



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

Processo nº 10325.001728/2010-20
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-002.656 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de maio de 2014
Matéria IRPF
Recorrente PAULO ROBERTO MACHADO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2008

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.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATA DE RECEITA DECORRENTE DE ATIVIDADE RURAL NÃO COMPROVADA. AUTUAÇÃO MANTIDA. Somente mediante a comprovação pelo contribuinte de que os depósitos efetivados em conta bancária são decorrentes de atividade rural é que se pode aplicar a tributação favorecida prevista no art. 5º, da Lei 8.023/90. No caso dos autos, tendo havido mera alegação de que o contribuinte exercia exclusivamente atividade rural sem qualquer comprovação de tal fato, assim como, sem comprovar as origens dos depósitos, deve ser mantida a tributação dos rendimentos omitidos com base no art. 42, da Lei 9430/96.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO - CARÁTER CONFISCATORIO - INOCORRÊNCIA - Tratando-se de multa de 75%, estando essa em conformidade com o disposto na legislação, não há que se falar em inconstitucionalidade. Ainda, tal alegação esbarra no enunciado da Súmula nº 2 do CARF: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

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 AO MÉRITO: Por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

(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, no qual foi averiguado o Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF correspondente ao exercício de 2008, em razão da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada (fls.520/529), exigindo o crédito tributário no valor de R\$ 6.764.855,05 (fl. 02), já incluída a multa de ofício de 75% e juros de mora.

O enquadramento legal das infrações imputadas ao contribuinte vem descrito no auto de infração. (fls.514/519).

Procedimento de Fiscalização

O contribuinte foi intimado, 15/03/2010 (fl. 05), de “Termo de Início da Ação Fiscal” (fl. 03/04), para apresentar os extratos bancários das contas correntes e aplicações financeiras, inclusive cadernetas de poupança, de sua titularidade e de sua esposa, junto a instituições financeiras no Brasil e no exterior, bem como Livro Caixa da Atividade Rural, em

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 26/08/2014 por FABIO BRUN GOLDSCHMIDT, Assinado digitalmente em 26/08/2014 por FABIO BRUN GOLDSCHMIDT, Assinado digitalmente em 28/08/2014 por ANTONIO LOPO MARTINEZ

Impresso em 03/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

papel e meio magnético (CD), corroborado pelos documentos que sustentam os lançamentos de receitas e despesas, referente ao ano-base 2007.

Em resposta, o recorrente apresentou: 1) cópias do Livro Caixa, das notas e recibos relacionados aos registros nele contidos; 2) cópias dos extratos bancários do Banco Nordeste, HSBC, Banco do Brasil, Banco da Amazônia e Banco Bradesco, nos quais figurava como titular e/ou seu cônjuge, informando pela impossibilidade de obtenção do Livro Caixa da Atividade Rural na forma digital, em vista da dificuldade de recuperar os arquivos solicitados em seu computador. Os documentos foram recebidos por Auditor da Receita Federal –ARF, conforme conta na fl. 17.

Avaliando a documentação apresentada pelo recorrente, o Fisco constatou que a cópia do Livro Caixa não estava assinada (folha de abertura e encerramento), considerando-a apócrifa para fazer prova favorável ao contribuinte. À vista disso, lavrou “Termo de Reintimação Fiscal”, intimando o recorrente, em 13/05/2010, para apresentar, no original, o Livro Caixa da Atividade Rural, devidamente encadernado e assinado pelo titular, assim como a sua reprodução em meio magnético (CD), devendo apresentar os documentos originais que sustentam os seus registros.

Ademais, quanto aos extratos bancários do Banco HSBC juntados pelo recorrente, a fiscalização entendeu que não se podia imputar a titularidade ao fiscalizado, pois não havia identificação desse no corpo da documentação; quanto aos extratos bancários do Banco do Brasil não foram entregues os relativos aos meses de julho e novembro.

Diante disso, foi emitida Solicitação de RMF aos Bancos ABN AMRO, Banco Amazônia S/A, BB S/A, Banco Nordeste do Brasil e HSBC (fls. 22 a 56), sob a justificativa de que a realização de gastos ou investimentos fora em valor superior à renda disponível (art. 6º, LC 105/2001). Em resposta ao quanto solicitado, as instituições financeiras encaminharam a documentação (fls. 59 a 266 / 304 a 467).

Simultaneamente, em resposta ao “Termo de Reintimação Fiscal” (fls. 56 a 57) o contribuinte apresentou o Livro Caixa da Atividade Rural, devidamente assinado e encadernado, juntamente com os documentos originais que deram suporte aos registros; informando, novamente, pela impossibilidade de sua obtenção na forma digital.

Para dirimir todas as dúvidas quanto à natureza de alguns lançamentos, a Fiscalização emitiu “Termo de Intimação Fiscal” (fl. 294) em 14/07/2010 (fl. 295), para que o recorrente informasse: 1) se a receita da atividade rural, declarada em sua DIRPF/2008, transitou, integral ou parcialmente, nas contas correntes, devendo o mesmo identificar os bancos, agências e nº das contas; 2) se houve empréstimos ou financiamentos, apresentaras cópias dos contratos, identificar os bancos, agências e nº das contas; 3) apresentar os dados cadastrais da inscrição estadual de produtor; 4) se houve parceria rural, apresentar cópia do contrato.

Em atendimento, o contribuinte apresentou resposta (fls. 298 a 299), datada de 27/07/2010, relacionando os bancos e contas correntes nas quais, segundo ele, "*normalmente os valores provenientes de receita da atividade rural transitam*" e apresentou cópias dos contratos de empréstimos ou financiamentos; e das inscrições estaduais de produtor IE N° 12.118.758-6; IE N° 12.118.754-3, nas quais o contribuinte está vinculado ao CNAE Fiscal n° 151201 - criação de bovinos para corte (fls. 300 a 303).

Da análise da documentação apresentada, revelou-se necessário excluir dos lançamentos os valores inferiores a R\$ 500,00 (quinhentos reais), considerando o volume de registros, bem como os depósitos/créditos decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física (art. 42, § 32, inciso I da Lei nº 9.430/96; art. 849, § 22, inciso I do RIR/99) e relativos a resgates de aplicações financeiras, estornos, cheques devolvidos, empréstimos, financiamentos etc. Ainda, foram excluídos os valores mensais às receitas da atividade rural declarada no montante de R\$ 4.840.603,00, conforme a DIRPF/2008.

Lançou-se o crédito tributário, conforme AI de fls. 514 a 519, em decorrência da omissão de rendimentos por depósitos bancários de origem não comprovada.

Impugnação

O contribuinte foi cientificado do lançamento fiscal em 29/11/2010 (fl. 533), apresentando impugnação em 29/12/2012 (fls. 546 a 558), aduzindo em síntese:

- a) que os valores creditados nas contas de depósito e de investimento de sua titularidade e de sua esposa, mantidos junto às instituições financeiras, são provenientes, exclusivamente, da atividade rural, devendo ser tributada a suposta omissão no percentual de 20% sobre a receita bruta, conforme artigo 66, da Lei 8.023/90, regulamentada pelos artigos 71 e 60§ 2º, do RIR/99, não podendo ser aplicada a tabela progressiva do IR sobre a totalidade das receitas auferidas, como se estivesse tratado de receitas derivadas de outras atividades, merecendo ser anulado o lançamento;
- b) que transitaram na conta corrente vários depósitos ao longo do ano-calendário de 2007, vários empréstimos emergenciais, inclusive de parentes próximos, e, ainda, outros recursos decorrentes de alienação de imóveis;
- c) que a multa aplicada de 75% fere o princípio do não confisco.

Diante do exposto, requereu o cancelamento do crédito tributário lançado, em face da nulidade apontada. No mérito, pugnou pelo acolhimento da justificativa das origens dos depósitos realizados nas contas auditadas e, conseqüentemente, o cancelando lançamento.

Decisão da DRJ

A 1ª Turma de Julgamento da DRJ/FOR (fls. 569 a 594), por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido. Aduziu em síntese:

- a) no que toca à nulidade do auto, todas as exigências legais foram cumpridas não havendo vício que comprometa a validade do lançamento;
- b) quanto à jurisprudência e à doutrina citadas, são improficuas, pois não constituem normas complementares do direito tributário, não podendo ser aplicadas, em vista de não possuírem caráter vinculatório, assim como são as decisões proferidas pelo STF;
- c) relativo às alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade, não compete a autoridade administrativa se pronunciar, sendo, inclusive, matéria sumulada no CARF;
- d) no mérito, as alegações quanto a origem dos depósitos serem provenientes de atividade rural, tais não foram comprovadas, não havendo qualquer documento que lhes dê sustentação, não podendo ser aplicado o arbitramento de 20% sobre os rendimentos apurados, pois a falta de comprovação nesses casos sujeita o contribuinte à tributação normal;
- e) assim, foi lançado o crédito nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/72, uma vez que não comprovada a origem das entradas creditadas nas contas correntes, respeitando a apuração mensal como a lei determina;
- f) por fim, quanto à juntada posterior de prova, conforme art. 15 do PAF, a impugnação devesse ser instruída com os documentos em que se fundamentar, sendo que, excepcionalmente, como se depreende da leitura do § 4º do referido dispositivo, é que poderá se permitir a juntada superveniente, o que não se verificou.

Recurso Voluntário

Intimado em 15/04/2006 (fl. 064), irresignado com a decisão proferida pela DRJ, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário às fls. 615 a 629, em 10/05/2013. Em síntese, repisou os argumentos trazidos em sede de impugnação.

Voto Vencido

Conselheiro Fabio Brun Goldschmidt

O recurso apresentado atende a todos os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº. 70.235/72. Assim, dele conheço.

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 revogá-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

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.

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)”*.

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;

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

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 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 estatutos constitucionais, 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, já que aprova foi obtida 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 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.

Dos Depósitos Bancários com origem na Atividade Rural

Primeiramente insta destacar que, em que pese às contas correntes fiscalizadas pertençam ao recorrente e sua cônjuge, no caso dos autos não há que se falar em aplicação da súmula 29 do CARF: *“Todos os co-titulares da conta bancária devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, sob pena de nulidade do lançamento.”*, pois a declaração do imposto de renda foi conjunta.

Alega o recorrente que os valores creditados nas suas contas correntes são provenientes, exclusivamente, de atividade rural, devendo ser tributada a omissão no percentual de 20% sobre a receita bruta, nos termos da Lei 8.023/90.

Primeiramente, destaca-se que durante a ação fiscal, a autoridade já acatou e correlacionou os depósitos mensais referentes às receitas da atividade rural, declarada no montante de R\$ 4.840.603,00, fazendo parte do lançamento, tão somente, o remanescente dos depósitos não comprovados.

Por isso, foi lançado o restante do crédito tributário conforme o art. 42, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430/96, que dispõe: *“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 comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações”*.

Como se verificou no caso em questão, diante dos extratos bancários constantes dos autos, foram identificados diversos depósitos em montantes consideráveis, os quais, contudo, não foram declarados na Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física (fls. 8 a 16), e, menos ainda, tiveram sua origem minimamente comprovada ou justificada.

Veja-se que, embora o recorrente tenha afirmado que os depósitos seriam decorrentes e/ou relacionados à atividade rural, furtou-se de trazer os documentos reconhecidos pelos fiscos estaduais e federal como hábeis a comprovar tal particular atividade, entre eles: (i) nota fiscal de produtor, (ii) nota fiscal avulsa, (iii) nota fiscal de entrada, (iv) nota promissória

rural vinculada à nota fiscal de produtor, (v) recibos, onde constem as informações do adquirente, preço, a data de operação e as condições de pagamento, etc.

Por esse motivo, se faz necessário manter o lançamento.

Ademais, a CSRF (Acórdão 2102-002.066), ao analisar a questão referente à omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários decorrentes de atividade rural, entendeu que, para acatar os valores depositados como provenientes da referida atividade, deve-se obedecer dois requisitos, quais sejam:

- 1) ter como única atividade desenvolvida a rural;
- 2) comprovar que os demais depósitos bancários comprovados decorrem majoritariamente de tal atividade.

Veja-se o ementa do referido julgado:

OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS. APLICAÇÃO. Acolhe-se a alegação do contribuinte de que a totalidade dos depósitos efetivados em suas contas bancárias é proveniente da atividade rural, **nos casos em que o contribuinte comprova tal alegação em relação a significativo percentual dos depósitos efetivados em todas as suas contas bancárias e quando a atividade rural é a única atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte.** (CARF 105300021352008-31 Acórdão 2102-002.066).

No caso dos autos, como o próprio recorrente afirma (fl. 554) que parte dos depósitos ocorridos no exercício de 2007, decorrem, além da atividade rural por ele exercida, de empréstimos emergenciais e alienações de imóveis, é, também por isso, justificável o lançamento do crédito tributário com base no artigo 42, da Lei 9.430/96.

Por tudo isso, uma vez que o contribuinte não comprovou suas alegações por meio de documentação hábil e idônea, bem como declarou haver outras origens durante o exercício, entendendo que não merece ser acolhida sua pretensão recursal, mantendo-se a autuação referente aos depósitos bancários de origem não comprovada.

Da Aplicação da Multa com Efeito Confiscatório.

Pugna o recorrente pelo afastamento da multa de 75%, asseverando quanto à sua inconstitucionalidade por ferir o princípio do não confisco.

Importa salientar que conforme o regimento interno do CARF é vedado aos seus membros afastar aplicação de lei por fundamento de inconstitucionalidade, em concordância ao artigo 62:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Inclusive, é matéria sumulada nesse Tribunal Administrativo:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Logo, em vista da previsão legal da aplicabilidade de multa de 75%, bem como da impossibilidade desse Conselho em se manifestar quanto matéria atinente à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei em tese, não conheço do pedido do recorrente, julgando por acertado o entendimento proferido na decisão da DRJ.

Conclusão

Isso posto, entendo pelo cancelamento do auto de infração em decorrência da ilicitude das provas que o embasaram. Subsidiariamente, no mérito, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(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

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.