



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

Processo nº 10166.720104/2008-61
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-002.646 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de maio de 2014
Matéria IRPF
Recorrente FLAVIO JUNIOR DE CARVALHO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2006

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NÃO LOCALIZAÇÃO DO CONTRIBUINTE PARA ENTREGA DE UM DOS “TERMOS DE INTIMAÇÃO FISCAL”. INTIMAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE. A intimação por edital, no processo administrativo tributário, tem caráter subsidiário e somente se legitima quando resultar improficua uma das formas de intimação previstas no *caput* do art. 23 do Decreto nº 70.235/72, dentre elas a intimação por via postal, que somente se aperfeiçoa com a prova de recebimento no domicílio eleito pelo sujeito passivo. Em vista do retorno de AR negativo relativamente a intimação acerca de “Termo de Intimação Fiscal”, tem-se justificada a intimação do contribuinte por edital, não havendo motivo para se falar em cerceamento de defesa, ainda mais quando considerada a regular intimação acerca da autuação e apresentação de impugnação pelo autuado. Preliminar afastada. Precedentes.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTAR N105/2001.

A Lei Complementar nº 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.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430/96. Por disposição legal, caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta bancária mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos relativos a essas operações, de forma individualizada. Precedentes.

MULTA AGRAVADA. FALTA DE ATENDIMENTO ÀS INTIMAÇÕES. É inaplicável o agravamento de multa quando o não atendimento a intimação da Fiscalização não inviabilizar o lançamento do tributo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, QUANTO À 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 Junior que acolhiam a preliminar. Designado para redigir o voto vencedor nessa parte o Conselheiro Antonio Lopo Martinez. QUANTO A PRELIMINAR DE NULIDADE: Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar. QUANTO AO MÉRITO: Por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para desagrar a multa de ofício, reduzindo-a do percentual de 112,5% para 75%.

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ - Presidente.

(Assinado digitalmente)

FABIO BRUN GOLDSCHMIDT - Relator.

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ - Redator designado.

EDITADO EM: 26/08/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: ANTONIO LOPO MARTINEZ (Presidente), PEDRO ANAN JUNIOR, MARCIO DE LACERDA MARTINS (Suplente convocado), RAFAEL PANDOLFO, DAYSE FERNANDES LEITE (Suplente convocada), FABIO BRUN GOLDSCHMIDT

Relatório

Trata-se de auto de infração(fl. 142/144),constituído em razão da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada; falta de recolhimento do IRPF devido a título de carnê-leão e omissão de rendimentos recebidos a título de saque/resgate de contribuições de previdência privada e FAPI, referente ao ano-calendário de 2005, relativamente ao Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF, exigindo o crédito tributário, no valor de R\$ 868.518,78, já incluída a multa de ofício agravada no percentual de 112,5%, multa isolada e juros de mora.

O enquadramento legal das infrações imputadas ao contribuinte vem descrito no auto de infração às fls.133 a 144.

Procedimento de Fiscalização.

Em 25/03/2008 foi instaurado procedimento fiscal, lavrando-se “Termo de Início de Procedimento Fiscal” (fls. 06/07), no qual o contribuinte foi intimado para apresentarem 20 dias, pertinente ao exercício de 2006, a seguinte documentação: 1) *Extratos bancários de conta corrente e de aplicações financeiras, cadernetas de poupança, de todas as contas mantidas pelo declarante, cônjuge e seus dependentes junto a instituições financeiras no Brasil e no exterior, referentes ao período acima identificado.*

A ciência se deu em 16/05/2008, conforme aviso de recebimento na fl. 08.

Em vista da negativa do contribuinte em atender a solicitação realizada pelo Fisco, foi expedido novo “Termo de Intimação Fiscal”(fl.09), momento no qual foi reiterada a exigência anteriormente solicitada no “Termo de Início de Procedimento Fiscal”. A ciência se deu em 12/06/2008 (fl. 10).

Já que desidiosa a conduta do recorrente em atender as intimações fiscais, a RFB solicitou diretamente às instituições financeiras (Banco Brasília S/A e Bradesco), mediante Requisição de Informações sobre a Movimentação Financeira - RMF (fls. 11/19), as informações constantes nas contas correntes do contribuinte. Os extratos bancários solicitados encontram-se às fls. 20 a 118.

Da análise da documentação apresentada pelo Banco Brasília S/A e Bradesco (extratos bancários), foi lavrado em 03/10/2008, “Termo de Intimação Fiscal” nas fls. 119, instando o contribuinte a comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos depósitos bancários listados no anexo(fl. 120/128) que acompanhou a intimação.

Tendo em vista o retorno negativo intimações realizadas por meio de cartas AR's(fl. 129/130) e a dificuldade da fiscalização em intimar o contribuinte, a fiscalização afixou edital(fl. 131), intimando o recorrente do “Termo de Intimação” lavrado em 03/10/2008, para comparecer à SRF, não tendo havido resposta.

Diante da falta de atendimento às solicitações expedidas ao contribuinte, a autoridade fiscal constatou no ano-calendário de 2005: **(1)** omissão de rendimento caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, no valor de R\$ 1.304.876,77, correspondente a extratos de movimentação financeira das fls. 120 a 128; **(2)** omissão de rendimentos recebidos a título de resgate de contribuições de previdência privada e FAPI, no valor de R\$ 594,10, conforme DIRF à fl. 132; **(3)** falta de recolhimento de IRPF devido a título de carnê-leão, referente aos rendimentos tributáveis recebidos de pessoas físicas e do exterior pelo titular declarados na DIRPF das fls. 3 a 5, e; **(4)** considerando, em favor do contribuinte, como imposto pago, no ano-calendário de 2005, o valor de R\$ 89,12, referente ao Imposto de Renda Retido na Fonte, constante na DIRF (132), não declarado pelo contribuinte.

Impugnação

O contribuinte foi cientificado do lançamento fiscal em 13/11/2008 (fl. 146), apresentando tempestivamente a impugnação em 10/12/2008 (fls. 147/154), alegando, em síntese:

- a) a nulidade do auto de infração, em vista da intimação editalícia acerca de “Termo de Intimação Fiscal”, pois foram feridos os princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e instrução probatória;
- b) a necessidade da fiscalização demonstrar o nexo de causalidade entre os depósitos bancários e o fato que representa a omissão; a inobservância dos requisitos do art. 42 da Lei 9.430/96, pois o arbitramento levado a efeito pelo fisco foi realizado sem a válida instalação do contencioso administrativo;
- c) a impossibilidade na aplicação da multa qualificada, quando baseada em mera presunção do dolo.

Decisão da DRJ

A 3ª Turma de Julgamento da DRJ/BSB (fls. 157/169), por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de nulidade arguida e, no mérito, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário lançado. Disse em síntese:

- a) que o auto de infração foi lavrado por autoridade competente, estando revestidos das formalidades legais, não tendo ocorrido a preterição do direito de defesa do contribuinte;

b) que a Lei 9.430/96, em seu art. 42, permite o lançamento com base nos depósitos bancários sem origem, quando, regularmente intimado, o contribuinte não comprove por meio de documentação hábil e idônea as origens das entradas;

c) a possibilidade de agravamento da multa, pois de acordo com o artigo 44, § 2º, I, da Lei 9.430/96, quando o contribuinte, independentemente da intenção de fraudar o fisco, deixa de atender as intimações da autoridade lançadora, a multa será acrescida da metade;

d) por fim, referente à multa isolada de 50%, sua justificativa está cotejada no art. 44, II, “a” da Lei 9.430/96.

Recurso Voluntário

Intimado em 26/11/2009, fl. 173, irresignado com a decisão proferida pela DRJ, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário às fls. 175 a 184 em 11/12/2009. Em síntese, repisou os argumentos trazidos em sede de impugnação. Destaca-se que, tal como ocorrido quando da impugnação, o recorrente manteve-se silente no que se refere à omissão de rendimentos recebidos a título de resgate de contribuições de previdência privada e FAPI (Fundo de Aposentadoria Programada Individual) e à falta de recolhimento do IRPF devido a título de carnê-leão.

Voto Vencido

Conselheiro Fabio Brun Goldschmidt, Relator

O recurso apresentado atende a todos os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº. 70.235/1972. Assim, dele conheço.

Intimação por Edital – Nulidade

O contribuinte alega a nulidade do auto de infração, em vista da intimação por edital (fl. 130) relativamente ao “Termo de Intimação Fiscal de 03/10/2008”, já que feridos os princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e instrução probatória.

O § 1º do artigo 23 do Decreto 70.235/72 dispõe que “quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado”.

Diante disso, pode-se afirmar que a intimação por edital no processo administrativo fiscal tem caráter subsidiário e somente se legitima quando resultar improficua a intimação por outros meios.

No caso concreto, percebo que os avisos de recebimento (AR) de fls. 08 e 10 demonstram de forma incontestável a existência de prova do recebimento da intimação postal no domicílio do recorrente quanto ao início do procedimento fiscal (“Termo de Início do Procedimento Fiscal” e “Termo de Reintimação”). O vício referido pelo recorrente diz somente com a intimação objeto do Termo de Intimação datado de 03/10/2008, para se manifestar acerca dos extratos de movimentação financeira obtidos por RMF, tendo em vista não ter sido o contribuinte encontrado em seu endereço (fl. 129/130). Assim, tendo restado frustrada a tentativa de intimação, mostra-se legítima a intimação editalícia.

Ademais, ressalto que, conforme se verifica à fl. 146, após lavrado o auto de infração, o recorrente foi regularmente intimado por carta AR, tendo apresentado tempestivamente sua impugnação, oportunidade na qual foi possibilitado expor todos os seus argumentos de defesa e juntar toda a documentação que comprovasse suas alegações.

Diante disto, afasto a preliminar de nulidade, pois não houve preterição do direito de defesa do contribuinte, conforme o artigo 59, II, do Decreto 70.235/72, uma vez que em outras duas oportunidades, poderia ter se manifestado quanto à fiscalização em curso, bem como foi dado ao contribuinte amplo conhecimento dos fatos que lhes foram imputados, assim como acesso aos autos e prazo suficiente para comprovar suas alegações.

Obtenção de Provas - RMF

Em que pese não tenha o contribuinte recorrido diretamente da forma de obtenção das provas pela RFB, requisição de movimentação financeira – RMF, mas, tão somente, quanto à ilegalidade do lançamento com base nas informações obtidas pela autoridade fiscalizadora com base na CPMF, será analisada de ofício a matéria, em obediência ao art. 53 da Lei 9.784/99, que dispõe: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

Tal dispositivo, em verdade, apenas sacramenta entendimento histórico do STF, fixado em Súmula (Súmula 473), segundo a qual “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

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 expresse 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:

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

⁴ Bverfge 2, 266 (282), *apud* Prof. Dr. Virgílio Afonso da Silva em *Interpretação Conforme a Constituição entre a trivialidade e a centralização judicial*.

⁵ J. J. G. Canotilho. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 6., ed. p. 229-230, *apud* Pedro Lenza. *Direito Constitucional Esquematizado*, 16., ed. p. 158-159.

- b) *conservação de normas*: percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a constituição, ele deve assim aplicá-la para evitar a sua não continuidade;
- c) *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;
- d) *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;
- e) *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;
- f) *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 nº9.311/96 e o D. nº3724/01, 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 liberdade 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 sigilo 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.

Destarte, já que toda a prova carreada no processo administrativo foi obtida por meio de RMF sem prévia autorização judicial, 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, devem ser analisados os argumentos do contribuinte quanto à comprovação da origem dos depósitos havidos em sua conta corrente.

Omissão de Rendimento Decorrente de Depósitos Bancários com Origem Não Comprovada

No que toca à alegação de omissão de rendimentos em face de depósitos bancários em contas do contribuinte com origem não comprovada, verifica-se que a autuação está respaldada no art. 42, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96, que dispõe que *“caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações”*.

Como se verificou no caso em questão, diante dos extratos bancários obtidos por RMF, foram identificados diversos depósitos em montantes consideráveis (conforme totais mensais detalhados nas planilhas das fls. 120/128), os quais, contudo, não foram declarados na DIRPF, e, menos ainda, tiveram sua origem minimamente comprovada ou justificada.

Em sua defesa (fls. 175/184), o recorrente se limita a sustentar que amera movimentação financeira não caracteriza nexo de causalidade entre os depósitos e o fato que representa a omissão de rendimentos, acrescentando que a infração baseada nos extratos bancários deve ser afastada.

Todavia, mesmo instado a comprovar a origem dos depósitos, o contribuinte não apresentou qualquer documento que demonstrasse situação fática diversa da apontada pela autoridade fiscalizadora.

Percebe-se o acima referido da leitura do seguinte trecho extraído da decisão da DRJ (fls. 167): *É importante elucidar que o § 3º do dispositivo legal antes transcrito determina que os depósitos em conta corrente serão analisados individualizadamente, devendo ser prestados esclarecimentos para cada um dos créditos, acompanhados de documentação hábil e idônea. **Importa enfatizar que esta providência, em nenhum momento, foi levada a efeito pelo sujeito passivo.***

Por tal razão, foi corretamente aplicada a presunção de omissão de rendimentos. Ainda, reforça-se que o recorrente não trouxe qualquer documento novo quando da impugnação, nem mesmo em recurso voluntário para rechaçar o lançamento.

Destarte, no caso dos autos, a aplicação do art. 42 da Lei 9.430/92 é inquestionável, pois, como verificado pelo Auditor Fiscal e, após, confirmado pela DRJ, o contribuinte sequer justificou minimamente com documentação hábil e idônea a origem dos depósitos realizados nas suas contas bancárias nos anos-calendário fiscalizados, sendo correta a tributação, como, aliás, vem entendendo essa Turma:

Processo nº 16004.000110/200918

Recurso nº Voluntário

Acórdão nº 2202002.331 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

Sessão de 19 de junho de 2013

Matéria IRPF

Recorrente ALFEU CROZATO MOZAQUATRO

Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Ano calendário: 2003

**OMISSÃO DE RENDIMENTOS COM BASE EM DEPÓSITOS
BANCÁRIOS SEM ORIGEM COMPROVADA. ART. 42, LEI N.
9.430/96. LEGITIMIDADE.**

É legítimo o lançamento de imposto de renda com base em omissão de rendimentos baseada em depósitos bancários sem origem comprovada tendo como fundamento o art. 42 da Lei nº 9.430/96, desde que sejam seguidos todos os procedimentos nela presentes.

Por todos estes motivos, não merece reparos a decisão da DRJ no tocante à tributação dos rendimentos omitidos, apurados a partir de depósito em contas bancárias sem comprovação de origem.

Omissão de Rendimento Recebidos a Título de Resgate de Contribuições de Previdência Privada e FAPI e Falta de Recolhimento a Título de Carnê-Leão

No que toca aos fundamentos da autuação referentes à omissão de rendimento recebidos a título de resgate de contribuições de previdência privada e FAPI e à falta de recolhimento a título de carnê-leão, como já referido, tais pontos sequer foram impugnados seja em impugnação, seja em recurso voluntário, pelo que se mantém a autuação nesse tocante, em vista da preclusão, conforme já decidido por esse E. Conselhos em casos análogos:

Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR Exercício: 2005
MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO EM SEDE RECURSAL. Matéria que não foi expressamente impugnada resta preclusa, não cabendo apreciação em sede recursal. Aplicação do art. 17 do Decreto nº 70.235/72. (Conselheira Nathalia Mesquita Ceia, processo nº 13161.720043/2007-99, Acórdão nº 2201-002.313)

Multa Agravada

O recorrente insurge-se quanto ao agravamento da multa de ofício de 50%, previsto no § 2º do art. 44 da Lei 9.430/96.

O artigo 44 da Lei 9.430/96 prevê que os percentuais das multas a que se refere o inciso I do caput e o § 1º de tal artigo devem ser aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos.

Mesmo que o referido dispositivo preveja o agravamento da multa e o seu pressuposto fático esteja presente, entendo que a mera ausência ao atendimento das intimações, por não impedir a lavratura do auto de infração e a constituição crédito tributário, não se mostra justificativa suficiente para tal medida, tendo em vista a ausência de prejuízo ao trabalho da fiscalização.

É esse, inclusive, o entendimento exarado em voto da lavra do Conselheiro Rafael Pandolfo:

MULTA AGRAVADA.FALTAEATENDIMENTOOAINTIMAÇÕES.

É inaplicável o agravamento de multa quando o nãoatendimento a intimação Da Fiscalização não inviabilizar olançamento do tributo.(CARF. Ac. 2202-002.231, Rel. Rafale Pandolfo. Julg. em 19/06/2013).

Nesse tocante, já entendeu este Conselho em caso análogo:

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA - NÃO ATENDIMENTO ÀS INTIMAÇÕES DA AUTORIDADE AUTUANTE - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O LANÇAMENTO - DESCABIMENTO.Deve-se desagravar a multa de ofício, pois a fiscalização já detinha informações suficientes para concretizar a autuação. Assim, o não atendimento às intimações da fiscalização não obstou a lavratura do auto de infração. (Grifamos)(Conselho de Contribuintes. 6a Câmara. Ac. 106-17.240. Rel. Giovanni Christian Nunes Campos. Julg. em 05/02/09)

Portanto, no tocante ao desagravamento da multa de ofício, entendo assistir razão ao contribuinte, merecendo ser provido o recurso voluntário neste ponto.

Conclusão

Isso posto, entendo pelo cancelamento do auto de infração em decorrência da ilicitude das provas que o embasaram. Subsidiariamente, afasto a preliminar arguida quanto à nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa e, no mérito dou PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para reduzir o agravamento da multa ao patamar de 75%.

(Assinado Digitalmente)

Fabio Brun Goldschmidt - Relator

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.

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 ilicitude da prova por quebra do sigilo bancário.

(Assinado Digitalmente)

antonio lopo martinez - Redator designado.