



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

Processo n° 10865.000660/2009-11
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.998 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de fevereiro de 2015
Matéria Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF
Recorrente ANTONIO CARLOS PIZANI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2005

PROVAS. RMF. SIGILO BANCÁRIO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. RESERVA DE FORO. Tendo em vista a interpretação conforme a constituição da Lei Complementar nº 105/2001, tem-se que os requisitos para a quebra do sigilo bancário são: 1) a instauração de procedimento administrativo fiscal; e, 2) autorização judicial permitindo a quebra. Uma vez que a administração requereu às instituições financeiras por meio de RMF as informações bancárias do contribuinte sem prévia autorização judicial, desrespeitando a prerrogativa de reserva de foro, o auto merece ser anulado.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430/1996. Por disposição legal, caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta bancária mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos relativos a essas operações, de forma individualizada. Precedentes.

MULTA DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONFISCO E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INCONSTITUCIONALIDADE. SUMÚLA Nº 2 DO CARF. A Arguição de confisco, de violação à capacidade contributiva e à moralidade administrativa da multa de ofício aplicada demandam a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo vigente, restando sua análise impossibilitada a este Conselho, conforme uniformizado pela Súmula CARF nº 2.

PEDIDO DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA. PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL.

Inexiste Previsão, no Processo Administrativo Fiscal, para uma audiência de instrução em que sejam ouvidas testemunhas que o contribuinte por ventura

tenha a seu favor. A prova pericial somente é necessária quando a matéria exige conhecimento técnico específico. Em ambos os casos, poderia o contribuinte trazer declarações e documentos que corroborassem os argumentos defendidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, QUANTO A PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA POR QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO: Pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar. Vencidos os Conselheiros FÁBIO BRUN GOLDSCHMIDT (Relator), JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado) e PEDRO ANAN JUNIOR, que acolhem a preliminar. Designado para redigir o voto vencedor nesta parte ANTONIO LOPO MARTINEZ. QUANTO A PRELIMINAR DE DECADÊNCIA: Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar. QUANTO AO MÉRITO: Por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ - Presidente

(Assinado digitalmente)

FABIO BRUN GOLDSCHMIDT - Relator.

EDITADO EM: 11/03/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: ANTONIO LOPO MARTINEZ (Presidente), JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado), SUELY NUNES DA GAMA, PEDRO ANAN JUNIOR, MARCO AURELIO DE OLIVEIRA BARBOSA, e FABIO BRUN GOLDSCHMIDT.

Relatório

Trata-se de auto de infração (fls. 02/10) lavrado em face de Antonio Carlos Pizani, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, ano-calendário 2005, em razão da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, formalizando a exigência de imposto no valor de R\$ 6.474.141,91, já acrescido de multa de ofício (75%) e juros de mora.

Processo de fiscalização

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, através de movimentação financeira informado pelo Banco ABN Amro Real, Bradesco, do Brasil, Banespa e Mercantil do Brasil, cumprindo o disposto no artigo 11, § 2.º, da Lei n.º 9.311/96, foi constatada elevada movimentação financeira nas contas do contribuinte, incompatível com os dados informados na sua Declaração de Ajuste.

Assim, o contribuinte foi intimado do Termo de Início de Ação Fiscal, em 25/04/2008 (fls. 20), relativo ao ano-calendário de 2005, para apresentar no prazo de 20 dias

os extratos bancários que deram origem movimentação financeira citada, bem como a comprovação da origem dos valores depositados nas contas bancárias.

Em 06/05/2008, foi protocolizado pedido de juntada de instrumento de procuração, bem como cópia das solicitações dos extratos bancários às instituições financeiras (fls.24/30).

Em 21/05/2008, o contribuinte informa que os requerimentos de exibição dos extratos bancários ainda não haviam sido totalmente cumpridos pelos bancos, requerendo a concessão de prazo suplementar de 20 dias para a apresentação dos extratos (fl. 34).

Em 18/06/2008, o contribuinte apresenta manifestação onde refere: a) é microempresário do ramo de cebola, intermediando a compra e venda da mercadoria junto aos agricultores e atacadistas da região; b) que dessa intermediação era retido o percentual de 8%; c) que todas as operações comerciais foram amparadas por notas fiscais dos produtores, emitidas pelos agricultores e encaminhadas aos compradores; d) que foram declarados todos os valores recebidos pela intermediação realizada em 2005; e) que nenhuma outra atividade foi exercida pelo fiscalizado, sendo os valores que entraram em suas contas correntes pertencentes aos agricultores representados; f) que no ano de 2005 contraiu diversos empréstimos, que não puderam ser adimplidos, resultando em inúmeras execuções movidas contra ele, o que demonstra a dificuldade financeira da fiscalização; g) que não há nada mais a retificar ou recolher aos cofres públicos; h) que é inconstitucional o suporte legal utilizado pela Receita Federal do Brasil para impor a exibição dos extratos bancários (fls.35/40)

Ainda, segundo o Termo de Verificação Fiscal, em 23/06/08, tendo em vista não ter havido a apresentação de quaisquer documentos, foi emitida Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira, apresentada aos bancos acima citados.

Foram apresentados os extratos relativos à conta corrente nº 7091 e poupança nº 7091, agência 536, do Banco Bradesco; c/c nº 5376, agência 066, do Banco do Brasi; c/c nº 10132209, agência 107, do Banco Mercantil do Brasil; c/c nº 200409, agência 213, da Nossa Caixa; c/c nº 17009199, agência 557, do Banco Real; e c/c nº 93253, agência 036 e poupança nº 72852, agência 036 do Banespa Santander, em nome do fiscalizado, no ano de 2005 (fls. 44/301).

O contribuinte foi intimado, em 05/02/2009 (fl. 353), do Termo de Solicitação de Documentos, para que apresentasse a comprovação, mediante documentação hábil, a origem dos recursos depositados nas contas bancárias indicadas. Ainda, a fiscalização elaborou planilha, onde constou cada um dos depósitos referidos (fl. 302/352).

Em 09/02/2009, o contribuinte apresentou resposta à intimação, repisando os argumentos apresentados às fls. 35/40, afirmando que os depósitos bancários, por não representarem valores que necessariamente signifiquem tributos, não apresentando sinais exteriores de riqueza, ensejam o arquivamento do procedimento fiscal. Requereu a produção de

provas, através da oitiva de testemunhas, com designação de audiência, bem como a realização de perícia para demonstrar a não obtenção de riqueza tributada.

Assim, com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96, foi lavrado o auto de infração.

Impugnação

Cientificado do lançamento em 10/03/2009 (fl. 19), o contribuinte apresentou Impugnação, em 18/03/2009 (fls. 367 a 391), na qual refere em síntese:

Preliminar de Nulidade do Lançamento

Quebra de sigilo bancário – Refere que ao promover a quebra do sigilo bancário do impugnante, a autoridade feriu garantias que lhe são constitucionalmente asseguradas, tais como a inviolabilidade da intimidade, o sigilo de dados, o devido processo legal e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Aduz que o direito ao sigilo bancário, por ser uma extensão do direito à intimidade, integra a categoria dos direitos da personalidade, sendo conseqüentemente, de natureza fundamental e por isso mesmo cláusula pétrea protegida pelo art. 60, §4º, IV, da CF/88. A quebra do sigilo bancário por decisão exclusiva da administração, independente de autorização judicial afronta o art. 5º, X e XII e art. 60, §4º, IV, da CF/88. Cita doutrina e jurisprudência.

Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos – Invoca o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, sustentando que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", sendo que, em razão dos incisos LIV e LV, do mesmo dispositivo, tal corolário é estendido aos litigantes em processos administrativos e aos acusados em geral. No processo administrativo federal tal garantia encontra-se disposta na Lei nº 9.784, de 1999, que, em seu art. 30, afirma que "são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos". Assim, os extratos bancários obtidos com a quebra do sigilo bancário do impugnante são considerados provas ilícitas e não se prestam a amparar o lançamento tributário realizado, que deve ser anulado.

Mérito

Inexistência do Crédito Apurado – No ponto o contribuinte, repisa os argumentos apresentados durante o procedimento fiscalizatório. Alega que atua na intermediação de compra e venda de cebola, junto aos agricultores de São José do Rio Pardo (SP) e os mercados atacadistas. Com isso, os compradores efetuavam os depósitos dos valores das operações nas contas correntes do peticionário, que repassava aos agricultores o montante combinado, retendo uma pequena porcentagem pelo trabalho desenvolvido (cerca de 8%). Indica que, no ano de 2005, estava passando por dificuldade financeira, solicitando diversos empréstimos bancários que não foram honrados por absoluta falta de recursos, o que resultou em inúmeras execuções por parte dos bancos. Alega, ainda, ser ilegítimo o lançamento com base apenas em extratos ou depósitos bancários, consoante a Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos e jurisprudência atual. Assevera não bastar a simples presunção legal de que os depósitos constituem renda tributável, evidenciando sinais exteriores de riqueza, visto que, por si sós, depósitos bancários não caracterizam disponibilidade econômica de renda e

proventos. O lançamento assim constituído só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre o depósito e o fato que represente omissão de rendimentos.

Violação ao Princípio Constitucional da Vedação do Confisco Frente à Multa Aplicada – No ponto, o contribuinte sustenta que a multa de 75% aplicada possui caráter confiscatório, vedado pelo artigo 150, IV, da Constituição. No ponto, transcreve a doutrina sobre o assunto e suscita diversos julgados sobre a matéria. Defende que a incidência de multa confiscatória por seu montante excessivo ou despropositado em razão da natureza do delito ou infração tributária, além de não ser permitida pela Constituição, é afastada pela própria diretriz da capacidade contributiva, que obsta a imposição de penas que exorbitem a capacidade econômica dos indivíduos. Ademais, a própria legislação tenderia a impedir abusos nas cominações de penalidades, ex vi, do art. 112 do CTN .

Violação ao Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva – Sustenta que o princípio da capacidade contributiva objetiva proteger o contribuinte contra o Poder Público, de forma que a imposição tributária não implique efeito de confisco, devendo ser respeitada a capacidade econômica dos contribuintes, sendo, os impostos pessoais ou reais, citando o art. 145, § 1º da Constituição Federal. Entende que a aplicação de multas elevadas é manifestamente confiscatória e que, mesmo quando os contribuinte possuísem capacidade econômica para adimpli-las, não apresentaria capacidade contributiva. Aduz que, com base e respeito aos princípios constitucionais do não-confisco, capacidade contributiva, capacidade econômica, bi-tributação, moralidade administrativa e demais leis e acórdãos mencionados, é compreensível, moral e aceitável que seja reconhecida a ilegalidade da imposição da multa ou, pelo menos, essa seja reduzida a seu grau mínimo.

Violação ao Princípio da Moralidade. Refere que a administração pública não deve obediência somente a lei jurídica, mas também ao objetivo moral da lei ética. Assim, ao fixar uma multa tributária em patamar muito elevado, arranharia a moralidade da autoridade fazendária, gerando abuso do poder fiscal. A moralidade aponta para o sentido de jamais tentar a Administração enriquecer ilicitamente à custa do contribuinte, devendo a tributação limitar-se à realidade do fato gerador e de sua base de cálculo, segundo a qual emergirá a capacidade contributiva e o limite a partir do qual o tributo se torna confiscatório.

Por fim, requereu provar o alegado por todos os meios de provas admitidos em direito, notadamente pelo depoimento pessoal da autoridade autuante, oitiva de testemunhas, perícias buscando demonstrar a inexistência das ilegalidades apontadas, juntada de novos documentos, etc, sob pena e infração aos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, esculpido no artigo 5º, inciso IV e LV da Constituição Federal.

Juntou a impugnação documentos referentes à execução ajuizadas para cobrança dos empréstimos efetuados, bem como cópia dos principais documentos produzidos durante o procedimento fiscalizatório (fls. 394/590).

Acórdão de Impugnação

A 5ª Turma de Julgamento da DRJ/BHE, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido. Aduziu em síntese (fls. 593 a 610):

Nulidade. Entendeu não haver nulidade do auto de infração em relação à requisição de provas. Indica que a autuação observou todos os requisitos regulares para o lançamento, previstos no art. 10 e seguintes do Decreto nº 70.235/72. Afirmou que não restou especificada nenhuma hipótese que propicie a nulidade do presente auto de infração na forma do art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

Legalidade da Requisição de Informações Financeiras. Traça um histórico legislativo sobre a possibilidade de obtenção de informações financeiras junto às instituições financeiras. O artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, faculta o exame das informações bancárias do contribuinte pela autoridade fiscal na hipótese de haver um procedimento fiscal em curso, o que foi obedecido. Citou o § 2º do artigo 4º do Decreto nº 3.724/71, afirma que a exigência é de que a RMF seja precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentar informações sobre sua movimentação financeira. Tal intimação no caso teria sido realizada inicialmente no próprio Termo de Início de Ação Fiscal, cuja ciência se deu em 25/04/2008, fls. 20 a 23. Referiu que não é cabível julgar a matéria do ponto de vista constitucional, devendo ficar restrita a apreciação à legalidade do lançamento.

Atividade Vinculada – Ressalta que a atividade administrativa é plenamente vinculada, não comportando apreciação discricionária no tocante aos atos que integram a legislação tributária.

Provas – Citou os arts. 16 e 17 do Decreto nº 70.235/72, entendendo que não há previsão para depoimento pessoal da autoridade autuante ou oitiva de testemunhas no processo administrativo tributário. Afirmou que o impugnante não formulou quaisquer pedidos de diligência ou perícia, com observância das exigências da legislação específica.

Depósitos Bancários. Teceu considerações acerca da aplicação do art. 42, da Lei nº 9.430/96, afirmando que não sendo comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder/dever de considerar os valores depositados como rendimentos tributáveis e omitidos na declaração de ajuste anual efetuando o lançamento do imposto correspondente. Afasta a aplicação da Súmula 182 do TFR, diante da vigência da Lei nº 9.430/96.

Colaciona Parecer Normativo CST nº 329/70, para sustentar não ser cabível a análise das inconstitucionalidades arguidas em sede administrativa.

Multa de Ofício. Refere que a aplicação da multa de 75% decorre de expressa previsão de lei, não podendo sua aplicação ser obstada pela via administrativa. Aduziu que o princípio da não-confisco e da capacidade contributiva destinam-se a elaboração legislativa.

Recurso Voluntário

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

Autenticado digitalmente em 11/03/2015 por FABIO BRUN GOLDSCHMIDT, Assinado digitalmente em 11/03/20

15 por FABIO BRUN GOLDSCHMIDT, Assinado digitalmente em 24/03/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ

Impresso em 02/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O recorrente foi notificado do resultado do julgamento de sua impugnação em 31/10/2013 (fl. 616), tendo interposto recurso voluntário (fls. 618 a 646) em 05/11/2013. Em síntese, foram repisados os argumentos postos em sede de impugnação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Fabio Brun Goldschmidt, Relator

O recurso é tempestivo e atende todos os requisitos de admissibilidade.

Preliminar – Nulidade do Lançamento em razão da quebra de sigilo bancário e Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

O recorrente insurgiu-se quanto à quebra de sigilo bancário pela fiscalização, requerendo a nulidade do auto de infração. Diante disso, passa-se à análise do ponto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ Bverfge 2, 266 (282) – Tradução livre

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

- a) *prevalência da constituição*: deve-se preferir a interpretação não contrária à Constituição;
- b) *conservação de normas*: percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a constituição, ele deve assim aplicá-la para evitar a sua não continuidade;
- c) *exclusão da interpretação contra legem*: o intérprete não pode contrariar o texto literal e sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição;
- d) *espaço de interpretação*: só se admite a interpretação conforme a Constituição se existir um espaço de decisão e, dentre as várias que se chegar, deverá ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição;
- e) *rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais*: uma vez realizada a interpretação da norma, pelos vários métodos, se o juiz chegar a um resultado contrário à constituição, em realidade, deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, proibindo a sua correção contra a Constituição;
- f) *o intérprete não pode atuar como legislador positivo*: não se aceita a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo hermenêutico, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador e com ela contraditória, seja em seu sentido literal ou objetivo. Deve-se, portanto afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador.

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

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

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

Ao interpretar o texto do art. 6º da LC nº105, assim como a lei nº 9.311/96 e o D. nº3724/01, o Min. Marco Aurélio entendeu por conferir-lhes *interpretação conforme*, com o intento de outorgar aos dispositivos o ÚNICO sentido que os compatibilizasse com a Constituição. Nesse sentido, deixou claro que nenhum dos textos citados dispensa a obtenção de autorização judicial para a quebra de sigilo bancário:

“Assentado que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários hão de merecer, sempre e sempre, interpretação, por mais que potencialize o objetivo, harmônico com a Carta da República, provejo o recurso extraordinário interposto para

*conceder a segurança. Defiro a ordem para agastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da recorrente. **Com isso confiro à legislação de regência** – Lei nº 9.311/96, Lei Complementar nº 105/01 e Decreto nº 3.724/01 – **interpretação conforme** à Carta Federal, **tendo como conflitante com essa a que implique afastamento do sigilo bancário do cidadão, da pessoa natural ou jurídica, sem ordem emanada do Judiciário**”.*

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

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

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

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

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

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

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

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

O STJ possui julgado exatamente neste sentido, assim ementado:

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

Dentro do Sistema Constitucional Tributário, o próprio art. 145, §1º, além de assegurar a observância à capacidade contributiva, ainda evidencia ser “facultado à Administração, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, **RESPEITADOS OS DIREITOS INDIVIDUAIS** e nos termos da lei, o patrimônio, os

rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. No caso da quebra de sigilo bancário, a reserva de foro judicial é condição para validar o ato administrativo, assegurando o respeito aos direitos individuais de privacidade e inviolabilidade, albergados na CF.

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

Destarte, já que a prova carreada no processo administrativo foi obtida por meio de RMF sem prévia autorização judicial, entendo pelo cancelamento do auto de infração lavrado, outorgando interpretação conforme ao art. 6º da LC nº105/01 para o fim de entender válida a quebra de sigilo bancário em procedimento fiscal sempre que acompanhado da imprescindível autorização judicial para tanto.

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

Omissão de Rendimento Decorrente de Depósitos Bancários com Origem Não Comprovada

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

Como se verificou no caso em questão, diante dos extratos bancários fornecidos pelos Bancos, foram identificados diversos depósitos em montantes consideráveis (conforme totais mensais detalhados às fls. 16 a 18), os quais, contudo, não foram declarados na DIRPF, e, menos ainda, tiveram sua origem minimamente comprovada ou justificada.

Em sua defesa, o recorrente limita-se a sustentar que tais valores são, na verdade, meros ingressos decorrentes da atividade de intermediação da compra e venda de cebola, e que seriam destinadas aos agricultores. Assim, resume-se a defesa a alegar não pode a tributação basear-se na simples existência de depósitos bancários. Ainda, referiu que o TFR sumulou (Súmula 182) entendimento com esta exata interpretação e determinava o arquivamento de processos administrativos relativos a débitos de imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou comprovantes de depósitos bancários.

Por fim, quanto à aplicabilidade da súmula 182 do extinto TFR, esquece-se o contribuinte de referir que a aludida súmula foi editada antes de 1996, quando ainda não estava em vigor o art. 42 da Lei nº 9.430/96 acima transcrito, com incidência sobre os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, por isso não lhe assiste razão no que tange a aplicabilidade do referido enunciado.

Da Aplicação da Multa de Ofício de 75%

Em síntese propugna o recorrente que a multa de ofício aplicada no patamar de 75% violaria a um só tempo os princípios constitucionais da Vedação ao Confisco, da Capacidade Contributiva e da Moralidade Administrativa.

Em primeiro lugar, necessário esclarecer que é vedado ao julgamento administrativo afastar a aplicação da legislação com base na inconstitucionalidade da lei. Como se sabe e como já assentado neste Conselho, a declaração de inconstitucionalidade possui foro jurisdicional reservado, sendo vedado à Administração desconsiderar o conteúdo de qualquer diploma normativo por esse fundamento, seja ele explícito, seja ele implícito. A ressalva atinge a Administração tanto na análise de justificativas arguidas pelos contribuintes, como na retirada ou desconsideração de obstáculos normativos vigentes que impeçam a atuação fazendária. O tratamento adotado pela Corte Administrativa deve ser o mesmo, pois as duas hipóteses repousam sobre o mesmo fundamento, a partir do qual foi editada a Súmula nº 2 do próprio CARF:

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

Dito isso, no plano da legalidade, entendo pela manutenção da multa de ofício no patamar de 75%, pois tal é a multa mínima prevista para caso como o dos autos, não cabendo a esse Conselho analisar se tal é abusiva ou confiscatória, conforme reiterados julgados, dos quais se colhe o exemplo abaixo:

MULTA DE OFÍCIO - CONFISCO - Em se tratando de lançamento de ofício, é legítima a cobrança da multa correspondente, por falta de pagamento do imposto, sendo inaplicável o conceito de confisco que é dirigido a tributos. Contudo, entendo que deva ser analisado pelo Colegiado a aplicação de multa qualificada, fixada pela fiscalização relativamente ao ganho de capital decorrente da alienação do imóvel informada. (19515.002955/2004-61, Conselheiro Pedro Anan Jr., 1º Conselho de Contribuintes Quarta Câmara)

(...)

EXAÇÃO CONFISCATÓRIA. APLICAÇÃO DE SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2. SÚMULA CARF Nº 4.

Arguição de confisco, inaplicabilidade da Taxa SELIC e demais pontos que demandem a declaração de inconstitucionalidade de

dispositivo vigente e válido não cabem a este Conselho. Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Súmula CARF 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.

(10640.004075/200843, Conselheiro Rafael Pandolfo, Acórdão nº 2202-002.27)

Do pedido de produção probatória.

Igualmente, não merece prosperar o pedido da Recorrente para que seja aberta fase de postulação probatória com oitiva de testemunha e realização de perícia.

No tocante a produção de prova testemunhal deve-se ressaltar que no âmbito do processo administrativo federal, o direito ao contraditório tem seu conteúdo mínimo definido na Lei nº 9.784/99. Ali em seu art. 38 consta que é possibilitado ao contribuinte durante a fase instrutória: juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. De acordo com a jurisprudência deste Conselho, é permitida ao Contribuinte a produção de provas até o julgamento em segunda Instância, com objetivo da consecução da Verdade Real.

Todavia, não há previsão legal para que se faça nessa fase instrutória audiência de instrução na qual o contribuinte possa arrolar testemunhas em seu favor. Nesse sentido, já se posicionou o CARF:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVA TESTEMUNHAL. Inexiste previsão, no Processo Administrativo Fiscal, para uma audiência de instrução em que sejam ouvidas testemunhas que o contribuinte por ventura tenha a seu favor. Eventuais testemunhas poderão ser objeto de declarações escritas, as quais serão consideradas em conjunto com as demais provas acostadas.

OMISSÃO DE RENDIMENTO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Se o contribuinte não traz aos autos comprovação materialmente adequada de que repassou honorários a outros profissionais, e/ou de que os valores apurados pelo Fisco foram entregues aos respectivos clientes, como resultado de ação trabalhista, o lançamento deve ser mantido.

MULTA ISOLADA – CUMULATIVIDADE COM MULTA DE OFÍCIO Deve ser afastada a multa isolada quando a sua

aplicação cumulativa com a multa de ofício implica dupla penalização pelo mesmo fato. Recurso parcialmente provido.

(Primeiro Conselho de Contribuinte. 2ª Câmara. Turma Especial. Acórdão n.º 19200050 do Processo 11543000954200271, data: 90/09/2008) (grifei).

PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA TESTEMUNHAL. O princípio do devido processo legal possui como núcleo mínimo o respeito às formas que asseguram a dialética sobre fatos e imputações jurídicas enfrentadas pelas partes. Para que ocorra cerceamento de defesa é necessário que o descumprimento de determinada forma cause prejuízo à parte, e que lhe seja frustrado o direito de defesa. Ausente previsão, no Processo Administrativo Fiscal, de audiência de instrução em que possam ser arroladas testemunhas. Não há falar em cerceamento de defesa ante a ausência de prova testemunhal, porquanto os testemunhos podem ser trazidos na forma de declarações, para serem analisados em conjunto com as demais provas.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - ORIGEM DE RENDIMENTOS DISCRIMINADA EM EXTRATOS BANCÁRIOS. Conforme art. 42 da Lei n. 9.430/96, será presumida a omissão de rendimentos toda a vez que o contribuinte, titular da conta bancária, após regular intimação, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados em suas contas de depósito ou de investimento. Não deve ser considerado como base de cálculo de IRPF o montante de rendimentos bancários cuja origem restar comprovada na descrição do histórico dos extratos bancários que embasaram a autuação, devendo a Fiscalização, para estes, lançar o tributo de acordo com as regras específicas para o rendimento omitido em questão. ART. 42 DA LEI Nº 9.430/96 - IDENTIFICAÇÃO DOS DEPOSITÁRIOS, INAPLICABILIDADE. Identificada a origem dos depósitos, a apuração do imposto deve obedecer as regras específicas do rendimento apurado (omissão de rendimento de pessoa jurídica ou de pessoa física), não subsistindo o lançamento com fundamento na presunção prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/96. Recurso Voluntário provido em parte

(13603.002762/2008-69. Relator: Rafael Pandolfo; Acórdão nº 2202-002.459)

No tocante a necessidade de prova pericial, esta somente se justifica quando o exame das provas apresentadas não possa ser realizado pelo julgador, em razão da complexidade e da necessidade de conhecimentos técnicos específicos. Caso as provas constantes do processo, ainda que versem sobre matéria especializada, possam ser satisfatoriamente compreendidas, nada justifica a realização de perícia.

Verifica-se no ementário do acórdão da DRJ, o entendimento nesse mesmo sentido. Veja-se:

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. Dever ser indeferido o pedido de perícia quando esse procedimento mostrar-se prescindível para a solução da lide.

Ademais, o contribuinte sequer apresentou quesitos, indicou perito, ou especificou a a necessidade de produção de prova pericial, para fins de comprovação da origem dos depósitos efetuados.

Conclusão

Isso posto, voto pelo PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para declarar a nulidade do auto de infração, já que a prova carreada no processo administrativo foi obtida por meio de RMF sem prévia autorização judicial, outorgando interpretação conforme ao art. 6º da LC nº105/01 para o fim de entender válida a quebra de sigilo bancário em procedimento fiscal sempre que acompanhado da imprescindível autorização judicial para tanto.

Caso seja considerada lícita a prova decorrente da quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

(Assinado digitalmente)

Fabio Brun Goldschmidt – Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Lopo Martinez.

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

Da Preliminar de Prova Ilícita por Quebra do Sigilo Bancário

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

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

no artigo 8º da Lei nº 8.021, de 1990, perdem eficácia, por interpretação sistemática, diante da vedação do parágrafo único do artigo 197, do CTN, norma hierarquicamente superior.

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

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

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

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)

Art. Revoga-se o art. 38 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964.”.

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

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

Desta forma, dentro dos limites estabelecidos pelos textos legais que tratam o assunto, os Auditores-Fiscais da Receita Federal poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, desde que houver processo fiscal administrativo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. Devendo ser observado que os documentos e informações fornecidos, bem como seus exames, devem ser conservados em sigilo, cabendo a sua utilização apenas de forma reservada, cumprido as normas a prestação de informações e o exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, a que alude a lei, não constitui, portanto, quebra de sigilo bancário.

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

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

Desse modo, ausente qualquer ilicitude na prova decorrente da transferência de sigilo bancário para a Receita Federal do Brasil, posto que a Lei Complementar 105, de 2001 confere às autoridades administrativas tributárias a possibilidade de acesso aos dados

bancários, sem autorização judicial, desde que haja processo administrativo e justificativa para tanto. E é este o caso nos autos.

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

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

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez