



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

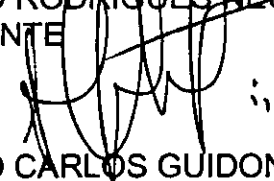
Processo nº : 10845.003726/2002-96
Recurso nº : 148.556
Matéria : IRPJ E OUTROS - Ex(s): 1999
Recorrente : ELCAS REPRESENTAÇÃO, INTERMEDIÇÃO, SERVIÇOS E NEGÓCIOS LTDA.
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-BRÁSÍLIA/DF
Sessão de : 17 de agosto de 2006
Acórdão nº : 103-22.602

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO PELA DECISÃO A QUO SOBRE RELEVANTE QUESTÃO DE MÉRITO. A ausência de exame pela r. decisão recorrida de questão fundamental à adequada solução do processo acarreta a nulidade do ato decisório respectivo, por evidente cerceamento do direito de defesa e afronta ao princípio do contraditório. Recurso voluntário a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ELCAS REPRESENTAÇÃO, INTERMEDIÇÃO, SERVIÇOS E NEGÓCIOS LTDA.,

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara, do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DECLARAR a nulidade da decisão *a quo* e determinar a remessa dos autos à repartição de origem para que nova decisão seja prolatada na boa e devida forma, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


CANDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 22 SET 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, FLÁVIO FRANCO CORRÊA, ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE, PAULO JAGINTO DO NASCIMENTO e LEONARDO DE ANDRADE COUTO.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10845.003726/2002-96

Acórdão nº : 103-22.602

Recurso nº : 148.556

Recorrente : ELCAS REPRESENTAÇÃO, INTERMEDIÇÃO, SERVIÇOS E NE -
GÓCIOS LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto por ELCAS REPRESENTAÇÃO, INTERMEDIÇÃO, SERVIÇOS E NEGÓCIOS LTDA. em face de r. decisão proferida pela 2ª TURMA DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO DE BRASÍLIA – DF, assim ementada:

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1998.

Ementa: CPMF – aplicação intertemporal, utilização de informações obtidas a partir da arrecadação da CPMF para a constituição de crédito referente a outros tributos. retroatividade permitida pelo art. 144, § 1º do CTN.

DA TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Lançamentos reflexos. Ao se decidir de forma exaustiva a matéria referenciada ao lançamento principal de IRPJ, a solução adotada espalha seus efeitos aos lançamentos reflexos, próprio da sistemática de tributação das pessoas jurídicas.

Lançamento Procedente."

A infração foi assim descrita pela Delegacia Regional de Julgamentos recorrida, *verbis*:

"Contra o sujeito passivo qualificado nos autos foram lavrados referentes aos anos-calendário 1998, o auto de infração de IRPJ às fl. 13/14, no valor total de R\$ 3.885.974,22, o auto de infração de Contribuição Social (CSLL) às fl. 16/17, no valor total de R\$ 474.562,35, o auto de infração da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) às fls.08/09, no valor total de R\$ 323.990,87 o auto de infração da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social às fl.12/13 no valor total de R\$ 996.895,68.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS – A origem dos valores dos depósitos e investimentos realizados junto a instituições financeiras não foram comprovados mediante documentação hábil e idônea.

O contribuinte (Milton Ruivo da Silva) intimado afirmou que a origem dos recursos depositados nas suas contas seriam transações de compra e venda de vale –



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10845.003726/2002-96
Acórdão nº : 103-22.602

refeição, veículos usados e cereais no atacado. A contribuinte posteriormente retifica sua resposta informando que não tinha conhecimento dos recursos creditados nas suas contas.

O contribuinte (Eleodoro Alves da Costa) – ação decorrente da anterior – foi intimado afirmou que a origem dos recursos depositados nas suas contas seriam transações de compra e venda de vale – refeição, veículos usados e cereais no atacado sem comprovação de valores.

A contribuinte (Lourdes M. Ferreira da Costa esposa de Eleodoro Alves da Costa) intimada, em virtude das contas em conjunto com o esposo, respondeu com as mesmas informações do esposo.

Foram requisitadas informações aos Bancos a respeito da contas.

A contribuinte (Elcas- repres., interm., Serviços e Negócios LTDA) foi intimada a apresentar os livros contábeis e fiscais, o contrato social de constituição e suas alterações e os extratos bancários e de aplicações financeiras do período de 1998, em virtude, da existência no dossiê do contribuinte de participação nesta sociedade.

DA IRREGULARIDADE APRESENTADA NA PESSOA JURÍDICA

Omissão de receitas de créditos/depósitos bancários não comprovados

A não comprovação com a documentação hábil e idônea, dos valores dos recursos creditados/depositados nas contas conjuntas mantidas pelos contribuintes: Eleodoro Alves da Costa e sua esposa Lourdes Magalhães Ferreira da Costa, referente ao período de 1998, ratificados pelas suas declarações que tiveram origem em transações mercantis, e a existência da sociedade entre eles, caracterizaram a omissão de receita a ser tributada na pessoa jurídica. Os valores apurados e consolidados com os respectivos totais mensais e trimestrais foram registrados no anexo 1."

Em face de referido auto de infração, a Recorrente apresentou impugnação de fl. 340/366, em que sustentou a ilegitimidade da exigência fiscal, a fundamento de que: (i) a autuação estaria baseada em matéria fática que não corresponderia à realidade; (ii) não seria válida a aplicação retroativa da legislação que permitiu a utilização de dados relativos à CPMF para a constituição de crédito relativo a outros tributos federais, o que tornaria ilegítima a prova produzida pela fiscalização; (iii) seria indevida a utilização da alíquota de 32% (trinta e dois por cento) para a apuração do crédito tributário impugnado, aplicável exclusivamente às receitas auferidas pela Recorrente (prestadora de serviços), sendo correta a aplicação no caso da alíquota de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10845.003726/2002-96
Acórdão nº : 103-22.602

8% (oito por cento), posto se tratar de atividade puramente comercial; (iv) por fim, fosse válida a autuação, não seria legítima a incidência da Taxa Selic como juros moratórios, conforme precedentes dos tribunais superiores.

Antes de proferida a r. decisão recorrida, a Recorrente apresentou petição de fls. 376/399, pela qual pretendeu aditar a peça de impugnação com extensa argumentação a respeito da impossibilidade de lançamento de outros tributos federais com base em informações sigilosas dos contribuintes. Sustentou o Recorrente, em linhas gerais, que a Administração Tributária daria equivocada interpretação às disposições da Lei n. 10.174/01, que alterou a redação do art. 11, § 3º, da Lei n. 9.311/96, pelas razões apontadas resumidamente a fls. 458/459 dos autos.

Sem examinar expressamente os argumentos apresentados pela Recorrente na petição de aditamento acima referida, a r. decisão recorrida considerou insubsistente a impugnação e procedente o lançamento. Em apertada síntese, a r. decisão acima ementada estabeleceu ser possível a utilização retroativa de informações bancárias sigilosas dos contribuintes para a apuração e lançamento de créditos tributários federais, a teor do disposto no art. 144, § 1º, do CTN. Segundo a r. decisão recorrida, esse fato não significaria quebra de sigilo bancário ou mesmo produção de prova ilegítima, conforme já reconhecido pela iterativa jurisprudência pátria, pois há expressa previsão legal que autoriza tal procedimento.

Quanto ao mérito da autuação, a r. decisão impugnada assim asseverou: "o art. 24 da lei nº 9.249/95, estabelece o procedimento que deve adotar a autoridade tributária depois de verificada a omissão de receita, ou seja, determina que o valor do imposto e do adicional a ser lançado se fará na conformidade do regime de tributação a que estiver submetida à pessoa jurídica no período base em que corresponder à omissão, inclusive estabelecendo que a pessoa jurídica com atividades diversificadas e tributada com base no lucro presumido ou arbitrado, se não for possível identificar atividade a que se refere à receita omitida, esta se adicionará àquela a que corresponder o percentual mais elevado. Não está identificado pela fiscalização a atividade, assim não há reparo a fazer no lançamento examinado". Por fim, quanto aos juros de mora, a r. decisão recorrida reconheceu a legitimidade da utilização da Taxa Selic como índice de cálculo respectivo, ante a expressa previsão legal nesse sentido.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10845.003726/2002-96
Acórdão nº : 103-22.602

Em sede de recurso voluntário, a Recorrente basicamente reitera as razões de sua impugnação e respectivo aditamento, acrescentando apenas duas preliminares ao exame do mérito, quais sejam: (i) cerceamento do direito de defesa pelo fato de a r. decisão *a quo* não ter examinado os argumentos apresentados em sede de aditamento à impugnação; e (ii) nulidade da r. decisão de primeira instância decorrente de alegada omissão no rebate de questão relativa à não-titularidade das receitas a que se referem os lançamentos, as quais seriam de propriedade dos quotistas da Recorrente (e não da Recorrente) enquanto decorrentes de operações de venda e compra de vales-refeição, de veículos usados e de cereais no atacado.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10845.003726/2002-96
Acórdão nº : 103-22.602

VOTO

Conselheiro ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO, Relator:

O recurso voluntário interposto é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos na legislação vigente, em especial o arrolamento de bens (fls. 484/485/495), pelo que dele tomo conhecimento.

I. - DAS PRELIMINARES

A primeira preliminar suscitada pela Recorrente (cerceamento do direito de defesa pelo fato de a r. decisão *a quo* não ter examinado os argumentos apresentados em sede de aditamento à impugnação) merece ser rejeitadas.

É fato incontroverso o de que a r. decisão recorrida asseverou expressamente que deixou de examinar os argumentos apresentados em sede de aditamento, visto não estarem previstos um dos requisitos estabelecidos no art. 16, § 4º, do Decreto n. 70.235/70 (fls. 454).

Contudo, tal fato não prejudicou o pleno exercício do direito de defesa do contribuinte e, menos ainda, a pretensão da Recorrente formulada neste procedimento administrativo. A uma, pois tais argumentos foram tratados (com menos ênfase, é verdade) pela própria impugnação e foram devidamente apreciados e refutados pela r. decisão impugnada. A duas e, principalmente, pois a matéria a que se refere o contribuinte (exclusivamente de direito) já se encontra de certa forma pacificada perante as instâncias administrativas de julgamento, ante a orientação firmada pelo E. Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

De fato, e adentrando em uma das questões de mérito, parece estar assentado o entendimento de que a fiscalização pode utilizar-se de dados bancários sigilosos dos contribuintes mesmo para a apuração de fatos anteriores à edição da Lei n. 10.174/01, respeitada, obviamente, a decadência tributária.

Este Relator entende, particularmente, que referida legislação apenas poderia legitimar procedimentos de fiscalização baseados em sigilosas informações bancárias para a apuração de fatos posteriores à edição da lei que modificou a expressa restrição contida no art. 11, § 3º, da Lei n. 9.311/96. Com efeito, apenas/a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10845.003726/2002-96
Acórdão nº : 103-22.602

partir da vigência da Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, é possível o acesso às informações bancárias do contribuinte na forma instituída pela Lei nº 10.174/2001, sem a prévia requisição judicial.

No entender deste Relator, a aplicação desse conjunto de normas para a obtenção de dados relativos a exercícios financeiros anteriores sem autorização judicial, como é o caso dos autos, implica ofensa ao princípio da irretroatividade das leis. Não pode o agente fiscal ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte anteriores a 10.01.01, como preconiza a Lei Complementar nº 105/01, sem o crivo do Poder Judiciário. No particular, vale transcrever trecho do voto do Exmo. Min. Peçanha Martins, do E. Superior Tribunal de Justiça, no REsp. n. 531.826/SC, de relatoria do Exmo. Min. Castro Meira, *verbis*:

"Cuidam os autos de questão atinente à utilização, pela Receita Federal, das informações prestadas por estabelecimentos bancários, objetivando subsidiar procedimento administrativo-fiscal.

Em ação mandamental ADEMIR BREHMER requereu medida liminar objetivando obstar a remessa, pelo Sr. Gerente do Banco do Estado de Santa Catarina S/A à Fazenda Nacional e seus agentes, de quaisquer informações referentes à movimentação bancária, ativa e passiva, do impetrante, exigidas sob a égide da LC 105/2001, do Decreto 3.724/2001 e da Lei 10.174/2001; a imediata suspensão das providências necessárias à expedição da Requisição de Informações de Movimentação Financeira (Decreto 3.724/2001) e, caso já expedida, a suspensão da validade da mesma.

.....

Já espossei a minha posição sobre o tema ora apreciado em julgado desta eg. 2ª Turma quando decidimos o REsp. 668.012/PR e o faço, nestes autos, no mesmo sentido.

O sigilo bancário e a inviolabilidade de comunicações são modalidades de garantias da inviolabilidade da vida privada das pessoas, estabelecidas no art. 5º, X, da CF, "in verbis".

"X - 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;"

Como reforço ao direito de inviolabilidade da intimidade e da vida privada, foi especificada a inviolabilidade das comunicações no art. 5º, XII, da CF, assim redigido:

"XII - 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;"



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10845.003726/2002-96
Acórdão nº : 103-22.602

O sigilo bancário encontra, portanto, duplo fundamento constitucional de proteção: o direito à vida privada e ao sigilo de dados. Contudo, não é um direito absoluto, por isso que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da justiça, observados os procedimentos estabelecidos em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade.

Até a edição da LC 105/2001, cuja constitucionalidade está sendo objeto de discussão nas ADINs 2386/DF, 2.389/DF, 2390/DF, 2397/DF e 2406/DF, o STF decidia que:

"Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a Constituição Federal consagra, art. 5º, inciso X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente, e sem a intervenção da autoridade judiciária a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa." (RECR 215301)

"A natureza eminentemente constitucional do direito à privacidade impõe, no sistema normativo consagrado no texto da Constituição da República, a necessidade da intervenção jurisdicional no processo de revelação de dados (disclosure) pertinentes às operações financeiras, ativa e passiva, de qualquer pessoa, eventualmente sujeita à ação investigatória do Poder Público". (MS 217294).

O STJ também se pronunciou no mesmo sentido, em inúmeros julgados, como demonstram as ementas que ora destaco:

"PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL – MANDADO DE SEGURANÇA - SIGILO BANCÁRIO - QUEBRA - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - FISCAL - IMPOSSIBILIDADE - ACÓRDÃO FUNDADO EM MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL NÃO CONFIGURADA - PREQUESTIONAMENTO AUSENTE - PRECEDENTES.

.....
A Lei Tributária Nacional (art. 197, § único) limita a prestação de informações àqueles dados que não estejam legalmente protegidos pelo sigilo profissional. Esta Eg. Corte vem decidindo no sentido da ilegalidade da quebra do sigilo bancário mediante simples procedimento administrativo fiscal, face a garantia constitucional da inviolabilidade dos direitos individuais, exceto quando houve relevante interesse público e por decisão do Poder Judiciário, guardião dos direitos do cidadão. Recurso não conhecido." (REsp. 114760/DF, D.J. 23.08.1999, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins)

"TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA COM BASE EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. 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 (artigo 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 as demais solicitações de informações encaminhadas pelo fisco, desde que decorrentes de procedimento



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10845.003726/2002-96
Acórdão nº : 103-22.602

fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente. Apenas o poder judiciário, por um de seus órgãos, pode eximi as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei. Interpretação integrada e sistemática dos artigos 38, parágrafo 5º, da Lei n. 4.595/64 e 197, inciso II e paragrafo 1º do CTN. Recurso improvido, sem discrepância." (REsp. 37.566-RS, D.J. 28.03.94, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

"SIGILO BANCÁRIO. DIREITO À PRIVACIDADE DO CIDADÃO. QUEBRA DO SIGILO. REQUISITOS LEGAIS. RIGOROSA OBSERVÂNCIA. A ordem jurídica autoriza a quebra do sigilo bancário, em situações excepcionais. Implicando, entretanto, na restrição do direito à privacidade do cidadão, garantida pelo princípio constitucional, é imprescindível demonstrar a necessidade das informações solicitadas, com o estrito cumprimento das condições legais autorizadoras." (REsp. 161.263-RS, D.J. 23.03.98, Rel. Min. Hélio Mosimann).

"MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO BANCÁRIO. PRETENSÃO ADMINISTRATIVA FISCAL. RÍGIDAS EXIGÊNCIAS E PRECEDENTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI 8.021/90. (ART. 5º, PARÁGRAFO ÚNICO). 1. O sigilo bancário não constitui direito absoluto, podendo ser desvendado diante de fundadas razões, ou da excepcionalidade do motivo, em medidas e procedimentos administrativos, com submissão a precedente autorização judicial. Constitui ilegalidade a sua quebra em processamento fiscal, deliberado ao alvitre de simples autorização administrativa. 2. Reservas existentes à auto-aplicação do art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.021/90 (REsp. 22.824-8-CE – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro). 3. Precedentes jurisprudenciais. 4. Recurso sem provimento." (114.741-DF, D.J. 18.12.98, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

Firmou-se, assim, o entendimento de que não se tratava de um direito absoluto individual, mas que só podia ser quebrado por determinação judicial, tendo em vista outros interesses que o exigissem, como por exemplo a investigação de ilícitos criminais, assegurado o devido processo legal. Tal decisão deveria ser lastreada em indícios de fato delituoso e de sua autoria, bem como na imprescindível necessidade de obtenção de prova por meio de quebra de sigilo bancário.

Por essas razões, tanto o STF como o STJ, decidiram não ser possível a quebra do sigilo no curso do processo administrativo sem a manifestação de autoridade judicial, e muito menos por simples solicitação de autoridade administrativa ou do Ministério Público.

Por ser uma providência excepcional, exige não apenas cautela e prudência por parte do magistrado, como também indícios instrutórios mínimos de autoria e materialidade delitiva. Deve ser acompanhada de uma fundamentação razoável, de um motivo racional, de uma suspeita objetiva e fundada. Deve haver, ainda, uma relação de pertinência entre a prova pretendida, com as informações bancárias, e o objeto das investigações em curso. Isto é, deve ser demonstrado que a providência requerida é indispensável ao êxito das investigações.

Sobre o tema, destaco lição de Aliomar Baleeiro, ao comentar o art. 197 do CTN, in "Direito Tributário Brasileiro", revisto e complementado por Misabel Machado, 11ª ed., págs. 1000/1001:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10845.003726/2002-96

Acórdão nº : 103-22.602

"Constatamos, então, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal converge para o mesmo sentido dado por outros sistemas jurídicos, como Áustria, Alemanha, EEUU, Canadá, etc., ao direito à privacidade, de que o sigilo bancário é expressão. Extraído diretamente do Texto Constitucional, não basta para excepcioná-lo nem mesmo a edição de uma lei complementar, pois a Lei n. 4.595/64 assim foi recepcionada pela Constituição, segundo a visão do Relator do acórdão, Min. Carlos Velloso. Mesmo o Poder Judiciário, que indubitavelmente pode afastar o sigilo bancário, mormente em matéria penal, à luz da própria Lei n. 4.595/64, não é livre para fazê-lo, sem o cumprimento de determinados requisitos materiais. O Supremo Tribunal Federal não se satisfaz, portanto, para rompimento do sigilo bancário, um direito fundamental constitucionalmente consagrado, com a edição de uma lei complementar autorizativa, se essa lei complementar, em seu conteúdo, não contiver requisitos mínimos - existindo investigação em inquérito penal formalmente instaurado - tais como:

- existência de início de prova quanto à ocorrência do delito, da autoria do delito e sua materialidade (princípio da objetividade material);

- existência de pertinência ou relação necessária entre a documentação cuja revelação se pede e o objeto criminalmente investigado (princípio da pertinência e adequação)

;
- imprescindibilidade da quebra do sigilo para o êxito das investigações (princípio da proibição de excesso).

A decisão do Superior Tribunal de Justiça (RE n. 37.566-5/RS), posterior àquela do Supremo Tribunal Federal, datada de 02 de fevereiro de 1994, nega o livre acesso da autoridade administrativa fiscal às informações e registros entregues à guarda bancária, interpretando a expressão contida na Lei n. 4.595/64 – Processo Instaurado - como processo judicial e negando valia ao art. 8º da Lei n. 8.021/90. E nem poderia ser de outra maneira.

Se, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário, expressamente autorizado pela Lei n. 4.595/64 a requisitar informações às instituições financeiras, está limitado e condicionado, em suas decisões, à observância de certos requisitos mínimos, acautelatórios e moderadores, assecuratórios da garantia constitucional do sigilo bancário, expressão do direito à privacidade, os demais Poderes, quer se trate do Legislativo, quer do Ministério Público em investigação penal ou da Administração Fazendária no lançamento e fiscalização dos tributos, não gozam nem poderiam gozar, de livre acesso, incontestável, às informações bancárias. A possibilidade de oposição e resistência do contribuinte - essência e núcleo do direito à privacidade – seria nulificada se não fosse ouvido em juízo, ou se não pudesse opor defesa oportuna à pretensão fazendária ou a eventuais abusos em inquérito penal."

Com a edição da LC 105/2001, que permite a quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal, não ficou afastada a necessidade de demonstração consistente das suspeitas e da necessidade da medida, o que só pode ser obtido ao fim do processo



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10845.003726/2002-96
Acórdão nº : 103-22.602

administrativo, devendo ser cercada pelo mesmo rigor e cuidados exigidos para a decretação da quebra por autoridade judiciária e pelas CPIS.

No caso dos autos, a iniciativa para a quebra do sigilo bancário se deu através do "Termo de Início de Fiscalização" e das providências para a expedição da "Requisição de Informações de Movimentação Financeira" (RMF), sem qualquer ordem judicial, já que a autoridade administrativa enquadrou a situação do impetrante na seguinte disposição:

"Art. 3º Os exames referidos no caput do artigo anterior somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses:

.....
XI - presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato.

.....
§ 2º Considera-se indício de interposição de pessoa, para os fins do inciso XI deste artigo, quando:

I - as informações disponíveis, relativas ao sujeito passivo, indicarem movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível declarada ou, na ausência de Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o montante anual da movimentação for superior ao estabelecido no inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996;"

E, se valendo da alteração introduzida pela Lei 10.174/2001 no art. 11 da Lei 9.311/96, utilizou-se dos valores da movimentação financeira do impetrante do ano de 1998, obtidos com base nas informações prestadas pelas instituições financeiras, para iniciar ação fiscal concernente ao imposto de renda, intimando o contribuinte para comprovar a origem dos recursos depositados nas contas bancárias.

Tal conduta era expressamente proibida pelo § 3º do art. 11 da Lei 9.311/96. A alteração introduzida pela Lei 10.174/01 não pode atingir fatos ocorridos em 1998, sob pena de se violar o princípio da irretroatividade das leis.

Ademais, à época, vigia a Lei 4.595/64, com status de lei complementar que admitia a quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial devidamente fundamentada ou por pedido de Comissão Parlamentar de Inquérito, instituída na forma estabelecida pela Constituição Federal. A regra do § 1º do art. 144 do CTN refere-se ao procedimento administrativo e às prerrogativas meramente instrumentais, não podendo ser interpretado de forma colidente com o direito fundamental de sigilo bancário, que só pode ser quebrado na forma estabelecida em lei."

Com ressalva do entendimento pessoal deste Relator, não há como deixar de aplicar ao caso o entendimento que parece ser predominante no E. Superior Tribunal de Justiça e, também, perante esse E. Conselho de Contribuintes, no sentido de ser possível à fiscalização a verificação da ocorrência de fato gerador de tributos ocorridos anteriormente à edição da Lei n. 10.174/01. Assim se depreende de ementas



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10845.003726/2002-96
Acórdão nº : 103-22.602

de v. acórdãos proferidos pela E. Corte Especial e E. Corte Administrativa, respectivamente, *verbis*:

REsp 701996 / RJ ; RECURSO ESPECIAL
2004/0158587-3

Relator(a)

Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)

Órgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento

14/02/2006

Data da Publicação/Fonte

DJ 06.03.2006 p. 195

Ementa

DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO-CONFIGURADA. SIGILO BANCÁRIO. LC 105/2001 E LEI 10.174/2001. USO DE DADOS DE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS PELAS AUTORIDADES FAZENDÁRIAS. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES. APLICAÇÃO IMEDIATA. PRECEDENTES.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 254949/SP, Terceira Seção, Min. Gilson Dipp, DJ de 08.06.2005; EDcl no MS 9213/DF, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.02.2005; EDcl no AgRg no CC 26808/RJ, Segunda Seção, Min. Castro Filho, DJ de 10.06.2002.

2. A Lei 9.311/1996 ampliou as hipóteses de prestação de informações bancárias (até então restritas - art. 38 da Lei 4.595/64; art. 197, II, do CTN; art. 8º da Lei 8.021/1990), permitindo sua utilização pelo Fisco para fins de tributação, fiscalização e arrecadação da CPMF (art. 11), bem como para instauração de procedimentos fiscalizatórios relativos a qualquer outro tributo (art. 11, § 3º, com a redação da Lei 10.174/01).

3. Também a Lei Complementar 105/2001, ao estabelecer normas gerais sobre o dever de sigilo bancário, permitiu, sob certas condições, o acesso e utilização, pelas autoridades da administração tributária, a documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras" (arts. 5º e 6º).

4. Está assentado na jurisprudência do STJ que "a exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência" e que "inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal" (REsp 685.708/ES, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 20/06/2005. No mesmo sentido: REsp 628.116/PR, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 03/10/2005; AgRg no REsp 669.157/PE, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 01/07/2005; REsp 691.601/SC, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 21/11/2005.)

5. Recurso especial a que se nega provimento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10845.003726/2002-96
Acórdão nº : 103-22.602

Número do Recurso: 139841

Câmara: **SEXTA CÂMARA**

Número do Processo: **10840.004076/2003-27**

Tipo do Recurso: **VOLUNTÁRIO**

Matéria: **IRPF**

Recorrente: **PÉRSIO MORETTI PAULINO**

Recorrida/Interessado: **7ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II**

Data da Sessão: **19/10/2005 01:00:00**

Relator: **Wilfrido Augusto Marques**

Decisão: **Acórdão 106-14989**

Resultado: **DPPU - DAR PROVIMENTO PARCIAL POR UNANIMIDADE**

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reconhecer a decadência aos fatos geradores ocorridos em 1997 e excluir da base de cálculo as importâncias de R\$xxxxxx, R\$xxxxxx e R\$xxxxxx; respectivamente, nos anos-calendário de 1998, 2000 e 2001.

Ementa: QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA – A jurisprudência deste Conselho orientou-se pela admissão do uso retroativo dos dados da CPMF e da quebra do sigilo pela autoridade fiscal, ainda que mantida a reserva do entendimento pessoal.

IRPF – DECADÊNCIA – TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - De acordo com a jurisprudência majoritária deste Conselho, o IRPF é tributo sujeito a lançamento por homologação, razão pela qual o prazo decadencial deve ser contado na forma do art. 150, §4º do CTN, ou seja, tem início na data da ocorrência do fato gerador. O fato gerador de cada tributo vem disciplinado na Regra Matriz de Incidência Tributária, de forma que no IRPF, conforme definido no art. 2º da Lei 7.713/88. OMISSÃO DE RENDIMENTOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS – COMPROVAÇÃO DA ORIGEM – Os depósitos bancários cuja origem restar devidamente comprovada devem ser afastados da autuação por omissão de rendimentos.

Recurso parcialmente provido.

Melhor sorte merece a segunda preliminar suscitada.

Conforme se depreende da peça de impugnação (parte inicial e “dos requerimentos”), o Recorrente suscitou questão relativa à “indevida eleição do sujeito passivo – da indevida tributação, como receita da recorrente, de valores que deveriam ter sido tributados na pessoa do sócio Eleodoro, na condição de firma individual”.

Verbis:

“1.2. Examine-se a justificativa para a autuação, constantes do “Termo de Verificação e Constatação” lavrado, apenas com base na suposição de que os depósitos realizados nessas contas conjuntas correspondiam a receitas da Impugnante: ...



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10845.003726/2002-96
Acórdão nº : 103-22.602

1.3. Assim entendendo, e não obstante tenham os sócios da Impugnante, Eleodoro Alves da Costa e Lourdes Magalhães Ferreira da Costa, esclarecido que os eventuais depósitos existentes em suas contas-correntes conjuntas correspondiam à prática de operações de compra e venda de vales-refeição, compra e venda de veículos usados e cereais no atacado, por eles realizadas, e que nada tinham a ver com as atividades da pessoa jurídica (como se pode ver do seu objeto social, constante do contrato em anexo – doc. 1), o I.AFRF autuante extraiu, de extratos bancários apócrifos, valores que considerou como receita omitida e, sobre eles, aplicou o coeficiente de 32% (trinta e dois por cento), com vistas à apuração do lucro presumido.

5.1. - Diante de todo o exposto, constata-se que inexistem condições legais para a manutenção do auto de infração lavrado, seja porque realiza ato que era vedado à D. autoridade administrativa pela lei vigente à época da ocorrência do fato gerador, seja pela indevida eleição do sujeito passivo, ainda que superado os óbices anteriores, promove exigência de tributo maior do que o devido. (...)” (fls. 342/343/365/366)

Segundo alegado pelo Recorrente, “na medida em que não cabe confundir o sócio com a pessoa jurídica da qual faz parte, e considerando que ditas operações comerciais de compra e venda, por ele desenvolvidas, eram absolutamente distintas daquelas realizadas pela Recorrente, não poderia o I. AFRF autuante, confundindo-as, tributá-las como se da Recorrente fossem” (fls. 465). E conclui o Recorrente, “levando-se em conta que, nos termos do art. 126, II, do CTN, a capacidade tributária passiva independe de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional, caberia fosse o sócio Eleodoro considerado como empresa individual, e nunca confundi-lo com a pessoa jurídica da Recorrente, tão-só pelo fato de dela ser sócio” (fls. 466).

Em que pese seja extremamente relevante para a manutenção (ou não) do auto de infração, tal questão não foi ventilada pela r. decisão recorrida.

De fato, em momento algum dos autos a E. Turma da E. DRJ *a quo* fez menção a respeito de eventual equívoco fiscal na eleição do sujeito passivo da obrigação tributária (tal como sustentado pelo Recorrente em sua impugnação), como também dos motivos que justificariam a imputação – pelo agente autuante – de titularidade das receitas referidas à Recorrente (e não à pessoa física do quotista, eventualmente equiparado à empresa individual, tal como sustentado e pretendido pelo Recorrente). Dada a natureza desse argumento de defesa, o reconhecimento de sua procedência levaria inevitavelmente ao provimento da impugnação e à desconstituição do lançamento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10845.003726/2002-96
Acórdão nº : 103-22.602

A ausência de exame pelo E. Julgador de questão fundamental à adequada solução do processo administrativo acarreta a nulidade do ato decisório respectivo, por evidente cerceamento do direito de defesa e contraditório no processo.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso voluntário interposto para acolher a segunda preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente e, conseqüentemente, declarar a nulidade da r. decisão de primeiro grau, para que outra seja proferida na boa e devida forma, restando prejudicadas as demais questões de mérito versadas no recurso.

Sala das Sessões-DF, em 17 de agosto de 2006

ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO