

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

Processo nº 15956.000563/2007-61
Recurso nº 173.421 Voluntário
Acórdão nº 2202-00.297 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de outubro de 2009
Matéria IRPF
Recorrente ELMARA LUCIA DE OLIVEIRA BONINI CORAUCI
Recorrida 6ª TURMA DRJ/SÃO PAULO - SPOII

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2001

Ementa: 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.

IRPF - DECADÊNCIA – Na modalidade de lançamento por homologação, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário expira após cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, que, no caso 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. Com a qualificação da multa, a contagem do prazo decadencial desloca-se para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado (arts. 173, I e 150, § 4º, do CTN).

OMISSÃO. RENDIMENTOS RECEBIDOS DE PESSOA JURÍDICA.

São tributáveis os valores percebidos de pessoa jurídica, em relação aos quais o contribuinte não prova serem oriundos de operação isenta ou ao abrigo de não incidência.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO QUALIFICADA - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO DA MULTA - Cabível a exigência da multa qualificada, prevista no art. 44, inciso II, da Lei nº. 9.430, de 1996, quando o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73,

da Lei nº. 4.502, de 1964. A realização de operações tendentes a não pagar ou reduzir o tributo, representadas na tentativa de impedir ou retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador do imposto, caracteriza simulação e, conseqüentemente, o evidente intuito de fraude, ensejando a exasperação da penalidade.

Preliminar de nulidade rejeitada.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento, por erro no enquadramento legal da simulação, argüida pelo Conselheiro João Carlos Cassulli Júnior (Suplente convocado). Vencidos os Conselheiros Pedro Anan Júnior e João Carlos Cassulli Júnior (Suplente convocado). No mérito, por maioria de votos, NEGAR provimento ao Recurso, nos termos do voto do Redator designado. Vencidos os Conselheiros Pedro Anan Júnior (Relator) e João Carlos Cassulli Júnior (Suplente convocado), que proviam o recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Antonio Lopo Martinez.



Nelson Mallmann
Presidente



Antonio Lopo Martinez
Redator designado

EDITADO EM: 19 ABR 2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Antonio Lopo Martinez, João Carlos Cassulli Junior (Suplente convocado), Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Pedro Anan Júnior e Nelson Mallmann (Presidente). Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Heloísa Guarita de Souza e Gustavo Lian Haddad.

Relatório

Contra a contribuinte ELMARA LUCIA DE OLIVEIRA BONINI CORAUCI, inscrito no CPF/MF sob o nº131.156.918-90, foi lavrado, em 11/12/2007, o Auto de Infração de fls. 05 a 10, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, exercício 2002 (ano-calendário 2001), por intermédio do qual lhe é exigido crédito tributário no montante de R\$ 995.062,59, dos quais R\$ 292.295,80 correspondem ao imposto, R\$ 438.443,70 à multa proporcional e R\$ 264.323,09 aos juros de mora, calculados até 30/11/2007.

Conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 13 a 38) e item "Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal", do Auto de Infração (fls. 07 a 10), o procedimento apurou a ocorrência das seguintes infrações:

001-RENDIMENTOS RECEBIDOS DE PESSOAS JURÍDICAS
OMISSÃO DE RENDIMENTOS ASSEMELHADOS AOS RENDIMENTOS DO
TRABALHO ASSALARIADO.

002-RENDIMENTOS RECEBIDOS DE PESSOAS JURÍDICAS.
OMISSÃO DE RENDIMENTOS DE ALUGUÉIS E ROYALTIES RECEBIDOS DE
PESSOAS JURÍDICAS

003-RENDIMENTOS DECORRENTES DA CESSÃO GRATUITA DE
IMÓVEL. OMISSÃO DE RENDIMENTOS PELA CESSÃO GRATUITA DE IMÓVEL.

004- DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.
OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS
COM ORIGEM NÃO COMPROVADA

Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em conta(s) de depósito ou de investimento, mantida(s) em instituição(ões) financeira(s), em relação aos quais, a contribuinte, regularmente intimada, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal nº 26.

A autoridade fiscalizadora consignou as seguintes observações acerca dos trabalhos de fiscalização:

O presente Auto de Infração foi resultado do encerramento do procedimento fiscal previsto no MPF-Fiscalização nº 0810900-205-00484-2, relativo ao exercício 2002, ano-calendário 2001.

Os trabalhos de fiscalização se desenrolaram ao longo do ano de 2006 e 2007, tendo sido entregue o primeiro Termo de Ciência e de Continuação do Procedimento

Fiscal, de nº 13, em 10/02/06, uma vez que a fiscalização já estava em curso com relação a outros períodos de apuração.

Inconformado com a continuação da ação fiscal, a contribuinte buscou pronunciamento do Poder Judiciário, no sentido de impedir a continuidade da fiscalização, por meio do Mandado de Segurança autuado sob nº 2006.61.02.002242-9, junto à 5ª Vara da Justiça Federal de Ribeirão Preto, que teve indeferido pedido de Medida Liminar, em 26/04/2006 (fls. 40 a 45).

Novas intimações (Termos de nºs 14 a 21) foram encaminhadas à contribuinte, visando esclarecer sua movimentação bancária e outros dados.

Respondendo ao Termo de nº 21 a contribuinte noticiou novo Mandado de Segurança, de nº 2007.61.02.0004433-8, impetrado junto à mesma Vara. Deixou de atender às solicitações da intimação.

A contribuinte informou à fiscalização de decisão do STJ, no RHC 16.414-SP, considerando ilícita busca e apreensão havida em 01/04/2003 nas instalações de instituição de ensino de que é dirigente a contribuinte.

Como conseqüência, o juízo da 5ª Vara da Justiça Federal em Ribeirão Preto determinou fossem suspensos os efeitos dos Termos de Intimação nº 21 e 22, registrando, não obstante, que ressalvava o entendimento particular da inaplicabilidade da Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados ao caso em questão.

No dia 03/08/2007 (fls. 62 e 63) o juízo da 5ª Vara Federal de Ribeirão Preto informou à DRF/Ribeirão Preto/SP que, caso houvessem outros elementos, não oriundos daqueles colhidos por ocasião da busca e apreensão já mencionada e que fora determinada no Processo Criminal nº 2003.61.02.003308-6, que se desse continuidade à ação fiscal.

Em 21/05/2007 nova intimação foi enviada à contribuinte, que dela tomou ciência em 22/05/2007 (fls. 64 e 65).

Em 15/05/2007 a DRF/Ribeirão Preto recebeu a determinação da autoridade judiciária no sentido de que fossem restituídos os documentos apreendidos na já citada busca e apreensão.

Em 29/05/2007 foi informado ao juízo da 5ª Vara Federal que a DRF não dispunha mais de nenhum documento apreendido, face à juntada dos originais ao processo criminal mencionado e à devolução de todos os demais documentos apreendidos (fls. 67 e 68).

No dia 09/07/2007 foi a contribuinte novamente intimada (TCCPF nº 23), com ciência em 11/07/2007 (fl. 83).

Em virtude dos fatos citados, relacionados com o Mandado de Segurança 2007.61.02.004433-8, a Fiscalização encaminhou à contribuinte o Termo de Intimação nº 23, de 21/08/2007, solicitando a comprovação da origem dos créditos havidos em suas contas correntes bancárias durante o ano de 2001. Tais extratos não foram obtidos na busca e apreensão e sim em outro processo criminal, de nº 2004.61.02.009386-5. A ciência da intimação se deu em 27/08/2007 (fls. 84 a 88).

A contribuinte, em sua resposta de 06/09/2007, afirmou que estava desobrigada do cumprimento da intimação, uma vez que as informações que lhe foram solicitadas diziam respeito a documentos obtidos ilicitamente, quando da realização da indigitada busca e apreensão.

No dia 24/10/2007 a fiscalização encaminhou o Termo de Intimação de nº 25, cuja ciência se deu em 25/10/2007 (fl. 95).

Tendo em vista a documentação obtida e as respostas às intimações, a autoridade fiscalizadora analisou-as e apontou a ocorrência de infrações à legislação tributária.

A AERP (Associação de Ensino de Ribeirão Preto), da qual a contribuinte era dirigente (vice-presidente), instituiu “usufruto gratuito” de 7/8 do imóvel em que se encontra instalada a Universidade de Ribeirão Preto, em favor da Fundação Fernando Eduardo Lee (FFEL), universidade mantida pela AERP (fls. 104 a 108), conforme Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Curadores da Fundação Eduardo Lee, realizada em 25/06/1997.

Na mesma reunião, realizada em 25/06/1997, deliberaram os dirigentes da Fundação pela aquisição de imóvel rural denominado “Fazenda Rio Negro”, no município de Sinop, Mato Grosso, para que se desenvolvessem trabalhos de pesquisas relacionadas à biodiversidade.

Apurou a Fiscalização que, decorridos 8 anos e três meses do ato que deliberou pela aquisição da Fazenda Rio Negro, nenhum projeto ainda tinha sido implementado naquele imóvel (resposta de fl. 101).

Em cumprimento ao deliberado em 25/06/1997, foi lavrada “Escritura Pública de Instituição Gratuita de Usufruto” (fls. 109 a 115), em 14/07/1997, na qual a fração de 7/8 dos imóveis pertencentes às pessoas físicas Electro Bonini, Maria Aparecida de Oliveira Bonini, Evandro de Oliveira Bonini, Eduardo Roberto de Oliveira Bonini, Suzelei de Castro França e a contribuinte e parte interessada no presente processo, Sra. Elmara de Lúcia Bonini Corauci, foi gravada com o estabelecimento do usufruto, pelo prazo de 20 (vinte) anos, em favor da Fundação Fernando Eduardo Lee (FFEL).

Em contrapartida a usufrutuária obrigava-se a locar os imóveis recebidos, em exclusividade, à Associação de Ensino de Ribeirão Preto (AERP), por prazo não superior ao usufruto. Também constou da escritura de usufruto que a finalidade de sua instituição seria propiciar condições para prosseguimento das atividades da outorgada, dando continuidade aos trabalhos desenvolvidos pelo Dr. Fernando Eduardo Lee.

Requisitadas ao Segundo Cartório de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto as certidões atualizadas das matrículas dos imóveis (fls. 116 a 189), verificou-se que, em tempo algum, o gravame “usufruto” foi averbado à margem dessas matrículas e que tais imóveis continuaram a garantir dívidas pessoais dos outorgantes e de outras empresas a eles pertencentes (vide tabela de averbações de fls. 17 a 20).

Ainda em cumprimento ao acordado na reunião do dia 25/06/1997, a FFEL, na qualidade de titular do usufruto, locou à AERP todos os imóveis recebidos, passando a contar com uma receita mensal da ordem de quatrocentos mil reais, pelo prazo convencionado de vinte anos.

A AERP, por sua vez, passou a ter uma “despesa de aluguel”, até então inexistente, que vem sendo apropriada mensalmente na respectiva conta, conforme se verifica na Representação Administrativa encaminhada ao Ministério da Justiça (fls. 193 a 196) e cópias de alguns lançamentos de janeiro/2001, na conta 2.01.06.04.01 (páginas 7 a 12 do Livro Diário 0001 da AERP, fls. 198 a 204).

Por meio do “Compromisso Particular de Promessa de Compra e Venda” firmado em 14 de julho de 1997, a contribuinte e outros (indicados na fl. 21) prometeram a venda à FFEL, entidade na qual exercia o cargo de vice-presidente, de um imóvel rural denominado Fazenda Rio Negro, situado no município de SINOP, Mato Grosso (fls. 205 a 213).

Consoante a cláusula 01 do referido “Compromisso”, todos os então promissários vendedores intitulavam-se senhores e legítimos possuidores do referido imóvel, com área total de 78.598,82 hectares, composta de uma área de 39.021,98 hectares, objeto da matrícula de nº 18.677 do Cartório de Registro de Imóveis de Cuiabá-MT e outra de aproximadamente 39.576,84 hectares, da qual teriam apenas a posse, “incontestável”, segundo o documento (fls. 211 a 213).

Na cláusula 03 do documento em tela vê-se que o preço ajustado para a transação foi R\$ 36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), divididos em 180 parcelas mensais de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a serem reajustadas anualmente por meio de índices legais.

Na mesma reunião do conselho de curadores da FFEL, em 25/06/1997, foi deliberado que os R\$ 36.000.000,00 provenientes da alienação da Fazenda Rio Negro seriam destinados aos seis dirigentes da AERP: Evandro Alberto de Oliveira Bonini, Suzelei de Castro França, Electro Bonini, Maria Aparecida de Oliveira Bonini, Elmara Lúcia Bonini Corauci e Eduardo Roberto de Oliveira Bonini.

A FFEL, com recursos recebidos da AERP, a título de “aluguel”, vem pagando a contribuinte e todos os demais dirigentes da AERP, por meio de cheques nominais depositados em suas contas particulares e de recibos.

O “Compromisso Particular de Promessa de Compra e Venda” da Fazenda Rio Negro tem suas cláusulas 5 e 6 redigidas de forma que se conclui que para garantir os pagamentos da compra da Fazenda a FFEL disporia da renda do aluguel dos imóveis localizados na cidade de Ribeirão Preto e que lhe foram cedidos em usufruto pelos proprietários, dirigentes da AERP, bem como o cumprimento da compra e venda ficará vinculado à manutenção do usufruto nos imóveis de Ribeirão Preto. Se o usufruto viesse a se extinguir, restaria rescindido o presente compromisso, sem que nenhuma parte ficaria credora ou devedora da outra, a qualquer título.

Registrou ainda, a fiscalização, que o imóvel Fazenda Rio Negro não poderia ter sido alienado, por tratar-se de área indígena, bem como não representa o total de área que foi objeto de transação. Ainda afirmou que não pertenceu, na totalidade, aos beneficiários dos recursos repassados pela AERP e, ainda que fossem proprietários, o imóvel jamais teve sua propriedade transferida para a FFEL, continuando até o presente a garantir dívidas particulares do Sr. Evandro Alberto de Oliveira Bonini.

Ainda quanto ao imóvel Fazenda Rio Negro, registrou a fiscalização **que, a partir de 20/07/1994, o imóvel passou à jurisdição do Cartório de Registro de Imóveis de SINOP-MT e ficou descrito na matrícula 12.131 (fls. 214 e 215-verso).**

Intimado o Primeiro Cartório Extra-Judicial de SINOP, da resposta **foi possível saber que o imóvel de área 39.021,98 hectares e de matrícula 12.131 tem como único proprietário o Sr. Evandro Alberto de Oliveira Bonini.**

Por meio de averbação de 20/07/1994 houve o desmembramento de **parcela do primeiro imóvel e estabeleceu-se nova matrícula, de nº 12.132, do livro nº 02, com área de 9.665 hectares, também registrada sob titularidade do Sr. Evandro Alberto de Oliveira Bonini, exclusivamente. O imóvel original passou a ter 29.356,98 hectares.**

A Fiscalização informa também que a FUNAI determinou que se fizesse constar da matrícula do imóvel, por meio da averbação 04, de 02 de julho de 1996, que a **área do imóvel situa-se na sua quase totalidade dentro do Parque Indígena do Xingu, sendo, portanto, de propriedade da União.**

Constam ainda da matrícula nº 12.131 diversas garantias (penhora e arresto) oferecidas em ações judiciais movidas por diversos autores contra Evandro Alberto de Oliveira Bonini e outros, dentre os quais empresas.

No imóvel de matrícula nº 12.131, na averbação 02 fez-se constar que **trata-se de área de utilização limitada, podendo ser explorada apenas sob o regime de manejo sustentado.**

Oficiada a FUNAI sobre a existência de eventuais pedidos de **autorização para trabalhos de pesquisa e extração de produtos da biodiversidade renovável, razão alegada para a aquisição de tal imóvel rural, assim se pronunciou sua Diretoria de Assuntos Fundiários, em ofício datado de 04 de outubro de 2005: “quanto a averiguação sobre a existência de pedidos de pesquisa, não há nesta Diretoria nenhum pedido feito que tenha por autor a Fundação Fernando Eduardo Lee ou o Senhor Evandro Bonini ou, ainda, a Associação de Ensino de Ribeirão Preto” (fls. 223 a 229).**

A Divisão Fundiária da FUNAI em Cuiabá comunicou, em 12/08/1993, à Diretoria de Assuntos Fundiários da FUNAI, que as coordenadas geográficas fornecidas **pelo Sr. Evandro Bonini, para fins de emissão de Certidão 0015/73, não correspondem à real localização do imóvel descrito nos títulos sobre os quais alega propriedade, tendo sido cancelada a referida Certidão (fls. 228 e 229).**

Por meio do OF/GAB/PU/MT/ nº 1.373/2005, de 03 de outubro de 2005, o Procurador-Chefe da União informou à DRF/Ribeirão Preto (fl. 237) que há provas **suficientes da nulidade dos títulos do imóvel rural denominado Fazenda Rio Negro, visto tal imóvel estar situado em terras pertencentes à União, tendo informado a intenção de ajuizar ação declaratória de nulidade dos referidos títulos.**

Informou também que além de serem inalienáveis as terras registradas **sob matrículas nº 12.131 e 12.132, por pertencerem à União, a contribuinte em questão, que figura como promitente vendedora no contrato de alienação apresentado, não é titular do imóvel, mesmo que regular, uma vez que a totalidade das terras pertenceriam unicamente ao Sr. Evandro Alberto de Oliveira Bonini.**

Constou ainda que da área de 39.576,84 hectares que faltava para completar os 78.598,82 hectares objetos do instrumento de alienação os promitentes vendedores teriam a posse “incontestável”.

Oficiado o 6º Serviço Notarial e Registro de Imóveis de Cuiabá-MT, houve o encaminhamento à fiscalização da informação da existência do imóvel de matrícula nº32.364, situado no município Chapada dos Guimarães-MT, que totalizava 29.830 hectares (fls. 238 e 239).

Nos imóveis dessa matrícula constavam várias alienações de partes, a diversas pessoas, conforme quadro de fls. 27 e 28.

Concluiu-se, portanto, que em 14/07/1997, data em que foi assinado o “Compromisso Particular de Promessa de Compra e Venda” da Fazenda Rio Negro, a parte disponível para venda, das terras vinculadas à matrícula nº 32.364, era de apenas 10.159 hectares.

Anteriormente já havia declarado o Sr. Evandro, na Declaração Anual do ITR apresentada em 17 de novembro de 2000 e relativa ao ano-calendário 1996 e processada sob nº 94.68.10915-09, a área remanescente, de 10.159 hectares, por ele denominada Fazenda Rio Negro I (fls. 249 e 250).

A Fundação Fernando Eduardo Lee, tida como adquirente da área de 39.574,84 hectares, em sua DITR nº 01.45583.02, relativa ao ano de 1997 e apresentada em 17 de novembro de 2000, declarou a mesma área de 10.159 hectares, para o mesmo imóvel (fls. 251 e 252).

Os 39.021,98 hectares (matrículas 12.131 e 12.132) constantes da primeira parte do imóvel, que a contribuinte tentou alienar à Fundação Fernando Eduardo Lee, referiam-se a terras da União. Já dos restantes 39.574,84 hectares, somente foram identificados 10.159 hectares (remanescentes na matrícula nº 32.364) que poderiam ter sido objeto do “Compromisso Particular de Compra e Venda” firmado em 14 de julho de 1997, pelos supostos proprietários, com a Fundação Fernando Eduardo Lee.

A contribuinte apresentou Demonstrativo de Apuração de Ganhos de Capital, junto à Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física, exercício 2002, ano-calendário 2001, em que consta a alienação da Fazenda Rio Negro, com área de 39.021,98 hectares, ou seja, a mesma área correspondente a terras situadas no Parque Indígena no Xingu. No controle de diferimento da tributação, por ela apresentado, foram relacionados recebimentos mensais de R\$ 33.333,33, em todos os meses do ano-calendário (fls. 253 e 254).

Registra o Relatório, também, que quatro sócios da AERP, ao preencherem fichas cadastrais em instituição financeira, admitiram receber mensalmente os mesmos R\$ 33.333,33, porém a título de salários pagos pela própria AERP (conforme fl. 29).

Por fim, em relação à área de 39.021,98 hectares, a Fundação Fernando Eduardo Lee – FFEL afirmou, em instrumento de impugnação em relação à exigência de ITR dos anos 2001 e 2002 (fls. 255 a 278), que o imóvel sobre o qual a Secretaria da Receita Federal está exigindo pagamento de imposto não lhe pertence, mas sim à própria União, por via da FUNAI, desde 1996.

Conclui a Fiscalização que o negócio jurídico “venda” do imóvel denominado “Fazenda Rio Negro” tratou-se de uma simulação visando transferir recursos da Associação de Ensino de Ribeirão Preto-AERP para as mãos dos dirigentes da entidade, dentre eles a contribuinte em questão, utilizando-se da Fundação Fernando Eduardo Lee – FFEL, da qual também é dirigente.

Afirmaram as Autoridades Fiscais, ainda, que os seguintes instrumentos elaborados pelos sócios da AERP e dirigentes da FFEL, não são documentos hábeis e/ou idôneos a comprovar os fatos neles mencionados:

- a) Escritura Pública de Instituição Gratuita de Usufruto, de 14/0/1997;
- b) Instrumento de contabilização de recursos de alugueres pagos pela AERP à FFEL;
- c) Instrumento de Compromisso Particular de Promessa de Compra e Venda de imóvel denominado “Fazenda União”, de 14/07/1997.

Em decorrência destes instrumentos, os sócios da AERP, dentre as quais a contribuinte, formalizaram operações com a FFEL, da qual também eram dirigentes. Os recursos enviados à FFEL eram imediatamente repassados aos verdadeiros destinatários e interessados, dentre os quais a Sra. Elmara Lúcia.

A AERP destinou à contribuinte, no ano-calendário de 2001, R\$ 399.999,96, em parcelas, em razão do negócio simulado “alienação” da Fazenda Rio Negro e R\$ 239.510,19 em valores gastos com a construção de um centro clínico.

A Fiscalização não reconheceu a instituição de “usufruto” sobre os imóveis de propriedade dos sócios da AERP, dentre os quais a contribuinte, imóveis de matrículas nº 27.397 e nº 30.113 – 2º Cartório de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto, uma vez que não consta ter sido efetivada qualquer anotação da existência do gravame.

Consta da contabilidade da AERP, durante o ano-calendário 2001, que foram aplicados recursos próprios na construção do “Centro Médico Dr. Electro Bonini”. Os valores foram escriturados em várias páginas do Livro Razão – conta 1.3.02.30.000001 – Centro Clínico Comunitário” (fls. 279 a 281).

A participação da contribuinte no condomínio do imóvel é de 1/8, conforme matrícula nº 30.108 (fls. 160 a 164), razão pela qual lhe foram atribuídos, por rateio e imputação, na forma de rendimento de alugueres, os valores constantes da tabela de fl. 35.

A Autoridade Fiscal apontou, ainda, a ocorrência de cessão gratuita dos imóveis de matrículas nº 27.397 e de 30.103 a 30.113, exatamente os imóveis em que estão as instalações principais da AERP, que teriam sido objeto do gravame usufruto não efetivamente ocorrido.

Tributou-se, nos termos do art. 49 do RIR/99, 10% (dez por cento) dos valores obtidos dos cadastros da Prefeitura de Ribeirão Preto (valores lançados a título de IPTU do ano-calendário 2001), conforme documentos de fls. 308 a 325, proporcionalmente à participação da contribuinte no condomínio, que era de 1/8 (conforme tabelas de fl. 36).

Concluindo o Termo de Verificação Fiscal, as Autoridades Fiscais informam que tributaram os depósitos bancários de origem não comprovada, uma vez que a contribuinte não se manifestou acerca do Termo de Intimação Fiscal nº 25, que solicitava tais justificativas, limitando-se a declarar-se desobrigada à prestar tais informações, por dizerem respeito a documentos obtidos ilícitamente.

A Fiscalização informou que exigiu os documentos das instituições financeiras em cumprimento à decisão do MM Juiz de Direito nos autos do processo nº 2004.61.02.009386-5, de 13/10/2004 e não em decorrência dos documentos obtidos em consequência da busca e apreensão ocorrida em 01/04/2003 e determinada no procedimento criminal que deu origem ao processo nº 2003.61.02.003308-6, conforme documentos que anexou (fls. 393 a 389 e 392 a 504).

Os valores dos depósitos bancários de origem não comprovada, por documentação hábil e idônea, foram objeto do lançamento de ofício.

Foram elaborados extratos de créditos, sendo um com os valores que a Fiscalização logrou identificar a origem e outro, intitulado “Extrato de Crédito – Origem não Comprovada Mediante Documentação Hábil e Idônea”, onde estão identificados os valores que, somados mês a mês, foram considerados como omissão de rendimentos (fls. 527 a 529).

Por fim, a Fiscalização reafirma que todos os documentos mencionados no Termo de Verificação e utilizados para apuração das infrações à legislação tributária, relativas ao ano-calendário 2001, não foram obtidos na operação de busca e apreensão de 1º de abril de 2003.

Lançou-se a multa de ofício qualificada (150%), nos termos do art. 44, II, da Lei nº 9.430/96, por se ter constatado a existência do evidente intuito de fraude.

Tomando ciência do lançamento de ofício, em 12/12/2007 (A.R. de fl.548), a contribuinte apresentou, em 04/01/2008, a impugnação de fls. 550 a 587, apresentando os seguintes argumentos de defesa, descritos, em breve relatório, a seguir.

Preliminar: Decadência

Afirma a contribuinte que o crédito tributário está decaído, por força do art. 150, § 4º do CTN, visto que se passaram mais de cinco anos entre a ocorrência do fato gerador e o lançamento, efetivado em 11/12/2007.

Afirma ainda que, no caso da presunção de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada, o fato gerador é mensal, ocorrendo a decadência nos termos do mesmo art. 150, § 4º do CTN.

Por fim, assevera que, mesmo que aplicada a ressalva do § 4º do art. 150 do CTN, transferindo-se a contagem do prazo decadencial para o inciso I do art. 173 do CTN, ainda assim já teria ocorrido a decadência, uma vez que o prazo teve início em janeiro de 2002, finalizando-se em 31 de dezembro de 2006.

Preliminar: Nulidade por utilização de prova ilícita e violação da cláusula constitucional do devido processo legal.

A contribuinte argumentou que o crédito tributário lançado no Auto de Infração é resultado de documentos obtidos na Busca e Apreensão em diversos endereços da AERP, em cumprimento a decisão judicial no decorrer do Procedimento Criminal Diverso nº 2003.61.02.003308-6, da 5ª Vara Federal de Ribeirão Preto.

Em 01/04/2003, Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e autoridades da Polícia Federal, no cumprimento da determinação judicial, apreenderam documentos e arquivos magnéticos em nome de pessoas físicas e jurídicas ligadas à UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto e de sua mantenedora, AERP – Associação Educacional de Ribeirão Preto.

Sustentou ainda que a ação fiscal que deu origem ao lançamento ora combatido é resultado de continuidade do MPF-F nº 810900-2005-00484-2, que decorreu de requisições do Ministério Público Federal e ainda de procedimentos levados à efeito na AERP e seus sócios (busca e apreensão e quebra do sigilo bancário).

Afirma ainda que foi autuada por entender a Administração Tributária ter sido beneficiária de distribuição irregular de renda por parte da AERP, razão da suspensão da imunidade tributária da instituição, demonstrada, portanto a conexão entre as ações fiscais.

O STJ, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 16.414-SP, declarou a ilicitude das provas em relação à impugnante, uma vez que não havia, à época da busca e apreensão realizada, procedimento administrativo-tributário instaurado.

A nulidade das provas colhidas na busca e apreensão é absoluta. Além disso, os efeitos do Processo Administrativo nº 10840.002934/2005-61, relacionado à AERP, base de sustentação da autuação da impugnante, estão suspensos, por força de liminar concedido pelo MM Juiz Federal da 4ª Vara de Ribeirão Preto, nos autos do Mandado de Segurança nº 2005.61.02.014191-8.

Afirma também que houve violação à cláusula constitucional do devido processo legal, uma vez que a investigação levada a efeito pela Fiscalização da Secretaria da Receita Federal ocorreu sem a existência de processo formal.

Trouxe trecho da doutrina em que se afirma da impossibilidade de utilização de recursos tais como a diligência de surpresa.

Também o STF afirmou, segundo transcreve a impugnante, que o devido processo aplica-se a qualquer procedimento administrativo. Por esse motivo foi concedida a liminar suspendendo os efeitos do processo nº 10840.002934/2005-61 (AERP).

Posteriormente houve a reconsideração parcial da liminar e se permitiu ao Fisco constituir o crédito tributário, sem qualquer repercussão sobre a imunidade da AERP, a partir de 2004.

Resumindo, a contribuinte argumenta que a forma imprópria de agir do Ministério Público e da Receita Federal tornou a prova ilícita, devendo ser reconhecida a aplicação da “teoria da árvore de frutos envenenados”.

As provas obtidas por meio ilícito são inadmissíveis no processo, nos termos inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal. Cita posições do Ministro Celso de Melo e da Professora Ada Pelegrini Grinover sobre o tema, concluindo que não se pode admitir a prova obtida por meio ilícito quando a ilicitude consista na violação de norma constitucional, em prejuízo das partes.

A posição do STF é firme ao afirmar que as provas obtidas por meio ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes.

Também a Lei nº 9.784/99, que estabeleceu normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da administração federal, estabelece que são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.

Não se pode admitir, também, como lícita, a parceria estabelecida entre a DRF e o Ministério Público, para fins de procedimento híbrido (penal-fiscal).

Citando trecho da jurisprudência, afirma que o Fisco tem meios para fazer os seus levantamentos, de apreender a documentação fiscal, mediante o termo próprio, sem deixar o contribuinte exposto a qualquer procedimento penal ou civil.

Afirmou ainda que, no caso concreto, o lançamento não foi vinculado à lei, uma que eu, a DRF/POR, ao pedir ao Ministério Público a obtenção de ordem judicial para a realização de busca e apreensão de documentos nas dependências da AERP, tentou se devencilhar do procedimento de fiscalização estabelecido no Capítulo IV da Lei nº 9.430/96.

Os Auditores-Fiscais têm acesso livre à documentação fiscal do contribuinte para fins de exame. Neste contexto, a DRF/RPO teria de dar ciência ao contribuinte do início da ação fiscal, notificando-lhe para apresentação de documentos e prestação de informações complementares.

Afirmou ainda que a DRF/POR utilizou-se de pedido judicial de busca e apreensão de documentos para não dar ciência da ação fiscal ao contribuinte, violando as determinações legais.

Todo os os fatos relacionados no Termo de Verificação Fiscal nº 26 dizem respeito às provas obtidas ilicitamente pelo Ministério Público e pela DRF/Ribeirão Preto, bastando o simples confronto desse Termo com o Termo de Verificação Fiscal nº12 e com a Notificação Fiscal que deu ensejo à suspensão da imunidade tributária da AERP para que se evidencie que os fatos são sempre os mesmos.

Preliminar: Quebra do sigilo bancário

Alegou a contribuinte que seu sigilo bancário foi indevidamente quebrado, uma vez que inexistia inquérito policial instaurado contra a impugnante.

Preliminar: Pedido de sobrestamento do julgamento administrativo, por conexão com outros processos sub judice

Requer o contribuinte que se aguarde o desfecho do Mandado de Segurança nº 2005.61.02.014191-8, relativo à Associação de Ensino de Ribeirão Preto, por meio do qual se discute a legalidade dos atos consubstanciados no Processo Administrativo nº 10840.002934/2005-61, como também da Ação Anulatória, autuada sob nº 2006.61.02.014067-0, que ataca o lançamento do IRPF, anos-calendário 1999 e 2000.

Argumentou que a situação jurídica de constituição de tais créditos é a mesma da situação aqui discutida.

Mérito

Em relação à infração 001: "OMISSÃO DE RENDIMENTOS ASSEMELHADOS AOS RENDIMENTOS DO TRABALHO ASSALARIADO", a impugnante defende-se afirmando ser impossível receber rendimentos de vínculo empregatício, dada a condição de sócia da AERP.

Se a AERP, na visão da Administração, caracteriza sociedade empresária, rendimentos auferidos pela impugnante decorrem da distribuição de lucro.

A DRF não pode inverter a lógica do sistema capitalista, qual seja: sócio auferir rendimentos oriundos da distribuição de lucro; empregado auferir rendimentos oriundos da prestação de serviço.

A DRF utiliza tal raciocínio para exigir da impugnante o recolhimento do IRPF, já que a distribuição de lucro para o sócio é isenta do pagamento do imposto pelo beneficiário, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.249/95.

De duas uma: ou a AERP é sociedade empresária e, nesta condição, a distribuição da sua renda ao sócio se deu a título de lucro, ou é entidade imune, na qual o sócio não pode ser remunerado pelo cargo de direção.

Em relação à infração 002: "OMISSÃO DE RENDIMENTOS DE ALUGUÉIS E ROYALTIES RECEBIDOS DE PESSOAS JURÍDICAS", a contribuinte afirma que equivocou-se a Administração ao considerar as despesas com a execução da obra relacionada ao Centro Clínico Electro Bonini como rendimentos de aluguéis.

Quando muito tais valores poderiam ser considerados ganho de capital, tributáveis na realização de eventual alienação. Não se pode falar em acréscimo patrimonial, nos termos do art. 43, II, do CTN, sem que ocorra a respectiva alienação do imóvel.

Argumentou ainda que o valor referente à benfeitoria realizada em imóvel de terceiro não traduz disponibilidade econômica imediata, mas apenas quando da realização da venda. Tanto é assim que, na eventualidade da venda do imóvel, tal montante será computado na base de cálculo para fins de apuração do ganho de capital.

Conclui afirmando que, para tal infração, não há que se falar na ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 114 do CTN.

Em relação à infração 003: "OMISSÃO DE RENDIMENTOS PELA CESSÃO GRATUITA DE IMÓVEL", a contribuinte discorda, uma vez que, se fraude houve, englobaria os institutos do usufruto, da locação e da alienação da Fazenda Rio Negro.

Desta forma, a tributação estaria adstrita ao rendimento auferido pela impugnante, no montante de R\$ 33.333,33, por mês. Tributar-se novamente a cessão do imóvel, por uma alíquota de 27,5% sobre a base de cálculo estipulada em 10% do valor venal do imóvel, não seria um raciocínio jurídico válido.

Em relação à infração 004: “OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA”, afirmou a contribuinte que a Administração não escondeu que o acesso a tais depósitos decorreu de liminar concedida pelo MM. Juiz Federal da 5ª Vara de Ribeirão Preto, nos autos do Procedimento Criminal Diverso nº 2004.61.02.009386-5.

Conforme entende ter demonstrado, tal decisão judicial é consequência de pedido formulado pelo Ministério Público, a partir de representação fiscal para fins penais que lhe foi encaminhada pela DRF/Ribeirão Preto, em manifesta violação às disposições do art. 83 da Lei nº 9.430/96.

Tal representação fiscal foi encaminhada ao Ministério Público antes da existência de ação fiscal administrativa contra a impugnante e antes da existência de crédito tributário.

Resumindo, quanto aos depósitos bancários a impugnante limitou-se às preliminares já anteriormente descritas, não apresentando defesa em relação ao mérito.

Por fim, faz observações acerca das conclusões da Fiscalização.

Afirma que não admite ter havido distribuição de renda da AERP em seu benefício.

Argumenta que, embora a Administração tenha considerado o negócio “alienação” da Fazenda Rio Negro como fraude (simulação), mesmo assim exige da Fundação Fernando Eduardo Lee o pagamento do imposto incidente sobre a propriedade rural (ITR), consoante se colhe da execução fiscal anexa (Processo nº 428/2007, Anexo Fiscal da Comarca do Guarujá), consubstanciada nos Processos Administrativos 10183.004819/2005-11 e 10183.004818/2005-77.

Afirma ainda que o negócio jurídico “alienação” da Fazenda Rio Negro para a Fundação Fernando Eduardo Lee foi devidamente autorizado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, conforme cópia anexa.

O usufruto dos imóveis para a Fundação Fernando Eduardo Lee é provado pela existência de escritura pública.

O negócio jurídico relativo à locação de bens imóveis recebidos em usufruto pela Fundação para a AERP foi devidamente autorizado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, conforme contrato anexo.

A Certidão nº 00015, emitida pela FUNAI, em 16 de maio de 1973, atesta a inexistência de índios na área da Fazenda Rio Negro, conforme cópia anexa.

A Ação Declaratória de Títulos Dominiais ajuizada pela FUNAI ~~contra~~ Evando Alberto de Oliveira Bonini não foi ainda julgada, para fins de atestar a localização ~~da~~ Fazenda Rio Negro em área indígena.

A Fundação Fernando Eduardo Lee e a UNAERP têm convênio firmado ~~de~~ viabilização de projetos educacionais, conforme instrumento anexo.

A Multa Qualificada

A contribuinte discorda da aplicação da multa nos termos do art. 44, II, ~~da~~ Lei n 9.430/96. Argumentou que houve manifesta violação às disposições do art. 142 do CTN e também aos artigos 10, IV e 11, III do Decreto nº 70.235/72.

Afirmou que ninguém pode ser punido com base em disposição não aplicável à situação ocorrida.

A multa em patamar superior a 20% somente pode ser aplicada ~~em~~ consequência de lançamento de ofício, por descumprimento de obrigação acessória, cujo ~~fato~~ gerador é diverso da obrigação principal, nos termos do art. 115 do CTN.

A obrigação principal é tutelada com a multa de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430/96.

Afirma que o cumprimento exato da obrigação acessória pelo contribuinte equivale à denúncia espontânea (art. 138 do CTN), o que impede o lançamento de ofício ~~pela~~ Administração.

A obrigação de pagar é protegida com a multa moratória de 20%. A obrigação de informar é protegida com penalidade específica, que não pode recair sobre o valor do crédito, visto que este já é tutelado pela multa de mora, além de dizer respeito a ~~um~~ jurídico distinto (obrigação de dar e não de informar).

Não se trata, portanto, de situação jurídica de agravamento, visto que o ~~fato~~ que faz surgir a multa punitiva não está relacionada com a inadimplência, mas sim ~~com a~~ omissão da informação. São dois planos jurídicos distintos.

A mesma infração (omissão de informações) será punida de forma ~~distinta~~, visto que a apuração recai sobre o valor do tributo e não sobre a infração praticada.

Conclui, sobre a multa aplicada, que a penalidade em razão ~~do~~ descumprimento da obrigação acessória está substituindo indevidamente a sanção relativa à obrigação principal, não obstante tratar-se de relações jurídicas distintas.

Ainda, que não se trata de agravamento, uma vez que, mesmo na hipótese ~~de~~ recolhimento do tributo devido, a sanção pelo descumprimento da obrigação acessória ~~ainda~~ assim persistiria, visto que os fatos geradores são distintos.

Assim, a multa deve ser reduzida para 20%.

Pedido

Requer, ao final a anulação do lançamento tributário, pelo acolhimento das preliminares.

No mérito, reafirma que o crédito não é devido, visto que, mantido o entendimento fiscal de fraude, os rendimentos auferidos teriam natureza de distribuição de lucros e não de rendimento salarial, além de não existirem rendimentos de locação e sim, quando muito, ganho de capital, cuja apuração somente seria possível em eventual alienação do imóvel.

Requer também que a multa seja redimensionada, para 20%, de natureza moratória.

A 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo – DRJ/SPOII, ao examinar o pleito decidiu por unanimidade em rejeitar a preliminares arguidas e no mérito pela procedência parcial do lançamento, através do acórdão DRJ/SPOII nº 26.888, de 14 de agosto de 2008 (fls. 1072/1109), consubstanciado na seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2001

PRELIMINAR. DECADÊNCIA

O prazo para efetuar o lançamento, nos casos em que não ocorre a homologação, tendo em vista a constatação de dolo, é aquele do art. 173, I do CTN, isto é, cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR: NULIDADE POR UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA, VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme se constata dos autos, a Ação Fiscal em questão se desenrolou dentro dos ditames legais, com a instauração do devido procedimento administrativo. Não houve a utilização de documentos ou provas obtidas em operação de busca e apreensão afastada pelo Poder Judiciário e nem conexão com aquele procedimento. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR. VIOLAÇÃO DO 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. Não constitui quebra da

intimidade o simples acesso a movimentação bancária do contribuinte, vez que os atos administrativos reputam-se pautados na impessoalidade e os funcionários da administração tributária tem o dever legal de manter sigilo das informações a que tem acesso em função do cargo.

PRELIMINAR. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO ADMINISTRATIVO, POR CONEXÃO COM OUTROS PROCESSOS SUB JUDICE

Inexistindo conexão entre processos nem questão prejudicial, não há impedimento ao prosseguimento do presente julgamento administrativo.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS RECEBIDOS EM DECORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO SIMULADA.

Deve prevalecer o negócio jurídico verdadeiro, qual seja, o pagamento de rendimentos aos sócios, por parte da entidade beneficiária de imunidade e o respectivo recebimento, por parte da contribuinte, de sua parcela.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS DE ALUGUEL EM DECORRÊNCIA DE INSTITUIÇÃO DE GRAVAME "USUFRUTO" SIMULADO.

Os valores recebidos em virtude de construção de clínica, na forma de materiais e serviços de construção pagos por entidade beneficiária de imunidade, à contribuinte, na proporção de sua propriedade no terreno sobre o qual foi feita a construção, e em cumprimento a acordo entre as partes locadora e locatária e que previa "abatimento de aluguéis", pela construção, devem compor a base de cálculo do imposto de renda devido no ajuste anual.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. CESSÃO GRATUITA DE IMÓVEIS.

Comprovado o recebimento de rendimentos não declarados, deve ser mantido o lançamento, com exceção de imóvel em função do qual foi imputado aluguel em decorrência de recebimento de valores, na forma de materiais e serviços, conforme previamente acordado entre as partes locadora e locatária.

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.

*APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA
(150%).*

A aplicação da multa de ofício decorre de expressa previsão legal, tendo natureza de penalidade por descumprimento da obrigação tributária e, presentes na conduta do contribuinte as condições que propiciaram a majoração da multa de ofício, consubstanciadas pela tentativa de impedir ou retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador do imposto, é de se manter a multa de ofício qualificada de 150%.

Devidamente cientificado dessa decisão em 04 de setembro de 2008, ingressa o contribuinte tempestivamente com recurso voluntário em 18 de setembro de 2008, às fls 1112/1147, onde requer a reforma da decisão reiterando as alegação apresentadas na impugnação.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro Pedro Anan Junior, Relator

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade, devendo, portanto ser conhecido.

Multa Qualificada

Com relação a multa qualificada no percentual de 150%, as atividades que dão origem à sua aplicação estão na Lei nº 9.430 de 27 de dezembro de 1996, que assim preceitua:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Os mencionados artigos da Lei nº 4.502/1964, determinam:

P

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

A Lei n.º 4.729/1965, assim definiu sonegação fiscal.

Art. 1.º Constitui crime de sonegação fiscal:

I – prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II – inserir elementos inexatos ou omitir rendimentos ou operação de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III – alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública,

IV – Fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

R

Somente é justificável a exigência da multa qualificada prevista no artigo art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, quando o contribuinte tenha procedido com fraude, sonegação ou conluio, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº. 4.502, de 1964. Sendo que a fraude, sonegação ou conluio deverá ser minuciosamente justificado e comprovado nos autos, o que não foi efetuado pela autoridade lançadora.

Desta forma, acolho argumento de redução da multa qualificada de 75% para 150%.

Da preliminar de decadência

O Contribuinte argumenta em seu recurso que teria decaído o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos entre 01/01/2001 a 31/12/2001, tendo em vista o prazo decadencial de cinco anos previsto pelo artigo 150, §4º do CTN, uma vez que o auto de infração foi lavrado em 11 de dezembro de 2007.

Antes de mais nada devemos analisar se devemos aplicar ao presente caso, para fins de contagem do início do prazo decadencial o disposto no parágrafo 4º, do artigo 150 do CTN, por se tratar de imposto sujeito ao lançamento por homologação, ou seja o prazo se inicia a partir do fato gerador do tributo que no caso de pessoa física se encerra no dia 31 de dezembro de cada ano-calendário:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Desta forma, no caso em concreto devemos verificar se houve a ocorrência de dolo, fraude ou simulação por parte do contribuinte. Caso isso seja comprovado ao invés de aplicarmos o disposto no parágrafo 4º, do artigo 150 do CTN, devemos aplicar o disposto no artigo. 173, I, do CTN, iniciando-se a contagem do prazo decadencial somente no primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme se depreende do abaixo transcrito:


“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingui-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”

No caso em concreto não há nos autos comprovação inequívoca de que houve por parte do contribuinte fraude, dolo ou simulação, apenas a qualificação da multa de ofício para 150%. Desta forma, acolho a preliminar de decadência no que diz respeito ao ano-calendário de 2001.

É por esses motivos que acolho a arguição de decadência relativamente ao ano-calendário de 2001.

Sala das Sessões, em 30 de outubro de 2009


Pedro Anan Junior

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Redator designado

Inobstante o respeitável entendimento desenvolvido pelo Ilustre Conselheiro Relator, Dr. Pedro Anan Júnior, no caso em análise, no entanto e com sua *venia*, a convicção deste julgador não permite acompanhá-lo, particularmente no que toca ao reconhecimento da decadência do lançamento.

Da Preliminar de Decadência

No que toca a preliminar, a recorrente argüi a decadência do lançamento do ano calendário 2001.

Nessa senda, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial para os fatos que ocorreram ao longo do ano de 2001, previsto no art. 150, parágrafo 4º, do CTN é de 1º de janeiro de 2002, posto que é o 1º dia após a ocorrência do fato gerador. Desta forma, o lançamento poderia ser realizado até a data de 31/12/2006, para que pudesse alcançar os valores percebidos no ano-calendário de 2001.

Urge observar, entretanto que ocorreu a qualificação da multa, neste caso a contagem do prazo decadência desloca-se para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a teor do art. 173, I do CTN. (art. 150, § 4º do CTN). Como a ciência do auto de infração ocorreu em 12/12/2007, conforme AR de fls 437, fica claro que caso a qualificação não prospere fica comprometido o lançamento.

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 para definição dessa matéria resta apurar se no lançamento é cabível a qualificação da multa.

Da multa qualificada

A recorrente argumentou que multa superior a 20% somente pode ser aplicada nos casos de lançamento de ofício.

Urge registra que a multa de ofício de 150% (cento e cinquenta por cento) encontra ressonância no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/1.996, aplicável para fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1.997. Tal dispositivo legal prevê a aplicação da multa no percentual supracitado, quando houver constatação de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73, todos da Lei nº 4.502, de 30/11/1.964.

Da apreciação em conjunto do termo de verificação fiscal e dos elementos presentes nos autos, resta claro a utilização de **negócios jurídicos simulados**, que ocultaram o pagamento de rendimentos em situação vedada pela legislação. As ações descritas e as situações apontadas pela fiscalização evidenciaram o propósito deliberado de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento, por parte da Autoridade Fazendária, da omissão de rendas e da conseqüente ocorrência do fato gerador do imposto de renda.

Está evidenciado a realização de negócios simulados: a "instituição de usufruto" sobre os imóveis da AERP e a "alienação" da Fazenda Rio Negro, com o propósito deliberado de assegurar uma redução da carga tributária e de omitir rendimentos.

Ficou, no meu entendimento, plenamente justificada a aplicação da multa qualificada de 150%.

Isto posto, urge registrar que como a qualificação da multa, aplicar-se-á para apreciar a decadência do lançamento, o art. 173 I do CTN dentro desse contexto, não há como se considerar o lançamento decadente.

Da Preliminar de Prova Ilícita

Segundo a autoridade recorrida:

A contribuinte argumentou que o crédito tributário lançado no Auto de Infração é resultado de documentos obtidos na Busca e Apreensão em diversos endereços da AERP, em cumprimento a decisão judicial no decorrer do Procedimento Criminal Diverso n" 2003.61.02.003308-6, da 58 Vara Federal de Ribeirão Preto.

Ocorre que, conforme Ofício n" 369/2007/DRF/RPO/GAB, de 29 de maio de 2007 (fls. 67), a autoridade administrativa, em cumprimento à determinação judicial, comunicou a devolução à ASSOCIAÇÃO DE ENSINO DE RIBEIRÃO PRETO, de todos os documentos oriundos da operação de busca e apreensão de 01/04/2003.

O lançamento objeto do presente processo, relativa a fatos ocorridos no ano-calendário 2001, é resultado da Ação Fiscal determinada no MPF-Fiscalização 08.1.09.00- 2005-00484-2 e iniciada em 07/02/2006 com o recebimento pela contribuinte do Termo de Ciência e Continuação de Procedimento Fiscal n" 013.

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 da Decisão de fl. 63, exarada pelo MM Juiz da 58 Vara Federal de Ribeirão Preto, o Poder Judiciário apenas registrou que não haveria impedimentos ao exercício do poder-dever de fiscalização, desde que não se utilizasse dos documentos colhidos na Busca e Apreensão determinada no Procedimento Criminal Diverso n" 2003.61.02.003308-6.

O fato de a contribuinte ser sócia da AERP e dirigente da Fundação Fernando Eduardo Lee não a faz, na condição de pessoa física, condição na qual foi fiscalizada, automaticamente conexa a ações fiscais levadas a efeito naquelas entidades.

Não houve violação à cláusula constitucional do devido processo legal, uma vez que a investigação levada a efeito pela Fiscalização da Secretaria da Receita Federal instaurou-se mediante regular procedimento fiscal, iniciado com o Termo de Início, recebido pela contribuinte em 10 de fevereiro de 2006.

A DRF expediu o devido Mandado de Procedimento Fiscal e a fiscalização ranscorreu dentro dos ditames legais, exercendo seu poder-dever de fiscalizar as atividades dos contribuintes. Posto isso, rejeito tal preliminar.

Posto isso, rejeito a preliminar de prova ilícita.

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 n° 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.

d

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 n°. 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 n°. 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 n° 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 n°. 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 n°. 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 omissão de rendimentos assemelhados aos rendimentos do trabalho assalariado.

A recorrente argumenta que não poderia receber salário, na condição de sócia. Ao apreciar esses fatos assim se pronunciou a autoridade recorrida:

Analisando-se o enquadramento legal verifica-se que a autoridade fiscal, embora tenha denominado "rendimentos assemelhados aos rendimentos do trabalho assalariado", não quis equiparar a salário a omissão de rendimentos oriundos do negócio simulado "alienação" do imóvel Fazenda Rio Negro.

No enquadramento legal, fica claro que há, descaracterizado o negócio jurídico simulado, tributou-se os valores pagos mensalmente pela AERP à contribuinte, não sendo o termo "assalariado" de importância fundamental na descrição da omissão apurada.

O art. 38 do RIR/99, que tem como fundamento legal o art. 3º, § 4º da Lei nº 7.713/88, estabelece que independe da denominação e da condição jurídica dos rendimentos a natureza tributável deles.

Diante dos fatos, não há como acatar as razões da defesa, ao pretender serem tratados como lucros distribuídos os rendimentos. O tratamento de rendimento isento somente se aplica à espécie lucro, que vem a ser o resultado positivo, na forma da legislação comercial, obtido pelas sociedades empresárias.

No caso, não houve apuração de lucros e sua distribuição e sim o pagamento de rendimentos, via artifício do negócio simulado "compra e venda". Não houve negócio algum, não houve a transmissão de propriedade do imóvel, houve apenas o pagamento de rendimentos à contribuinte.

Da omissão de rendimentos de aluguéis e royalties recebidos de pessoas jurídicas

A recorrente alega que não poderiam tais rendimentos serem considerados aluguéis, mas, quando muito, ganho de capital, quando da alienação dos imóveis

recorrida. Ao apreciar os argumentos da recorrente, assim se pronunciou a autoridade

Analisando-se o enquadramento legal verifica-se que a autoridade fiscal apenas deu tratamento estipulado pela própria contribuinte e demais sócios da AERP e dirigentes da FFEL reunidos em 25/06/1997, que estabeleceu que os recursos investidos na construção do Centro Médico "Electro Bonini" seriam abatidos dos "aluguéis" pagos pela AERP à FFEL.

Registre-se também que a construção foi realizada no terreno do imóvel de matrícula nº 30.108 e tão somente nele. Os rendimentos foram imputados somente por deter a contribuinte sua fração ideal deste imóvel.

Identificados tais valores, nada mais fez Fiscalização que imputá-los, na forma de recebimentos de aluguéis, pois a incorporação aos imóveis não foi tributada (quando sim poderia-se falar em ganhos de capital, numa futura alienação) e sim o recebimento dos aluguéis na forma de materiais e serviços de construção.

Mais uma vez importa saber que o contrato de locação da FFEL com a AERP, dada a não efetivação do "usufruto" e sim a manutenção das propriedades em poder dos sócios da AERP, de fato foi efetivado com os verdadeiros titulares dos imóveis. O "usufruto" não se efetivou, tratando-se de negócio simulado.

Registre-se que, também nesta infração, houve como enquadramento também o art. 38 do RIR/99, que tem como fundamento legal o art. 3º, § 4º da Lei nº 7.713/88, que estabelece que independe da denominação e da condição jurídica dos rendimentos a natureza tributável deles.

No caso concreto, não há como acatar as razões da defesa, ao pretender serem tratados como ganhos de capital os valores de tais rendimentos. Efetivamente, a legislação prescreve que esse caso seja tratado como omissão de aluguéis, tendo em vista o benefício para a recorrente.

Da omissão de rendimentos pela cessão gratuita de imóvel

No que toca a impossibilidade de ser tributado simultaneamente como aluguel e cessão gratuita. Neste ponto segundo a autoridade recorrida:

Não se pode acatar a defesa apresentada. Não houve uma só fraude e sim a realização de dois negócios simulados: a "instituição de usufruto" sobre os imóveis da AERP e a "alienação" da Fazenda Rio Negro.

Os negócios simulados reputam-se como efetivos apenas quanto ao verdadeiro teor dos mesmos, a verdadeira intenção das partes.

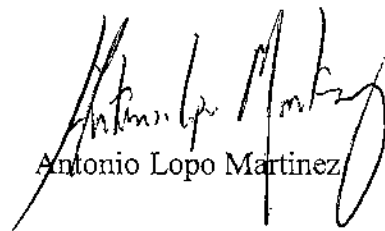
Observa-se, do item 3.3. do Termo de Verificação Fiscal (fl. 34), que a aplicação do disposto no art. 49, § º do RIR/99, isto é, a

tributação de 10% do valor venal do imóvel como rendimento de ocupação recaiu sobre os imóveis de matrículas 27.397 e de 30.103 a 30.113.

Acrescente-se por pertinente, que a autoridade recorrida em sua decisão já afastou da tributação a cessão gratuita relativa ao imóvel de matrícula No. 30.108 e somente este.

Diante do exposto com base nos dispositivos legais citados no Termo de Verificação Fiscal, penso que está correta a infração imputada.

Ante ao exposto, REJEITO as preliminares e, no mérito, voto por NEGAR provimento ao recurso.



Antonio Lopo Martinez