



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

Processo nº 19515 001802/2005-88
Recurso nº 165.096 Voluntário
Acórdão nº 2202-00.361 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de dezembro de 2009
Matéria IRPF
Recorrente SAMIR ABOU JAOUFI
Recorrida 7ª TURMA/DRI-SÃO PAULO/SP II

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2001

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.

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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ÔNUS DA PROVA - Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus acréscimos patrimoniais.

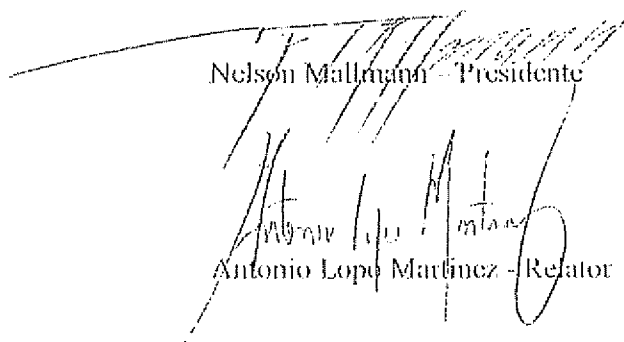
ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1ª CC nº 2)

Preliminares rejeitadas

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

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



Nelson Mallmann - Presidente

Antonio Lopo Martinez - Relator

EDITADO EM: 12 MAR 2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Antonio Lopo Martinez, Heloisa Guarita de Souza, Maria Lucia Moniz de Aragão Calomino Astorga, João Carlos Cassuli Junior (Suplente convocado), Gustavo Lian Haddad e Nelson Mallmann (Presidente). Ausente, justificadamente, o Conselheiro Pedro Anan Junior

Relatório

Em desfavor do contribuinte, SAMIR ABOU JAOUDE, foi lavrado o auto de infração de fls. 152/154, acompanhado dos demonstrativos de apuração de fls. 150/151, que lhe exige crédito tributário no montante de R\$256.810,12, correspondente ao imposto (R\$103.828,79), multa proporcional (R\$77.871,59) e juros de mora (R\$75.109,74, calculados até 31/05/2005), relativo ao Imposto sobre a Renda de Pessoa Física, exercício 2001, ano-calendário 2000.

Conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 153/154) o procedimento teve origem na apuração de **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 o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Termo de Verificação em anexo.

Cientificado do lançamento em foco, em 13/06/2005 (AR de fl. 173), o interessado apresentou, em 13/07/2005, a impugnação de fls. 177/184, acompanhada da documentação de fls. 185/353, aduzindo o que se segue:

Valores depositados em suas contas correntes: Banco Itaú, agência 0152, c/c 29970-7, Banco Itaú S.A. agência 0253, c/c 26347-9, e Banco Bradesco S.A. agência 105-8, c/c 20650-4

1) Alugueres recebidos para o Sr. Ibrahim Khatai, CPF nº 022.504.208-82, conforme contrato de locação e declaração do mesmo, em anexo, no valor de R\$1.800,00 mensais, de abril a dezembro de 2000

2) Alugueres recebidos para o Sr. Garabed Natalino Jange, CPF nº 217.022.768-72, conforme contrato de locação e declaração firmada por sua mulher, uma vez que o mesmo faleceu, conforme certidão de óbito em anexo. Os alugueres recebidos totalizam R\$2.070,00 mensais, no ano de 2000, sendo que o inquilino José Joaquim de Souza Neto pagava um aluguel de R\$700,00 (mensais). O inquilino Vangivaldo Oliveira pagava R\$520,00 e o inquilino Cicero Santos Sapucaia pagava um aluguel de R\$850,00 mensais. Todos eles pagavam ainda as parcelas de IPTU.

3) Alugueres recebidos para a Srª Edine Sapia Fracalossi, CPF nº 078.672.528-19, conforme contrato de locação e declaração em anexo, num total de R\$1.000,00 mensais, sendo que o inquilino Suemar Alves de Borba pagava um aluguel de R\$300,00 mensais e a inquilina Regina Rodrigues da Silva aluguel de R\$700,00 mensais, além de despesa de condomínio e IPTU.

4) Alugueres recebidos para a Srª Adele Tassinari Quaranta, CPF nº 064.424.038-58, conforme contrato de locação e

declaração firmada por seu filho Alberto Fassinari. Quaranta uma vez que a locadora já é falecida no valor de R\$900.00 mensais, sendo o inquilino o Sr. Nelson Ned dos Santos, além das parcelas de IPTU.

5) Alugueres recebidos para o Sr. Luis Galli, CPF nº 028.114.998-49 conforme contrato de locação em anexo, no valor de R\$580.00 mensais, sendo inquilina a Srª Luciana Cristina Marzetti Timm, sendo que a autorização para o recebimento dos alugueres encontra-se inserida no contrato no item V - da forma de pagamento além das despesas de condomínio e IPTU.

6) Alugueres recebidos para o Sr. Jorge Yatini, CPF nº 712.160.068-49, conforme contrato de locação em anexo, no valor de R\$580.00, sendo inquilina Maria Josileide Fernandes, sendo que a autorização para recebimento encontra-se inserida no item V do contrato. Esse contrato foi renovado no mês de julho/2000, mas a autorização para o recebimento do aluguel já vinha do ano de 1999, com a mesma inquilina.

7) Alugueres recebidos para a Srª Leonor Campana Dias, CPF nº 567.638.078-04, conforme contrato de locação, declaração recibo de quitação em anexo, no valor de R\$2.720.00. No ano de 2000, 6 imóvel da R. Desembargador Eliseu Guilherme, estava locado para Agnaldo José de Souza Moraes que pagava um aluguel de R\$1.800.00, o imóvel da R. Izequiel Ramos, 568 estava alugado para Andrija Weltnam, pelo preço de R\$420.00 mensais e o imóvel de nº 570 da mesma Rua, estava alugado para o restaurante Botique do estômago, pelo valor de R\$500.00 mensais. No ano de 2003, a locadora e seus sócios concederam recibo de quitação geral em anexo, ao ora impugnante, reiterando que o mesmo continuasse a administrar os mesmos imóveis.

8) Alugueres recebidos para a locadora Nair Saldanha Celestino, CPF nº 139.785.888-54, cujo relacionamento com a referida Srª teve início em 1990, quando o escritório do impugnante iniciou o inventário do falecido marido dela. A partir daquele ano o escritório do impugnante passou a administrar os vários imóveis da cliente, realizando contratos de locação e recebimentos através das c/c mantidas no Banco Itaú SA e Banco Bradesco SA, a exemplo de outros recebimentos acima especificados. Referida cliente, depois de recebido os seus créditos enviava a comissão do escritório para o Banco Itaú SA, agência O 152, c/c 29970-7. Essa comissão representava o equivalente a 7% dos recebimentos mensais e era depositada através de transferência bancária da agência 0788, do Banco Itaú SA, c/c 26959-5 da cliente. Essas transferências são visíveis no ano de 2000, nos extratos bancários do impugnante. Normalmente eram realizados no dia 10 de cada mês, numa média de R\$500.00 por mês, o que representava um recebimento de alugueres para a locadora, no importe de R\$7.000,00 mensais, cujo alguns contratos de locação antigos está juntando, onde aparece autorização para recebimento. Isto que ela faleceu no ano de 2003, requer seja verificada a declaração de renda de pessoa física do ano de 2000, da falecida, para se

constatar do volume de alugueres recebidos pela mesma naquele ano

9) Alguns recebimentos foram empréstimos realizados por amigos do impugnante, para socorrerem as contas correntes do mesmo que estavam ameaçadas de encerramento, uma vez que sendo de pequena monta os lucros do escritório, corria-se o risco de um colapso financeiro. Sendo assim, o advogado Dr. Eugenio Carlos Barbosa emprestou ao escritório a quantia de R\$14.500,00, conforme declaração em anexo, sendo R\$3.000,00 no dia 30/05/2000, R\$1.000,00 na data de 31/08/2000 e R\$1.500,00 no dia 22/11/2000. O Sr. Lucio Rogério Ribeiro Sanchez emprestou R\$3.000,00 em 26/06/2000, através de depósito realizado na conta corrente do Banco Itaú SA, agência 0152. O Sr. Duval Geronimo Ribeiro emprestou ao escritório, no dia 01/03/2000, a quantia de R\$10.000,00, conforme declaração anexa. O Sr. Renato Alfredo Russo emprestou ao escritório a quantia de R\$1.000,00 em 31/05/2000, na mesma conta corrente. Todos esses empréstimos foram devolvidos a seus credores no decorrer do ano de 2000, conforme declarações dos credores, com exceção do credor Renato, que não foi localizado para firmar declaração, mas o nº da sua conta corrente encontra-se estampada no extrato bancário do impugnante.

10) Nos extratos bancários aparecem diversos depósitos de R\$500,00 cada um realizados por Ana Helena, que era locatária da falecida Nair Saldanha Celestino. Da mesma forma os depósitos bancários em nome de Murlene e de Marina, todos eles ex-inquilinos da mesma pessoa.

11) Na conta do Itaú, 0152-29970-7, aparece em 01/07, um depósito de R\$9.500,00 feito por cartão. Esse depósito foi realizado com valores existentes na caixa da esposa do impugnante, assim como o depósito realizado em 02/06/2000, no valor de R\$8.595,58. Aparecem também, alguns depósitos realizados pelo Itaú Prev, nos meses de agosto e setembro de 2000, no importe de R\$3.374,22, que se referem à devolução de plano de previdência privada que o impugnante e sua mulher faziam junto ao banco Itaú SA, agência 0152, de 29970-7.

12) A conta mantida pelo escritório do impugnante, junto ao Banco Bradesco SA, servia para o recebimento de alugueres de parte dos imóveis da S/I Nair Saldanha Celestino e para que essa conta fosse movimentada o impugnante trazia recursos do Banco Itaú, a fim de que a conta não fosse encerrada.

13) Na conta corrente 29970-7 do Banco Itaú SA, eram depositados os valores recebidos pelo enteado do impugnante para a elaboração e expedição de documentos pessoais e imobiliários de seus clientes, bem como os honorários desse trabalho. Seu enteado Rodrigo Sanchez Palhi movimentou mais ou menos a quantia de R\$2.500,00 mensais, de onde retirava um lucro líquido de mais ou menos R\$900,00 mensais, conforme declaração anexa. Esse trabalho era realizado nas dependências

do escritório do impugnante, mas a única ligação que existia entre as partes era o uso da conta corrente do impugnante por seu enteado, que na época não tinha conta bancária

14) A mulher do impugnante também utilizava as dependências do escritório para organizar trabalhos de digitação em computador, também utilizava a mesma conta corrente do banco Itaú SA. para movimentar suas contas, pois essa conta era e ainda é conjunta com o impugnante. Desse trabalho, ela obtinha um rendimento mensal de mais ou menos R\$1.000,00, sendo que socorria com seu caixa essa mesma conta, quando o saldo bancário ficava abaixo do limite do cheque especial, conforme declaração anexa

15) Os integrantes do escritório, no ano de 2000, eram 04 advogados. Conforme iam recebendo para seus clientes, iam pagando suas despesas pessoais e ao final de cada mês era feita a conta dos "lucros", cabendo a cada advogado, a quantia equivalente a R\$1.200,00 mensais. Logo, o total arrecadado pelos 04 advogados, mensalmente correspondia a quase R\$5.000,00, que eram movimentados na conta corrente do impugnante.

Por ocasião da resposta ao início da ação fiscal, foi consignado pelo impugnante que este não mantinha contabilidade exata de sua movimentação bancária porque ainda não estava em vigor a Lei n. 10.174/2001, mas que poderia comprovar a maior parte dos depósitos realizados em suas contas correntes. Pelo que se pode notar, não existem depósitos de vulto nas contas bancárias do impugnante. A maior parte destes depósitos se repetem a cada mês do ano de 2000, tanto que existe uma média quase perfeita de mês a mês. Naquele ano, o impugnante e seus colegas, sua mulher e seu enteado, não adquiriram coisa alguma, sendo que o patrimônio do primeiro até diminuiu, pois começou o ano de 2000 com um saldo devedor de R\$850,66 e terminou aquele ano com um saldo devedor de R\$7.675,74, ou seja, seus bens regrediram em quase R\$7.000,00.

Ademais, extratos e depósitos bancários não podem servir de fundamento para o lançamento tributário, cerceando a defesa do ora impugnante, mesmo após ter este solicitado um prazo de 30 dias para a apresentação de documentação, conforme se comprovam com o documento em anexo.

Nestas condições, vem impugnar os lançamentos apontados no Auto de Infração, pelos motivos acima, requerendo seja declarada procedente a impugnação, para que sejam realizados novos cálculos para se tornar nula a cobrança pretendida, isentando o impugnante de qualquer penalidade ou pagamento.

De qualquer forma, o impugnante protesta pela juntada posterior de qualquer documento que sirva para sua defesa e a prestar eventuais esclarecimentos que possa levar à elucidação do caso.

Em 24 de maio de 2007, os membros da 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo, proferiram Acórdão que, por unanimidade de votos,



rejeitou as preliminares, e considerou procedente o lançamento, nos termos da Fmenda a seguir transcrita

Ano calendário 2000

CERCAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NULIDADE.

Tendo o auto de infração sido lavrado com estrita observância das normas reguladoras da atividade de lançamento e, existentes no instrumento todas as formalidades necessárias para que o contribuinte exerça o direito do contraditório e da ampla defesa, assegurado pela Constituição Federal, afasta-se a alegação de cercamento do direito de defesa e, por conseguinte, de nulidade do lançamento

OMISSÃO DE RENDIMENTOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracterizam omissão de rendimentos, sujeitos ao lançamento de ofício, os valores creditados em contas de depósito mantidas junto às instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações

Invocando uma presunção legal de omissão de rendimentos, fica a autoridade lançadora dispensada de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo ao contribuinte o ônus da prova

Simples declarações de terceiros não se prestam para justificar a origem dos depósitos/créditos realizados nas contas bancárias, haja vista que cada depósito/crédito precisa ter a sua origem de recursos, individualmente, identificada/justificada, mediante apresentação de documentação hábil e idônea.

MULTA DE OFÍCIO

É devida a multa de ofício de 75.00%, no caso de lançamento de ofício decorrente de declaração inexata

Lançamento Procedente

Cientificado em 13/11/2007, o contribuinte, se mostrando irresignado, apresentou, em 12/12/2007, o Recurso Voluntário, de fls. 379/438, reiterando as razões da sua impugnação, às quais já foram devidamente explicitadas, que reforçando os seguintes pontos:

- Da ilegalidade da quebra do sigilo bancário;
- Do princípio da irretroatividade das leis;
- Da irregularidade do lançamento baseado em depósitos bancários;
- Da natureza dos valores que transitavam na sua conta, que não lhe pertenciam;

É o relatório



Voto

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

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

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, preserve-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:

*Temática: 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)

()

(Art. 1º do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no AGIRINQ-897/DI, 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 prestam 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, arcua 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 as autoridades fiscais. No art. 2º daquele ato legal foi estabelecido:

"Continuam obrigados a auxiliar a fiscalização dos tributos sob administração do Ministério da Fazenda, ou quando solicitados a prestar informações os estabelecimentos bancários, inclusive as Caixas Econômicas, os Tabeliães e Oficiais de registro, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, as Juntas Comerciais ou as repartições e autoridades que as substituírem as Bolsas de Valores e as empresas corretoras, as Caixas de

Assistência, as Associações e Organizações Sindicais, as Companhias de Seguros, e demais entidades ou empresas que possam, por qualquer forma, esclarecer situações para a mesma fiscalização "

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

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

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

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

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

Os dispositivos legais acima citados, não foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, dão respaldo ao procedimento da fiscalização. Por esta razão, rejeita-se o argumento de que os documentos foram obtidos de forma ilícita. O sigilo bancário, face à farta legislação existente, não pode ser argüido com a finalidade de negar informações ao fisco.

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

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



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

Resta claro, portanto, a possibilidade de a administração fazendária solicitar aos estabelecimentos bancários as 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 as 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 as 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, no 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 9.430/1996 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 Natureza dos Valores depositados em suas Contas

No caso concreto a mera alegação de que os recursos não lhe pertenciam, e que apenas transitavam em sua conta, ou que pertenciam a outras pessoas, que apenas uma parte seriam comissões, não é prova suficiente. Caberia ao recorrente apresentar provas de suas alegações.

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

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 a 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.

No caso concreto o lançamento foi baseado em presunção legal e nestas circunstâncias, cabe ao contribuinte demonstrar a origem de seus depósitos; Alegações desacompanhadas de provas, não podem elidir o lançamento. No mesmo sentido não é competência do fisco produzir provas a favor do contribuinte no contexto de uma presunção legal. Diante disso não há como acolher o pedido de diligência do recorrente.

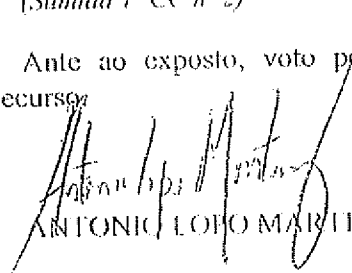
Acrescente-se, por pertinente, que as alegações do recorrente, não fazem prova dos depósitos, individualizadamente, sendo portanto imprestáveis para comprovar os mesmos.

Da Inconstitucionalidade das Normas

No referente a suposta inconstitucionalidade das Normas aplicadas, que determinariam a aplicação de multas e juros de natureza confiscatória, acompanho a posição sustentada pelo 1º Conselho de que não compete à autoridade administrativa de qualquer instância o exame da legalidade/constitucionalidade da legislação tributária, tarefa exclusiva do poder judiciário.

O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1ª CC nº 2)

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


ANTONIO LOPO MARTINEZ