

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

Processo nº 10945.001746/2006-28
Recurso nº 159.119 Voluntário
Acórdão nº 2202-00.226 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de agosto de 2009
Matéria IRPF
Recorrente JOSÉ APARECIDO MACIEL
Recorrida 4A. TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2002, 2003, 2004, 2005

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.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL - GASTOS E/OU APLICAÇÕES INCOMPATÍVEIS COM A RENDA DECLARADA - LEVANTAMENTO PATRIMONIAL - FLUXO FINANCEIRO - BASE DE CÁLCULO - APURAÇÃO MENSAL - O fluxo financeiro de origens e aplicações de recursos será apurado mensalmente, considerando-se todos os ingressos e dispêndios realizados, no mês, pelo contribuinte. Dessa forma, a determinação do acréscimo patrimonial a descoberto, considerando-se o conjunto anual de operações, não pode prevalecer, uma vez que na determinação da omissão, as mutações patrimoniais devem ser levantadas mensalmente.

ÔNUS DA PROVA. Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus acréscimos patrimoniais.

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)

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).

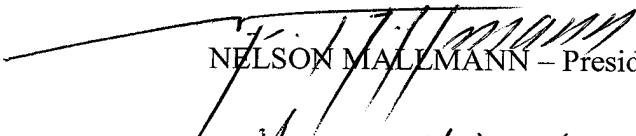
ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1º CC nº 2).

Preliminar rejeitada.

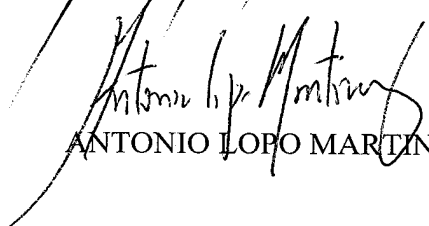
Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar argüida pelo Recorrente e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.



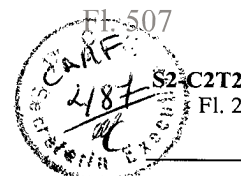
NELSON MALLMANN – Presidente



ANTONIO LOPO MARTINEZ – Relator

EDITADO EM: 27/10/2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Antonio Lopo Martinez, Pedro Anan Júnior, Gustavo Lian Haddad (Vice-Presidente) e Nelson Mallmann (Presidente).



Relatório

Em desfavor do contribuinte, JOSÉ APARECIDO MACIEL, foi lavrado o Auto de Infração de Imposto de Renda de Pessoa Física - IRPF de fls. 395 a 402, que lhe exige o recolhimento de crédito tributário no valor de R\$ 1.014.093,00, sendo R\$ 344.387,97 de imposto, R\$ 516.581,94 de multa de ofício de 150%, prevista no ali. 44, I, § 1º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação dada pelo art. 18 da Medida Provisória 303, de 2006, e R\$ 460,43 de multa exigida isoladamente, referente a falta de recolhimento do IRPF devido a título de carnê-leão, além de R\$ 152.662,66 de juros de mora calculados até 31/07/2006.

O lançamento decorre da apuração de **omissão de rendimentos do trabalho sem vínculo empregatício, recebidos de pessoa jurídica, de omissão de rendimentos decorrente de acréscimo patrimonial a descoberto, de omissão de ganhos de capital obtidos na alienação de bens e direitos, de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários cujas origens não foram comprovadas e multa isolada por falta de recolhimento do imposto de renda pessoa física devido a título de carnê-leão nos anos calendários de 2001, 2002, 2003 e 2004.**

Cientificado do lançamento em 11/09/2006 (fls. 395), o contribuinte ingressou, em 11/10/2006, com a impugnação de fls. 407/427, onde suscita os seguintes pontos:

Preliminarmente, alega que paralelamente a este auto de infração está correndo outro contra José Aparecido Maciel Veículos, pessoa jurídica, do qual depende "pois não se pode desmembrar as duas entidades. analisando-se de forma distinta e separada as inferências tributárias". Diz que "a pessoa física do contribuinte vive essencialmente das rendas provenientes da pessoa jurídica da qual é titular" concluindo que "como a distribuição de resultados da pessoa jurídica em favor da pessoa física fatalmente produzirá efeitos sobre o resultado do auto de infração impetrado contra a pessoa física, não se pode julgar este sem antes determinar o rumo daquele, pois pode-se, desta forma, incorrer em aberrações jurídicas e fáticas que desvirtuariam a busca da verdade real". Cita dispositivo do Código de Processo Civil, do qual extrai fundamento para requerer efeito suspensivo ao julgamento do presente lançamento.

Argúi a ilegitimidade passiva com supedâneo no fato de que a autoridade fiscal "considerou TODOS os créditos nas contas correntes como RENDIMENTO, e "esqueceu" de utilizar estatísticas e percentuais, facilmente levantáveis pelo órgão fiscalizador, de quanto deste suposto RENDIMENTO, pode ser considerado de fato Renda tributável" arrematando que está demonstrado que a "D. Fiscalização se equivocou na eleição do sujeito passivo em boa parte do que considera RENDIMENTO TRIBUTÁVEL, face a escassez de fundamentação que estabeleça

o nexo causal necessário para que se possa renomear depósitos em conta corrente como renda auferida".

Questiona o arrolamento de bens que não lhe pertenceriam mais e aqueles cujos proprietários seriam seus familiares, requerendo sejam desonerados.

No mérito, após digressão sobre o ônus da prova, alega que "o Digno Auditor da Fazenda Federal, para efeito de determinação do rendimento tributável, não considerou os documentos apresentados pelo Impugnante, desconsiderando, inclusive, a apreciação de rendimentos isentos e não tributáveis ao contribuinte, limitando-se a generalização de todo depósito bancário ser rendimento tributável". Diz que "é ônus do agente fiscal contextualizar os elementos de prova juntados, tratando de articulá-los de forma tal a demonstrar a inequivocidade da conduta ilícita do contribuinte".

Explica sobre o conceito de presunção e afirma que o "Auditor Fiscal, no caso vertente, com base em simples depósitos bancários constantes de extratos das contas bancárias de titularidade do Autuado, presumiu a obtenção de rendimentos tributáveis, no valor absurdo superior a um milhão de reais, data vênua, está totalmente deslocado da realidade fática e jurídica. Assim, demonstrado o equívoco da D. Fiscalização é de se exonerar o lançamento tributário de arbitramento de lucro relativo à omissão de rendimentos e sim empregar os percentuais previstos no artigo 5º.

Tece considerações sobre o arbitramento, alegando "que depósito bancário não é um dos parâmetros utilizados como base para o arbitramento. Primeiro porque depósito bancário e rendimento não possuem nexo causal, pois enquanto o rendimento é base para entrada de numerários e produção de riqueza, o depósito bancário revela-se como mera movimentação de dinheiro n, concluindo que "como o sistema tributário brasileiro é, deforma massificada, direcionado à tributação de fatores econômicos (lucro, receita bruta, aumento patrimonial, etc) e pouco focado na atividade financeira (CPMF) não se pode aplicar a tributação de imposto incidente sobre a receita (fundamento econômico) utilizando-se o fluxo de numerários (fundamento financeiro)".

Transcreve decisões administrativas e judiciais para sustentar a ilegitimidade do lançamento fundado apenas em depósitos bancários.

Questiona a aplicação da taxa SELIC para o cálculo dos juros moratórios, por ter caráter remuneratório.

Insurge-se contra o percentual utilizado para cobrança da multa de ofício, por ofensa aos princípios da proporcionalidade e da vedação da utilização do tributo com efeito de confisco.

Requer, por fim, seja, preliminarmente, suspenso o julgamento até decisão do lançamento da pessoa jurídica, declarada a ilegitimidade passiva, reconhecido o vício formal por total desconsideração de elementos constitutivos, como a presunção sem fundamento legal que a ampare, e, no mérito, a



improcedência total pelo reconhecimento da inadequação dos depósitos bancários para representarem rendimentos, reconhecimento da necessidade de se considerar a distribuição dos resultados da pessoa jurídica como justificativa dos depósitos, reconhecimento da inaplicabilidade da taxa SELIC e desconsideração da multa de 150%.

Em 05 de março de 2006, os membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba/PR proferiram o Acórdão 12.950, que julgou procedente em parte o lançamento, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2002, 2003, 2004, 2005

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões administrativas e as judiciais, não proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade das normas legais, não se constituem em n01111aS gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.

PRELIMINAR. PREJUDICIALIDADE. LUCROS DISTRIBUÍDOS.

A apuração de lucro na pessoa jurídica, em razão de lançamento fiscal, não é matéria prejudicial ao julgamento do auto de infração da pessoa física, que versa sobre omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, quando não foi comprovada a ocorrência de quaisquer transferências de recursos da pessoa jurídica para a pessoa física.

PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA.

O sujeito passivo da obrigação tributária é o titular da conta corrente cujos depósitos não tiveram a origem comprovada.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVA. MOMENTO DE APRESENTAÇÃO.

Nos termos do artigo 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, cumpre ao contribuinte instruir a peça impugnatória com todos os documentos em que se fundamentar e que comprovem as alegações de defesa, precluindo o direito de fazê-lo em data posterior.

MATÉRIAS NÃO IMPUGNADAS_ OMISSÃO DE RENDIMENTOS_ TRABALHO SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO_ ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO_ GANHOS DE CAPITAL. CARNÊ-LEÃO_

Considera-se como não-impugnada a parte do lançamento sobre a qual o contribuinte não se manifesta.

OMISSÃO DE RENDIMENTO_ LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS -ARTIGO 42 DA LEI Nº 9A30 de 1996_

O art. 42, da Lei nº 9A30, de 1996, determina o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO - APROVEITAMENTO DE RENDIMENTOS OMITIDOS

Os rendimentos considerados omitidos por falta de justificativa da fonte dos recursos utilizados em operações de depósitos bancários, devem ser considerados como origem de recursos para acobertar acréscimo patrimonial a descoberto apurado, no mesmo ano-calendário.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA CARÁTER CONFISCATÓRIA- PROPORCIONALIDADE_

A multa de ofício qualificada não constitui tributo, mas penalidade pecuniária prevista em lei, sendo-lhe inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V, do art. 150 da Constituição Federal, e nem pode ter suposta ofensa, do seu conteúdo, ao princípio da proporcionalidade analisada na esfera administrativa em face da submissão desta ao princípio da legalidade.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os tributos e contribuições sociais não pagos até o seu vencimento, com fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1995, serão acrescidos na via administrativa ou judicial, de juros de mora equivalentes, a partir de 01/04/1 995, à taxa referencial do Selic para títulos federais

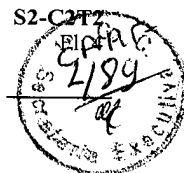
Lançamento Procedente em Parte

A autoridade julgadora considerou por acatar como origem de recursos para acobertar variação patrimonial a descoberto os rendimentos considerados omitidos por falta de justificativa de depósitos bancários, nos mesmos anos-calendário.

Devidamente cientificado acerca do teor do supracitado Acórdão, em 130/02/2007, conforme AR de fls. 451, o contribuinte, se mostrando irredimido, protocolou, em 14/06/2006, o Recurso Voluntário, de fls. 459/484, reiterando as razões da sua impugnação, às quais já foram devidamente explicitadas anteriormente no presente relatório, aditando os seguintes pontos:

- Do questionamento na pessoa física e pessoa jurídica;
- Da ilegitimidade passiva;
- Da irregular quebra do sigilo bancário;
- Do ônus da prova do fisco;
- Da prova baseada no arbitramento de resultados;

Processo nº 10945.001746/2006-28
Acórdão nº 2202-00.226



- Dos depósitos bancários sem comprovação de origem;
- Das não aplicabilidade da taxa selic;
- Da violação do princípio da proporcionalidade na multa;
- Da concomitância da multa isolada do carnê leão;
- Dos ganho de capital na alienação de bens e direitos e dos rendimentos sem vínculo empregatício.

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 Ilegitimidade Passiva

O recorrente questiona que o presente julgamento deve estar condicionado ao lançamento da pessoa jurídica, entretanto não lhe assiste razão, conforme observado pela autoridade recorrida:

O presente lançamento trata de omissão de rendimentos do trabalho sem vínculo empregatício, recebidos de pessoa jurídica, de omissão de rendimentos decorrente de acréscimo patrimonial a descoberto, de omissão de ganhos de capital obtidos na alienação de bens e direitos, de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários cujas origens não foram comprovadas e de falta de recolhimento do imposto de renda pessoa física devido a título de carnê-leão. Dessas matérias objetos do lançamento, o contribuinte poderia, com o resultado da pessoa jurídica, justificar ingresso de depósitos na conta corrente ou no caixa. Entretanto, estes ingressos não são automaticamente computados, ou seja, não são decorrências diretas da apuração de resultados da pessoa jurídica. É preciso que o contribuinte comprove a efetiva transferência dos recursos da pessoa jurídica para a física. O que não fez. Se tivesse havido esta comprovação, poderia se cogitar da prejudicialidade, já que a existência ou não de resultados da pessoa jurídica é crucial para se determinar se os ingressos no caixa ou conta bancária do impugnante são tributáveis.

Afasta-se, pois, a necessidade de suspensão do julgamento do presente.

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva porque o lançamento considerou como rendimentos todos os depósitos em conta corrente, carece de fundamento. A conta corrente é de titularidade do impugnante e a sistemática de cálculo que define o montante a ser tributado está totalmente calcada na legislação que regula a matéria, no caso o artigo 42. incisos e §§, da Lei 9.430, de 1996.

Ante ao arrazoado da autoridade recorrida, ao qual não encontro a necessidade de qualquer reparo, não vislumbro, pois, qualquer erro na eleição do sujeito passivo.

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.

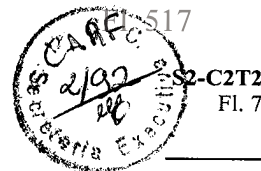
Os dispositivos legais acima citados, não foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, dão respaldo ao procedimento da fiscalização. Por esta razão, rejeita-se o argumento de que os documentos foram obtidos de forma ilícita. O sigilo bancário, face à farta legislação existente, não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

Parte questionada do 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 nº 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 nº 9.430/1996).

Do Acréscimo Patrimonial a Descoberto

A outra parte do lançamento que cabe ser apreciada é aquela vinculada a omissão de rendimentos caracterizada por acréscimo patrimonial a descoberto.

Como explicado na decisão recorrida, o meio utilizado, no caso, para provar a omissão de rendimentos é a presunção. É o meio de prova admitido em Direito Civil, consoante estabelecem os arts. 136, V, do Código Civil (Lei nº 3.071, de 01/01/1916) e 332 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11/01/1973), e é também reconhecido no Processo Administrativo Fiscal e no Direito Tributário, conforme art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, e art. 148 do CTN.

Tendo sido evidenciado pelo fisco a aquisição de bens e/ou aplicações de recursos, cabe ao contribuinte a prova da origem dos recursos utilizados. Isto é, a prova ex ante, de iniciativa do Fisco, redundará no ônus da contraprova pelo contribuinte.

A Lei nº 7.713/88 estabeleceu uma **presunção legal** ao definir que os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados constituem rendimentos omitidos e, portanto, sujeitos à tributação. De modo geral, toda presunção é a aceitação como verdadeiro de um fato provável.

Na maioria das vezes, a presunção é simples ou relativa (*praesumptio iuris tantum*) e seu efeito é a inversão do ônus da prova, cabendo à parte interessada a produção de prova contrária para afastar o presumido. É o que ocorre no presente caso. A presunção legal aqui enfocada é relativa, impondo ao agente público o lançamento de ofício do imposto correspondente sempre que o contribuinte não justifique, por meio de documentação hábil e idônea, o acréscimo patrimonial a descoberto.

Da Inconstitucionalidade das Normas

No referente a suposta inconstitucionalidade das Normas aplicadas, que determinariam a aplicação de multas e juros de natureza confiscatória, acompanho a posição sumulada pelo 1º Conselho de que não compete à autoridade administrativa de qualquer instância o exame da legalidade/constitucionalidade da legislação tributária, tarefa exclusiva do poder judiciário.

O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1º CC nº 2).

Da Inaplicabilidade da Selic como Taxa de Juros

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 Concomitância de Multas



No caso concreto não houve concomitância de multas de ofício e multas isoladas tal como se refere o recorrente. A multa isolada aplicada decorre da falta de recolhimento do carnê-leão de rendimentos de pessoa física declarados.

Das Matérias não Questionadas

O recorrente não se pronunciou sobre o mérito da autuação na impugnação ou recurso no que tange à omissão de rendimentos do trabalho sem vínculo empregatício, recebidos de pessoa jurídica, à omissão de rendimentos decorrente de acréscimo patrimonial a descoberto, à omissão de ganhos de capital obtidos na alienação de bens e direitos e à exigência da multa isolada pela falta de recolhimento do imposto de renda pessoa física devido a título de carnê-leão, pelo que é de se considerar essa parte do lançamento, conforme o disposto no art. 17 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, com a redação do art. 67 da Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997, como não impugnada e, portanto, não litigiosa.

Em seu recurso o interessado não apresenta qualquer argumento de fato para questionar o lançamento dos rendimentos de trabalho sem vínculo empregatício ou a omissão de ganhos de capital.

Da Multa Qualificada

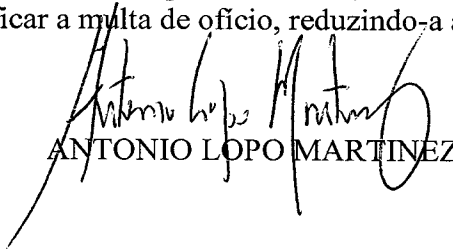
No que toca a qualificação da multa, deve-se reconhecer que no caso concreto, o que se verificou foi uma simples omissão de rendimentos presumidos por depósitos bancários não comprovados e acréscimo patrimonial a descoberto. Esses fatos, por si só, não são suficientes a caracterizar evidente intuito 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 nº 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 para comprovar a origem dos depósitos bancários, voto no sentido de REJEITAR as preliminares e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.


ANTONIO LOPO MARTINEZ