



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 13805.001117/98-92
Recurso nº : 138.027
Matéria : IRPJ - Ex: 1995
Recorrente : SE FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA.
Recorrida : 3ª TURMA da DRJ de SÃO PAULO - SP
Sessão de : 24 de fevereiro de 2005
Acórdão nº : 101-94.864

IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA – AC 1994

PRELIMINAR – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – CORRETA DESCRIÇÃO DOS FATOS E CAPITULAÇÃO LEGAL – Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa quando presentes as corretas descrição dos fatos e capitulação legal.

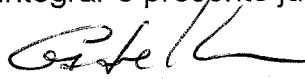
IRPJ – SIGILO BANCÁRIO – Não se aplica a alegação de quebra de sigilo bancário quando as informações fiscais requeridas à instituição financeira se referem às atividades relacionadas com a pessoa jurídica fiscalizada e não com a situação de guarda de informações. No caso, as informações requeridas são relacionadas à operações de corretagem entre aquelas.

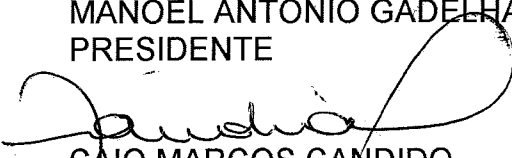
ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – desçabe em sede de instância administrativa a discussão acerca da constitucionalidade de leis, matéria sob a qual tem competência exclusiva o Poder Judiciário.

Recurso voluntário não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por SE FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

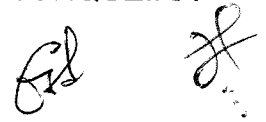

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE


CAIO MARCOS CANDIDO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 19 ABR 2005

Processo nº. : 13805.001117/98-92
Acórdão nº. : 101-94.864

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros VALMIR SANDRI, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, PAULO ROBERTO CORTEZ, SANDRA MARIA FARONI, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNI



Processo nº. : 13805.001117/98-92

Acórdão nº. : 101-94.864

Recurso nº : 138.027

Recorrente : SE FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA.

R E L A T Ó R I O

SE FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA., pessoa jurídica já qualificada nos autos, recorre a este Conselho em razão do Acórdão nº 328, de 30 de janeiro de 2002, de lavra da DRJ em São Paulo – SP, que julgou parcialmente procedente o lançamento consubstanciado no auto de infração de fls. 159/166 (Termo de Verificação Fiscal às fls. 03 e 04), referente ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica do ano-calendário de 1994.

Conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 03 e 04), que é parte integrante do auto de infração, o lançamento tributário teve por motivação a omissão, na Declaração de Imposto de Renda relativa ao ano-calendário de 1994, das receitas de corretagem referentes a operações *day trade* efetuadas pela fiscalizada, junto à Bolsa de Valores de São Paulo, apurada em circularização levada a efeito junto às corretoras de valores que intermediaram tais operações.

Irresignada com a autuação de que teve ciência em 13 de março de 1998, a contribuinte apresentou em 13 de abril de 1998 a impugnação de fls. 168/192, na qual alega, em síntese elaborada pela autoridade julgadora de primeira instância:

4.1 - na "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal", as autoridades fiscais apontaram base legal totalmente divorciada da matéria objeto do auto de infração, o que caracteriza cerceamento do direito de defesa;

4.2 - de fato, à pág. 001 da 'Continuação ao auto de infração', aponta-se como enquadramento legal embasador do lançamento dos artigos 38 e 39 da Lei nº 8.541/1992 e o artigo 2º e seus parágrafos da Lei nº 7.689/1988. Todavia, os referidos dispositivos não tratam de Imposto de Renda, mas de Contribuição Social sobre o Lucro;

4.3 - o próprio título da página 000, folha de continuação do auto de infração, menciona a Contribuição Social sobre o Lucro e não o Imposto de Renda;

4.4 - o erro na notificação do lançamento impede qualquer tipo de defesa por parte da impugnante, pois a priva totalmente do conhecimento do direito em que se baseou a autuação;

4.5 - a falha apontada contamina o auto de infração de irremediável vício, segundo determinação legal expressa, aposta no artigo 11 do Decreto nº 70.235/1972, ferindo os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além de ocasionar a nulidade do feito, conforme determinado pelo artigo 59 do mesmo decreto;

4.6 - salta aos olhos, pois expressamente admitida pelo AFTN no corpo do auto, a flagrante afronta ao sigilo bancário, visto que a obtenção de informações a respeito de movimentação de particulares junto a instituições financeiras é prática vedada por lei. Mais do que isso, o fornecimento de tais informações é crime;

4.7 - o caráter imprescindível da autorização judicial para a obtenção de tais informações é matéria incontroversa na doutrina e na jurisprudência;

4.8 - ao violarem o artigo 38 da Lei nº 4.595/1964, as autoridades fiscais afrontaram garantia fundamental da impugnante, visto que o sigilo bancário repousa nas dobras da proteção constitucional à vida privada, à intimidade das pessoas, e ao sigilo de dados, apostos, na qualidade de cláusulas pétreas da Constituição, entre os direitos individuais contidos no artigo 5º da Carta Magna;

4.9 - o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, bem como o artigo 197, parágrafo único, do CTN determinam que a ânsia arrecadatória e fiscalizatória não poderá atropelar os direitos individuais;

4.10 - resta patente a ilicitude da prova obtida pela fiscalização, do que decorre a necessidade de sua desconsideração, em conformidade com o disposto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal;

4.11 - o artigo 8º da Lei nº 8.021/1990 deve ser interpretado em conjunto com a exigência aposta no artigo 38 da Lei nº 4.595/1964, qual seja, a prévia ordem judicial, pois é a única exegese que lhe confere conformidade com a proteção constitucional à inviolabilidade da privacidade e do sigilo dos dados, e com o disposto na Lei nº 4.595/1964, a qual lhe é hierarquicamente superior, pois recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar;

4.12 - a ilegalidade praticada pelo AFTN na quebra do sigilo bancário, além de burlar os incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal, fere também as garantias individuais apostas nos incisos II e LIV do mesmo artigo 5º da Carta Magna, posto que foram violados a legalidade e o devido processo legal, pois foi suprimida a apreciação do Judiciário em caso que a lei a exige expressamente (artigo 38, § 1º, da Lei nº 4.595/1964);

4.13 - foi imputada à empresa a multa qualificada de 150%, nos termos do artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1996, o qual se refere aos casos de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964;

4.14 - o dolo é elemento essencial à configuração da fraude, pelo que este deve necessariamente ser comprovado na imputação da multa

qualificada. Ocorre que o auto de infração não menciona, nem muito menos comprova, comportamento doloso por parte da impugnante.

Ao final a impugnante pugna pelo cancelamento, *in totum*, do auto de infração, inclusive quanto à aplicação da multa de 150% sobre a equivocada alegação de fraude, com o conseqüente arquivamento do processo administrativo instaurado.

A autoridade julgadora de primeira instância julgou procedente o lançamento (fls. 205/212) por meio do acórdão nº 328, de 30 de janeiro de 2002, tendo sido lavrada a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 1994

Ementa: PRELIMINAR. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Presentes na autuação de IRPJ os requisitos formais exigidos pela legislação de regência, inclusive a descrição dos fatos e o correto enquadramento legal, a geração indevida de termo correspondente à Contribuição Social não caracteriza o cerceamento do direito de defesa.

SIGILO BANCÁRIO. É lícito que o Fisco requirite, a instituições financeiras, informações a respeito do contribuinte, desde que haja procedimento fiscal instaurado.

MULTA AGRAVADA. Não havendo nos autos qualquer referência à presença, em tese, dos elementos caracterizadores da fraude, é incabível a aplicação de multa qualificada.

Lançamento Procedente em Parte”

O referido Acórdão, em síntese, traz os seguintes argumentos e constatações:

1. quanto a preliminar de nulidade do auto de infração em face da indicação de base de legal divorciada da matéria objeto da autuação:
 - a. que, de fato, na “folha de continuação ao Auto de Infração”, anexada à fl. 165, consta tratar-se de Contribuição Social, com o enquadramento legal a ela correspondente;
 - b. que, às fls. 164, consta outra “folha de continuação ao Auto de Infração”, relativa ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica, onde se

consignou como enquadramento legal os artigos 818, 820 e 908 do RIR/94, os quais tratam do imposto incidente sobre os ganhos nos mercados de renda variável;

- c. conclui afirmando que a folha correspondente à Contribuição Social foi gerada indevidamente, e que esse lapso, por óbvio, em nada prejudica a autuação, posto que presentes no auto de infração de IRPJ todos os elementos exigidos pela legislação de regência.
 - d. Assinala, ainda, que os demais termos e documentos integrantes do auto de infração referem-se unicamente ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica e que o Termo de Verificação, às fls. 03 e 04, é claro ao descrever os fatos que motivaram o lançamento.
 - e. Dessa forma, carece de fundamento fático a alegação de ocorrência de cerceamento do direito de defesa.
2. no tocante ao argumento da interessada de que as informações que embasaram a autuação, obtidas junto a instituições financeiras, estariam protegidas por sigilo bancário:
- a. que as solicitações de informações a instituições financeiras tiveram por fulcro o disposto no artigo 959 do Regulamento do Imposto de Renda/1994 (o qual reproduz o contido no artigo 8º da Lei nº 8.021/1990), *in verbis*:

"Art. 959. Iniciado o procedimento fiscal, os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional poderão 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 (Lei nº 8.021/90, art. 8º)".
 - b. Que cumpre observar que, atualmente, o artigo 38 da Lei nº 4.595/1964 encontra-se revogado pelo artigo 13 da Lei Complementar nº 105/2001.
 - c. Que qualquer interpretação restritiva ao trabalho do fisco foi afastada por normas posteriores à lei nº 4.595/1964, particularmente pelo artigo 8º da lei nº 8.021/1990.

- d. que as informações prestadas por ordem judicial eram previstas no § 1º do art. 38 da lei nº 4.595/1964 e as informações ao fisco, nos parágrafos 5º e 6º do mesmo artigo, senão vejamos:

"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, prestados 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 as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

(...)

§ 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 serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente."

- e. Que o Estado tem o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações tributárias, necessitando, para tanto, aferir a capacidade contributiva dos indivíduos e das empresas.
- f. Cita doutrina acerca do tema em debate.
- g. em que pese a jurisprudência citada pela impugnante, as decisões judiciais não têm efeito vinculante, tendo validade somente *inter partes*.
- h. que, portanto, as decisões do Poder Judiciário, mesmo que reiteradas, no sentido de que é necessário processo judicial regularmente instaurado e autorização expressa de autoridade judiciária, não vinculam a autoridade administrativa. A Administração Pública está pautada pelo princípio da legalidade, que significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar e civil, conforme o caso.

- i. que a única condição imposta pela lei, para requisição de informações às instituições financeiras, quanto aos bens, negócios ou atividades de terceiros, é a necessidade de haver procedimento fiscal instaurado. Por conseguinte, no presente caso a solicitação é plenamente lícita, uma vez que o procedimento teve início com o Termo de Intimação de 29/04/1997 (fl. 02), do qual foi cientificada a empresa, atendendo, por conseguinte, o quanto previsto no artigo 7º, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972. A lavratura do mencionado termo antecedeu a solicitação de informações a instituições financeiras, conforme se depreende da leitura do Termo de Verificação de fls. 03 e 04.
 - j. que as intimações oriundas do fisco federal têm por objetivo, tão somente, colher subsídios para instruir processo fiscal e formar convicção para uma possível constituição e exigência dos créditos tributários devidos, jamais objetivam quebra de sigilo bancário. Tais informações representam, não uma violação do sigilo, mas sim a transferência do dever de reserva para a autoridade fiscal, a qual passa a ser depositária das informações transmitidas, com a obrigação de não divulgá-las a terceiros.
 - k. que, desse modo, não há que se falar em violação de sigilo bancário.
3. Afasta a multa qualificada imposta por não por não haver referência de dolo nos autos deste processo. Sendo o dolo pressuposto fundamental na qualificação da multa, a sua ausência importa no afastamento da qualificação da multa.



Às fls. 238 a Delegacia Especial de Instituições Financeiras de SP assim se manifesta acerca da ciência ao interessado da decisão da DRJ São Paulo e da tempestividade do recurso voluntário apresentado pelo contribuinte:

O recurso voluntário do contribuinte foi recepcionado nesta DEINF em 20/03/2002 (fls. 215/233). A intimação foi emitida em 05/02/2002 (fls. 213/214). Como não foi recebido o AR desta, nem foi possível consultá-la (sic) no sistema disponibilizado pelos Correios, considera-se como data de ciência do contribuinte 15 dias após a data da emissão, isto é, 20/02/2002, conforme o parágrafo 2º do artigo 23 do Decreto 70.235/72. Portanto o recurso voluntário é tempestivo".



Irresignado pela manutenção do lançamento na decisão de primeira instância, o contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 217/233) em 20/03/2002, em que apresenta os seguintes argumentos:

1. Que apresentou impugnação ao auto de infração perante a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo, pelo qual está sendo compelida ao recolhimento do IRPJ, que supostamente deixou de ser recolhido sobre ganhos em operações financeiras de *day trade* por ela realizados no ano-calendário de 1994.
2. Preliminarmente discorda que a geração indevida do termo correspondente à Contribuição Social não caracteriza cerceamento do direito de defesa;
 - a. Que o direito de defesa e do contraditório tem como pressuposto fundamental o dever de fundamentação expressa dos atos administrativos que afetem direitos ou interesses de particulares;
 - b. Que os artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235/1972 impõe a descrição do fato e a indicação da disposição legal infringida e da penalidade cabível no auto de infração;
 - c. Que o AFRF autuante deve demonstrar de forma clara e minuciosa que uma conduta praticada pelo contribuinte corresponde exatamente a uma hipótese descrita em lei;
 - d. Que qualquer fundamentação contida no auto de infração que seja apresentada de forma contraditória pressuporá a nulidade do mesmo.
 - e. Cita jurisprudência sobre o tema.
 - f. Afirma que devido a existência de uma folha de continuação do auto de infração relativa à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, contendo sua fundamentação legal, o teria privado de informações, o que o privaria totalmente do conhecimento do direito em que se baseou a autuação.
 - g. Junta jurisprudência administrativa que corroboraria sua tese.
 - h. pugna pela nulidade do auto de infração por falta da correta capitulação legal infringida.



3. quanto a impossibilidade de quebra de sigilo fiscal, com base no artigo 8º da lei 8.021 de 1990:

- a. que o artigo 38 da lei nº 4.595/64, que vigorava à época da lavratura do auto de infração, disporia que as instituições financeiras deverão manter sigilo de suas operações e serviços prestados, sendo as informações e esclarecimentos, somente autorizados pelo Poder Judiciário¹.
- b. Que sobre a alegação contida na decisão da DRJ de que o artigo 38 supra citado foi alterado pelo artigo 8º da lei nº 8.021/1990, a doutrina e a jurisprudência são unânimes ao afirmar que a autoridade fiscal só poderá solicitar as informações sobre operações realizadas pelo contribuinte quando presente autorização judicial.
- c. Que esta é a única forma de se interpretar a lei nº 8.021/1990, posto que outra qualquer encontraria resistência constitucional (inviolabilidade da intimidade e do sigilo dos dados), bem como com o disposto na lei nº 4.595/1964, que lhe é hierarquicamente superior, pois foi recepcionada pela Constituição Federal como lei complementar.
- d. Junta jurisprudência judicial e administrativa que corroborariam sua tese.
- e. Conclui que a lei nº 8.021/1990 não constitui fundamento legal para validar o procedimento de quebra do sigilo bancário, tendo em vista que deve ser interpretada de acordo com o ordenamento jurídico, que não dispensa a autorização judicial para sua quebra.
- f. Discute o argumento expendido pela DRJ acerca do interesse público, concluindo que a análise do interesse fica a cargo do Poder Judiciário, sendo esta premissa básica para a quebra do sigilo bancário.
- g. Afirma que o procedimento fiscal afronta preceitos constitucionais.

¹ Veremos que não este o conteúdo do artigo 38 da lei nº 4.595/64, que em seus parágrafos 5º e 6º, ressalvam a possibilidade dos agentes fiscais proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos.



Processo nº. : 13805.001117/98-92
Acórdão nº. : 101-94.864

Ao final pede seja reformada a decisão de primeira instância para o fito de cancelar a exigência a título de IRPJ.

Às folhas 234 e seguintes o contribuinte arrola bens em valor inferior ao mínimo previsto no artigo 33 do Decreto nº 70.235/72 alterado pelo artigo 32 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, afirmando não possuir outros bens.

É o relatório, passo a seguir ao voto.



V O T O

Conselheiro CAIO MARCOS CANDIDO, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, presente o arrolamento de bens parcial com a afirmativa do contribuinte de que não possui outros bens, na forma prevista no artigo 33 do Decreto nº 70.235/72, alterado pelo artigo 32 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, portanto, dele tomo conhecimento.

O recurso voluntário ora em análise não discute a questão de mérito do lançamento. Seu conteúdo resume-se à arguição de duas preliminares: 1) cerceamento do direito de defesa por descrição equivocada dos fatos que embasaram o lançamento; e 2) impossibilidade de quebra do sigilo bancário sem autorização judicial.

Passo a analisar a primeira preliminar arguída pela recorrente acerca do cerceamento do direito de defesa pela inserção no auto de infração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, mais precisamente na folha 165 (folha de continuação do auto de infração) de informações relativas à Contribuição Social sobre o Lucro.

Cabe verificar se a inclusão de tais informações é bastante para impedir o conhecimento do fato jurígeno da obrigação tributária do imposto de renda ou se tais informações, indevidamente incluídas no auto de infração, conturbaram de maneira definitiva o auto de infração ocasionando o não entendimento, por parte do recorrente, dos fatos a ele imputados.

A jurisprudência administrativa deste E. Conselho de Contribuintes é firme no sentido de que o recurso é contra os fatos descritos no lançamento e não quanto à capitulação legal em que foi lançado o tributo, em outras palavras, se a descrição dos fatos foi suficiente para que a recorrente entenda qual a infração lhe é

imputada, eventual falha na capitulação legal não é suficiente para caracterizar o cerceamento do direito de defesa.

No presente caso, às folhas 03 e 04, no Termo de Verificação Fiscal o AFRF perfeitamente descreve os fatos que o levaram a lavrar o auto de infração contra a ora recorrente, e contra estes fatos, apesar da preliminar suscitada, a recorrente se insurgiu. Às folhas 164 encontra-se o enquadramento legal dos fatos apurados como infração (artigos 818, 820 e 908 do RIR/1994 – Decreto nº 3.000/1994).

A inclusão, equivocada, da “folha de continuação do auto de infração” (folhas 165) não alterou a descrição dos fatos, nem os tornou nebulosos ao entendimento da recorrente, não tendo sido configurada a ausência de descrição da infração tributária, que daria ensejo ao cerceamento do direito de defesa alegado. Portanto, deixo de acolher a primeira preliminar suscitada e passo à análise da segunda preliminar.

A segunda preliminar suscitada é acerca da possibilidade da quebra do sigilo bancário da recorrente sem autorização judicial prévia, na forma do artigo 8º da Lei nº 8.021/1990 reproduzido no artigo 959 do RIR/1994, que previa tal possibilidade, desde que iniciado o procedimento fiscal.

Primeiramente, entendo que tal discussão não é necessária à solução da presente lide fiscal, tendo em vista os fatos narrados não se subsumirem a ela.

Da análise dos fatos relatados no auto de infração, os quais a recorrente não discutiu, verifica-se que a própria recorrente efetuou a entrega aos agentes fiscais de “algumas notas fiscais de corretagem referentes a operações *day trade* efetuadas junto à Bolsa de Valores de São Paulo, através da Corretora Patente S/A e Lavra DTVM S/A”. Cotejando estas notas fiscais com os valores declarados na DIRPJ da contribuinte foi detectado que o ganho naquelas operações superava a receita bruta declarada naquele ano.

Com base nestes fatos o AFRF diligenciou junto àquelas Corretoras verificando a existência de outras operações realizadas pela recorrente e cujas receitas haviam sido omitidas da tributação.

Este caso não se trata de quebra de sigilo bancário. A diligência levada a cabo pela autoridade fiscal nas Corretoras de Valores não foi para obtenção de dados de terceiros os quais ela teria obrigação de guardar como instituição financeira, mas sim, dados de sua própria contabilidade, relativos a operações de que foi parte, o que é perfeitamente autorizado pela legislação de regência (parágrafo primeiro do artigo 964 do RIR/1994). É como se, fiscalizando uma empresa qualquer, o Auditor Fiscal buscasse informações junto aos fornecedores ou clientes daquela para confirmação de determinados dados.

A diligência nas Corretoras se deu por sua relação direta no negócio com a recorrente e não por sua condição de instituição financeira, que guarda informações acerca das operações de terceiros.

Apresentado este aspecto que, por si só, seria suficiente para a solução da lide, passo a apresentar meu entendimento quanto a possibilidade de transferência do sigilo bancário das instituições financeiras detentoras das informações para a Secretaria da Receita Federal, mesmo antes da existência da Lei Complementar nº 105/2001.

Neste ponto é necessário procedermos a um breve histórico sobre a utilização de informações provenientes do sistema financeiro, nos procedimentos de fiscalização implementados pela Secretaria da Receita Federal, através de seus agentes públicos, a fim de que se possa, efetivamente, prestar as informações requeridas.

A lei nº 4.595, de 31/12/1964, denominada "Lei do Sistema Financeiro Nacional", dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, criou o Conselho Monetário Nacional, e deu outras providências. Essa lei encontra-se em vigor até hoje e rege o Sistema Financeiro Nacional. Seu artigo 38 trata da manutenção do sigilo de informações pelas instituições financeiras e da

possibilidade de transferência de tais informações aos “agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda” (parágrafos 5º e 6º):

Art 38 (lei nº 4.595/1964) As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documento 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.

(...)

§ 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 se não reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Posteriormente à data do lançamento sob análise, seu artigo 38, que trata do sigilo bancário, foi expressamente revogado pelo artigo 13 da Lei Complementar no 105/2001.

A disciplina contida nos parágrafos 5º e 6º do artigo 38 da lei nº 4.595/1964, acima transcritos, pode ser, também, verificado nas disposições contidas no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, os quais reproduzo para demonstrar que, apesar de revogado aquele dispositivo legal, permaneceu a mesma disciplina da matéria em estudo, por força do disposto no artigo 6º da LC nº 105/2001:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento

fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

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

Assim, constata-se que, desde a criação do Sistema Financeiro Nacional, as autoridades fiscais já tinham assento legal para examinar documentos de instituições financeiras, quando houvesse processo administrativo instaurado e os mesmos fossem considerados, por essa autoridade, como indispensáveis, devendo o sigilo ser mantido quanto ao uso das informações, como é de praxe, por imposição legal, estando tal sigilo adstrito a um dos princípios que regem a administração, que é o princípio da moralidade.

Tendo claro o destinatário da competência para a realização do exame e a preservação do sigilo, na Lei nº 4.595/1964, já que textualmente está identificado, no artigo 38, §§ 5º e 6º, como sendo "os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados", não há o que se argüir quanto ao tipo de processo, administrativo ou judicial, ou quanto à autoridade, administrativa ou judiciária, uma vez que as disposições são diretas, textuais, e identificam a autoridade, que é a fiscal, administrativa, pois, somente podendo ser identificado o "processo" como administrativo, nessa situação. Houve interpretação jurisprudencial de que o processo seria o judicial e a autoridade, a judiciária, criando compreensão da existência de uma reserva judicial, que adviria da própria lei, e não, frise-se, da Constituição, chegando até a haver dúvidas, no STF, em relação à existência dessa "reserva judicial", levantada pelo então Min. Francisco Resek, que questionava à Corte se o sigilo bancário seria garantia constitucional, sustentando ele que seria uma garantia legal, indagando ele, com muita propriedade, e em contraposição ao argumento da "intimidade da pessoa", se haveria uma "intimidade da pessoa jurídica". Todavia, a discussão não resultou em nenhuma Súmula do STF.

A seu turno, o artigo 6º da Lei Complementar mantém o mesmo disciplinamento contido nos parágrafos 5º e 6º do artigo revogado, em nada mudando a questão do sigilo bancário, desde os idos anos de 1964.

Em 25/10/1966 foi promulgada a Lei nº 5.172, Código Tributário Nacional, que estabeleceu em seu artigo 197, II, o dever de prestar informações. O parágrafo único, disciplina o impedimento de prestar informações por segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão, não se aplicando às instituições financeiras, que são obrigadas a prestar todas as informações, ao Fisco, como bem se constata através dos dispositivos legais que estão sendo trazidos à colação:

Art. 197. 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:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Em 05/10/1988, foi promulgada a Constituição Federal, que estabelece, no seu artigo 145, parágrafo 1º, a autorização à Administração Tributária para identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, e que está intimamente ligada à uma obrigação, também tributária, das instituições financeiras e dos entes a elas equiparados, esculpida no artigo 197, caput, II, do CTN, já transcritos.

Não poderia ser diferente. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do artigo 142 do CTN). Essa regra imposta por lei de natureza complementar, consagra o princípio da moralidade, não podendo outra disposição legal proibir o agente

administrativo de fazer o que está obrigado, nem uma decisão judicial, porquanto a atividade é vinculada, sob pena de responsabilidade funcional.

Para serem desenvolvidas as atividades de fiscalização é obrigatória a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas dos contribuintes. Impedir o exame de quaisquer documentos, mesmo extratos bancários ou quaisquer outros documentos bancários, é determinar a extinção das funções de Estado, no combate ao crime de sonegação fiscal. Não haveria nenhum sentido para a União ter um corpo Fiscal se este fosse impedido de verificar documentos, sejam eles quais forem, e seria despicendo tecer ilações de como o Fisco calcularia os valores de omissão de receitas e de rendimentos, realizando uma fiscalização parcial, sem a cooperação dos órgãos públicos, das instituições financeiras, e das fontes pagadoras pessoa jurídicas e pessoas físicas.

Em 12/04/1990, foi editada a Lei nº 8.021, que dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, além de dar outras providências. Duas delas são as dispostas nos artigos 7º e 8º a seguir transcritos:

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.

§ 1º As informações deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação. O não cumprimento desse prazo sujeitará a instituição à multa de valor equivalente a mil BTN Fiscais por dia útil de atraso.

§ 2º As informações obtidas com base neste artigo somente poderão ser utilizadas para efeito de verificação do cumprimento de obrigações tributárias.

§ 3º O servidor que revelar, informações que tiver obtido na forma deste artigo estará sujeito às penas previstas no art. 325 do Código Penal Brasileiro.

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.

Constata-se, ainda, que àquela época, vinte e seis anos depois da edição da Lei nº 4.594/1964, o disciplinamento do sigilo bancário em relação ao poder fiscalizatório continuava sendo respeitado e mantido, sem alterações, da mesma forma que nos dias atuais.

O disciplinamento da matéria, como visto, sempre foi pacífico e antigo, desde a edição da Lei nº 4.595/1964 até à edição da Lei Complementar nº 105/2001.

Havendo o devido processo administrativo, na verificação do movimento financeiro para se determinar os rendimentos tributáveis do contribuinte, a receita omitida, na jurídica, ou a omissão de rendimentos, na física, e, principalmente, na ausência de atendimento de apresentação de documentos pelo contribuinte, a autoridade fiscal pode e deve requisitar, às instituições financeiras, os extratos e documentos bancários necessários ao exame fiscal.

Constitui obrigação das instituições financeiras atender às intimações para apresentação dos extratos e dos documentos de vinculação dos lançamentos que efetua nas contas correntes, quando houver processo administrativo fiscal instaurado.

Sobre o poder fiscalizatório, restou claramente demonstrado, primeiramente pelo artigo 197, II, do CTN, combinado com o artigo 145 da Magna Carta, que os bancos e as instituições financeiras em geral devem obrigação de prestar todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros, quando intimados regularmente, e que é faculdade da administração tributária, especialmente para conferir efetividade a seus objetivos, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o que está adstrito aos princípios da moralidade e da legalidade administrativas.

Feita esta retrospectiva acerca do arcabouço jurídico da matéria passo a analisar os argumentos trazidos à baila pela recorrente.

Tendo em vista parte da argumentação da recorrente estar calcada em alegação de ilegalidade e de inconstitucionalidade do dispositivo legal supra referido, inicialmente cabe reafirmar a impossibilidade de análise, por parte de órgãos administrativos de julgamento, acerca da inconstitucionalidade e da ilegalidade de dispositivos legais em vigor no ordenamento jurídico pátrio, por ser esta competência exclusiva do Poder Judiciário.

Conforma visto, o artigo 38 da lei nº 4.595/64, que vigorava à época da lavratura do auto de infração, tinha como regra a obrigatoriedade das instituições financeiras de manter sigilo de suas operações e serviços prestados, sendo as informações e esclarecimentos, somente autorizados pelo Poder Judiciário, mas, seus parágrafos 5º e 6º excepcionavam tal sigilo aos “agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda”, que à época dos fatos deste processo eram os Auditores Fiscais do Tesouro Nacional, “quando houvesse processo instaurado”.

A recorrente conclui que a lei nº 8.021/1990 não constitui fundamento legal para validar o procedimento de quebra do sigilo bancário, tendo em vista que deve ser interpretada de acordo com o ordenamento jurídico, que não dispensa a autorização judicial para sua quebra. Alega que a lei nº 8.021 não poderia alterar a lei 4.595/1964 por esta ter sido recepcionada pela Lei Maior da República como Lei Complementar.

Como visto, desde a edição do primeiro ato legal que disciplinou o Sistema Financeiro Nacional, a lei nº 4.595/1964, o sigilo bancário era flexibilizado aos agentes fiscais tributários, desde que instalado o devido processo. Nenhuma das alterações legislativas posteriormente empreendidas, em especial o artigo 8º da lei nº 8.021/1990, intentava promover qualquer alteração neste particular e, efetivamente, não o fizeram, ao contrário, todos os dispositivos legais a que nos referimos na síntese história apresentada, o reforçaram.

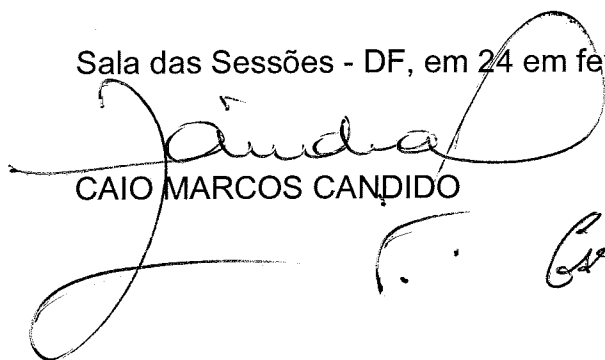
Processo nº. : 13805.001117/98-92
Acórdão nº. : 101-94.864

Por entender que o procedimento fiscal se deu dentro do contexto legal para a transferência do sigilo bancário, rejeito a segunda preliminar suscitada.

Em vista do exposto, afasto as preliminares de cerceamento de direito de defesa e da quebra indevida do sigilo bancário, e, no mérito, NEGO provimento ao presente recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 24 em fevereiro de 2005.


CAIO MARCOS CANDIDO