



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

Processo n° 10840.001422/2003-15
Recurso n° 164.715 Voluntário
Acórdão n° 3402-00.139 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 2 de junho de 2009
Matéria IRPF - Ex(s): 1999
Recorrente ALEXANDRE BUCK GARCIA
Recorrida 6A. TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1999

DEPÓSITO BANCÁRIO - DECADÊNCIA.

Nos casos de lançamento por homologação, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário expira após cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. O fato gerador do IRPF, tratando-se de rendimentos sujeitos ao ajuste anual, se perfaz em 31 de dezembro de cada ano-calendário. Não ocorrendo a homologação expressa, o crédito tributário é atingido pela decadência após cinco anos da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º do CTN).

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO VIA ADMINISTRATIVA - ACESSO ÀS INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL.

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº. 105, de 2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - ARTIGO 42, DA LEI Nº. 9.430, de 1996.

Caracteriza omissão de rendimentos a existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a 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.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS - DO ÔNUS DA PROVA.

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

JUROS - TAXA SELIC - A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula 1º CC nº 4)

MULTA QUALIFICADA - DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo. (Súmula 1º CC nº 14)

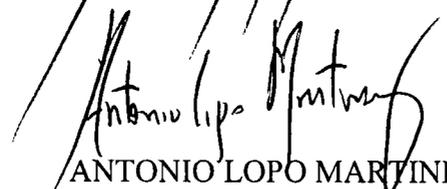
Preliminar de decadência rejeitada.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Terceira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares argüidas pelo Recorrente e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%, nos termos do voto do Relator.


NELSON MALLMANN – Presidente


ANTONIO LOPO MARTINEZ – Relator

FORMALIZADO EM: 28 SET 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa, Heloísa Guarita Souza, Antonio Lopo Martinez, Rayana Alves de Oliveira França, Amarylles Reinaldi E Henriques Resende (Suplente Convocada), Pedro Anan Júnior e Gustavo Lian Haddad.

Relatório

Em desfavor do contribuinte, ALEXANDRE BUCK GARCIA, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 17 a 20, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, exercício 1.999 (ano-calendário 1.998), por intermédio do qual lhe é exigido crédito tributário no montante de R\$ 1.448.546,56, dos quais R\$ 452.444,58 correspondem a imposto, R\$ 678.666,87, a multa proporcional, e R\$ 317-435,11, a juros de mora calculados até 30/04/2.003.

Conforme Termo de Conclusão da Ação Fiscal (fls. 21 a 26) e Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 18), o procedimento teve origem na apuração da seguinte infração:

Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimento, mantidas em instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações no ano calendário de 1998.

Cientificado do Auto de Infração em 16/05/2003 (fls. 483), o contribuinte, por intermédio de seu representante legal (fls. 42), apresentou, em 11/06/2003, a impugnação de fls. 488 a 545, alegando, em síntese, os seguintes pontos extraídos do relatório da autoridade recorrida:

3.1- nas várias informações e respostas fornecidas ao Fisco pelo contribuinte, constou que todas as suas atividades empresariais e comerciais apresentaram prejuízo, tendo inúmeros cheques devolvidos, sendo que muitos dos depósitos efetuados nas contas bancárias originaram-se de transferências entre estas contas, todas de titularidade do interessado;

3.2- o Agente Fiscalizador, contudo, não considerou as explicações fornecidas e as documentações juntadas pelo impugnante, alegando que a documentação não era hábil e idônea, não havendo especificação sobre os fatos econômicos e jurídicos que embasaram cada um dos depósitos/créditos, afirmando, ainda, que o contribuinte apenas se limitou a dizer que praticava um pequeno comércio informal de laranjas com comerciantes, feirantes e outros pequenos compradores da região, e que alguns de seus recursos advinham de um pequeno e informal comércio de bovinos na cidade de Pirangi-SP, sendo que alguns dos depósitos em contas-correntes refeririam-se ao recebimento de prestação de serviços de transporte em Pirangi e de outros serviços de frete na região;

3.3- não existem fundamentos jurídicos ou quaisquer elementos de fato que possam sustentar a presente autuação, sendo importante informar, em primeiro lugar, que, muito embora fossem consideráveis as quantias movimentadas pelo contribuinte em suas contas bancárias no ano-calendário de

1.998,0 resultado financeiro apurado por ele, recorrente, naquele período, foi totalmente negativo, ou seja, todas as atividades empresariais e comerciais desenvolvidas pelo investigado apresentaram evidentes prejuízos econômicos e financeiros;

3.4- tanto isso é verdade, que o contribuinte teve inúmeros cheques devolvidos por insuficiência de fundos durante este período, conforme comprovam alguns destes títulos que foram juntados durante o desenrolar do procedimento fiscal, conforme se pode observar nos autos;

3.5- importante ressaltar que a grande maioria dos depósitos efetuados nas contas de titularidade do contribuinte referem-se a transferências de numerários da conta-corrente de uma agência bancária para a conta-corrente de outra agência bancária, sendo ambas do mesmo contribuinte, tendo esse fato ocorrido porque, devido às inúmeras dificuldades financeiras que atravessava o contribuinte no ano-calendário de 1.998 e a fim de evitar a devolução de mais outros cheques entregues a terceiros, o suplicante utilizava os saldos de créditos disponibilizados pelas instituições bancárias, existentes em uma das contas, para cobrir, freqüentemente, a outra, sempre com o objetivo de tentar honrar os seus compromissos, decorrentes de suas atividades laborais;

3.6- na grande maioria das vezes, mesmo com essas sucessivas e cotidianas transferências de uma conta bancária para outra, sendo ambas de sua titularidade, as instituições bancárias acabavam por devolver cheques do contribuinte, por insuficiência de fundos disponíveis para honrar os pagamentos garantidos por meio desses cheques;

3.7- analisando-se, sem a devida atenção, os extratos juntados aos autos, pode parecer, à primeira vista, que o contribuinte movimentava grande volume de dinheiro em suas contas-correntes, mas, na verdade, na grande maioria dos casos tratava-se de transferências, de conta para conta, do mesmo titular, fato este que não gera imposto de renda, uma vez que não caracteriza recebimento de recursos, disponibilidades financeiras ou acréscimo patrimonial (cita, como exemplo, importâncias depositadas no Banco Bradesco, agência 1.358-7, conta-corrente 4.275-7, nos dias 03/02, 11/02, 17/02, 19/02, 26/02, 02/03, 04/03, 05/03, 06/03, 12/03, 05/05, 31/08, todos do ano de 1.998);

3.8- quanto às demais origens dos depósitos/créditos efetuados nas 3 (três) contas-correntes do contribuinte, o mesmo prestou esclarecimentos ao Fisco no sentido de que, no ano-calendário de 1.998, era comodatário de duas propriedades rurais situadas no município de Pirangi-SP, onde explorava a produção de citrus, em especial laranja, bem como cana-de-açúcar, e ainda o comércio de rebanho bovino, sendo juntado aos autos documentação idônea neste sentido, ou seja, anexou-se o Contrato de Comodato de três veículos caminhões que eram utilizados pelo contribuinte para efetuar alguns fretes, bem como

de duas terças partes de uma propriedade agrícola e pastoril, composta de 36,50 alqueires, situada no município de Pirangi-SP, e outras duas terças partes ideais de uma área de terras com 40 alqueires, situada no município de Fernando Prestes, comarca de Taquaritinga-SP, onde o contribuinte explorava, com dificuldades, um comércio de cana-de-açúcar, laranja e criação de rebanho bovino;

3.9- assim, alguns dos recursos depositados nas contas bancárias do contribuinte são oriundos do comércio informal de vendas de laranjas e de bovinos, sendo que o comércio de gado era exercido na cidade de Pirangi-SP e estabelecido entre o interessado e outros compradores da região, e tinha por objetivo o pagamento de despesas pessoais do impugnante, além de outras relacionadas às propriedades das quais o mesmo era comodatário;

3.10- alguns outros depósitos ou recursos existentes nas contas-correntes do contribuinte referem-se ao recebimento de algumas prestações de serviços de transportes na cidade de Pirangi e região (fretes), onde o contribuinte também era cornodatário de três veículos caminhões, consoante informado acima e de acordo com o Comodato juntado aos autos;

3.11- desta forma, essas são as origens a serem especificadas no que se refere aos depósitos/créditos efetivados nas três contas-correntes do contribuinte, no ano-calendário de 1.998, sendo que as dificuldades do contribuinte naquele ano podem ser evidenciadas pela quantidade de transferências, bem como pelos cheques devolvidos por insuficiência de fundos;

3.12- ao contrário das alegações do Fisco, no sentido de que o contribuinte não comprovou que a grande maioria dos depósitos efetuados em suas contas-correntes foram decorrentes de transferência de numerários de outra conta-corrente de sua titularidade e de receitas advindas das vendas de citrus, cana-de-açúcar e de comércio de bovinos, o recorrente juntou aos autos documentos hábeis e pertinentes, com o fim de esclarecer, detalhadamente, sobre sua movimentação financeira durante o ano-calendário de 1.998, que foi objeto de fiscalização;

3.13- as explicações foram feitas, numa segunda oportunidade, quando da apresentação de "Contestação", de forma mais apurada, onde são descritas todas as origens dos depósitos efetuados nas contas-correntes do interessado, investigadas pelo órgão fiscalizador, origens essas, comprovadas por documentos anexados a essa peça "Contestatória", restando, assim, demonstrado e comprovado, com maior clareza e exatidão, as operações financeiras realizadas, cuja inexistência de imposto devido é patente;

3.14- em decorrência, tanto a tributação com base nesses fatos, quanto a aplicação da multa de 150%, incidente sobre o imposto supostamente devido, devem ser excluídos do Auto de Infração, uma vez não haver justificativa ou fundamento legal para a aplicação de qualquer penalidade;

3.15- cabe observar, também, que o Agente Fiscal, em várias oportunidades, não considerou alguns valores como "Transferências Bancárias", ou considerou-as parcialmente, a exemplo do item 15 da Planilha que seguiu a Contestação, referente a 05 de março, quando houve depósito de R\$ 25.000,00 na conta 600-9, sendo que o agente Fiscal apenas considerou R\$ 10.000,00, deixando de compor a diferença de R\$ 15.000,00, sem qualquer justificativa;

3.16- no que tange ao item 27, de 17 de março, constata-se que houve empréstimo bancário (CDC automático), no valor de R\$ 6.000,00, sendo considerado renda pelo Auditor;

também com relação ao item 40, de 14 de maio, verifica-se que foi computado como renda o resgate de capitalização, no valor de R\$ 2.713,87, o mesmo acontecendo com referência aos itens 135 e 139, do mês de setembro, nos valores de R\$ 5.000,00 e R\$ 2.000,00, e ao item 81, do mês de dezembro, na quantia de R\$ 2.353,27;

3.17- das atividades exercidas pelo contribuinte no ano de 1.998, nenhuma delas lhe proporcionou lucro, por mínimo que fosse, sendo que os prejuízos experimentados são corroborados pelo fato de que não adquiriu qualquer outro patrimônio, móvel ou imóvel, esgotando-se os valores movimentados em suas contas-correntes com o pagamento de vários débitos que possuía na praça, sequer inexistindo na vida tributária do interessado sinais exteriores de riqueza;

3.18- em relação aos depósitos bancários efetuados nas contas-correntes do contribuinte, cumpre ressaltar e repetir que não se referem a rendimentos ou acréscimos patrimoniais auferidos por ele, no ano-calendário de 1.998, ou seja, não houve renda ou lucro líquido que pudesse dar ensejo à tributação de omissão de rendimentos, sendo que, para efeito de tributação, é irrelevante para o Fisco a origem dos recursos, importando, sim, o acréscimo patrimonial efetivo, não ocorrendo, sem essa vantagem pecuniária ou lucro decorrente de receitas, o fato gerador do imposto de renda pessoa física;

3.19- se houve erro na valoração material da base imponible (montante dos rendimentos), significa que o fato gerador não ocorreu de conformidade com a hipótese de incidência e, assim sendo, se o lançamento foi feito com base em rendimentos inexistentes, significa que o crédito por ele constituído não decorreu da obrigação tributária, devendo ser alterado para que seja feita a adequação prevista no art. 139 do CTN;

3.20- o Fisco não pode autuar com base em presunção de recebimento de rendimentos por determinada pessoa, devendo, sim, provar, efetivamente, que o contribuinte auferiu renda ou obteve acréscimo patrimonial, sob pena do Ente Público atentar contra os direitos e garantias individuais do cidadão que recolhe seus impostos e cumpre suas obrigações, sendo que, até o momento da interposição da presente peça impugnatória, o Fisco não havia feito ou elaborado qualquer prova no sentido de

demonstrar que o contribuinte, no ano-calendário de 1.998, obteve acréscimo patrimonial ou renda decorrentes dos referidos depósitos, que pudessem dar ensejo à tributação efetuada;

3.21- conforme disposto no art. 44 do CTN, a renda a ser objeto de tributação deve ser real, sendo que, no caso em tela, pelo fato do contribuinte ter auferido despesas e prejuízos, não havendo qualquer alteração no patrimônio declarado, a renda real, que é a base de cálculo do imposto em discussão, não corresponde aos rendimentos obtidos pelo contribuinte no ano-calendário de 1.998, ressaltando-se que sempre declarou corretamente o imposto de renda e, se fosse obrigado a pagar o valor constante do Auto de Infração, teria que dispor de um patrimônio que jamais possuiu em toda a sua vida;

3.22- se não houve acréscimo patrimonial, não pode o Agente Fiscal que lavrou o Auto de Infração imputar ao contribuinte a responsabilidade e a obrigação tributária de pagar um tributo incidente sobre uma receita ou sobre rendimentos que o mesmo não obteve, caracterizando-se tal atitude como confisco, que é vedado pela Constituição Federal de 1.988, em seu art. 150, inciso IV; 3.23- não pode haver mera presunção de renda para que o contribuinte seja tributado, sendo necessária a comprovação efetiva do benefício de receitas, seja qual for a origem (reproduz o "caput" do art. 38 do Decreto nº 3.000/1.999);

3.24- o montante real que constitui a base de cálculo deste tributo deve ser entendido como o acréscimo patrimonial auferido em determinado período, pois ampliar este conceito seria conceder à União competência tributária além dos limites legais, devendo o tributo ser cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada e, não obstante a existência de movimentações financeiras (que não beneficiaram o contribuinte), a Autoridade, ao defini-lo, não pode agir de forma arbitrária, nem pode efetuar o lançamento afastando-se dos critérios normativos estabelecidos (reproduz doutrina);

3.25- requer a realização de uma perícia contábil, a fim de demonstrar e comprovar que, no ano-calendário em questão, não obteve renda ou acréscimo patrimonial que pudesse, no mínimo, servir de base de cálculo ao imposto de renda, ora discutido, e, mesmo lançado definitivamente o imposto, poderá o contribuinte demonstrar que o lucro por ele realmente auferido é menor, ou, até mesmo, inexistente, observando-se que, sendo o imposto incidente sobre o lucro ou renda, e não havendo lucro, renda ou qualquer outro acréscimo patrimonial, inexistente qualquer responsabilidade tributária;

3.26- a jurisprudência orientou-se no sentido de que não pode o Fisco fazer o lançamento de um tributo por arbitramento ou presunção, sob pena de ofender os princípios e garantias individuais e de capacidade e possibilidade contributiva estampada no art. 145, § 1º, da Constituição Federal;

3.27- é o CTN, como legislação complementar, que traça todas as diretrizes para que o Fisco possa definir as hipóteses de incidência do tributo e depois regulamentá-las em legislações ordinárias e que, de acordo com o CTN, o fato gerador hipotética e abstratamente previsto em lei (renda) para a cobrança do imposto de renda somente pode sair do mundo abstrato e ser aplicado concretamente nas relações sociais e comerciais se, efetivamente, existir a renda, o acréscimo patrimonial ou o lucro, e para haver a tributação que tem por fundamento a renda, necessário se torna provar sua existência, sob pena do fato hipoteticamente previsto em lei se manter inerte, sem qualquer efeito na prática (reproduz doutrina e parte do art. 2º do Decreto nº 3.000/1.999);

3.28- o contribuinte, embora nunca tenha se omitido ou negado a prestar informações requisitadas pelo Agente Fiscal, teve seu sigilo bancário quebrado, ao total arrepio da lei, sem qualquer autorização judicial, atentando, gravemente, contra os direitos e garantias individuais, previstos no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal;

3.29- o sigilo bancário é garantia de todo o cidadão e o CTN, em seu art. 197, parágrafo único, prevê que a obrigação de prestar informações ao Fisco não abrange os fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, ministério, atividade ou profissão (reproduz o art. 38, "caput" e § 1º, da Lei nº 4.595/1.964);

3.30- a doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que este dispositivo que prevê o sigilo bancário (art. 38 da Lei nº 4.595/1.964) foi recepcionado pelo art. 5º, da Constituição Federal (reproduz ementas de acórdãos do STF, do STJ e do TRF- la Região), ficando patente que o sigilo bancário somente pode ser quebrado em situações excepcionais e mediante prévia Judiciário, e não pelo Fisco, de forma unilateral e arbitrária, em processo administrativo;

3.31- O Fisco não pode violar direitos e garantias individuais dos cidadãos sem que estejam presentes os requisitos previstos em lei e na própria Constituição Federal de 1.988, quais sejam, excepcionalidade da quebra do sigilo bancário e autorização judicial para tanto, constituindo-se qualquer ato praticado pelo Fisco, sem essas prerrogativas, em abuso e manifesta ilegalidade, devendo, por essa razão, o Auto de Infração ser considerado nulo e ilegal;

3.32- embora o autuado não tenha a obrigação de recolher qualquer tributo, uma vez que jamais omitiu rendimentos durante o ano-calendário de 1.998, na remota hipótese de ser apurada qualquer responsabilidade, cumpre ressaltar que, especificamente em relação ao período de 1º de janeiro a 16 de maio de 1.998, ocorreu a decadência do direito de constituição do crédito tributário;

3.33- em relação aos tributos que se submetem ao lançamento por homologação, entre eles o imposto de renda pessoa física, o

art. 150, § 4º, do CTN dispõe que o prazo para o sujeito ativo realizar o lançamento é de 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, e não a partir do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible (art. 173, inciso I, do CTN), ou seja, o marco inicial para a contagem do prazo de decadência seria o acréscimo patrimonial ou o auferimento de rendimentos, sendo que, expirado o prazo de 5 anos, considera-se ocorrida a homologação (homologação tácita) e extintos o crédito e a obrigação tributária correspondentes;

3.34- conforme doutrina e jurisprudência, o imposto de renda pessoa física sujeita-se ao lançamento por homologação e, conseqüentemente, ao prazo de decadência previsto no art. 150, § 4º, do CTN (reproduz doutrina e ementas de acórdãos do Conselho de Contribuintes e do TRF- 3ª Região);

3.35- desta forma, tendo sido o contribuinte autuado em 16 de maio de 2.003, e retroagindo-se 5 (cinco) anos da data da autuação, conclui-se que todos os supostos créditos referentes a fatos geradores ocorridos anteriormente a 16 de maio de 1.998 já encontravam-se extintos em razão da decadência do direito de lançar, conforme preceitua o art. 156, inciso VI, do CTN;

3.36- a imposição da multa proporcional de 150% (cento e cinquenta por cento) constitui verdadeiro confisco do patrimônio do contribuinte (menciona ementa de acórdão judicial e reproduz doutrina);

3.37- o princípio da capacidade contributiva do contribuinte e a vedação do confisco são princípios constitucionais expressos em matéria tributária (art. 145, § 1º e art. 150, IV, da CF/1.988), atingindo tanto as penas fiscais, quanto os tributos, tendo os Tribunais pátrios, inclusive o STF, excluído multas em casos especiais (reproduz doutrina e ementas de acórdãos do STJ, do TJ-MG e do TRF- P Região);

3.38- a própria Receita Federal, em seu si/e na internet, ao informar o contribuinte sobre pagamentos e contribuições em atraso, dispõe que o cálculo da multa de mora será de 0,33% ao dia de atraso, calculada a partir do primeiro dia útil subsequente ao do vencimento, até o dia do pagamento, limitada a 20%, ressaltando-se, ainda, que, segundo dicção do art. 412 do Código Civil, "o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal";

3.39- no caso em tela, a multa aplicada, no montante de 150%, mais os juros de mora, atingem mais de 215% do valor da suposta obrigação principal, o que seria inadmissível, além de ser vedado por lei e configurar inquestionável confisco, não podendo, outrossim, a multa moratória ser concomitante à incidência dos juros moratórios, o que acarretou uma dupla sanção sobre o mesmo fato, gerando um "bis in idem" (reproduz trecho da decisão prolatada no Recurso de Agravo de Instrumento/TRF nº 036525);

3.40- a Lei nº 8.177 /1.991, instituidora da TR, e a Circular BACEN nº 466/1. 979, que aprovou o Regulamento do Sistema Especial de Liquidação e Custódia- SELIC, posteriormente revogada pelas Circulares rr's 1.594/1.990, 2.311/1.993 e 2.671/1.996, que alteraram o mencionado Regulamento, ao definirem as respectivas taxas de referência, foram claras no sentido de conferirem às mesmas a natureza remuneratória, já que essas taxas atuam como pagamento pelo uso do dinheiro e são calculadas em função do custo deste, que sofre influência das flutuações da economia de mercado;

3.41- ainda que a Lei nº 9.065/1.995, em seu art. 13, autorize a utilização da taxa SELIC como índice de juros a serem aplicados aos créditos tributários, tal menção é, tão-somente, literária, conclusão a que se chega em virtude da não-existência de diploma legal que consolide a forma de apuração dos valores referentes a SELIC, não podendo, ainda, o Fisco reclamar o pagamento dos juros de mora sobre tributos vencidos, aplicando taxas de juros de natureza remuneratória, sob pena de ofensa ao conceito jurídico e econômico de juros moratórios, além de ferir os mandamentos contidos no § 1º do art. 161 do CTN e no § 3º do art. 192 da CF (no sentido da SELIC não possuir características indenizatórias, e, sim, remuneratórias, menciona entendimento esposado pelo Min. Octávio Gallotti, na ADIN nº 493-01DF);

3.42- mesmo sem definição e instituição legal da taxa SELIC para fins tributários, os legisladores inseriram-na em diversos diplomas legais como taxa de juros, não mencionando explicitamente, em todos os casos, que espécie de juros seriam esses, permanecendo a ofensa aos princípios da legalidade, da anterioridade, da segurança jurídica e da indelegabilidade da competência tributária, uma vez que a taxa SELIC é fixada depois da ocorrência do fato gerador e por ato unilateral do Poder Executivo, invadindo atribuição exclusiva do Legislativo, que não estabeleceu as balizas e os critérios para a sua fixação, além de tratar-se de matéria indelegável (no sentido da ausência de previsão legal para o uso da SELIC, reproduz trecho de voto vencido do Min.Francisco Peçanha Martins), tendo o STJ, ainda, se manifestado sobre a inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC (reproduz ementa de acórdão do STJ);

3.43- em matéria tributária, tanto a correção monetária, como os juros, devem ser previstos em lei, não havendo, no que tange à SELIC, tal previsão em todo o ordenamento jurídico, devendo ser observado que a lei não definiu o que é a SELIC, fazendo-o o BACEN, já que essa taxa constitui remuneração do investimento do capital, tendo o STF já exposto seu posicionamento acerca da impossibilidade de aplicação retroativa de lei, quando o ceme da questão dirige-se aos juros a serem aplicados nos débitos tributários;

3.44- ademais, a lei complementar que dispõe sobre a aplicação de juros e correção dos débitos tributários é o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/11.966) que, especificamente, em seu art.

161, § 1º, noticia a aplicação de juros moratórios de um ponto percentual, salvo disposição legal contrária, instando salientar que a limitação legal dos juros moratórios em 1 % (um por cento), prevista no art. 192, § 3º, da CF e no art. 161 do CTN, impede a cobrança de juros dessa natureza em percentual superior, o que eiva de inconstitucionalidade e de ilegalidade a taxa SELIC, posto que prevê percentuais muito superiores ao legalmente permitido (no sentido da aplicação da taxa de juros de 1 % ao mês, menciona sentença proferida pela 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de MG- Processo nº 95.12693-1);

3.45- neste diapasão, importante ressaltar que a multa para particulares foi limitada, em alguns casos, em 2% (Lei nº 9.298/1.996), já existindo projeto no Senado, no intuito de estender esse percentual de multa também para os débitos tributários, com modificação, inclusive, do art. 161 do CTN;

3.46- ao impor pagamento de juros de mora a taxas superiores a 12% ao ano, o Estado está afrontando o disposto no art. 192, § 3º da CF e cometendo crime de usura (nesse sentido reproduz ementa de acórdão de TJ-RJ), sendo que o STF também vem se pronunciando nessa linha de raciocínio;

3.47- em suma, conclui-se ser incontestável o direito do contribuinte no que tange à utilização dos juros de mora de 1% ao mês para a atualização de seus débitos, já que a SELIC possui natureza remuneratória e sua aplicação fere o disposto no art. 161, § 1º do CTN e no art. 192, § 3º, da CF;

3.48- o contribuinte observa que, até o atingimento da decisão final na órbita administrativa, a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa, a teor do art. 151, III, do CTN;

3.49- diante dos fatos e fundamentos jurídicos elencados na impugnação e após a realização de perícia técnica na contabilidade do contribuinte, onde será apurado que, no ano-calendário de 1.998, não obteve lucro ou qualquer acréscimo patrimonial, requer seja julgado o Auto de Infração totalmente improcedente, uma vez não ter ocorrido o fato gerador do tributo em questão;

3.50- em respeito ao princípio da eventualidade, caso não sejam acatadas as razões acerca da inexistência do fato gerador, requer seja determinada a redução dos juros de mora para 1 % ao mês, ou que seja reduzida a multa para 20%, sem cumulação com os juros moratórios, para evitar-se o "bis in idem", requerendo-se, também, em todos esses casos, a exclusão da aplicação da taxa SELIC, tendo em vista a sua inconstitucionalidade;

3.51- requer, por fim, a suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário, com base nas disposições contidas no CTN e na CF de 1.988.

Em 28 de novembro de 2003, os membros da 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Rio de Janeiro proferiram Acórdão que, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares, e considerou procedente em parte o lançamento, nos termos da Ementa a seguir transcrita.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física IRPF

Ano-calendário: 1998

Ementa: PRELIMINAR. SIGILO BANCÁRIO.

Havendo procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados, não constitui quebra do sigilo bancário. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR- PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL.

Enseja indeferimento o pedido de produção de prova pericial formulado sem observância dos requisitos legais exigidos. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR. DECADÊNCIA.

O fato gerador do Imposto de Renda Pessoa Física, por ser complexo com período anual, ocorre em 31 de dezembro do respectivo ano-calendário, expirando o prazo decadencial em 5 (cinco) anos, a contar desta data, nos casos de lançamento por homologação. Preliminar rejeitada.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS

A presunção legal de omissão de rendimentos autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, ou apenas comprove parcialmente, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento. Assim sendo, face aos elementos constantes dos autos, é de se excluir do montante tributável os depósitos bancários não deduzidos pelo Fisco, resultantes de débitos em outras contas-correntes de titularidade do contribuinte, bem como os créditos bancários resultantes de resgates de capitalização e de abertura de crédito (CDC automático).

APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA (150%).

A aplicação da multa de ofício decorre de expressa previsão legal, tendo natureza de penalidade por descumprimento da obrigação tributária e, presentes na conduta do contribuinte as condições que propiciaram a majoração da multa de ofício, consubstanciadas pela tentativa de retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador do imposto, é de se manter a multa de ofício qualificada de 150%.

JUROS DE MORA. TAXA REFERENCIAL SELIC. Havendo previsão legal da aplicação da taxa SELIC, não cabe à Autoridade Julgadora exonerar a correção dos valores legalmente estabelecida.

Lançamento Procedente em Parte

A autoridade recorrida excluiu da base de cálculo parte do lançamentos referente a depósitos bancários de mesma titularidade, R\$ 23.000,00 e a créditos resultantes de resgate de capitalização ou obtenção de empréstimo bancário (CDC automático).

Cientificado em 11/12/2003, o contribuinte, se mostrando irrequieto, apresentou, em 09/01/2004, o Recurso Voluntário, de fls. 587/646, reiterando as razões da sua impugnação, às quais já foram devidamente explicitadas, aditando os seguintes pontos:

- Reitera que no período a que se refere o lançamento estava convivendo com dificuldades financeiras, tendo que emitir cheques de conta para conta para cobrir os saldos negativos;

- Da irregular quebra do sigilo bancário do recorrente;

- Da decadência do direito de lançar;

- Da abusiva multa de 150%;

- Da ilegalidade da taxa selic.

É o relatório.



Voto

Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ, Relator

O recurso está dotado dos pressupostos legais de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Da preliminar de Decadência

O termo inicial para a contagem do prazo decadencial para os rendimentos omitidos que ocorreram ao longo do ano de 1998, previsto no art. 150, parágrafo 4º, do CTN é de 1º de janeiro de 1999, posto que é o 1º dia após a ocorrência do fato gerador. Desta forma, o lançamento poderia ser realizado até a data de 31/12/2003, para que pudesse alcançar os valores percebidos no ano-calendário de 1998.

Tendo em vista que o contribuinte teve ciência do auto de infração em 16/05/2003 data em que entendo não havia decaído o direito da fazenda constituir o referido crédito tributário.

Como é sabido, o lançamento é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificar o seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível.

Com o lançamento constitui-se o crédito tributário, de modo que antes do lançamento, tendo ocorrido o fato imponible, ou seja, aquela circunstância descrita na lei como hipótese em que há incidência de tributo, verifica-se, tão somente, obrigação tributária, que não deixa de caracterizar relação jurídica tributária.

É sabido, que são utilizados, na cobrança de impostos e/ou contribuições, tanto o lançamento por declaração quanto o lançamento por homologação. Aplica-se o lançamento por declaração (artigo 147 do Código Tributário Nacional) quando há participação da administração tributária com base em informações prestadas pelo sujeito passivo, ou quando, tendo havido recolhimentos antecipados, é apresentada a declaração respectiva, para o justo final do tributo efetivamente devido, cobrando-se as insuficiências ou apurando-se os excessos, com posterior restituição.

Por outro lado, nos precisos termos do artigo 150 do CTN, ocorre o lançamento por homologação quando a legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, a qual, tomando conhecimento da atividade assim exercida, expressamente a homologa. Inexistindo essa homologação expressa, ocorrerá ela no prazo de 05(cinco) anos, a contar do fato gerador do tributo. Com outras palavras, no lançamento por homologação, o contribuinte apura o montante e efetua o recolhimento do tributo de forma definitiva, independentemente de ajustes posteriores.



Neste ponto está a distinção fundamental entre uma sistemática e outra, ou seja, para se saber o regime de lançamento de um tributo, basta compulsar a sua legislação e verificar quando nasce o dever de cumprimento da obrigação tributária pelo sujeito passivo: se dependente de atividade da administração tributária, com base em informações prestadas pelos sujeitos passivos (lançamento por declaração), hipótese em que, antes de notificado do lançamento, nada deve o sujeito passivo; se, independente do pronunciamento da administração tributária, deve o sujeito passivo ir calculando e pagando o tributo, na forma estipulada pela legislação, sem exame do sujeito ativo - lançamento por homologação, que, a rigor técnico, não é lançamento, porquanto quando se homologa nada se constitui, pelo contrário, declara-se à existência de um crédito que já está extinto pelo pagamento.

Importante frisar que independente do recorrente ter apresentado ou não declaração de ajuste anual, no meu entendimento esse fato não altera a conclusão, uma vez que se homologaria o procedimento. No caso o procedimento de nada fazer, não declarar e não pagar.

Urge observar, entretanto que ocorreu a qualificação da multa, neste caso a contagem do prazo decadência desloca-se para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a teor do art. 173, I do CTN. (art. 150, § 4º do CTN).

Em suma, com ou sem qualificação da multa, não há como considerar o lançamento do ano de 1998 como decadente. Diante do exposto, rejeito a preliminar de decadência.

Da Impossibilidade de Quebra do Sigilo Bancário

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.

Apesar de existir intermináveis discussões quanto à natureza do sigilo bancário, entendo que tal garantia, insere-se na esfera do direito à privacidade, traduzido no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Por outro lado, entendo que o direito à privacidade não é ilimitado, tendo em vista o princípio da convivência de liberdades. Assim, não se pode, sob o manto da privacidade, pretender acobertar indistintamente qualquer irregularidade que seja objeto de apuração pelo fisco, ou seja, os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal não se prestam a servir de manto protetor a comportamentos abusivos, e nem tampouco devem prevalecer diante de fatos que possam constituir crimes. Sejam eles crimes tributários ou não.

Não 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.

Da mesma forma, a quebra do sigilo bancário não afronta aos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

“Ementa: Inquérito. Agravo regimental. Sigilo bancário. Quebra. Afronta ao artigo 5º, X e XII, da CF: Inexistência. (...).

I - A quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal (Precedentes: PET. 577).

(...).

(Ac. Do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no AGRINQ-897/DF, rel. Min. Francisco Rezek, em 23.11.94).”

Ora, é cediço que o sigilo bancário não tem caráter incontestável nem absoluto, pois deve sempre estar submetido, como direito individual que é, aos interesses da sociedade em geral e, por conseguinte, ao interesse maior da preservação dos comandos estabelecidos pela lei.

Diz a Lei nº 4.595, de 1964:

“Art. 38 - As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestado pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso às partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames ser conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.”

Nos termos da lei, acima mencionada, o sigilo bancário será quebrado sempre que houver processo instaurado e a autoridade fiscalizadora considerar necessário, pois é sabido que os estabelecimentos vinculados ao sistema bancário não poderá eximir-se de fornecer à fiscalização, em cada caso especificado pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal, cópias das contas correntes de seus depositantes ou de outras pessoas que tenham relações com tais estabelecimentos, nem de prestar informações ou quaisquer esclarecimentos solicitados, se a autoridade fiscal assim o julgar necessário, tendo em vista a instrução de processo para qual essas informações são requeridas.

É evidente, que a possibilidade da quebra do sigilo bancário é de natureza excepcional, e o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, arrola as oportunidades em que terceiros tem acesso ao conhecimento de dados e informações de operações realizadas no mercado financeiro pelos seus investidores/clientes. Os parágrafos, do artigo anteriormente citado, estabelecem, de forma clara, quais são as autoridades que tem acesso a estas informações, ou seja, Poder Judiciário (§ 1º); Poder Legislativo (§ 2º); Comissões Parlamentares de Inquérito (§ 3º) e os agentes fiscais do Ministério da Fazenda e dos Estados (§§ 5º e 6º).

O texto acima estabelece com clareza a obrigatoriedade que os bancos tinham de permitir aos agentes fiscais o exame dos registros de contas de depósitos. Para isto, bastaria demonstrar a existência de processo fiscal e declarar que tal documentação era indispensável à investigação em curso. Desta forma, entendo que fica demonstrado que, já em 1964, os bancos estavam obrigados a fornecer à fiscalização documentação a respeito de transações com seus clientes.

Não há como discordar que a expressão “processo instaurado” se refere ao “processo administrativo fiscal”, já que em caso contrário não haveria a necessidade de existirem os parágrafos 5º e 6º do referido diploma legal.

Assim, fica evidenciado que para a Administração Tributária Federal ter acesso a informações relativo às atividades e operações no mercado financeiro e de capitais realizadas pelos contribuintes pessoas físicas e/ou jurídicas, estaria condicionada a observância de certos requisitos, quais sejam: ter processo administrativo fiscal instaurado; que as informações a serem solicitadas fossem indispensáveis e que estas informações não poderiam ser reveladas a terceiros.

Já, por outro lado, em 1966, a Lei nº. 5.172 (Código Tributário Nacional) promoveu alterações no dispositivo acima transcrito, eliminando a exigência de prévia existência de processo. No art. 197 o Código Tributário Nacional dispõe:

“Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

...

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras.”

Após a edição do Código Tributário Nacional, o Decreto nº. 1.718, de 1979 reforçou a obrigatoriedade que têm as Instituições Financeiras de prestar informações às autoridades fiscais. No art. 2º daquele ato legal foi estabelecido:

“Continuam obrigados a auxiliar a fiscalização dos tributos sob administração do Ministério da Fazenda, ou quando solicitados a prestar informações, os estabelecimentos bancários, inclusive as Caixas Econômicas, os Tabeliães e Oficiais de registro, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, as Juntas Comerciais ou as repartições e autoridades que as substituírem, as Bolsas de Valores e as empresas corretoras, as Caixas de Assistência, as Associações e Organizações Sindicais, as Companhias de Seguros, e demais entidades ou empresas que possam, por qualquer forma, esclarecer situações para a mesma fiscalização.”

Já no comando da Lei nº. 8.021, de 1990, esta obrigatoriedade é mais abrangente incluindo Bolsa de Valores e Assemelhadas, além das Instituições Financeiras, cuja redação diz o seguinte:

“Art. 7º - A autoridade fiscal do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento poderá proceder a exames de documentos, livros e registros das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como solicitar a prestação de esclarecimentos e informações a respeito de operações por elas praticadas, inclusive em relação a terceiros.

Art. 8º - Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único - As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.”

Evidente está, diante das normas legais acima transcritas, que as instituições financeiras não podem invocar o dever de sigilo bancário quando da efetivação, por parte da Fazenda Pública, de pedido de informações acerca de um terceiro, existindo processo administrativo fiscal que permita tal solicitação. Não há que se falar, portanto, em quebra do sigilo bancário, uma vez que a autoridade fazendária encontra-se legalmente obrigada a manter

os dados recebidos sob sigilo, conforme impõe o parágrafo 6º do artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964.

Os dispositivos legais acima citados, não foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, dão respaldo ao procedimento da fiscalização. Por esta razão, rejeita-se o argumento de que os documentos foram obtidos de forma ilícita. O sigilo bancário, face à farta legislação existente, não pode ser argüido com a finalidade de negar informações ao fisco.

A Lei nº. 8.021, de 1990 revoga, para fins fiscais, a obrigatoriedade das instituições financeiras a conservar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, estabelecido no art. 38 da Lei nº. 4.595, de 1964. Este último dispositivo legal já estabelecia em seus parágrafos 5º e 6º que:

“5º - Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

6º - O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames ser conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.”

Resta claro, portanto, a possibilidade de a administração fazendária solicitar aos estabelecimentos bancários às informações que esses detenham em relação aos contribuintes para os quais exista procedimento fiscal em andamento, sem que seja necessário demonstrar os motivos que conduziram a tal requisição.

Agora sob o comando da Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, esta condição é indiscutível, cuja redação diz 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.”.

A edição desse dispositivo de lei complementar se fez indispensável, em virtude de divergência interpretativa que havia sido estabelecida acerca do tema, especialmente em face de decisão de uma das Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no qual ficou assentado que o termo “processo”, empregado no artigo 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, se referia a processo judicial e não processo administrativo, que a expressão autoridade competente se referia à autoridade judiciária, não a autoridade administrativo-fiscal.

Cuidou, assim, o preceptivo legal em questão - que revogou expressamente, em seu artigo 13, o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964 -, de cancelar uma exceção à regra do sigilo bancário já prevista na lei anterior, agora com toda a clareza, sem deixar margem à interpretação equivocada ou distorcida, ao declarar expressamente que o processo mencionado é o administrativo; que a autoridade competente, para fins da lei, é a administrativa.

Ora, 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.

Nesse sentido, leia-se a opinião de Bernardo Ribeiro de Moraes, contido no *Compêndio de Direito Tributário*, Ed. Forense, 1a. Edição, 1984, pág. 746:

"O sigilo dessas informações, inclusive o sigilo bancário, não é absoluto. Ninguém pode se eximir de prestar informações, no interesse público, para o esclarecimento dos fatos essenciais e indispensáveis à aplicação da lei tributária. O sigilo, em verdade, não é estabelecido para ocultar fatos, mas sim, para revestir a revelação deles de um caráter de excepcionalidade. Assim, compete à autoridade administrativa, ao fazer a intimação escrita, conforme determina o Código Tributário Nacional, estar diante de processos administrativos já instaurados, onde as respectivas informações sejam indispensáveis."

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.

Da Presunção baseada em Depósitos Bancários

O lançamento fundamenta-se em depósitos bancários. A presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do sujeito passivo, em instituições financeiras, ou seja, pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, tem-se a autorização para considerar ocorrido o "fato gerador" quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não havendo a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova.

Via de regra, para alegar a ocorrência de "fato gerador", a autoridade deve estar munida de provas. Mas, nas situações em que a lei presume a ocorrência do "fato gerador" (as chamadas presunções legais), a produção de tais provas é dispensada. Neste caso,

ao Fisco cabe provar tão-somente o fato indiciário (depósitos bancários) e não o fato jurídico tributário (obtenção de rendimentos).

No texto abaixo reproduzido, extraído de “Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas” (Justec-RJ; 1979:806), José Luiz Bulhões Pedreira sintetiza com muita clareza essa questão:

O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que ao negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume - cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativa) provar que o fato presumido não existe no caso.

Assim, o comando estabelecido pelo art. 42 da Lei nº 9430/1996 cuida de presunção relativa (juris tantum) que admite a prova em contrário, cabendo, pois, ao sujeito passivo a sua produção. Nesse passo, como a natureza não-tributável dos depósitos não foi comprovada pelo contribuinte, estes foram presumidos como rendimentos. Assim, deve ser mantido o lançamento.

Antes de tudo cumpre salientar que a presunção não foi estabelecida pelo Fisco e sim pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Tal dispositivo outorgou ao Fisco o seguinte poder: se provar o fato indiciário (depósitos bancários não comprovados), restará demonstrado o fato jurídico tributário do imposto de renda (obtenção de rendimentos).

Assim, não cabe ao julgador discutir se tal presunção é equivocada ou não, pois se encontra totalmente vinculado aos ditames legais (art. 116, inc. III, da Lei n.º 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN). Nesse passo, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal que, de modo inequívoco, estabelece a presunção legal de omissão de receita ou de rendimento sobre os valores creditados em conta de depósito mantida junto a 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 (art. 42, caput, da Lei n.º 9.430/1996).

A autoridade recorrida já havia se pronunciado detalhadamente sobre os argumentos suscitados pelo recorrente, os quais com o perdão da repetição são reproduzido aqui como razão para justificar o não acolhimentos dos argumentos do recorrente:

78. Na peça impugnatória, o recorrente afirma que muitos dos depósitos efetuados em suas contas bancárias originaram-se de transferência entre contas, todas de sua titularidade, fornecendo, às fls. 495 a 498, exemplos dessas transferências interbancárias. No que toca a esses exemplos, deve ser observado que, consoante demonstrativo de fls. 24 e 25, em que consta a discriminação dos expurgos relativos a transferência de valores entre bancos do mesmo titular, foram objeto de exclusão da tributação as seguintes importâncias:

a) R\$ 6.750,00, correspondente ao depósito efetuado, em 26/02/1.998, no Banco Bradesco (conta-corrente 4.275-7),

resultante da emissão de dois cheques, ambos do Banco do Brasil (conta-corrente 50.832-2), nos valores de R\$ 3.750,00 (fi. 97) e R\$ 3.000,00 (fi. 97); b) R\$ 6.000,00, referente a parcela de um depósito efetuado, em 19/02/1.998, no Banco Bradesco (conta-corrente 4.275-7), no total de R\$ 19.000,00, sendo que aquela parcela de R\$ 6.000,00 resultou da emissão de um cheque do Banco do Brasil (conta-corrente 50.832-2), conforme documento de fi. 96; c) R\$ 1.500,00, relativos ao depósito efetuado, em 05/05/1.998, no Banco Bradesco (conta-corrente 4.275-7), decorrente da emissão de um cheque do Banco do Brasil, conta-corrente 50.832-2 (fi. 104); d) R\$ 500,00 depositados, em 31/08/1.998, no Banco Bradesco (conta-corrente 4.275-7), originários da emissão de um cheque do Banco do Brasil, conta-corrente 50.832-2 (fi. 112); e) R\$ 8.500,00 depositados, em 17/02/1.998, no Banco Bradesco (conta-corrente 4.275-7), resultante da emissão de um cheque do Banco Banespa, conta-corrente 0600-9 (fi. 135); f) R\$ 15.000,00 depositados, em 02/03/1.998, no Banco Bradesco (conta-corrente 4.275-7), referentes à emissão de um cheque do Banco Banespa, conta-corrente 0600-9 (fi. 138); g) R\$ 7.000,00, referente a parcela de um depósito efetuado, em 04/03/1.998, no Banco Bradesco (conta-corrente 4.275-7), no total de R\$ 21.000,00, sendo que aquela parcela de R\$ 7.000,00 resultou da emissão de um cheque do Banco Banespa, conta-corrente 0600-9, conforme documento de fi. 138; h) R\$ 16.000,00 depositados, em 05/03/1.998, no Banco Bradesco (conta-corrente 4.275-7), resultante da emissão de um cheque do Banco Banespa, conta-corrente 0600-9 (fi. 138).

79. No que concerne, ainda, às exemplificações efetuadas pelo recorrente, às fls. 495 a 498 da peça impugnatória, urge frisar que, consoante demonstrativo às fls. 236 a 241 (Discriminação dos Depósitos Bancários de Origem não Comprovada), não compuseram o montante tributável os valores a seguir discriminados:

a) R\$ 3.500,00, correspondentes a dois cheques de R\$ 1.750,00, cada, depositados no dia 03/02/1.998 no Banco Bradesco, conta-corrente 4.275-7; b) R\$ 850,00 depositados, em 12/03/1.998, no Banco Bradesco; c) R\$ 2.500,00 depositados, em 11/02/1.998, no Banco Bradesco, conta-corrente 4.275-7; d) R\$ 36.000,00 depositados, em 06/03/1.998, no Banco Bradesco, conta-corrente 4.275-7.

80. Pela análise dos elementos constantes dos autos, verifica-se que, além das importâncias mencionadas pelo contribuinte, às fls. 495 a 498, e que já foram objeto de dedução quando da apuração do montante dos depósitos bancários a serem tributados, devem ser escoimadas da autuação os seguintes depósitos, originários de débitos efetuados em outras contas-correntes de titularidade do interessado:

a) R\$ 15.000,00, não computados à fl. 24, referentes a parcela de um depósito efetuado, em 05/03/1.998, no Banco Banespa, conta-corrente 0600-9, no total de R\$ 25.000,00 (fls. 138 e 274),

sendo que aquela parcela de R\$ 15.000,00 resultou da emissão de um cheque do Banco Bradesco, conta-corrente 4.275-7, conforme documento de fl. 57; b) R\$ 8.000,00, não computados à fl. 24, referentes a parcela de um depósito efetuado, em 06/03/1.998, no Banco Banespa, conta-corrente 0600-9, no total de R\$ 16.000,00 (fls. 139 e 274), sendo que aquela parcela de R\$ 8.000,00 resultou da emissão de um cheque do Banco Bradesco, conta-corrente 4.275-7, conforme documento de fl. 57.

81. O contribuinte noticia, ainda, à fl. 502 da impugnação, que alguns depósitos bancários tiveram origem em resgates de capitalização e em obtenções de empréstimo bancário (CDC automático). Com efeito, analisando-se as peças dos autos, conclui-se que devem ser excluídos da tributação as seguintes importâncias:

a) crédito de R\$ 6.000,00, em 17/03/1.998, no Banco do Brasil, conta-corrente 50.832-2 (fl. 237, item 27 e fl. 99), resultante de CDC automático (fl. 99); b) crédito de R\$ 2.713,87, em 15/05/1.998, no Banco do Brasil, conta-corrente 50.832-2 (fl. 238, item 40 e fl. 104), resultante de resgate de capitalização (fl. 104); c) crédito de R\$ 2.356,27, em 23/12/1.998, no Banco do Brasil, conta-corrente 50.832-2 (fl. 241, item 81 e fl. 123), resultante de resgate de capitalização (fl. 123). Observe-se, também, que os valores de R\$ 500,00 (fl. 239, item 135) e R\$ 2.000,00 (fl. 239, item 139), mencionados pelo contribuinte, à fl. 502, correspondem a depósitos efetuados no Banco Bradesco, conta-corrente 4.275-7, em 04/09/1.998 (fl. 71) e em 09/09/1.998 (fl. 72), respectivamente, não havendo no processo qualquer comprovação de que essas quantias tenham se originado de resgate de capitalização, ou de obtenção de crédito, ou, ainda, de simples transferências entre contas-correntes de titularidade do interessado.

82. Cumpre, outrossim, ressaltar que os documentos de fls. 278 a 453, acostados aos autos pelo contribuinte, apontam pagamentos, recebimentos, transferências e créditos envolvendo a pessoa de Wilson Ribeiro Garcia, não fazendo alusão, em momento algum, à pessoa do recorrente. Ainda ponderando, o Instrumento Particular de Contrato de Comodato firmado entre o contribuinte e Wilson Ribeiro Garcia (fls. 217 a 224), por si só, não tem o condão de elidir a tributação, ora combatida.

83. Destarte, comprovada, em parte, a origem dos recursos, tem a Autoridade Fiscal o poder/dever de manter parcialmente a autuação a omissão do valor dos depósitos bancários recebidos e cujas origens não foram objeto de comprovação. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do Princípio da Legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente, tão somente, a inquestionável observância do diploma legal aplicável ao caso em espécie. Importante lembrar que, consoante Termo de Conclusão da Ação Fiscal (fls. 21 a 26), a Autoridade Lançadora, para efeito de determinação do montante tributável, deduziu os cheques depositados e devolvidos

Diante dos elementos de prova apresentados, é oportuno para o caso concreto, recordar a lição de MOACYR AMARAL DOS SANTOS:

"Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa." Ainda, entende aquele mestre que, subjetivamente, prova 'é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade deste fato ". Já no campo objetivo, as provas "são meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo. "

Assim, consoante o referido autor, a prova teria

- a) um objeto - são os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação;
- b) uma finalidade - a formação da convicção de alguém quanto à existência dos fatos da causa;
- c) um destinatário - o juiz. As afirmações de fatos, feitas pelos litigantes, dirigem-se ao juiz, que precisa e quer saber a verdade quanto aos mesmos. Para esse fim é que se produz a prova, na qual o juiz irá formar a sua convicção.

Pode-se então dizer que a prova jurídica é aquela produzida para fins de apresentar subsídios para uma tomada de decisão por quem de direito. Não basta, pois, apenas demonstrar os elementos que indicam a ocorrência de um fato nos moldes descritos pelo emissor da prova, é necessário que a pessoa que demonstre a prova apresente algo mais, que transmita sentimentos positivos a quem tem o poder de decidir, no sentido de enfatizar que a sua linguagem é a que mais aproxima do que efetivamente ocorreu.

Da Taxa Selic

Por fim, quanto à improcedência da aplicação da taxa Selic, como juros de mora, aplicável o conteúdo da Súmula 1º CC nº 4:

"A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais."

Assim, é de se negar provimento também nessa parte.

Da Multa Qualificada

No que toca a qualificação da multa, deve-se reconhecer que no caso concreto, o que se verificou foi uma simples omissão de rendimentos presumida a partir de depósitos bancários.

Desse modo esses fatos, por si só, não são suficientes a caracterizar evidente intuito de fraude, a que se refere o artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96. Para tanto, seria necessária a comprovação, por parte da autoridade lançadora, de procedimentos adotados pelo Contribuinte com inquestionável intuito fraudulento, o que, porém, não se vislumbrou.

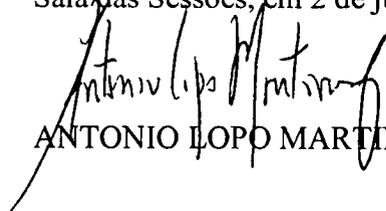
Em situações como a presente, aplicável a Súmula n.º 14, deste Primeiro Conselho de Contribuintes:

“A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.”

Por isso, dou provimento nesse item, a fim de desqualificar a multa de 150%, reduzindo-a para a multa de ofício de 75%.

Ante ao exposto, diante do elucidativo voto da autoridade recorrida, bem como pela inexistência de provas haveis para comprovar a origem dos depósitos bancários, voto no sentido de REJEITAR as preliminares argüidas pelo Recorrente e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

Sala das Sessões, em 2 de junho de 2009.


ANTONIO LOPO MARTINEZ



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

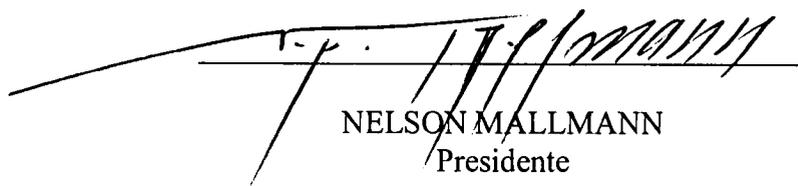
Processo nº: 10840.001422/2003-15

Recurso nº: 164.715

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 3402-00.139.

Brasília, 28 SET 2009


NELSON MALLMANN
Presidente

Ciente, com a observação abaixo:

- () Apenas com Ciência
- () Com Recurso Especial
- () Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador(a) da Fazenda Nacional