



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

Processo nº 13884.004050/2004-41
Recurso nº 165.920 Voluntário
Acórdão nº 3402-00.166 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de junho de 2009
Matéria IRPF - Ex(s): 2000
Recorrente LUIZ CARLOS VENEZIANI
Recorrida 6A. TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2000

DEPÓSITO BANCÁRIO - DECADÊNCIA.

Nos casos de lançamento por homologação, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário expira após cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. O fato gerador do IRPF, tratando-se de rendimentos sujeitos ao ajuste anual, se perfaz em 31 de dezembro de cada ano-calendário. Não ocorrendo a homologação expressa, o crédito tributário é atingido pela decadência após cinco anos da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º do CTN).

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO VIA ADMINISTRATIVA - ACESSO ÀS INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL.

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº. 105, de 2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial.

APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 10.174 DE 2001 E LEI COMPLEMENTAR 105 DE 2001 - POSSIBILIDADE - ART - 144, § 1º.

Pode ser aplicada, de forma retroativa, ao lançamento, a legislação que tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

AUTO DE INFRAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - MOVIMENTAÇÃO DE CONTA BANCÁRIA EM NOME PRÓPRIO - LANÇAMENTO NO TITULAR DA CONTA.

X

Incabível a alegação de ilegitimidade passiva, quando restar comprovado nos autos o uso de conta bancária em nome próprio, para efetuar a movimentação de valores tributáveis, situação que torna lícito o lançamento sobre o próprio titular da conta.

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.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS - DO ÔNUS DA PROVA.

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

Preliminares rejeitadas.

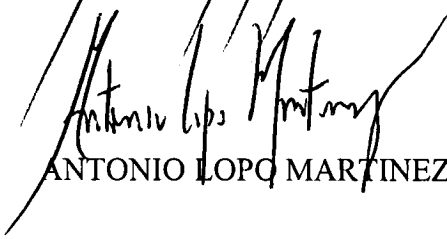
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Terceira Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares argüidas pelo Recorrente e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.



NELSON MALLMANN – Presidente



ANTONIO LOPO MARTINEZ – Relator

FORMALIZADO EM:

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

Relatório

Em desfavor do contribuinte, LUIZ CARLOS VENEZIANI, foi lavrado o auto de infração em 25/11/2004 às fls. 85-90, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, exercício 2000, ano-calendário 1999, por intermédio do qual lhe é exigido crédito tributário no montante de R\$ 251.690,33, dos quais R\$ 99.545,30 correspondem a imposto, R\$ 74.658,97, a multa proporcional, e R\$ 77.486,06, e juros de mora, calculados até 29/10/2004.

Segundo o Termo de Verificação Fiscal (fls. 83-84) e Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 86), o procedimento teve origem na apuração da seguinte infração:

Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimento, mantidas em instituição financeira, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nestas operações.

Cientificado do Auto de Infração em 18/12/2004 (fls. 92), o contribuinte apresentou, em 14/01/2005, a impugnação às fls. 94-106, acompanhada da documentação às fls. 105-135, alegando, em síntese, que:

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

- Não há no Auto de Infração qualquer menção à descrição dos fatos nem ao enquadramento legal da suposta infração, fato que prejudica a defesa e torna o lançamento passível de anulação pela falta de dois de seus pressupostos básicos, previsto no art. 10, incisos III e IV do Decreto 70.235/72, constituindo-se em verdadeira hipótese de cerceamento de defesa;

PRELIMINAR DE ILEGALIDADE DA AÇÃO FISCAL PELA IRRETROATIVIDADE DA LEI E QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO.

- A autuação com base em depósitos bancários se afigura totalmente ilegal, uma vez que o Decreto que autorizou esse procedimento foi editado em 2001 (Decreto 3724), quando até então vigorava a Lei 9.311/96, que em seu artigo 11, parágrafo 2º, permitia às autoridades fiscais terem acesso aos valores globais das operações financeiras de cada contribuinte, embora não fosse legalmente possível utilizar essas informações para fins fiscais, conforme a Portaria do MF nº 106/1997. Tal impedimento foi revogado com a edição do Decreto 3.724/2001, porém, só aplicável a partir do ano-base de 2002, não se aplicando, portanto, às operações bancárias dos períodos de apuração anteriores à sua publicação e vigência, e, independentemente dessa afirmação, o próprio Decreto 3.724/2001 reveste-se da condição de inconstitucionalidade, uma vez que a Constituição garante o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (art. 5º, X), e ainda,

que não se enquadrou em nenhuma das hipóteses, previstas no referido Decreto, que permitem a abertura dos dados bancários.

- Nenhuma pesquisa ou aprofundamento da ação fiscal foi promovida pela fiscalização, que de imediato, recorreu à quebra do sigilo bancário do autuado, sendo flagrante a ilegalidade da ação fiscal à luz da legislação vigente nos períodos abrangentes pela ação fiscal e mesmo pelas regras do Decreto 3.724/2001 e sua regulamentação;

DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA.

- se o autuado insistiu em afirmar que os depósitos em suas contas correntes bancárias se originaram de receitas da pessoa jurídica VENETUR TURISMO LTDA, não possuindo qualquer fonte de rendimentos tributáveis, além daquelas constantes da sua Declaração IRPF, o mínimo que se poderia esperar seria o confronto entre as contas do Banco Bandeirantes da pessoa jurídica e das pessoas físicas de seus sócios. Também não foram considerados os depósitos da pessoa física do autuado nos bancos Banespa e Itaú. Se o autor do feito tivesse pesquisado melhor teria encontrado operações da pessoa jurídica realizada nas contas-correntes conjuntas dos sócios (autuado e seu filho) Anulável, portanto, o auto de infração por transferência, indevida, do ônus tributário da pessoa jurídica, que realmente auferiu os rendimentos, para a pessoa física de seus sócios e ainda porque restou comprovada a inexistência de qualquer acréscimo patrimonial que justifique a autuação (transcreve ementa de Acórdãos do Conselho de Contribuintes e da CSRF).

MÉRITO.

- efetuar a autuação com base em depósitos bancários por amostragem é prática, no mínimo, carente de bom senso, que culmina com a incerteza da base de cálculo, sendo que o 1. Conselho de Contribuintes (transcreve ementas) vem condenando esse procedimento arbitrário da fiscalização que, em prol da lei do menor esforço, deixa de pautar a ação fiscal pelas normas legais aplicáveis;

- quanto ao cálculo do montante apurado para fins de tributação (fi. 76), alega valor indevido, pelos seguintes motivos:

- o autor de feito esclareceu que se valeu do Livro Diário da pessoa jurídica para apurar os valores tributáveis de distribuição de lucros e pró-labore, e à fls. 60 apurou, em 1999, um excesso de R\$ 90.892,00 das receitas sobre os depósitos, que deveria ser considerado como depósito na conta conjunta dos sócios, devendo 50% desse valor (R\$ 45.446,00) ser reduzido da base de cálculo apurada, deduzido de 50% de R\$ 2.590,08, saldo final de 31/12/99 no Banco Bandeirantes (fi. 62), sendo então apurada base de cálculo a maior de R\$ 44.150,96;

- o autuante deduziu do valor dos depósitos atribuídos ao impugnante, o total de R\$ 263.300,00 a título de lucros distribuídos, todavia, pela Declaração do IRPF e informes de

rendimentos do ano-calendário 1999 (fls. 108-121), o impugnante declarou o valor de R\$ 322.468,98 a título de lucros e dividendos recebidos, uma vez que, possui rendimentos tributáveis recebidos de diversas fontes pagadoras que também distribuíram lucros ao autuado, sendo então, a diferença tributada a maior neste item, de R\$ 59.168,98 (R\$ 322.468,98 - R\$ 263.300,00);

- o autor de feito arrolou o valor de R\$ 1.608,00 a título de pró-labore, quando, pela mesma declaração, o total oferecido à tributação somou R\$ 43.116,57, já deduzido o IRRF, com uma diferença de R\$ 41.508,57 de base de cálculo tributada a maior;

- também não foi considerado pelo AFRF o valor líquido de R\$ 22.393,38 de rendimentos tributáveis do cônjuge e de R\$ 76.568,40 de rendimentos isentos ou de tributação exclusiva na fonte, totalizando R\$ 99.961,78 (fls. 122-126);

- não foi considerada, ainda, a venda do imóvel constante do item 1 da declaração de bens, recebido da Caixa Econômica Federal, por venda, em 1999, no valor de R\$ 35.000,00 (fls. 127-129);

- assim, conforme seu entendimento, houve a tributação a maior no montante de R\$ 279.790,21 (somatório dos valores descritos no item 3.6), o que demonstra a falta de critério ou nexo causal entre os depósitos bancários e os rendimentos declarados. O valor que serviu de base de cálculo para apuração do imposto lançado está superior ao seu valor real, em razão, certamente, de a fiscalização ter sido feita por amostragem, o que por si só, invalida o crédito tributário apurado e lançado no Auto de Infração. E ainda, se as receitas apontadas no quadro à fl. 76 foram maiores que os depósitos respectivos, e se o autor do feito deixou de considerar diversos recebimentos constantes do livro Diário, porque não admitir que o excesso de recebimentos sobre os depósitos não estariam depositados na conta conjunta dos sócios, porém não como receitas ou rendimentos omitidos? (Exemplifica com valores referentes ao recebimento de duplicatas-fls. 130-135).

Em 14 de novembro de 2007, os membros da 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo II, proferiram Acórdão que, por unanimidade de votos, julgaram procedente o lançamento, nos termos da Ementa a seguir transcrita.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 1999

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA.

Incabível a alegação de cerceamento de defesa pela suposta ausência da descrição dos fatos e do enquadramento legal, quando tais elementos estiverem precisamente registrados no Auto de Infração. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR. LANÇAMENTO LASTREADO EM INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA (BASE DE DADOS DA CPMF). IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2.001 E DA LEI Nº 10.174/2.001, QUE DERAM BASE AO DECRETO 3.724/2001.

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. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR. SIGILO BANCÁRIO.

Havendo procedimento administrativo regularmente instaurado, não constitui quebra do sigilo bancário a obtenção, pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados, de dados sobre a movimentação bancária dos contribuintes com base em valores da CPMF, sobretudo quando o próprio contribuinte apresenta os extratos bancários à fiscalização. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

Na ausência de comprovação incontestável de que o contribuinte não foi o beneficiário dos depósitos efetuados em contas-correntes de sua titularidade e que foram objetos da presente autuação, há que se refutar a argumentação de ilegitimidade passiva. Preliminar rejeitada.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

A presunção legal de omissão de rendimentos autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Lançamento Procedente

Cientificado em 13/12/2007, o contribuinte, se mostrando irredutível, apresentou, em 10/01/2008, o Recurso Voluntário, de fls. 177/190, reiterando as razões da sua impugnação, às quais já foram devidamente explicadas, aditando os seguintes pontos:

- Reitera que a origem dos depósitos estaria na empresa VENETUR TURISMO LTDA, da qual o recorrente é sócio-gerente;
- Indica que ocorreu um erro de identificação do sujeito passivo
- O procedimento fiscal se baseou na soma dos depósitos bancários efetuados junto ao Banco Bandeirantes AS na conta conjunta com o filho do ora recorrente Luiz Carlos Veneziani Filho;



-
- Da decadência para a tributação baseada em depósitos bancários;
 - Indica que a fiscalização deveria ter excluído da base de cálculo o montante de R\$ 90.892,00, quando apurou excesso de receitas sobre depósitos, no valor de R\$ 90.892,00;
 - Afirmar que a fiscalização deveria ter excluído da base de cálculo o valor de R\$ 322.468,98, relativa a soma dos lucros distribuídos recebidos pelo recorrente, em não apenas o valor de R\$ 322.468,98;
 - Questiona que o valor corrente de rendimentos pro-labore deveria ser R\$43.116,57, conforme comprova sua DIRPF;
 - Não considerou o valor líquido dos rendimentos tributáveis da cônjuge, no valor de R\$ 22.393,38 e R\$ 77.568,40 de rendimentos isentos e de tributação exclusiva
 - A diferença entre o somatório dos depósitos bancários e a receita declarada não é prova da omissão de receita mas apenas um indício de omissão, devendo ser aprofundada a ação fiscal para a prova do ilícito fiscal;
 - Da irregular quebra do sigilo bancário;
- É o relatório.



Voto

Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ, Relator

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

Da preliminar de Decadência

O termo inicial para a contagem do prazo decadencial para os rendimentos omitidos que ocorreram ao longo do ano de 1999, previsto no art. 150, parágrafo 4º, do CTN é de 1º de janeiro de 2000, posto que é o 1º dia após a ocorrência do fato gerador. Desta forma, o lançamento poderia ser realizado até a data de 31/12/2004, para que pudesse alcançar os valores percebidos no ano-calendário de 1999.

Tendo em vista que o contribuinte teve ciência do auto de infração em 18/12/2004, data em que entendo não havia decaído o direito da fazenda constituir o referido crédito tributário.

Como é sabido, o lançamento é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificar o seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível.

Com o lançamento constitui-se o crédito tributário, de modo que antes do lançamento, tendo ocorrido o fato imponible, ou seja, aquela circunstância descrita na lei como hipótese em que há incidência de tributo, verifica-se, tão somente, obrigação tributária, que não deixa de caracterizar relação jurídica tributária.

É sabido, que são utilizados, na cobrança de impostos e/ou contribuições, tanto o lançamento por declaração quanto o lançamento por homologação. Aplica-se o lançamento por declaração (artigo 147 do Código Tributário Nacional) quando há participação da administração tributária com base em informações prestadas pelo sujeito passivo, ou quando, tendo havido recolhimentos antecipados, é apresentada a declaração respectiva, para o justo final do tributo efetivamente devido, cobrando-se as insuficiências ou apurando-se os excessos, com posterior restituição.

Por outro lado, nos precisos termos do artigo 150 do CTN, ocorre o lançamento por homologação quando a legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, a qual, tomando conhecimento da atividade assim exercida, expressamente a homologa. Inexistindo essa homologação expressa, ocorrerá ela no prazo de 05(cinco) anos, a contar do fato gerador do tributo. Com outras palavras, no lançamento por homologação, o contribuinte apura o montante e efetua o recolhimento do tributo de forma definitiva, independentemente de ajustes posteriores.



Neste ponto está a distinção fundamental entre uma sistemática e outra, ou seja, para se saber o regime de lançamento de um tributo, basta compulsar a sua legislação e verificar quando nasce o dever de cumprimento da obrigação tributária pelo sujeito passivo: se dependente de atividade da administração tributária, com base em informações prestadas pelos sujeitos passivos (lançamento por declaração), hipótese em que, antes de notificado do lançamento, nada deve o sujeito passivo; se, independente do pronunciamento da administração tributária, deve o sujeito passivo ir calculando e pagando o tributo, na forma estipulada pela legislação, sem exame do sujeito ativo - lançamento por homologação, que, a rigor técnico, não é lançamento, porquanto quando se homologa nada se constitui, pelo contrário, declara-se à existência de um crédito que já está extinto pelo pagamento.

Importante frisar que independente do recorrente ter apresentado ou não declaração de ajuste anual, no meu entendimento esse fato não altera a conclusão, uma vez que se homologaria o procedimento. No caso o procedimento de nada fazer, não declarar e não pagar.

Em suma, não há como considerar o lançamento do ano de 1999 como decadente. Diante do exposto, rejeito a preliminar de decadência.

Da Impossibilidade de Quebra do Sigilo Bancário

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

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

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

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

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



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

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

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

(...).

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

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

Diz a Lei nº 4.595, de 1964:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

Já no comando da Lei nº. 8.021, de 1990, esta obrigatoriedade é mais abrangente incluindo Bolsa de Valores e Assemelhadas, além das Instituições Financeiras, cuja redação diz o seguinte:

"Art. 7º - A autoridade fiscal do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento poderá proceder a exames de documentos, livros e registros das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como solicitar a prestação de esclarecimentos e informações a respeito de operações por elas praticadas, inclusive em relação a terceiros."

Art. 8º - Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964."

Parágrafo único - As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º."

Evidente está, diante das normas legais acima transcritas, que as instituições financeiras não podem invocar o dever de sigilo bancário quando da efetivação, por parte da Fazenda Pública, de pedido de informações acerca de um terceiro, existindo processo administrativo fiscal que permita tal solicitação. Não há que se falar, portanto, em quebra do sigilo bancário, uma vez que a autoridade fazendária encontra-se legalmente obrigada a manter os dados recebidos sob sigilo, conforme impõe o parágrafo 6º do artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964.

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

face à farta legislação existente, não pode ser argüido com a finalidade de negar informações ao fisco.

A Lei nº. 8.021, de 1990 revoga, para fins fiscais, a obrigatoriedade das instituições financeiras a conservar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, estabelecido no art. 38 da Lei nº. 4.595, de 1964. Este último dispositivo legal já estabelecia em seus parágrafos 5º e 6º que:

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

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

Resta claro, portanto, a possibilidade de a administração fazendária solicitar aos estabelecimentos bancários às informações que esses detenham em relação aos contribuintes para os quais exista procedimento fiscal em andamento, sem que seja necessário demonstrar os motivos que conduziram a tal requisição.

Agora sob o comando da Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, esta condição é indiscutível, cuja redação diz o seguinte:

“Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas às normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;



V - a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

(...)

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

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

(...)

Art. Revoga-se o art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.”.

A edição desse dispositivo de lei complementar se fez indispensável, em virtude de divergência interpretativa que havia sido estabelecida acerca do tema, especialmente em face de decisão de uma das Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no qual ficou assentado que o termo “processo”, empregado no artigo 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, se referia a processo judicial e não processo administrativo, que a expressão autoridade competente se referia à autoridade judiciária, não a autoridade administrativo-fiscal.

Cuidou, assim, o preceptivo legal em questão - que revogou expressamente, em seu artigo 13, o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964 -, de cancelar uma exceção à regra do sigilo bancário já prevista na lei anterior, agora com toda a clareza, sem deixar margem à interpretação equivocada ou distorcida, ao declarar expressamente que o processo mencionado é o administrativo; que a autoridade competente, para fins da lei, é a administrativa.

Ora, se antes existiam dúvidas sobre a possibilidade da quebra do sigilo bancário via administrativa (autoridade fiscal), agora estas não mais existem, já que é claro na lei complementar, acima transcrita, a tese de que a Secretaria da Receita Federal tem permissão legal para acessar os dados bancários dos contribuintes, está expressamente autorizado pelo artigo 6º da mencionada lei complementar. O texto autorizou, expressamente, as autoridades e agentes fiscais tributários a obter informações de contas de depósitos e aplicações financeiras, desde que haja processo administrativo instaurado.

Assim, estaria afastada a pretensa quebra de sigilo bancário de forma ilícita, já que há permissão legal para que o Estado através de seus agentes fazendários, com fins públicos (arrecadação de tributos), visando o bem comum, possa ter acesso aos dados protegidos, originariamente, pelo sigilo bancário. Ficam o Estado e seus agentes responsáveis, por outro lado, pela manutenção do sigilo bancário e pela observância do sigilo fiscal.

Nesse sentido, leia-se a opinião de Bernardo Ribeiro de Moraes, contido no *Compêndio de Direito Tributário*, Ed. Forense, 1a. Edição, 1984, pág. 746:

"O sigilo dessas informações, inclusive o sigilo bancário, não é absoluto. Ninguém pode se eximir de prestar informações, no interesse público, para o esclarecimento dos fatos essenciais e indispensáveis à aplicação da lei tributária. O sigilo, em verdade, não é estabelecido para ocultar fatos, mas sim, para revestir a revelação deles de um caráter de excepcionalidade. Assim, compete à autoridade administrativa, ao fazer a intimação escrita, conforme determina o Código Tributário Nacional, estar diante de processos administrativos já instaurados, onde as respectivas informações sejam indispensáveis."

Desta forma, dentro dos limites estabelecidos pelos textos legais que tratam o assunto, os Auditores-Fiscais da Receita Federal poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, desde que houver processo fiscal administrativo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. Devendo ser observado que os documentos e informações fornecidos, bem como seus exames, devem ser conservados em sigilo, cabendo a sua utilização apenas de forma reservada, cumprido as normas a prestação de informações e o exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, a que alude a lei, não constitui, portanto, quebra de sigilo bancário.

Sempre é bom lembrar que o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais constitui um dos requisitos do exercício da atividade administrativa tributária, cuja inobservância só se consubstancia mediante a verificação material do evento da quebra do sigilo funcional, quando, então, o agente envolvido sofrerá a devida sanção.

Da 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.

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 comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (art. 42, caput, da Lei nº 9.430/1996).

Da Ilegitimidade Passiva

Incabível a alegação de ilegitimidade passiva, uma vez que está comprovado nos autos o uso de conta bancária em nome próprio, para efetuar a movimentação de valores tributáveis, situação que torna lícito o lançamento sobre o próprio titular da conta.

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 irreabilidade das imputações feitas. Ausentes esses elementos de prova, resulta procedente o feito fiscal em nome do contribuinte.

A própria autoridade recorrida em seu arrazoado deixa claro que não existem provas para elidir o lançamento de depósitos bancários:

A planilha elaborada pela fiscalização, à fl. 60, foi apenas para demonstrar que as receitas auferidas pela empresa VENETUR foram compatíveis com os depósitos bancários em suas próprias contas, o que não significa dizer, de forma nenhuma, que a diferença apurada a maior de R\$ 90.892,00 seja considerada como depósito na conta conjunta dos sócios, pois não há lógica para tal conclusão, haja vista que nem todas as receitas auferidas pela empresa naquele ano podem ter sido creditadas em conta, e sim, repassadas diretamente a terceiros, por exemplo.

O contribuinte questiona que a fiscalização considerou dedução a título de distribuição de lucros o valor de R\$ 263.300,00 (fl. 76), quando pela sua Declaração de Rendimentos do ano-calendário 1999 constou o valor de R\$ 322.468,98 (fl. 109), pois possui rendimentos tributáveis de diversas fontes pagadoras, que também distribuíram lucros ao autuado, e, portanto, houve uma diferença tributada a maior de R\$ 59.168,98. Porém, o contribuinte não apresentou comprovação documental de tais distribuições de lucro diversas da empresa VENETUR, sendo, portanto, inviável tal questionamento.

Quanto ao questionamento de ter sido deduzido do montante tributável, no lançamento, apenas o valor de R\$ 1.608,00 a título de pró-labore, quando o total oferecido à tributação somou R\$ 43.116,57 (já descontado o IRRF), caberia ao impugnante comprovar que tais valores teriam sido depositados na conta que foi objeto de análise pela fiscalização (no banco Bandeirantes), haja vista que a composição do referido montante foi proveniente de diversas fontes pagadoras, conforme o respectivo quadro da DIRPF (fl. 109). A fiscalização considerou apenas o pró-labore da empresa VENETUR, por ser a única documentação que possuía em mãos, que era o Livro Diário da referida empresa (fl. 78). Tal procedimento, a meu ver foi indevido, pois a fiscalização, para poder fazer tal dedução teria que ter a comprovação que o pró-labore entrou naquela conta do banco Bandeirantes, o que não consta dos autos. Tal situação, porém, até beneficiou o contribuinte. Mas, em sede de julgamento, entendo não ser cabível adotar o mesmo procedimento utilizado pela fiscalização, pelo que, considero improcedente tal argumentação.

Também são improcedentes as alegações de que não foram considerados os valores de R\$ 22.393,38 (rendimentos tributáveis do cônjuge) e de R\$ 77.568,40 de rendimentos tributáveis, e R\$ 35.000,00 relativo à venda de apartamento, posto que não foram apresentadas as comprovações de que tais



valores tenham ingressado na conta do banco Bandeirantes, objeto de análise no lançamento.

Diante dos elementos de prova apresentados, é oportuno para o caso concreto, recordar a lição de MOACYR AMARAL DOS SANTOS:

"Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa." Ainda, entende aquele mestre que, subjetivamente, prova 'é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade deste fato ". Já no campo objetivo, as provas "são meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo. "

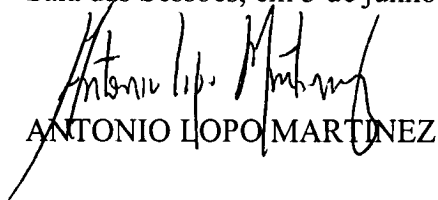
Assim, consoante o referido autor, a prova teria

- a) um objeto - são os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação;
- b) uma finalidade - a formação da convicção de alguém quanto à existência dos fatos da causa;
- c) um destinatário - o juiz. As afirmações de fatos, feitas pelos litigantes, dirigem-se ao juiz, que precisa e quer saber a verdade quanto aos mesmos. Para esse fim é que se produz a prova, na qual o juiz irá formar a sua convicção.

Pode-se então dizer que a prova jurídica é aquela produzida para fins de apresentar subsídios para uma tomada de decisão por quem de direito. Não basta, pois, apenas demonstrar os elementos que indicam a ocorrência de um fato nos moldes descritos pelo emissor da prova, é necessário que a pessoa que demonstre a prova apresente algo mais, que transmita sentimentos positivos a quem tem o poder de decidir, no sentido de enfatizar que a sua linguagem é a que mais aproxima do que efetivamente ocorreu.

Ante ao exposto, diante do elucidativo voto da autoridade recorrida, bem como pela inexistência de provas háveis para comprovar a origem dos depósitos bancários, voto no sentido de REJEITAR as preliminares argüidas pelo Recorrente e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 3 de junho de 2009


ANTONIO LOPO MARTINEZ