



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

**Processo n°** 11030.000037/2006-09  
**Recurso n°** 159.419 Voluntário  
**Acórdão n°** 3402-00.129 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 1 de junho de 2009  
**Matéria** IRPF - Ex(s): 2002 a 2003  
**Recorrente** MARINES TEREZINHA PARMIGIANI  
**Recorrida** 2A. TURMA/DRJ-SANTA MARIA/RS

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF**

Exercício: 2002, 2003

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

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

**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.

**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.

**REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA- RMF - PROCEDIMENTO - VALIDADE.**

Tendo sido as informações/documentos requisitadas às instituições financeiras por autoridade competente e após intimação para que o contribuinte apresentasse espontaneamente essas informações/documentos, não há falar-se em vício na obtenção dos extratos bancários que serviram de base para o lançamento.

Preliminares rejeitadas.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Terceira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares argüidas pela Recorrente e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo, relativo aos anos-calendário 2001 e 2002, os valores de R\$ 160.265,97 e R\$ 103.651,13, respectivamente, nos termos do voto do Relator.



NELSON MALLMANN – Presidente



ANTONIO LOPO MARTINEZ – Relator

28 SET 2009

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

## Relatório

Em desfavor da contribuinte, MARINES TEREZINHA PARMIGIANI, foi lavrado auto de infração, exigindo-lhe o crédito tributário no montante de R\$ 1.362.122,00, nele compreendidos imposto, multa de ofício e juros de mora, relativo aos anos-calendários 2001 e 2002, em decorrência da apuração de **omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários não comprovados**.

Cientificada em 20/01/2006, a contribuinte, às fls. 409 a 455, impugna fazendo, em síntese, as alegações a seguir descritas.

### *1. Nulidades do auto de infração*

*- A carência de suporte motivacional do ato administrativo que determinou as requisições de movimentação financeira(RMF).*

*Em todas as respostas aos termos de intimação, a impugnante procurou, na medida do possível e do razoável, cumprir com o seu dever de colaboração com a fiscalização. Assim, a documentação foi providenciada, à exceção dos extratos bancários, em função do elevado custo e da delonga no atendimento da requisição pela agência bancária.*

*O artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, é cogente quanto à indispensabilidade da exposição dos motivos pelos quais quis-se romper o sigilo bancário do contribuinte e que o exame dos livros e documentos de instituições financeiras somente poderão ser examinados pelos agentes fiscais quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.*

*A RMF, de fl. 44, não contém sequer uma linha de motivação do ato, limitando-se o Delegado que a assinou(autorizou) a dizer serem os extratos indispensáveis ao andamento do procedimento de fiscalização em curso, nos termos do artigo 4º, § 6º, do Decreto nº 3.724, de 2001.*

*Traz ensinamentos da doutrina sobre os requisitos de validade do ato administrativo.*

*- A impossibilidade de quebra de sigilo sem respaldo em autorização judicial precedente.*

*Ao requisitar os extratos bancários, as cópias de cheques e de recibos de depósitos, as cópias da ficha cadastral e das fichas de assinatura de sua conta bancária, o agente fiscal fez uso de provas de forma irregular, determinando a nulidade do lançamento.*

*- Erro na identificação do sujeito passivo.*

*O Fiscal tomou conhecimento, por meio das respostas às intimações, que a impugnante desenvolvia compra e venda de bens/mercadorias, ou seja, atos de comércio.*

*Para aquilatar tal fenômeno, basta verificar que os créditos de origem não comprovada perfazem a quantia de 2.236 operações.*

*Conclui-se então que houve a prática habitual e com intuito de lucro do ato de comércio.*

*Caberia, então, à fiscalização, ter promovido, de ofício, a equiparação da pessoa física à pessoa jurídica, em obediência ao artigo 150, § 1º, II, do RIR/1999.*

*Assim, diante do entendimento presumido da fiscalização de atribuir a propriedade dos recursos depositados à impugnante, conclui-se que o lançamento é nulo por erro na identificação do sujeito passivo.*

*Mérito*

*- Ilegalidade/inconstitucionalidade da exigência.*

*Ocorreu a descaracterização do fato gerador do IRPF no lançamento efetuado sobre mero somatório de depósitos bancários.*

*A base de cálculo do imposto de renda há de ser sempre a renda, definida no artigo 43 do CTN.*

*A contribuinte desenvolvia atividade comercial informal, consistente em comprar e revender peças de vestuário, acessórios, perfumes, etc. Assim, a maior parte dos depósitos carregam consigo, na verdade, o custo elevado ocorrido quando da aquisição das mercadorias, ou seja, a cada ingresso na sua conta, sua maior parte não é renda/lucro, passível de tributação.*

*Traz ensinamentos da doutrina e jurisprudência administrativa e judicial sobre imposto e renda, prova, fato gerador e presunção legal.*

*Conclui que o lançamento é ilegal e inconstitucional.*

*- O caráter sancionatório da exigência.*

*O autuante impingiu uma tributação excessivamente gravosa à impugnante, revestida, da característica sancionatória, vedada pelo CTN.*

*- O erro na quantificação da base de cálculo.*

*Nos extratos de movimentação financeira (fls. 50 a 172), estão arrolados e foram impropriamente tributados diversos cheques depositados devolvidos.*

*Os valores apontados estão discriminados na planilha que compõe o anexo 1 da impugnação.*

*Requer a exclusão desses valores do lançamento.*

Em 16 de março de 2007, os membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Santa Maria, proferiram Acórdão que, por unanimidade de votos, julgaram procedente em parte o lançamento, nos termos da Ementa a seguir transcrita.

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF*

*Ano-calendário: 2001, 2002*

**OMISSÃO DE RENDIMENTOS.DEPÓSITOS BANCÁRIOS.**

*A partir de 01/01/1997, os valores depositados em instituições financeiras, de origem não comprovada pelo contribuinte, passaram a ser considerados receita ou rendimentos omitidos.*

*Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário*

*Ano-calendário: 2001, 2002*

**DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.**

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

**INCONSTITUCIONALIDADE.** *O exame da constitucionalidade ou legalidade das leis é tarefa estritamente reservada aos órgãos do Poder Judiciário.*

*Assunto: Processo Administrativo Fiscal*

*Ano-calendário: 2001, 2002*

**NULIDADE.**

*Comprovado que o procedimento Fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, não há que se cogitar em nulidade do lançamento.*

*Lançamento Procedente em Parte*

Segundo a autoridade recorrida, analisando o referido anexo à impugnação (fls. 439 a 455), os extratos bancários da conta 03745-76 do HSBC (fls. 50 a 172) e a relação dos depósitos bancários lançados pela fiscalização como de origem não comprovada (fls. 377 a 400), constatou-se que grande parte dos cheques devolvidos não foi lançada como depósito não comprovado, ou, o depósito lançado, apesar de ter o mesmo valor do cheque devolvido, corresponde a valor depositado em data posterior à devolução do cheque. Assim, a devolução apontada pelo contribuinte não corresponde ao valor lançado.

No entanto, verificou-se que uma parte dos cheques que foram devolvidos está incluída nos valores lançados pela fiscalização como de origem não comprovada. No demonstrativo, anexo ao voto da autoridade recorrida, constam os valores, correspondentes a cheques devolvidos, a serem excluídos do lançamento, totalizando R\$ 54.278,31, no ano-calendário 2001 e R\$ 74.132,07, no ano-calendário 2002.

Cientificada em 16/04/2007, a contribuinte, se mostrando irresignada, apresentou, em 15/05/2007, o Recurso Voluntário, de fls. 477/517, reiterando as razões da sua impugnação, às quais já foram devidamente explicitadas, que aditando os seguintes pontos:

- A inconsistência dos argumentos utilizado pelo DRJ- Santa Maria para não reconhecer a ilegalidade e inconstitucionalidade dos procedimentos desencadeados pelo autuante;

- Da carência de motivação do ato administrativo que determinou a expedição das requisições de movimentação financeira (RMF);

- Da impossibilidade de quebra do sigilo sem respaldo em autorização judicial;

- Das inconsistências substanciais e factuais do lançamento, tal como erro na identificação do sujeito passivo, dada a natureza das atividades habituais de comércio para fins de tributação;

- Das inconsistências materiais do lançamento dada a ofensa ao arts.3 , 43, 110, 114/116 e 142 do CTN, e ao art. 153 da Constituição Federal., sendo tributada base material absolutamente distinta da renda;

- Ocorreu a descaracterização do fato gerador do IRPF no lançamento efetuado sobre mero somatório de depósitos bancários;

- Questiona o caráter sancionatório da exigência;

- Identifica que ocorreu erro factual na quantificação do base de cálculo , dada a indevida tributação de cheques devolvidos, identificando falha no argumento utilizado pela DRJ, tendo em vista que o depósito pode caracterizar a soma de vários cheques. Solicitando que sejam excluídos todos os cheques devolvidos.

É o relatório.



## Voto

Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ, Relator

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

### **Da Inconstitucionalidade das Normas**

O recorrente questiona enfaticamente o posicionamento da autoridade recorrida no que toca a apreciação da legalidade e inconstitucionalidade de normas. Nesse ponto em particular no referente a suposta inconstitucionalidade das Normas aplicadas, 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).*

Assim, por exemplo, a suposta inconstitucionalidade da multa no percentual de 75 %, estabelecido por lei, bem como o seu caráter sancionatório, acompanha a posição sumulada pelo conselho.

### **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*

X

*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 mesma forma, discordo daqueles que defendem a ilegalidade da aplicação retroativa da Lei Complementar nº 105, de 2001, sob o argumento que em face ao princípio constitucional que veda a aplicação retroativa da lei, a mesma (LC nº 105, de 2001), não poderia ter sido tomada pelas autoridades fiscais para respaldar a obtenção e o exame da movimentação bancário do ano calendário de 1998.

**Da Carência de Motivação do Ato que determinou expedição de RMF**



Neste ponto, o voto da autoridade recorrida parece-me completo, para o qual não identifica a necessidade de qualquer reparo. Com o perdão da repetição, transcrevo, apenas para reforçar a posição:

*O artigo 3º do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, trata das hipóteses em que os exames de informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e entidades a ela equiparadas, são considerados indispensáveis. Essas informações são requisitadas pela autoridade fiscal, mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF).*

*No presente caso, conforme consta no relatório de fiscalização e na resposta da contribuinte ao Termo de Início de Fiscalização, de fls. 38 e 39, quando intimada, a autuada informou que não possuía os extratos bancários e que não os solicitaria porque o custo informado pelos bancos era muito elevado, além do demorado prazo para a entrega.*

*Foi então solicitada a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira, pois a negativa da interessada na entrega dos extratos bancários, já era o requisito suficiente, conforme dispõe o artigo 3º, X, do Decreto nº 3.724, de 2001.*

No mesmo sentido entendo que o ato está plenamente motivado, não existindo qualquer nulidade.

### **Da Presunção baseada em Depósitos Bancários**

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

Via de regra, para alegar a ocorrência de “fato gerador”, a autoridade deve estar munida de provas. Mas, nas situações em que a lei presume a ocorrência do “fato gerador” (as chamadas presunções legais), a produção de tais provas é dispensada. Neste caso, ao Fisco cabe provar tão-somente o fato indiciário (depósitos bancários) e não o fato jurídico tributário (obtenção de rendimentos).

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

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

*presunção (se é relativa) provar que o fato presumido não existe no caso.*

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

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

Assim, não cabe ao julgador discutir se tal presunção é equivocada ou não, pois se encontra totalmente vinculado aos ditames legais (art. 116, inc. III, da Lei n.º 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN). Nesse passo, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal que, de modo inequívoco, estabelece a presunção legal de omissão de receita ou de rendimento sobre os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (art. 42, caput, da Lei n.º 9.430/1996).

#### **Da Ilegitimidade Passiva**

O recorrente alega que a fiscalização deveria realizar o lançamento na pessoa jurídica, entretanto em termos concretos os depósitos foram feitas na contas correntes do recorrente. Caberia ao recorrente demonstrar de modo claro que os referidos depósitos não pertenciam ao contribuinte mas a pessoa jurídica.

É inadmissível aceitar alegações quando desacompanhadas de provas. Assim, a ocorrência do fato gerador decorre, no presente caso, da presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Verificada a ocorrência de depósitos bancários cuja origem não foi devidamente comprovada pelo contribuinte, é certa também a ocorrência de omissão de rendimentos à tributação, cabendo ao contribuinte o ônus de provar a irrealidade das imputações feitas. Ausentes esses elementos de prova, resulta procedente o feito fiscal em nome do contribuinte.

#### **Do Erro Factual na Quantificação da Base de Cálculo**

A autoridade recorrida em sua apreciação da impugnação excluiu do lançamento os valores onde foi possível visualizar claramente a vinculação entre um depósito não comprovado e um posterior cheque devolvido. Com esse procedimento visava-se evitar a indevida tributação de um depósito não comprovado que posteriormente resulta-se num cheque devolvido. A recorrente comentou em seu recurso que os depósitos são feitos com uma soma de vários cheques e que portanto, não é possível correlacionar sempre depósito não comprovado com cheque devolvido. Não há como negar que o argumento da recorrente é válido. Diante da incerteza, e por entender que um cheque devolvido presume um depósito anterior, penso que o correto, é excluir da base de cálculo todos os cheques devolvidos. Naturalmente, salvo se

houvesse nos autos elementos que permitissem indicar que essa devolução decorre de depósito que havia sido comprovada a origem.

Acrescente-se, por pertinente, que a autoridade fiscal ao realizar o lançamento não se pronunciou sobre os referidos cheques devolvidos, não deixando claro se no seu procedimento teria excluído alguns. No termo de verificação fiscal não se encontra referência a suposta exclusão de cheques devolvidos.

Da análise dos autos, bem como levando em consideração o Anexo I da impugnação da contribuinte, constata-se que foram devolvidos os seguintes cheques:

	2001	2002
<b>JAN</b>	R\$ 9.021,49	R\$ 17.971,43
<b>FEV</b>	R\$ 22.507,47	R\$ 16.741,31
<b>MAR</b>	R\$ 9.205,98	R\$ 16.059,78
<b>ABR</b>	R\$ 20.803,63	R\$ 17.182,26
<b>MAI</b>	R\$ 35.917,94	R\$ 14.518,63
<b>JUN</b>	R\$ 14.260,18	R\$ 12.045,60
<b>JUL</b>	R\$ 18.415,37	R\$ 3.559,68
<b>AGO</b>	R\$ 14.873,55	R\$ 7.080,77
<b>SET</b>	R\$ 14.155,61	R\$ 8.668,46
<b>OUT</b>	R\$ 21.568,60	R\$ 20.440,98
<b>NOV</b>	R\$ 13.026,79	R\$ 27.686,60
<b>DEZ</b>	R\$ 18.787,67	R\$ 15.827,70
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 212.544,28</b>	<b>R\$ 177.783,20</b>

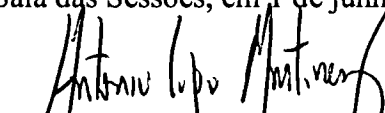
Tendo em vista que a autoridade recorrida já excluiu da base de cálculo da infração parte dos cheques devolvidos, resta ainda por ser excluído um montante adicional, conforme a tabela a seguir:

	2001	2002
<b>Cheques Devolvidos</b>	R\$ 212.544,28	R\$ 177.783,20
<b>Exclusão na DRJ</b>	R\$ 52.278,31	R\$ 74.132,07
<b>Base a ser Excluída</b>	R\$ 160.265,97	R\$ 103.651,13

Desse modo ainda resta por ser excluídos os valores respectivamente de R\$160.265,97 e R\$ 130.651,13 nos anos calendários de 2001 e 2002

Ante ao exposto, voto por REJEITAR as preliminares e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo das infrações o valor de R\$ 160.265,97 e R\$ 103.651,13, respectivamente, nos anos calendário de 2001 e 2002.

Sala das Sessões, em 1 de junho de 2009

  
ANTONIO LOPO MARTINEZ



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

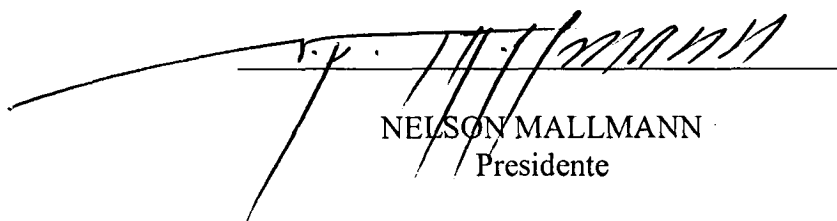
Processo nº: 11030.000037/2006-09

Recurso nº: 159.419

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 3402-00.129.

Brasília, 28 SET 2009



NELSON MALLMANN  
Presidente

Ciente, com a observação abaixo:

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

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador(a) da Fazenda Nacional