



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

Processo nº 12466.003334/2004-89
Recurso nº 342.062 Voluntário
Acórdão nº 3101-00.459 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de julho de 2010
Matéria Multa (conversão pena perdimento em pecúnia)
Recorrente MORITA CORPORATION LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO - II

Período de apuração: 01/09/2002 a 29/09/2004

DANO AO ERÁRIO. PERDIMENTO. CONSUMO PRESUMIDO.
PENALIDADE PECUNIÁRIA.

A falta de comprovação da origem, da disponibilidade ou da transferência dos recursos empregados em operação de comércio exterior, presunção legal da interposição fraudulenta de terceiros, é dano ao erário, infração punível com a pena de perdimento das mercadorias. Na impossibilidade de ser promovida apreensão das mercadorias sujeitas à pena de perdimento, seja porque não localizadas, seja porque consumidas, o lançamento da multa decorrente da conversão da pena de perdimento em pecúnia deve ser processado e julgado na forma prevista pela legislação que regula a determinação e a exigência dos demais créditos tributários da União.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Luiz Roberto Domingo - Vice-Presidente em Exercício

Tarásio Campelo Borges - Relator

EDITADO EM: 16/08/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Tarásio Campelo Borges, Coríntio Oliveira Machado, Luiz Roberto Domingo, Paulo Sérgio Celani, Valdete Aparecida Marinheiro e Vanessa Albuquerque Valente.

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário contra acórdão unânime da Segunda Turma da DRJ Florianópolis (SC) que julgou parcialmente procedente¹ a exigência da multa equivalente ao valor aduaneiro, lançada em face da conversão em pecúnia da pena de perdimento² de mercadorias importadas a partir de setembro de 2002.

Segundo a denúncia fiscal, a pena de perdimento pune dano ao erário caracterizado pela falta de comprovação da origem dos recursos empregados em operações de comércio exterior³ e a conversão em multa é decorrente da impossibilidade de apreensão das mercadorias.

Os documentos de folhas 1 e 249 a 253 apontam recusa do sujeito passivo em receber cópia do auto de infração, mas o contraditório foi instaurado com as razões de folhas 263 a 308 (volume II), assim sintetizadas no relatório do acórdão recorrido:

Alega preliminar contra o ato da Alfândega que declarou inapto o CNPJ da empresa e cassou sua licença de importação.

Alega que não houve abertura de prazo para defesa em razão da notificação da empresa da substituição do MPF em decorrência da alteração do sistema “Confie” para o sistema “Ação Fiscal”.

No MPF nº 0727600/00145-2004, ficou constatado no Relatório de Ação Fiscal de fls. 02 a conclusão de que os AFRFs estiveram na empresa para constatar sua existência de fato, o que demonstra que a empresa não é fantasma, de fachada, nem funciona por interposta pessoa.

Apresenta argumentos acerca da ilegalidade da declaração de inaptidão da empresa.

Apresenta argumentos contra a fiscalização que trata o MPF nº 0727600/2003/00-181-5 e 0727600/00145/2004.

Alega que a verificação constante das observação [sic] de folhas 09, que foram extraídas do Razão da conta caixa de folhas 10 do processo administrativo principal, estão destituídas de validade jurídica porque, pelo que se infere do conteúdo das folhas 166/192, estão fora de ordem, descontinuadas, com

¹ Parcela do crédito tributário excluída da exigência: importações registradas antes da vigência da Medida Provisória 66, de 29 de agosto de 2002 (DI 02/0718150-5 e DI 02/0730246-9).

² Capitulação legal: Decreto-lei 1 455, de 7 de abril de 1976, artigo 23, inciso V, e §§ 1º, 2º e 3º, com as modificações introduzidas pela Medida Provisória 66, de 29 de agosto de 2002, convertida na Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002; Regulamento Aduaneiro de 2002, artigos 602, 604, inciso IV, e 618, § 1º; e Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003, artigo 73, §§ 1º e 2º.

³ Descrição dos fatos, folhas 4, último parágrafo, e 5, primeiro parágrafo: “a empresa deixou de apresentar os documentos comprobatórios que deem respaldo aos lançamentos contábeis realizados na conta caixa, bem como deixou de apresentar os documentos comprobatórios que deem respaldo aos valores depositados na conta corrente [...] do Banco Itaú”.

falta de páginas que dêem forma plausível a um sentido orgânico para se apurar o saldo da conta. Por isso é prejudicial qualquer análise que determine a decretação do fechamento da empresa.

Nos documentos de folhas 10 e seguintes não apontam sob qual contabilidade foi feita, se a primeira de 2001 e 2002 ou se a segunda após autorizado o refazimento da contabilidade.

Alega que, após a nova contabilidade com autorização fiscal, a empresa apurou a existência de impostos e contribuições fiscais, mais juros e multas a serem pagos e a empresa optou pelo Parcelamento Especial (Paes), Lei nº 10.684/2003. Alega que está em dia com o pagamento do parcelamento, e mesmo assim foi a empresa declarada inapta.

A empresa se encontrava em dificuldades administrativas e contábeis para gerenciar sua sede Vila Velha, inclusive com extravio de documentos que foram posteriormente encontrados após a segunda contabilidade, necessitando por isso de um 3º (terceiro) refazimento de sua contabilidade. Quando tiver tais documentos, demonstrará que foram cometidos erros por perícia contábil imprópria, sendo que não houve qualquer prejuízo à Receita Federal, uma vez que houve recolhimento de impostos a maior.

A fiscalização apenas se preocupou com a conta caixa, esquecendo-se da adesão ao Paes e com outras possíveis origens de recursos.

Segundo auditoria contábil, a origem dos recursos se encontram [sic] no Balanço, através da Conta Fornecedores no Exterior, e alega que há recursos suficientes para comprovar a aplicação na formação de seus estoques e conseqüentemente da aplicação de suas vendas.

Alega que a fiscalização não considerou também a adesão ao Paes pela empresa em que confessou espontaneamente a empresa estar a contabilidade em aberto na importância de R\$ 3.310.000,00.

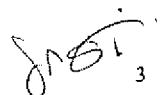
Morita se confessou devedora contribuindo com a Receita Federal e com a Alfândega muito antes (16 meses) antes da declaração de inaptidão ocasião em que passou a pagar o crédito ainda que erroneamente apurado, face o detectado posteriormente, o que justifica a elaboração de uma 3ª contabilidade.

Alega que a adesão ao Paes supre a questão da comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados no comércio exterior.

Solicita o refazimento da contabilidade para se acertar os erros contábeis e apurar tributo pago a maior através dos resultados 2001 e 2002.

A fiscalização não levou em consideração as origens contidas no passivo da empresa, tais como fornecedores, empréstimos e financiamentos facilmente visíveis às folhas 66.

Deve ser verificado na aplicação encontradas [sic] nas contas do ativo tais como conta caixa, estoques, clientes e outras mais que têm sua origem correspondida oficialmente nas contas passivas, tais como fornecedores e empréstimos e financiamentos, o que indica que a situação econômico financeira está correta e compatível com as demonstrações apresentadas.

 3

Alega que a técnica utilizada na elaboração do balanço [sic] de 2001 e 2002 não seguiu as determinações da Lei das S.A. mas tal fato causou prejuízo à própria impugnante que recolheu imposto maior que o devido.

As notificações contidas nos processos são para que a impugnante apresente documentos e demonstrasse a contabilidade, mas nunca para impugnar ou se defender, o que ocorreu somente ao final com o documento de fls. 235 do processo principal, quando já estava inabilitada com a cassação de seu CNPJ. Ao arrepio da lei, foi a empresa incluída no sistema Radar antes do resultado do processo administrativo. Alega ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Protesta contra a prestação de garantia para a liberação das mercadorias e contra o não desembaraço das mercadorias.

A pretensão punitiva cessou com a adesão da empresa ao Paes, lei nº 10.684/2003.

Não se aplica o artigo 23, inciso V, do Decreto-lei nº 1.455/1976, incluído pela Lei nº 10.637, de 30/12/2002, que entrou em vigor em 01/01/2003. Tal Lei jamais pode alcançar fatos geradores pretéritos, que ocorreram em 2001 e 2002.

Solicita o refazimento de sua contabilidade no prazo de seis meses.

Também requer a nulidade da autuação com o restabelecimento imediato de sua atividade no comércio exterior e, nos termos do artigo 151, III, CTN a suspensão do ato administrativo constritor e do crédito tributário incorrido com a presente autuação de R\$ 1.854.860,91 para reflexamente cancelar a apreensão da mercadoria importada mediante a DI nº 03/0152843-2, cancelar a decretação do perdimento e neste processo cancelar a conversão do perdimento em multa.

Solicita a reformulação da existência de interposição fraudulenta uma vez que à época do fato gerador, anos 2001 e 2002, não havia lei normatizando a matéria.

Pede também a exclusão das observações no sistema Radar e a nulidade da cassação de suas atividades no comércio exterior e a sua inaptidão. Requer também o desembaraço da Declaração de Importação (DI) nº 03/0147655-6.

Os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido estão consubstanciados na ementa que transcrevo:

Assunto: Imposto sobre a Importação - II

Data do fato gerador: 29/09/2004

CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO

Converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro das mercadorias que foram importadas com recursos de origem, disponibilidade e transferência não comprovados e que não sejam localizadas ou que tenham sido consumidas.

PEDIDO DE SEGUNDO REFAZIMENTO DE CONTABILIDADE

Indefere-se o pedido de segundo refazimento de contabilidade, uma vez que os documentos que apoiariam o segundo



refazimento da contabilidade são os mesmos que afastariam a penalidade objeto da autuação.

Lançamento Procedente em Parte

Ciente do inteiro teor do acórdão originário da FAZENDA NACIONAL, recurso voluntário foi interposto às folhas 401 a 409 (volume II). Nessa petição, que contempla apenas razões de mérito, alega, em síntese: (1) “a decisão administrativa aponta, em diversas passagens, que a auditoria realizada pela fiscalização aduaneira concluiu que houve mera presunção de veracidade quanto à interposição fraudulenta alegada” ^[4]; (2) “tanto a Alfândega do Porto de Vitória quanto a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis trabalham com meras hipóteses” ^[5]; (3) “em momento algum **afirmam** que a empresa **efetivamente** cometeu ilícito ou qualquer outra irregularidade, mas tratam-se de suposições, baseadas em argumentos frágeis” ^[6]; (4) “o próprio relator da decisão [de primeira instância administrativa] afirma, às fls. 379 [verso], que ‘a fiscalização parece haver aceitado a comprovação da origem dos recursos a que faz referência esta segunda [parte] do documento de folhas 117-119’” ^[7]; (5) “existindo eventual ilegalidade ou interposição fraudulenta, como assim pretende a Administração Tributária e conforme referido às fls. [sic] 01 do presente processo, estas foram sanadas imediatamente pela recorrente através do refazimento de sua contabilidade” ^[8]; (6) a regularização da conta Custo das Mercadorias Vendidas (CMV) foi desprezada na ação fiscal; (7) a decisão recorrida menciona a ocultação de extratos de contas bancárias de titularidade da autuada, mas “o sigilo bancário é direito do contribuinte, passível de quebra tão somente por ordem judicial [...], [...] um desdobramento do direito constitucional à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X), em consonância com o voto do Ministro Carlos Velloso, em julgamento do RE 219.780” ^[9]; (8) “o inciso XII [do artigo 5º] da Constituição Federal é uma inovação, pois não trata expressamente do sigilo bancário, mas, ao utilizar o termo ‘sigilo de dados’, sem dúvida, abarca a proteção às informações bancárias, já que estas não deixam de ser dados” ^[10]; (9) cita artigo do professor Mário C. de Carvalho, intitulado “Burocracia e o Comércio Exterior: o passado e o presente sem futuro”, que considera cerceamento das atividades empresariais a exigência da origem dos recursos empregados em operações de comércio exterior sem que igual “princípio seja aplicado às empresas domésticas” ^[11]; (10) ao aderir ao parcelamento especial instituído pela Lei 10.684, de 2003, restou constatado o recolhimento de tributos a maior do que o efetivamente devido.



⁴ Recurso voluntário, folha 404, parágrafo 13.

⁵ Recurso voluntário, folha 404, parágrafo 14.

⁶ Recurso voluntário, folha 404, parágrafo 15.

⁷ Recurso voluntário, folha 405, parágrafo 21.

⁸ Recurso voluntário, folha 405, parágrafo 22.

⁹ Recurso voluntário, folha 406, parágrafo 29.

¹⁰ Recurso voluntário, folha 406, parágrafo 30.

¹¹ Recurso voluntário, folhas 406 e 407, parágrafo 34.

A autoridade competente deu por encerrado o preparo do processo e encaminhou para a segunda instância administrativa¹² os autos posteriormente distribuídos a este conselheiro e submetidos a julgamento em dois volumes, ora processados com 411 folhas. Na última delas consta o registro da distribuição mediante sorteio.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Tarásio Campelo Borges, Relator

Conheço do recurso voluntário interposto às folhas 401 a 409 (volume II), porque tempestivo e atendidos os demais requisitos para sua admissibilidade.



¹² Despacho acostado à folha 410 determina o encaminhamento dos autos para o outrora denominado Terceiro Conselho de Contribuintes.

Versa o litígio, conforme relatado, sobre a exigência da multa equivalente ao valor aduaneiro, lançada em face da conversão em pecúnia da pena de perdimento¹³ de mercadorias importadas a partir de setembro de 2002. A pena de perdimento tem o desiderato de punir denunciado dano ao erário caracterizado pela falta de comprovação da origem dos recursos empregados em operações de comércio exterior¹⁴ e a conversão em multa é decorrente da impossibilidade de apreensão das mercadorias.

A *contrário* das razões recursais¹⁵, a denúncia fiscal é firme quando descreve os fatos e conclui pela aplicação da pena ora discutida, *verbis*:

Face às normas acima citadas¹⁶, e tendo em vista que a empresa deixou de apresentar os documentos comprobatórios que deem respaldo aos lançamentos contábeis realizados na conta caixa, bem como deixou de apresentar os documentos comprobatórios que deem respaldo aos valores depositados na conta corrente [...] do Banco Itaú, fica configurada a falta de comprovação da origem dos recursos empregados nas operações de comércio exterior realizadas pela empresa. Face à não comprovação da origem dos recursos, fica caracterizado dano ao Erário, devendo-se, assim, ser aplicado o disposto no artigo 23, inciso V (e seus parágrafos) do Decreto-Lei 1.455, de 7 de abril de 1976, com as modificações introduzidas pela Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (conversão da Medida Provisória 66, de 29 de agosto de 2002), [...] [¹⁷].

Quanto aos fundamentos do acórdão recorrido, não os vislumbro apoiados em meras hipóteses. Imediatamente após indeferir “o pedido de novo refazimento da contabilidade da empresa” [¹⁸], o relator do julgamento *a quo* assevera:

A empresa já refez anteriormente a sua contabilidade, sendo que a fiscalização aduaneira deferira sem qualquer resistência a tal solicitação da impugnante.

¹³ Capitulação legal: Decreto-lei 1.455, de 7 de abril de 1976, artigo 23, inciso V, e §§ 1º, 2º e 3º, com as modificações introduzidas pela Medida Provisória 66, de 29 de agosto de 2002, convertida na Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002; Regulamento Aduaneiro de 2002, artigos 602, 604, inciso IV, e 618, § 1º; e Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003, artigo 73, §§ 1º e 2º.

¹⁴ Descrição dos fatos, folhas 4, último parágrafo, e 5, primeiro parágrafo: “a empresa deixou de apresentar os documentos comprobatórios que deem respaldo aos lançamentos contábeis realizados na conta caixa, bem como deixou de apresentar os documentos comprobatórios que deem respaldo aos valores depositados na conta corrente [...] do Banco Itaú”.

¹⁵ Recurso voluntário, folha 404, parágrafos 14 e 15: “[...] tanto a Alfândega do Porto de Vitória quanto a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis trabalham com meras hipóteses. (15) Em momento algum **afirmam** que a empresa **efetivamente** cometeu ilícito ou qualquer outra irregularidade, mas tratam-se de suposições, baseadas em argumentos frágeis [...]”.

¹⁶ Decreto-lei 486, de 3 de março de 1969 (Dispõe sobre escrituração e livros mercantis e dá outras providências); Normas Brasileiras de Contabilidade, NBC T 2.2 (Da Documentação Contábil), aprovada pela Resolução CFC 597, de 14 de junho de 1985 (Conselho Federal de Contabilidade).

¹⁷ Descrição dos fatos, folhas 4, último parágrafo, e 5, primeiro parágrafo.

¹⁸ Fundamentos do acórdão recorrido, folha 381 (verso).



Tal pedido de refazimento da contabilidade, foi efetuado como resposta ao Termo de Intimação nº 001 (fls. 30), em que a fiscalização solicitara uma série de documentos à empresa.

Descobriu a fiscalização uma série de irregularidades na contabilidade da empresa, sendo a mais estranha delas o fato da conta Custo de Mercadorias Vendidas estar com saldo credor, o que indicaria movimentação de mercadorias não contabilizada.

Ao refazer a sua contabilidade, a empresa escondeu tal irregularidade, mas, como um cobertor curto, revelou outra irregularidade, que, aliás, é o objeto do presente processo.

Agora, a empresa quer apresentar uma terceira contabilidade e provavelmente esconder as irregularidades descobertas, o que exigiria nova auditoria-fiscal. E se forem descobertas outras irregularidades, desejará a empresa refazer de novo a sua contabilidade?

A contabilidade é baseada em documentos contábeis e fiscais: notas fiscais, faturas, extratos bancários e outros documentos. Se a empresa possui tais documentos, deveria a empresa tê-los apresentado e assim comprovar a origem dos recursos utilizados no comércio internacional.

Não apresenta a empresa os documentos (notas fiscais e transferências bancárias, por exemplo) que afastariam a penalidade, sendo que os documentos constantes nos autos e anexados após a impugnação, como o de folhas 319-325, não comprovam a origem dos recursos por justamente não apresentar os documentos aptos a comprovar a origem dos recursos utilizados no comércio internacional.

Os recursos de origem não comprovada são aqueles constantes nos Termos de Intimação nº 02 e 03.

Para afastar a penalidade bastava a empresa ter apresentado os documentos (notas fiscais e transferências bancárias, por exemplo) que comprovassem a origem lícita de tais recursos.

Mais importante, não é necessário refazer a contabilidade, uma vez que a contabilidade refeita apoiar-se-á nos mesmos documentos exigidos pela fiscalização aduaneira.

Então, em vez de ter o trabalho de refazer toda a sua contabilidade com base em tais documentos, bastaria a empresa haver apresentado tais documentos, uma vez que o objeto do presente processo é a origem não comprovada de recursos utilizados no comércio internacional e não a contabilidade da empresa como um todo. ^[19]

Por outro lado, estão fora do contexto as transcrições no recurso voluntário de fragmentos do voto condutor do acórdão recorrido, manejados com o intuito de dar força à existência de “mera presunção de veracidade quanto à interposição fraudulenta alegada” ^[20].

Deste caso concreto, destaco, ainda: (1) a presunção legal²¹ da interposição fraudulenta de terceiros diante da falta de comprovação da origem dos recursos empregados em

¹⁹ Fundamentos do acórdão recorrido, folhas 381 (verso) e 382 (frente).

²⁰ Recurso voluntário, folha 404, parágrafo 13.

operação de comércio exterior; (2) o dano ao erário na interposição fraudulenta de terceiros em operação de comércio exterior²²; e (3) a previsão legal da pena de perdimento das mercadorias quando constatada infração do tipo considerada dano ao erário²³.

No entanto, diante da “impossibilidade de apreensão da mercadoria sujeita a pena de perdimento” [²⁴], seja porque não localizada, seja porque consumida, o perdimento deve ser convertido em multa equivalente ao valor aduaneiro²⁵, com lançamento processado e julgado “nos termos da legislação que rege a determinação e exigência dos demais créditos tributários da União” [²⁶].

Ademais, sem embargo das posições doutrinárias e jurisprudenciais noutro sentido, entendo carente de apoio no texto constitucional a oponibilidade do sigilo bancário à administração tributária federal no Brasil. Sobre esse tema, peço licença para invocar artigo que publiquei na Revista Dialética de Direito Tributário²⁷ cuja conclusão aqui reproduzo:

A oponibilidade do sigilo bancário à administração tributária federal no Brasil é um tema provocador de alterações jurídicas, mormente em sede de direito constitucional. Quatro são os princípios invocados por aqueles filiados à tese da oponibilidade do sigilo bancário à Fazenda Nacional: liberdade, inviolabilidade da vida privada, proteção à intimidade e sigilo de dados. No estudo de cada um desses princípios, restou demonstrado que: por força do princípio da proporcionalidade, liberdade não se opõe à autoridade legítima, opõe-se à autoridade

²¹ Decreto-lei 1.455, de 1976, artigo 23, § 2º: Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. (parágrafo incluído no texto legal pela Medida Provisória 66, de 29 de agosto de 2002, convertida na Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002)

²² Decreto-lei 1.455, de 1976, artigo 23, *caput*: Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias: [...] (V) estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros. (inciso incluído no texto legal pela Medida Provisória 66, de 29 de agosto de 2002, convertida na Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002)

²³ Decreto-lei 1.455, de 1976, artigo 23, § 1º: O dano ao erário decorrente das infrações previstas no *caput* deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (parágrafo incluído no texto legal pela Medida Provisória 66, de 29 de agosto de 2002, convertida na Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002)

²⁴ Lei 10.833, de 2003, artigo 73, *caput*: Verificada a impossibilidade de apreensão da mercadoria sujeita a pena de perdimento, em razão de sua não-localização ou consumo, extinguir-se-á o processo administrativo instaurado para apuração da infração capitulada como dano ao Erário.

²⁵ Decreto-lei 1.455, de 1976, artigo 23, § 3º: A pena prevista no § 1º converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida (parágrafo incluído no texto legal pela Medida Provisória 66, de 29 de agosto de 2002, convertida na Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002)

²⁶ Lei 10.833, de 2003, artigo 73: [...] (§ 1º) Na hipótese prevista no *caput*, será instaurado processo administrativo para aplicação da multa prevista no § 3º do art. 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, com a redação dada pelo art. 59 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002. (§ 2º) A multa a que se refere o § 1º será exigida mediante lançamento de ofício, que será processado e julgado nos termos da legislação que rege a determinação e exigência dos demais créditos tributários da União.

²⁷ BORGES, Tarásio Campelo. Sigilo bancário perante a administração tributária federal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 106, p. 91-99, jul. 2004.

des 9

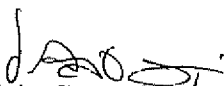
corrompida; a tutela constitucional da vida privada tem por objeto afastar do convívio e da observação de estranhos a vida interior do indivíduo, da sua família e dos seus amigos; a proteção constitucional à intimidade preserva a individualidade; para preservar a privacidade do indivíduo sem ofensa ao princípio da unidade da Constituição, o único bem jurídico tutelado pelo inc. XII do art. 5º da CF é a inviolabilidade das comunicações: correspondências, comunicações telegráficas, comunicações de dados e comunicações telefônicas, esta com a ressalva da parte final. Pretender amparar a inviolabilidade de dados no inc. XII é retroceder no tempo para prestigiar um direito individual em detrimento do interesse público, com inobservância do princípio da proporcionalidade e do elemento teleológico da norma.

Por outro lado, é necessário à Fazenda Nacional o acesso a dados de natureza patrimonial dos contribuintes guardadas pelas instituições financeiras, informações de natureza distinta dos fatos da vida privada e da intimidade, pois sobre estes o ente privado tem exclusivo controle e sobre aquelas está obrigado perante a administração tributária federal. Além disso, o acesso a tais informações não tem qualquer conotação atributiva de culpabilidade ao contribuinte investigado – denotando mero exercício do poder fiscalizador do Estado –, nem o investigado é privado da liberdade ou de seus bens no curso do procedimento administrativo de fiscalização, fato suficiente para afastar a imposição do devido processo legal previsto no inc. LIV do art. 5º e reclamado por Melissa Folmann²⁸.

Nada obstante a inexistência de fundamento constitucional para a oposição do sigilo bancário à administração tributária federal, as informações fiscais por ela recepcionadas são resguardadas por sigilo fiscal, com as ressalvas da lei.

Por fim, tenho por estranho aos fatos motivadores da pena ora discutida o alegado recolhimento a maior de tributos constatado quando deferido o parcelamento especial instituído pela Lei 10.684, de 2003.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso voluntário.


Tarásio Campelo Borges

²⁸ Melissa Folmann *Sigilo bancário e fiscal*, 2002, p. 115.