dispensável que a sentença demonstrasse a utilização de interposta pessoa para todas as contas correntes do agente a quem se reporta o crime.

O mesmo não ocorre na imputação de multa material qualificada em razão de conluio. Isso porque, a tipificação da fraude ou da sonegação depende da imputação de caráter doloso na conduta específica praticada pelo agente. Por sua vez, quando a imputação se dá por conluio, necessário que **a conduta dolosa de todos os agentes imputados reste devidamente delimitada**. Não havendo certeza do vínculo entre ambos os agentes em relação a todas as contas analisadas não se pode imputar a infração por conluio. Ainda destaca-se que a presunção utilizada pela autoridade fiscal foi lastreada em sentença na qual não houve trânsito em julgado, pois pendente de recurso, consoante análise realizada ao *site* do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 24/09/2014.

Assim, entendo que a multa qualificada deve ser reduzida para o patamar de 75%, uma vez que imputou a ocorrência de conluio quando tal não poderia ser feito, **porquanto não devidamente demonstrado pela Fiscalização quais as contas específicas em questão eram de propriedade de fato de Carlos Augusto, nem como, pontualmente, as utilizava por meio de Geovani Pereira. Não havendo tal vinculação resta impossível aferir e mensurar a ocorrência de conduta dolosa dos dois agentes para configurar o conluio em razão da utilização de interposta pessoa e, portanto, em última análise aferir a ocorrência de sonegação.**

Não restando comprovado o ajuste doloso, deve ser afastada a qualificação da multa aplicada em razão de conluio.

Nesse sentido, jurisprudência desta Turma, no sentido de afastar a multa qualificada em razão da ausência de comprovação da ocorrência de dolo:

Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 2008, 2009, 2010

DESPESAS LIVRO CAIXA. COMPROVAÇÃO COM DOCUMENTAÇÃO HÁBIL E IDÔNEA.

Comprovadas com documentação hábil e idônea as despesas necessárias a manutenção da fonte produtora dos rendimentos, deve-se deferir a dedução delas da base de cálculo do imposto de renda.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INTUITO DOLOSO NÃO COMPROVADO. QUALIFICAÇÃO AFASTADA.

A exigência da multa qualificada tem como requisito a comprovação nos Autos do evidente intuito de fraude. Ausente essa comprovação a qualificação da multa deve ser afastada. A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa

de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts.71,72e73 da Lei nº 4.502/64.(SÚMULA CARF Nº 25).

(...)

Recurso voluntário provido parcialmente

(Acórdão nº 2202-002.697, Relatora: Dayse Fernandes Leite, j. em 16/07/2014)

Tal discussão, inclusive, poderia ser transportada para a discussão da obrigação principal, isto é, se caberia imputar a Carlos Augusto de Almeida Ramos à responsabilidade tributária, em razão de omissão de rendimentos decorrentes de depósitos bancários ocorridos em contas de titularidade de terceiros. Todavia, considerando o não conhecimento do Recurso Voluntário no mérito, tal análise resta obstada.

Sendo assim, no mérito deve ser parcialmente provido o Recurso Voluntário, tão somente para reduzir a multa de ofício aplicada ao patamar de 75%.

Conclusão.

Isso posto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, para cancelar o auto de infração em decorrência da ilicitude das provas que o embasaram.

Subsidiariamente, voto por conhecer parcialmente o Recurso Voluntário, e nesta parte reconhecer sua **PARCIAL PROCEDÊNCIA**, tão somente, para reduzir ao patamar de 75% a multa de ofício aplicada, desqualificando-a.

(Assinado digitalmente)

Fabio Brun Goldschmidt

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Lopo Martinez.

Este voto direciona-se exclusivamente a preliminar de prova ilícita por quebra do sigilo bancário, ponto na qual diverjo do Conselheiro Relator.

Da Preliminar de Prova Ilícita por Quebra do Sigilo Bancário

Inobstante o bem fundamentado voto do Relator, entendo que ao apreciar a questão da licitude da prova estamos essencialmente enfrentando uma questão preliminar.

O sigilo bancário sempre foi um tema cheio de contradições e de várias correntes. Antes da edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, os Tribunais Superiores tinham a forte tendência de albergar a tese da inclusão do sigilo bancário na esfera do direito à privacidade, na forma da nossa Constituição Federal, sob o argumento que não é cabível a sua quebra com base em procedimento administrativo, amparado no entendimento de que as previsões nesse sentido, inscritas nos parágrafos 5º e 6º do artigo 38, da Lei nº 4.595, de 1964 e no artigo 8º da Lei nº 8.021, de 1990, perdem eficácia, por interpretação sistemática, diante da vedação do parágrafo único do artigo 197, do CTN, norma hierarquicamente superior.

Pessoalmente, não me restam dúvidas, que o direito ao sigilo bancário não pode ser utilizado para acobertar ilegalidades. Por outro lado, preserva-se a intimidade enquanto ela não atingir a esfera de direitos de outrem. Todos têm direito à privacidade, mas ninguém tem o direito de invocá-la para abster-se de cumprir a lei ou para fugir de seu alcance. Tenho para mim, que o sigilo bancário não foi instituído para que se possam praticar crimes impunemente.

Desta forma, é indiscutível que o sigilo bancário, no Brasil, para fins tributários, é relativo e não absoluto, já que a quebra de informações pode ocorrer nas hipóteses previstas em lei. No comando da Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, nota-se o seguinte:

“Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas às normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V - a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

(...)

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

(...)

Art. Revoga-se o art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.”.

Se antes existiam dúvidas sobre a possibilidade da quebra do sigilo bancário via administrativa (autoridade fiscal), agora estas não mais existem, já que é claro na lei complementar, acima transcrita, a tese de que a Secretaria da Receita Federal tem permissão legal para acessar os dados bancários dos contribuintes, está expressamente autorizado pelo artigo 6º da mencionada lei complementar. O texto autorizou, expressamente, as autoridades e agentes fiscais tributários a obter informações de contas de depósitos e aplicações financeiras, desde que haja processo administrativo instaurado.

Assim, estaria afastada a pretensa quebra de sigilo bancário de forma ilícita, já que há permissão legal para que o Estado através de seus agentes fazendários, com fins públicos (arrecadação de tributos), visando o bem comum, possa ter acesso aos dados protegidos, originariamente, pelo sigilo bancário. Ficam o Estado e seus agentes responsáveis, por outro lado, pela manutenção do sigilo bancário e pela observância do sigilo fiscal.

Desta forma, dentro dos limites estabelecidos pelos textos legais que tratam o assunto, os Auditores-Fiscais da Receita Federal poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, desde que houver processo fiscal administrativo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. Devendo ser observado que os documentos e informações fornecidos, bem como seus exames,

devem ser conservados em sigilo, cabendo a sua utilização apenas de forma reservada, cumprido as normas a prestação de informações e o exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, a que alude a lei, não constitui, portanto, quebra de sigilo bancário.

Sempre é bom lembrar que o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais constitui um dos requisitos do exercício da atividade administrativa tributária, cuja inobservância só se consubstancia mediante a verificação material do evento da quebra do sigilo funcional, quando, então, o agente envolvido sofrerá a devida sanção.

Requisições de Movimentação Financeira – RMF emitidas seguiram rigorosamente as exigências previstas pelo Decreto nº 3.724/2001, que regulamentou o art. 6º da Lei Complementar 105/2001, inclusive quanto às hipóteses de indispensabilidade previstas no art. 3º, que também estão claramente presentes nos autos. Em verdade, verifica-se que o contribuinte foi intimada a fornecer seus extratos bancários, no entanto não os apresentou, razão pela qual não restou opção à fiscalização senão a emissão da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF.

Desse modo, ausente qualquer ilicitude na prova decorrente da transferência de sigilo bancário para a Receita Federal do Brasil, posto que a Lei Complementar 105, de 2001 confere às autoridades administrativas tributárias a possibilidade de acesso aos dados bancários, sem autorização judicial, desde que haja processo administrativo e justificativa para tanto. E é este o caso nos autos.

Ademais, a tese de ilicitude da prova obtida não está sendo acolhida pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme a jurisprudência já consolidada.

Rejeito, portanto, o questionamento preliminar argüido quanto a ilicitude da prova. Acompanho o relator na apreciação das demais questões.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez