

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

Processo nº 13830.001784/2003-13
Recurso nº 165.031 Voluntário
Acórdão nº 2202-00.371 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de fevereiro de 2010
Matéria IRPF
Recorrente MARCELA FANCELLI
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 1999

Ementa: NULIDADE - CARÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL - INEXISTÊNCIA - As hipóteses de nulidade do procedimento são as elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235, de 1972, não havendo que se falar em nulidade por outras razões.

PRELIMINAR - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NORMAS DE CONTROLE INTERNO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL - As normas que regulamentam a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal - MPF dizem respeito ao controle interno das atividades da Secretaria da Receita Federal, portanto eventuais vícios na sua emissão e execução não afetam a validade do lançamento.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO FISCAL - Se foi concedida, durante a fase de defesa, ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos, bem como se o sujeito passivo revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma metódica, mediante extensa e substancial defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO VIA ADMINISTRATIVA - ACESSO ÀS INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL - É lícito ao fisco, mediante 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.

APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 10.174 DE 2001 E LEI COMPLEMENTAR 105 DE 2001 - O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente (Súmula CARF nº 35).

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.

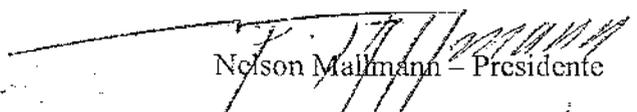
ÔNUS DA PROVA. A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada (Súmula CARF nº 26).

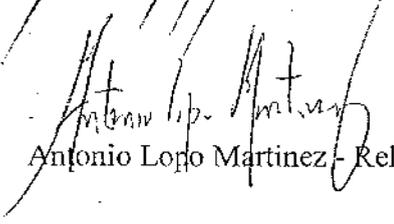
Preliminares rejeitadas.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares argüidas pelo Recorrente e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.


Nelson Mallmann - Presidente


Antonio Lopo Martinez - Relator

EDITADO EM: 12 MAR 2010

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

Relatório

Em desfavor da contribuinte, MARCELA FANCELLI, foi lavrado o auto de infração de fls. 04 a 17, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF), exercício de 1999, ano-calendário de 1998, formalizando a exigência de imposto suplementar no valor de R\$689.936,58, acrescido de multa de ofício de 75% e juros de mora calculados até 28 de novembro de 2003.

O lançamento decorre do procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias tendo sido constatada a seguinte irregularidade:

*DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO
COMPROVADA OMISSÃO DE RENDIMENTOS
CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM
ORIGEM NÃO COMPROVADA*

A Descrição dos Fatos e os Demonstrativos encontram-se em folhas de continuação ao auto de infração (fls. 07/09), sendo parte integrante e inseparável do mesmo, relatando cronologicamente o procedimento fiscal desde o envio do Termo de Início de Fiscalização até a lavratura o Auto de Infração.

Cientificada do lançamento em 16 de dezembro de 2003 (fls. 182), a contribuinte, apresentou em 12/01/2004, a impugnação de folhas 184/212, com as argumentações a seguir sintetizadas.

1. Da não convalidação do procedimento fiscal e da nulidade do auto de infração.

Questiona a validade do Mandado de Procedimento Fiscal No 08.1.18.00.2003.000137-3 que entende encerrado em 14 de novembro de 2003 e sendo assim o ato administrativo (auto de infração) seria nulo. Alega que se houve prorrogação, não foi cientificado. A não observância da formalidade legal e essencial contagiou de nulidades absolutas, substanciais, intrínsecas e insanáveis os atos subseqüentes e contrariou ao adequado exercício do contraditório e à garantia da plenitude de defesa. A nulidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, desse modo o vício prejudica não só o lançamento do eventual imposto tido como devido, mas também a multa proporcional e os juros de mora aplicados.

Argumenta ainda que na condução do procedimento de fiscalização deixou-se de observar os §§5º e 6º do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que exige relatório substanciado para a emissão das Requisições de Informações sobre a Movimentação Financeira (RMF), fundando-se assim o procedimento e m prova ilícita, inadmissível, imprestável e indevidamente produzida.

2. Da Nulidade do Auto de Infração por Desobediência a ordem judicial.

Sustenta que desde a data de 24 de outubro de 2001 até a data desta impugnação estava sob o amparo de medida liminar concedida pelo Tribunal Regional da 3ª Região, concedida para "paralisar a quebra de sigilo bancário dos impetrantes, até que o colendo colegiado desta Corte aprecie e decida o presente mandado de segurança" (processo 2000.03.00.039480-2).

Dessa forma, a ação fiscal de quebra do sigilo, continuada e concluída com a lavratura do auto de infração, DESOBEDECEU FRONTALMENTE A ORDEM DAQUELA CORTE DE JUSTIÇA, sendo NULA DE PLENO DIREITO, e os dados colhidos nestas condições DECLARADOS COMO PROVAS ILÍCITAS.

Argumenta que à autoridade administrativa é defeso reconhecer ou deixar de reconhecer determinada ordem judicial, cabendo-lhe apenas cumpri-la.

Assim, NULO O AUTO DE INFRAÇÃO lavrado a partir de desobediência de ordem judicial e com a utilização de provas ilícitas.

3. Do Cerceamento de Defesa Imposto ao Contribuinte.

Alega que foi vítima de violenta ação por parte da Polícia Federal jurisdicionada na cidade de Marília, com apreensão de sua documentação, de natureza fiscal e não fiscal. Sem ter acesso aos seus próprios documentos, não pôde dar cumprimento à exigência fiscal.

Diz que o Senhor Agente Fiscal procedeu a busca de tais documentos, na pasta indisponibilizada ao contribuinte, entretanto, sem a sua presença.

Considera que: "O ato do agente administrativo de coletar e pesquisar por si mesmo provas que cabiam ao contribuinte produzir e, por tais atitudes chegar à conclusão de que a origem dos depósitos não fora comprovada, demonstra toda a ilegalidade e irregularidade com que o processo administrativo [ai conduzido]."

Sustenta que, até a presente data, tais documentos ainda se encontram em poder das autoridades federais e com sua vista negada ao contribuinte.

Observa que a lavratura do Auto de Infração visou a inoportunidade da decadência e que todo o procedimento fiscal antes de tudo tinha por objetivo a aplicação de uma pena social e não um lançamento fiscal obediente ao devido processo legal.

Conclui que, o procedimento administrativo, além de desobedecer frontalmente determinação judicial, em plena vigência, afrontou os preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

4. Do Mérito.

Entende que pela falta de resposta ou a não comprovação da origem dos depósitos não configura omissão de receita e, que o crédito bancário, por si só, não é acréscimo patrimonial, servindo apenas para o início do procedimento de fiscalização. Diz, ainda, que a jurisprudência dominante não aceita a legitimidade do texto legal.

Neste sentido, transcreve a Súmula 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos, entendimentos dos Tribunais Regionais Federais, voto da Juíza Tânia Escobar, na AC 95.04.54053-8.

Verificada a existência de depósitos bancários incompatíveis com a renda declarada a autoridade fiscal deveria buscar exaustivamente o que lhe impõe o art. 142 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - CTN).

Sustenta que o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, alterado pelo art. 58 da MP nº 66 de 2002, presume omissão de receita, quando o contribuinte regularmente intimado, NÃO COMPROVE

A impugnante questiona se houve, de fato, a verificação dos documentos apreendidos, pela autoridade fiscal, e se não seria o caso de se investigar a totalidade dos documentos apreendidos, de forma exaurente, para concluir pelo arbitramento.

O CTN nos art. 194 a 200 estabelece regras gerais concernentes aos poderes e limites da administração. A busca da verdade material deve ser rigidamente observada pela Administração Tributária no âmbito de suas atividades procedimentais e processuais. A fiscalização fundamentada em normas, como no presente caso, viola o CTN (arts. 43 e 142) e a Constituição Federal (arts. 153, II e 5º, II e LIV), pela cobrança do imposto sobre a renda quando esta não existe.

Em 17 de Abril de 2007, os membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Belo Horizonte, proferiram Acórdão que, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares, e considerou procedente o lançamento, nos termos da Ementa a seguir transcrita.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1999

Cerceamento do Direito de Defesa.

Rejeita-se a preliminar de nulidade do lançamento invocada com base em cerceamento do direito de defesa, porquanto ao contribuinte foi lhe dado tomar conhecimento do inteiro teor das infrações que lhe são imputadas, possibilitando o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Concedida ao contribuinte ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos, tanto no decurso do

procedimento fiscal como na fase impugnatória, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Aplicação da Lei no Tempo.

Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

Sigilo Bancário.

É lícito ao Fisco examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem indispensáveis, independentemente de autorização judicial.

A obtenção de informações junto às instituições financeiras, por parte da administração tributária, a par de amparada legalmente, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais por dever de ofício.

Depósitos Bancários. Omissão de Rendimentos.

A Lei nº 9.430, de 1996, no seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em suas contas de depósitos ou investimentos.

Lançamento Procedente

Cientificado em 16/11/2007, o contribuinte, se mostrando irresignado, apresentou, em 03/12/2007, o Recurso Voluntário, de fls. 287/356, reiterando as razões da sua impugnação, às quais já foram devidamente explicitadas, que reforçando os seguintes pontos:

- Da nulidade do auto de infração, devido a vício no MPF no relativo a prorrogação do prazo;
- Da nulidade do auto de infração por desobediência à ordem judicial;
- Da ilegalidade da quebra do sigilo bancário;
- Do cerceamento do direito de defesa, pelo fato dos seus documentos terem sido apreendidos pelas autoridades policiais
- Do mérito da ilegitimidade do lançamento do imposto de renda arbitrado com base em extratos e depósitos bancários, da não configuração de omissão de receita;
- Da irregularidade da presunção legal baseada em depósitos bancários;
- Da irretroatividade da lei no tempo;

- Da inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário com base na lei complementar no. 105/01.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

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

Da Nulidade do Auto de Infração – Desobediência a Ordem Judicial

Formula o contribuinte preliminar de nulidade alegando que a autoridade administrativa promoveu um desvio de finalidade no seus atos administrativos, eivando de vício de nulidade o auto de infração

Ocorre que, nos presentes autos, não ocorreu nenhum vício para que o procedimento seja anulado, como bem discorreu a autoridade recorrida, os vícios capazes de anular o processo são os descritos no artigo 59 do Decreto 70.235/1972 e só serão declarados se importarem em prejuízo para o sujeito passivo, de acordo com o artigo 60 do mesmo diploma legal.

A autoridade fiscal ao constatar infração tributária tem o dever de ofício de constituir o lançamento. Não havendo que se falar em nulidade no presente caso, rejeito a preliminar argüida pelo contribuinte.

O trabalho fiscal, conforme se constata dos autos, foi realizado pela autoridade competente e independeu de requisição de qualquer órgão externo à Secretaria da Receita Federal.

Conforme se depreende, por decisão exaradas pela justiça que decretaram a quebra do sigilo bancário do recorrente, e solicitando que a Receita Federal fosse oficiada. Desse modo, ainda após a proteção oferecida ao recorrente, em Mandado de Segurança, respeitando a decisão judicial a autoridade lançadora efetuou a fiscalização, ficando adstrita à autorização judicial.

No que toca ao Mandado de Segurança nº 2000.03.00.039480-2, a autoridade recorrida explicou minuciosamente o procedimento ao qual, com o perdão da repetição, reproduzimos:

De acordo com o relatório proferido no processo judicial nº 2000.03.00.039480- 2, proferido pelo Desembargador Johnson Di Salvo, anexado às folhas 237/250, os impetrantes tiveram por decisão de 14/07/2000 deferida liminar de bloqueio de contas bancárias, requerida pelo Ministério Público Federal.

Em 23/08/2000 o Desembargador Federal Oliveira Lima concedeu liminar apenas para suspender a ordem de bloqueio das contas dos impetrantes.

O D. juízo de 10 grau despachou em 19/10/2001 determinando ao Banco Central que informasse os nomes das instituições financeiras e respectivas agências onde os impetrantes possuíam contas correntes ou de poupança, levando os impetrantes a peticionarem em 24/10/2001 para que fosse sobrestada a quebra de sigilo.

Diante disso, o Desembargador Federal Oliveira Lima, em 24/10/2001, "concedeu liminar para paralisar a quebra do sigilo bancário dos impetrantes".

Em 10/10/2003, os impetrantes notificaram que haviam recebido do Banco Sudameris S/A comunicado de que a Delegacia da Receita Federal em Marília solicitava do estabelecimento bancário extrato de aplicações financeiras e movimentação de conta corrente do exercício de 1998 quebrando o sigilo bancário; ensejando pedido de que fossem adotadas providências no sentido de manter a suspensão de qualquer conduta praticada para quebrar o sigilo bancário fiscal e telefônico dos impetrantes.

O despacho proferido não acolheu o pedido dos impetrantes por ter o Desembargador entendido que: "além de a autoridade dita coatora ser outra, a situação era de fato novo não tratado no presente mandamus".

Sobreveio em 10/11/2003 agravo regimental no sentido de reforma dessa decisão monocrática tentando fazer prevalecer as liminares, de cunho preventivo, ainda que em face de fato novo e em oposição a qualquer autoridade; não acolhido.

No voto, proferido pelo Desembargador Johnson Di Salvo, foi ratificada a liminar que desbloqueava as contas correntes, as poupanças e as aplicações financeiras existentes nas agências bancárias de Marília em nome dos autores. Na parte em que busca impedir a quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico a segurança foi denegada.

Verifica-se, portanto, que não houve desobediência frontal a ordem judicial, como alegado pela impugnante, mesmo porque o agravo regimental aposto no Mandado de Segurança impetrado pela impugnante, que pretendia estender os efeitos obtidos no mesmo em litígio diverso foi de pronto repelido.

O mesmo se aplica ao mandado de segurança nº 2003.61.11.004121-7 no qual pretendiam os impetrantes: a cessação dos efeitos das Requisições de Informações sobre a Movimentação Financeira (RMF) de números 60041021, 67364117 e 64766927. Por meio das RMFs a Delegacia da Receita Federal de Marília - SP solicitou a Instituições Financeiras o fornecimento de informações bancárias dos impetrantes, no ano de 1998, uma vez que estes não as prestaram quando intimados a fazê-la. De acordo com os documentos de fls. 50/56, a Sentença de 1ª instância; REJEITOU O PEDIDO FORMULADO e DENEGOU A SEGURANÇA. Posteriormente, em apelação do recorrente, o seu pedido foi negado provimento.

Posto isso, rejeito tal preliminar de nulidade por desobediência a ordem judicial.

Do vício do MPF.

A contribuinte arguiu, como preliminar de nulidade, da suposta incompetência do chefe da fiscalização para determinar a continuidade da fiscalização, bem como a prorrogação do prazo do Mandado de Procedimento Fiscal.

Ocorre, no entanto, como já decidiu este Conselho em outra oportunidade (Acórdão nº. 104-21.690, Sessão de Julgamentos em 23/06/2006, Relator: Pedro Paulo Pereira Barbosa) as normas que regulamentam a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal - MPF dizem respeito ao controle interno das atividades da Secretaria da Receita Federal, portanto eventuais vícios na sua emissão e execução não afetam a validade do lançamento.

Na realidade no caso concreto não se percebe qualquer nulidade que comprometa a validade do procedimento adotado. Diante disso, é evidente que tal preliminar carece de sustentação fática, merecendo, portanto, a rejeição por parte deste Egrégio Colegiado.

Da nulidade - Do Cerceamento do Direito de Defesa.

Suscitou a autuada, o cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que a autoridade fiscal não lhe propiciou a oportunidade para uma defesa plena, tendo em vista que não teria acesso a documentos que lhe haviam sido retidos pelas autoridade policiais.

Entretanto isso não se reflete na * fatos, percebe-se que o auto de infração foi cientificado ao contribuinte em 16/12/2003, sendo que o mesmo apresentou sua impugnação apenas no dia 12/01/2004, utilizando-se plenamente do prazo que a legislação permite. Não ficou caracterizado o cerceamento do direito de defesa. Muito pelo contrário. A defesa foi exercida de forma absolutamente ampla.

Se foi concedida, durante a fase de defesa, ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos, bem como se o sujeito passivo revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

A alegação de que as provas estariam na "pasta preta" retida pela autoridade policial não se sustenta, pois a autoridade fiscal lançadora teve o zelo de relacionar minuciosamente todos os documentos constantes na referida pasta nas fls. 169 e 174, e efetivamente conforme a autoridade afirma, nenhum deles explica a natureza dos depósitos bancários que constituem a base de cálculo da infração.

Não há que se falar em preterição do direito de defesa se o contribuinte não faz prova dos fatos que o impediram de contestar as acusações que lhe foram imputadas. Uma vez que também não se vislumbrando nenhuma das hipóteses do artigo 59, do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se falar em nulidade do auto de infração e do procedimento administrativo.

Da Impossibilidade de Quebra do Sigilo Bancário

X

O sigilo bancário sempre foi um tema cheio de contradições e de várias correntes. Antes da edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, os Tribunais Superiores tinham a forte tendência de albergar a tese da inclusão do sigilo bancário na esfera do direito à privacidade, na forma da nossa Constituição Federal, sob o argumento que não é cabível a sua quebra com base em procedimento administrativo, amparado no entendimento de que as previsões nesse sentido, inscritas nos parágrafos 5º e 6º do artigo 38, da Lei nº 4.595, de 1964 e no artigo 8º da Lei nº 8.021, de 1990, perdem eficácia, por interpretação sistemática, diante da vedação do parágrafo único do artigo 197, do CTN, norma hierarquicamente superior.

Apesar de existir intermináveis discussões quanto à natureza do sigilo bancário, entendo que tal garantia, insere-se na esfera do direito à privacidade, traduzido no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Por outro lado, entendo que o direito à privacidade não é ilimitado, tendo em vista o princípio da convivência de liberdades. Assim, não se pode, sob o manto da privacidade, pretender acobertar indistintamente qualquer irregularidade que seja objeto de apuração pelo fisco, ou seja, os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal não se prestam a servir de manto protetor a comportamentos abusivos, e nem tampouco devem prevalecer diante de fatos que possam constituir crimes. Sejam eles crimes tributários ou não.

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

Desta forma, é indiscutível que o sigilo bancário, no Brasil, para fins tributários, é relativo e não absoluto, já que a quebra de informações pode ocorrer nas hipóteses previstas em lei.

Da mesma forma, a quebra do sigilo bancário não afronta aos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

“Ementa: Inquérito. Agravo regimental. Sigilo bancário. Quebra. Afronta ao artigo 5º, X e XII, da CF: Inexistência. (...)”

I - A quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal (Precedentes: PET. 577).

(...)

(Ac. Do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no AGRINQ-897/DF, rel. Min. Francisco Rezek, em 23.11.94).”

Ora, é cediço que o sigilo bancário não tem caráter incontestável nem absoluto, pois deve sempre estar submetido, como direito individual que é, aos interesses da sociedade em geral e, por conseguinte, ao interesse maior da preservação dos comandos estabelecidos pela lei.

Diz a Lei nº 4.595, de 1964:

“Art. 38 - As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestado pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso às partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames ser conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente."

Nos termos da lei, acima mencionada, o sigilo bancário será quebrado sempre que houver processo instaurado e a autoridade fiscalizadora considerar necessário, pois é sabido que os estabelecimentos vinculados ao sistema bancário não poderá eximir-se de fornecer à fiscalização, em cada caso especificado pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal, cópias das contas correntes de seus depositantes ou de outras pessoas que tenham relações com tais estabelecimentos, nem de prestar informações ou quaisquer esclarecimentos solicitados, se a autoridade fiscal assim o julgar necessário, tendo em vista a instrução de processo para qual essas informações são requeridas.

É evidente, que a possibilidade da quebra do sigilo bancário é de natureza excepcional, e o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, arrola as oportunidades em que terceiros tem acesso ao conhecimento de dados e informações de operações realizadas no mercado financeiro pelos seus investidores/clientes. Os parágrafos, do artigo anteriormente citado, estabelecem, de forma clara, quais são as autoridades que tem acesso a estas informações, ou seja, Poder Judiciário (§ 1º); Poder Legislativo (§ 2º); Comissões Parlamentares de Inquérito (§ 3º) e os agentes fiscais do Ministério da Fazenda e dos Estados (§§ 5º e 6º).

O texto acima estabelece com clareza a obrigatoriedade que os bancos tinham de permitir aos agentes fiscais o exame dos registros de contas de depósitos. Para isto, bastaria demonstrar a existência de processo fiscal e declarar que tal documentação era indispensável à investigação em curso. Desta forma, entendo que fica demonstrado que, já em 1964, os bancos estavam obrigados a fornecer à fiscalização documentação a respeito de transações com seus clientes.

Não há como discordar que a expressão "processo instaurado" se refere ao "processo administrativo fiscal", já que em caso contrário não haveria a necessidade de existirem os parágrafos 5º e 6º do referido diploma legal.

Assim, fica evidenciado que para a Administração Tributária Federal ter acesso a informações relativo às atividades e operações no mercado financeiro e de capitais realizadas pelos contribuintes pessoas físicas e/ou jurídicas, estaria condicionada a observância de certos requisitos, quais sejam: ter processo administrativo fiscal instaurado; que as informações a serem solicitadas fossem indispensáveis e que estas informações não poderiam ser reveladas a terceiros.

Já, por outro lado, em 1966, a Lei nº. 5.172 (Código Tributário Nacional) promoveu alterações no dispositivo acima transcrito, eliminando a exigência de prévia existência de processo. No art. 197 o Código Tributário Nacional dispõe:

"Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

...

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

Após a edição do Código Tributário Nacional, o Decreto nº. 1.718, de 1979 reforçou a obrigatoriedade que têm as Instituições Financeiras de prestar informações às autoridades fiscais. No art. 2º daquele ato legal foi estabelecido:

"Continuam obrigados a auxiliar a fiscalização dos tributos sob administração do Ministério da Fazenda, ou quando solicitados a prestar informações, os estabelecimentos bancários, inclusive as Caixas Econômicas, os Tabeliães e Oficiais de registro, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, as Juntas Comerciais ou as repartições e autoridades que as substituírem, as Bolsas de Valores e as empresas corretoras, as Caixas de Assistência, as Associações e Organizações Sindicais, as Companhias de Seguros, e demais entidades ou empresas que possam, por qualquer forma, esclarecer situações para a mesma fiscalização."

Já no comando da Lei nº. 8.021, de 1990, esta obrigatoriedade é mais abrangente incluindo Bolsa de Valores e Assemblhadas, 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 assemblhadas, 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 Irretroatividade da LC 105/2001 e da Lei nº 10.174/2001.

O contribuinte se mostrou inconformado com a aplicação retroativa da Lei Complementar 105/2001 e da Lei 10.174/2001. Entendeu que ao proceder com base em tais instrumentos legais o Fisco acabou por obter provas de origem ilícita.

Não procede tal argumento. O parágrafo 1º do art. 144 do CTN permite a aplicação de legislação posterior à ocorrência do fato gerador, que tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização e ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas.

Desta forma é notória a possibilidade de aplicação dos mencionados instrumentos legais de forma retroativa, uma vez que, tão somente, ampliam os poderes de investigação do Fisco. O STJ já manifestou o seu entendimento neste sentido no RESP 529818/PR e no ERESP 726778/PR.

De igual modo o CARF já consolidou a posição sobre a suposta irretroatividade:

O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente. (Súmula CARF No. 35).

É de se negar provimento a essa parte do recurso.

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.

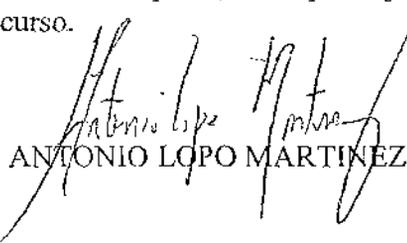
Assim, o comando estabelecido pelo art. 42 da Lei nº 9430/1996 cuida de presunção relativa (*juris tantum*) que admite a prova em contrário, cabendo, pois, ao sujeito passivo a sua produção. Nesse passo, como a natureza não-tributável dos depósitos não foi comprovada pelo contribuinte, estes foram presumidos 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 nº 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN). Nesse passo, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal que, de modo inequívoco, estabelece a presunção legal de omissão de receita ou de rendimento sobre os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (art. 42, caput, da Lei nº 9.430/1996).

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.

Ante ao exposto, voto por rejeitar as preliminares e, no mérito, por negar provimento ao recurso.


ANTONIO LOPO MARTINEZ