



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

Processo nº 19515.004322/2003-15
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-002.885 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de dezembro de 2014
Matéria IRPF
Recorrente JOSE LUIZ CARDOSO DOS SANTOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 1998

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTAR N.105/2001.

A Lei Complementar nº 105/2001 permite a quebra do sigilo por parte das autoridades e dos agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO FISCAL

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

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430/1996.

Por disposição legal, caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta bancária mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos relativos a essas operações, de forma individualizada.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS - DO ÔNUS DA PROVA

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

JUROS - TAXA SELIC

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula CARF nº 4).

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, QUANTO A PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA POR QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO: Pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar. Vencidos os Conselheiros FÁBIO BRUN GOLDSCHMIDT (Relator), RAFAEL PANDOLFO e PEDRO ANAN JÚNIOR, que acolhem a preliminar. Designado para redigir o voto vencedor nessa parte o Conselheiro ANTÔNIO LOPO MARTINEZ. QUANTO AO MÉRITO: Pelo voto de qualidade, negar provimento. Vencidos os Conselheiros FÁBIO BRUN GOLDSCHMIDT (Relator), RAFAEL PANDOLFO e PEDRO ANAN JÚNIOR, que proviam o recurso. Designado para redigir o voto vencedor nessa parte o Conselheiro ANTÔNIO LOPO MARTINEZ.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

ANTONIO LOPO MARTINEZ – Presidente e Redator designado.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

FABIO BRUN GOLDSCHMIDT - Relator.

EDITADO EM: 10/03/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: ANTÔNIO LOPO MARTINEZ (Presidente), MÁRCIO DE LACERDA MARTINS (Suplente convocado), RAFAEL PANDOLFO, PEDRO ANAN JÚNIOR, MARCO AURÉLIO DE OLIVEIRA BARBOSA, FÁBIO BRUN GOLDSCHMIDT.

Relatório

Trata-se de auto de infração (fls. 297/300) constituído em razão de **omissão de rendimento caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada**, correspondente ao ano-calendário 1998, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF, exigindo o crédito tributário na monta de R\$ 3.844.287,84, já acrescido de multa de ofício (75%) e juros de mora.

O detalhamento da infração imputada ao recorrente vem bem descrito no Termo de Verificação Fiscal (fls. 292/294):

No exercício das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal, através do Termo de Início e Intimação Fiscal, emitido em 21/10/2003 e cientificado pelo contribuinte em 24/10/2003, conforme consta no Aviso de Recebimento do correio, fl.227, em cumprimento das determinações objeto do Mandado de Procedimento Fiscal nº 08.1.90.00-2003-03848-2, fl.01, demos início ao procedimento de fiscalização para apurar os rendimentos do ano de 1998 decorrentes da movimentação financeira informada pelas instituições financeiras em conformidade com o § 2º do Art. 11 da Lei 9.311/96.

Através de ação fiscal junto à contribuinte Eulália Pipolo Baptista, CPF 029.553.948-82, constatou-se que o contribuinte é co-titular das contas cujas movimentações realizadas ao longo de 1998, estão abaixo detalhadas:

<i>Banco</i>	<i>CNPJ Banco</i>	<i>Valor da Movimentação</i>
<i>S/A Citibank</i>	<i>80 33.479.023/0001-</i>	<i>R\$ 1.437.472,40</i>
<i>Bank Brasil S/A HSBC</i>	<i>89 01.701.201/0001-</i>	<i>R\$ 6.931.787,79</i>
<i>S/A Real</i>	<i>33 17.156.514/0001-</i>	<i>R\$ 1.341.563,08</i>

Durante a ação fiscal de Eulália Pipolo Baptista, titular das contas acima, onde o contribuinte consta como co-titular, foram elaborados, através dos extratos bancários, demonstrativos dos depósitos efetuados durante o ano-calendário de 1998, que totalizaram R\$ 10.857.653,35, já excluídos resgates de aplicações financeiras e outros créditos autoexplicativos, além dos cheques devolvidos, que também foram remetidos ao contribuinte ora sob ação fiscal, por via postal, mediante intimação para comprovação das fontes que deram origem aos depósitos/créditos bancários, através do TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL datado de 21/10/2003, fl.141, cientificado pelo contribuinte em 24/10/2003, Conforme Aviso de Recebimento- AR, fl.227.

Através de correspondência em nosso poder, apresentada em atendimento à intimação da contribuinte Eulália Pipolo Baptista, CPF 029.553.948-82, quando do envio dos demonstrativos para Eulália Pipolo Baptista justificar a origem dos depósitos, o contribuinte assumiu ser de sua inteira responsabilidade a movimentação financeira dessas contas. Na ocasião, informou tratar-se de sua sogra e que os depósitos tiveram como origem cheques recebidos pela sua empresa: Fuso Distribuidora de Materiais Elétricos e Ferragens LTDA, CNPJ 00.006.867/0001-54. Na tentativa de provar que essas contas eram utilizadas preferencialmente no âmbito comercial, o contribuinte enviou cópias de 30 cheques emitidos a favor de possíveis fornecedores de sua firma. Tais cópias não comprovam a origem nem a natureza dos depósitos/créditos efetuados nas respectivas contas bancárias.

De acordo com os extratos bancários de 1998, apresentados para fins de apuração de rendimentos, com base no Art. 42 da Lei 9.430 de 27 de dezembro de 1996 e com limites alterados pelo Art. 4º da Lei 9.481 de 13 de agosto de 1997, no sentido de atender o objeto da ação fiscal determinada no MPF já citado, foram elaboradas planilhas, conforme fls.141 a 199 e 202 a 224, para apuração dos depósitos/créditos mensais efetuados nas contas correntes do contribuinte, tem-se a seguinte situação:

(...)

Decorrido o prazo concedido sem que o contribuinte tenha logrado êxito na comprovação das origens dos depósitos/créditos efetuados em 1998 nas instituições financeiras mencionadas no item 2 e devidamente relacionadas no item 5, pelo seu total mensal, computados os cheques devolvidos no período e demais exclusões já mencionadas, face as contas bancárias, ora analisadas, têm suas titularidades em conjunto com Eulália Pipolo Baptista, CPF 029.553.948-82, somente será considerado como omissão de rendimentos o montante de R\$ 5.428.826,65, correspondente a 50% do total da movimentação financeira, conforme Art.58 da Lei 10637 de 30 de dezembro de

2002, que acrescentou o §6º ao Art. 42 da Lei 9430/96, sendo esse valor objeto de lançamento de ofício.

Isto posto, com base no artigo 926 do Decreto 3000, de 26 de março de 1999, será lavrado o competente Auto de Infração por omissão de rendimentos no valor total anual de R\$ 5.428.826,65.

Procedimento de Fiscalização

Foram emitidas RMF aos bancos Citibank, HSBC e Real, para encaminhar à RFB todos os extratos das contas do fiscalizado. As referidas instituições financeiras atenderam o solicitado (fls.11/141). Da análise dos extratos a fiscalização verificou que as contas bancárias tinham dois titulares, o contribuinte e sua sogra Eulália Pipolo Baptista.

A partir disso, o recorrente foi intimado por Termo de Início e Intimação Fiscal para, em relação ao ano-calendário de 1998: *“Comprovar, mediante documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, as fontes de recursos que deram origem aos depósitos/créditos bancários em seu nome, conforme Planilhas de Conferência dos Depósitos Bancários anexas, referente às contas bancárias mantidas junto aos Bancos: BRADESCO, CITIBANK, HSBC e REAL.”*. (fls. 142/227).

Em resposta, a Sra. Eulália Pipolo Baptista e o recorrente, co-titulares das contas bancárias fiscalizadas, apresentaram manifestações (assinadas e com firma reconhecida) alegando que as contas correntes eram exclusivas do recorrente e que os depósitos tiveram como origem cheques recebidos pela empresa do Recorrente, Fuso Distribuidora de Materiais Elétricos e Ferragens LTDA (fl.231/241). Para comprovar suas alegações, o recorrente entregou ao Fisco, cópias de 30 cheques emitidos em favor de possíveis fornecedores de sua firma (fl.242/291).

Da análise da documentação apresentada, a fiscalização entendeu por lavrar o auto de infração, considerando como omissão de rendimentos o montante de R\$ 5.428.826,65, correspondente a 50% do total da movimentação financeira a descoberto, em vista da co-titularidade das contas.

Impugnação

O contribuinte foi cientificado do lançamento do crédito tributário, apresentando tempestivamente a impugnação (fls. 310/326), instruindo com documentos: fotocópia de cheques, declaração dos bancos Real e HSBC de que as contas correntes foram movimentadas, exclusivamente pelo Sr. José Luiz (fls. 327/529), alegando em síntese:

Do erro na identificação do sujeito passivo

Durante a ação fiscal levada a efeito junto à contribuinte Eulália Pípolo Baptista, ficou evidenciado que as contas bancárias mantidas junto às instituições financeiras em conjunto com seu genro, Sr. José Luiz Cardoso dos Santos. Tal convicção sobreveio com a carta da Sra Eulália afirmando que apenas o Bradesco era movimentado por ela, sendo que, quanto às demais instituições, toda a movimentação era realizada única e exclusivamente por seu genro, ora, impugnante, fato este reafirmado pelo próprio impugnante em carta lavrada de próprio punho, em 08/09/2003. Na época, o contribuinte identificou a origem integral dos recursos movimentados como resultante de transações efetuadas pela sua empresa Fuso Distribuidora de Materiais Elétricos e Ferragens Ltda, anexando cópia de diversos cheques que comprovavam não somente que ele realizava as operações relativas àquelas contas, mas também que tais cheques eram objeto de pagamento de fornecedores de sua empresa;

os pagamentos de impostos e taxas da empresa eram realizados utilizando-se tais contas, como poderá ser fartamente demonstrado através de perícia contábil, a qual desde já solicita por meio de pedido de diligência;

o fato de que foram solicitadas informações bancárias, sem determinação da justiça e sem qualquer autorização do impugnante, constituindo-se tal fato, quebra de sigilo bancário à margem da legalidade;

a movimentação bancária relacionada ao Bradesco S/A era de exclusiva movimentação de sua sogra Eulália, onde eram depositados valores relativos a sua pensão do INSS, motivo pelo qual o impugnante apresenta como prova a declaração de sua sogra;

não era, entretanto, a mesma, responsável tributária pelas demais contas, estando apenas como titular, pelos motivos esposados, lembrando que ela não exerceu qualquer ato vinculatorio de titularidade das mesmas, como adiante será comprovado;

a empresa Fuso Distribuidora de Materiais Elétricos e Ferragens Ltda era a responsável pelos recursos depositados em tais contas e estas eram utilizadas no pagamento de fornecedores, estando tal movimentação espelhada em seus livros Diário e Razão do ano-calendário de 1998, motivo pelo qual faz-se necessária a conversão do julgamento em diligência para detectar de forma insofismável e clara tais fatos;

é descabida a autuação por carecer de qualquer fundamento racional, sem a procura da verdade material dos fatos, sem levar em consideração declarações de próprio punho quanto à titularidade da movimentação apresentada, e, por amostragem, cheques por ele assinados. Cita a doutrina e a Súmula 182 do TFR.

Do uso indevido das informações da CPMF:

O procedimento fiscal ocorreu em razão de a Lei nº 10.174, de 09/01/2001, ter alterado a redação do § 3º da Lei nº 9.311, de 24/10/1996, autorizando a RF a utilizar-se das informações prestadas pelas instituições sobre as quantias retidas a título de CPMF, para constituir crédito tributário porventura existente do contribuinte, sendo certo que, à época dos fatos, essa previsão não existia, ferindo os princípios da irretroatividade e anterioridade.

O impugnante teve sua privacidade violada pela autoridade lançadora, em função do § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311, de 1996, e da Lei Complementar nº 105, de 2001, independentemente de autorização judicial, caracterizando ofensa direta às garantias constitucionais do cidadão.

Taxa Selic;

a taxa Selic é um instrumento de política monetária;

por intermédio da Lei nº 9.065, de 1995, o legislador resolveu determinar a incidência da taxa Selic em diversos diplomas legais em matéria tributária, quando não pagos nos prazos previstos na legislação;

a exigência da taxa Selic não possui respaldo em nosso ordenamento jurídico, pois afronta vários princípios constitucionais, entre eles, o da legalidade estrita, o da anterioridade e o da indelegabilidade da competência tributária;

se a lei apenas menciona que se aplica a taxa Selic para tributos e coloca a sua fixação à disposição exclusiva do BACEN, até mesmo por ato unilateral, há inconstitucional delegação de competência tributária. O Banco Central possui competência financeira e não tributária.

Por fim, requereu:

seja anulado o auto de infração, em face do erro do sujeito passivo. Caso não seja reconhecido o erro do sujeito passivo, requer que sejam deferidas as seguintes diligências: i) Exame da contabilidade da empresa Fuso Distribuidora de Materiais Elétricos e Ferragens Ltda, para que seja comprovado que os recursos depositados nas contas bancárias, junto ao HSBC, Citibank e Real são provenientes de transações por ela efetuadas, como provam os pagamentos de fornecedores evidenciados nos cheques e declarados pelo sócio-gerente da referida empresa. ii) Exame de todos os cheques relativos às contas bancárias junto ao HSBC, Citibank e Real para evidenciar que se tratam de recursos da empresa que foram depositados em conta articular do sócio, ora impugnante e se destinaram a pagamentos de fornecedores, confrontando-se tal exame com a contabilidade da empresa;

protesta ainda pela utilização indevida das informações da CPMF na presente ação fiscal, bem como a forma como foi obtida, sem qualquer autorização judicial, ou mesmo sua, e também da utilização indevida da taxa Selic, bem como por todos os meios de prova admissíveis e não vedados em direito.

Trouxe aos autos cópia do contrato social da Firma Fuso Distribuidora de Materiais Elétricos e Ferragens Ltda. (fls. 342/343), fotocópias de cheques emitidos em favor de fornecedores da empresa (fls. 344/527); e informações expedidas pelos Bancos Real (fls. 528) e CitiBank (fl. 529) atestando que as referidas contas conjuntas eram movimentadas exclusivamente pelo Recorrente, José Luiz Cardoso dos Santos.

Acórdão da DRJ

A 2ª Turma de Julgamento da DRJ/STM, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o auto de infração. (fls. 532/542), conforme ementa que segue:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA
IRPF*

Ano-calendário: 1998

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. A partir de 01/01/1997, os valores depositados em instituições financeiras, de origem não comprovada pelo contribuinte, passaram a ser considerados receita ou rendimentos omitidos.

APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processo de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

JUROS SELIC. A utilização dos percentuais equivalentes à taxa, referencial do Selic para fixação dos juros moratórios está em conformidade com a legislação vigente.

DILIGÊNCIA. Cabe ao interessado apresentar juntamente com a impugnação documentos hábeis e idôneos que comprovem suas alegações, não podendo transferir ao Fisco a obrigação para obtê-los, mediante pedido de diligências.

Recurso Voluntário

Intimado em 06/02/2008 (fl. 546) da decisão proferida pela DRJ, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário às fls. 547/553, repisando os argumentos da impugnação e alegando ademais:

Cerceamento de defesa:

sustenta que as contas correntes que embasaram a autuação espelham valores que são de responsabilidade da FUSO DISTRIBUIDORA DE MATERIAIS ELÉTRICOS E FERRAGENS LTDA, empresa cujo sócio principal é o Recorrente, de forma que a verificação da contabilidade da empresa demonstraria que a origem dos depósitos bancários são recursos obtidos pelo exercício da atividade da empresa e que a destinação destes recursos em grande parte é para o pagamento de material adquirido de seus fornecedores.

A vedação da diligência, assim, cerceia o direito de defesa, que deve ser o mais amplo possível em busca da verdade material dos fatos, tecendo considerações sobre a aplicabilidade desse princípio.

Informa ter trazido aos autos, como amostragem, algumas folhas do Livro Diário da empresa para comprovação da contabilização das contas bancárias referidas na autuação.

Ainda, traz aos autos os documentos: Livro Diário da Fuso Distribuidora de Materiais Elétricos e Ferragens Ltda. (fls. 572/577), Solicitação aos Bancos de comprovantes dos depósitos realizados (fls. 578/584), cheques depositados nas contas bancárias e devolvidos sem fundos (fls. 585/603), cheques emitidos para pagamentos de fornecedores (fls. 604/949) cartas dos bancos Real e Citibank quanto à movimentação financeira (fls. 950/957).

Sobrestamento

O processo em análise foi sobrestado por Resolução nº 2202-000.356, tendo em vista tratar-se de ação fiscal decorrente de irregularidades constatadas a partir dos dados da CPMF e apuradas mediante informações requisitadas pela própria Fazenda Nacional junto às instituições financeiras mediante RMF. Tratando-se de procedimento cuja constitucionalidade estava pendente de julgamento com Repercussão Geral reconhecida no Supremo Tribunal Federal (fls. 970/979). Como o § 1º, do art. 62-A do RICARF, que permitia o sobrestamento dos processos em que havia discussão de tema envolvido em repercussão geral foi derogado do sistema pela Portaria nº 545¹ do Ministério da Fazenda, os autos foram distribuídos à minha relatoria.

É o relatório.

¹ O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e o art. 4º do Decreto nº 4.395, de 27 de setembro de 2002, resolve:

Art. 1º Revogar os parágrafos primeiro e segundo do art. 62-A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, publicada no DOU de 23 de junho de 2009, página 34, Seção 1, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais -CARF.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Voto Vencido

Conselheiro Fabio Brun Goldschmidt

Obtenção de Provas - RMF

O recorrente insurgiu-se quanto à quebra de sigilo bancário pela fiscalização, requerendo a nulidade do auto de infração. Diante disso, passa-se à análise do ponto. O sigilo bancário tem sido tratado pelo STF e pelo STJ como assunto sujeito à proteção da vida privada dos indivíduos².

Corroborando, veja-se o julgado do STF (RE 219.780), em que o sigilo bancário foi considerado garantia constitucionalmente estabelecida. Do referido precedente, leia-se: *“O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, art. 5º, X)”*.

Mais especificamente, o assento constitucional da garantia de sigilo bancário se encontra nos incisos X e XII da CF, segundo os quais *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”* e *“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”*. De fato, sua interpretação conjunta conduz à conclusão de que o sigilo dos dados bancários está sujeito à proteção da vida privada dos indivíduos³.

Em sendo assim, temos que o sigilo bancário, a par de possuir assento constitucional, é entendido como um direito e garantia fundamental, o que impõe a adoção de exegética que lhe outorgue a maior eficácia possível, conforme bem ensina Canotilho⁴ quando, ao tratar sobre a correlação entre o princípio da máxima efetividade e os direitos fundamentais, assevera: *“Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”*.

Sendo assim, a hermenêutica da LC nº105, art. 6º deve dar-se à luz destas normas que lhe são hierarquicamente superiores.

No ponto, a tradição doutrinária e jurisprudencial da hermenêutica constitucional determina que a declaração de inconstitucionalidade seja reservada às situações extremas, em que seja impossível compatibilizar-se o texto legislativo com as garantias postas na Carta. As leis, ordinariamente, presumem-se constitucionais e devem ser aplicadas e

² Mendes, Gilmar. Curso de Direito constitucional, 2011, ed. 6ª, pg. 323

³ Mendes, Gilmar. Curso de Direito Constitucional, 2011, ed. 6ª, pg. 323-4.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 162

respeitadas por todos. A inconstitucionalidade é exceção, já que induz à insegurança e à instabilidade do sistema, além da própria perda de credibilidade dos atos do Poder Legislativo.

É o entendimento que se percebe ao ler a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Veja-se:

*Uma lei não deve ser declarada nula se for possível interpretá-la de forma compatível com a constituição, pois deve-se pressupor não somente que uma lei seja compatível com a constituição mas também que essa presunção expresse o princípio segundo o qual, em caso de dúvida, deve ser feita uma interpretação conforme a constituição.*⁵

Justamente por esta circunstância é que se desenvolveu o princípio da interpretação conforme, que objetiva “salvar” da inconstitucionalidade todo e qualquer texto legal, sempre que se possa vislumbrar no mesmo um sentido possível, compatível com a Constituição. Canotilho bem demonstra que “*diante das normas plurissignificativas ou polissêmicas, deve-se preferir a interpretação que mais se aproxime das diretrizes constitucionais, e, portanto não seja contrária ao texto constitucional, de onde surgem várias dimensões a serem consideradas, seja pela doutrina ou jurisprudência*”.

Em tais circunstâncias, o autor⁶ aponta as dimensões a serem consideradas no âmbito da interpretação conforme:

prevalência da constituição: deve-se preferir a interpretação não contrária à Constituição;

conservação de normas: percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a constituição, ele deve assim aplica-la para evitar a sua não continuidade;

exclusão da interpretação contra legem: o intérprete não pode contrariar o texto literal e sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição;

espaço de interpretação: só se admite a interpretação conforme a Constituição se existir um espaço de decisão e, dentre as várias que se chegar, deverá ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição;

rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais: uma vez realizada a interpretação da norma, pelos vários métodos, se o juiz chegar a um resultado contrário à constituição, em realidade, deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, proibindo a sua correção contra a Constituição;

o intérprete não pode atuar como legislador positivo: não se aceita a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo hermenêutico, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador e com ela contraditória, seja em seu sentido literal ou objetivo. Deve-se, portanto afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador.

Adentrando à análise do art. 6º da LC nº105, temos que o mesmo dispõe:

⁵ Bverfge 2, 266 (282) – Tradução livre

⁶ J. J. G. Canotilho. Direito Constitucional e teoria da Constituição., 6., ed. p. 229-230, *apud* Pedro Lenza. Direito Constitucional Esquematizado, 16., ed. p. 158-159.

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

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

Ao interpretar o texto do art. 6º da LC nº105, assim como a lei nº 9.311/96 e o D. nº3724/01, o Min. Marco Aurélio entendeu por conferir-lhes *interpretação conforme*, com o intento de outorgar aos dispositivos o ÚNICO sentido que os compatibilizasse com a Constituição. Nesse sentido, deixou claro que nenhum dos textos citados dispensa a obtenção de autorização judicial para a quebra de sigilo bancário:

“Assentado que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários não de merecer, sempre e sempre, interpretação, por mais que potencialize o objetivo, harmônico com a Carta da República, provejo o recurso extraordinário interposto para conceder a segurança. Defiro a ordem para agastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da recorrente. Com isso confiro à legislação de regência – Lei nº 9.311/96, Lei Complementar nº 105/01 e Decreto nº 3.724/01 – interpretação conforme à Carta Federal, tendo como conflitante com essa a que implique afastamento do sigilo bancário do cidadão, da pessoa natural ou jurídica, sem ordem emanada do Judiciário”. Grifado.

(STF. RE 389.808/PR. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. em 15/12/10).

De fato, a suspensão de direitos constitucionais, mormente de direitos e garantias individuais não pode ser suposta ou subentendida. No silêncio, sua observância se impõe.

Leia-se a lição do Ministro Celso de Mello, citado e endossado pelo Ministro Marco Aurélio: *“a quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico-constitucional brasileiro, necessita apoiar-se em decisão revestida de fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fático idôneo, sob pena de inviabilidade do ato estatal que a decreta. A ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa – quando ausente a hipótese configuradora de causa provável – revela-se incompatível com o modelo consagrado na constituição da república, pois a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes”.*

No mesmo sentido é o entendimento do Ministro Carlos Velloso, ao analisar a quebra de sigilo bancário, no RE 389.808, referindo a necessidade de apreciação do tema pelo Judiciário quando da verificação das restrições às liberdade individuais. Veja-se:

“A mais recente doutrina norte-americana fez do “due process of law” uma forma de controle constitucional que examina a necessidade de razoabilidade e justificação das restrições à liberdade individual, não admitindo que a lei ordinária desrespeite a constituição, considerando que as restrições ou exceções estabelecidas pelo legislador ordinário devem ter uma

fundamentação razoável e conforme o Poder Judiciário (...)A exigência de preservação do sigilo bancário enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade – impõe ao Estado o dever de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. A ruptura desse círculo de imunidade só se justificará desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos de nossos estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, excepcional e motivadamente, a eficácia do princípio da reserva de informações bancárias”

Partilhamos do mesmo entendimento. Não vemos motivo – e nem poderíamos, no contexto do processo administrativo – para declarar a inconstitucionalidade do referido art. 6º. Preferimos lê-lo à luz das diretrizes constitucionais que garantem a reserva de foro ao Poder Judiciário de todas as pretensões que possam implicar o comprometimento de direitos e garantias individuais.

É o que brilhantemente conclui o Min. Celso de Mello ao julgar MS nº 23.452, ao dizer que *“o postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado.”*:

No que toca ao conceito de reserva de jurisdição, Canotilho diz que:

“A idéia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra, mas também a primeira palavra”.

O STJ possui julgado exatamente neste sentido, assim ementado:

“O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (art. 5º, inciso X)”. Por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente a movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados. Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente. Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei. Interpretação integrada e sistemática dos artigos 3º, par. 5º, da Lei nº 4.595/64 e 197, inciso II e par. 1º do CTN. Recurso improvido, sem discrepância.” (Resp 37.566-5/RS-93)

Dentro do Sistema Constitucional Tributário, o próprio art. 145, §1º, além de assegurar a observância à capacidade contributiva, ainda evidencia ser “facultado à Administração, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, RESPEITADOS OS DIREITOS INDIVIDUAIS e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. No caso da quebra de sigilo bancário, a reserva de foro judicial é condição para validar o ato administrativo, assegurando o respeito aos direitos individuais de privacidade e inviolabilidade, albergados na CF.

Na hipótese dos autos, só foi possível a constituição do crédito tributário com base no art. 42 da Lei nº 9.430/95, através das provas obtidas junto às instituições financeiras por meio de quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial. Isto é, se a fiscalização não tivesse expedido a RMF, não teria concluído pela omissão de rendimentos, e, conseqüentemente, não teria lavrado o auto de infração sob esse argumento.

Destarte, já que a prova carreada no processo administrativo foi obtida por meio de RMF sem prévia autorização judicial, entendo pelo cancelamento do auto de infração lavrado, outorgando interpretação conforme ao art. 6º da LC nº105/01 para o fim de entender válida a quebra de sigilo bancário em procedimento fiscal sempre que acompanhado da imprescindível autorização judicial para tanto.

No entanto, caso seja considerada lícita a prova decorrente da quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial, é que se analisa os argumentos remanescentes postos no recurso voluntário.

Omissão de Rendimento Decorrente de Depósitos Bancários com Origem Não Comprovada

A autuação decorre de verificação junto à Contribuinte Eulália Pipolo Baptista, sogra do contribuinte, onde constatou-se que a mesma mantinha contas conjuntas com o contribuinte em relação às seguintes instituições:

Banco Citibank S/A, Valor de R\$ 1.437.472,40, CC nº 4654447 (fls. 16/27)

Banco HSBC Bank Brasil S/A, Valor de R\$ 6.931.787,79, CC nº 0224-33529-95 (fls. 29/117)

Banco Real S/A, Valor de 1.341.563,08m CC nº 8.722335-9 (fls. 124/141)

Em relação à autuação de Eulália Baptista, foi considerada uma quarta conta corrente, no Banco Bradesco, que por ser de titularidade única e exclusiva dela, não foi considerada na presente autuação. Tal informação é obtida da leitura do acórdão nº 2101-001.461, que julgou Recurso Voluntário de Eulália Baptista.

Considerando a co-titularidade de três das quatro contas acima, o crédito tributário constituído teve como base o § 6º do art. 42 da Lei nº 9.430/96, que dispõe: “Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de

rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.”.

Como se verificou no caso em questão, diante dos extratos bancários fornecidos pelas instituições financeiras via RMF, foram identificados diversos depósitos em montantes consideráveis (fls. 16/141), os quais, após a consideração de que as contas correntes pertenciam ao recorrente e sua sogra, foram divididos proporcionalmente.

Veja-se que no caso dos autos, tanto o recorrente quanto a sua sogra manifestaram-se (manifestações com firmas reconhecidas) no sentido de que as contas correntes fiscalizadas eram movimentadas, única e exclusivamente pelo recorrente (fls. 239/240).

Ainda, para confirmar essa situação, foram encaminhados pelos bancos Real e Citibank (fls. 528/529), informação no mesmo sentido.

O Banco Real assim consignou (fl. 528): *“Declaramos para diversos fins que a conta corrente nº 8722335-9 na agência 0293 Santo Amaro em nome de Eulalia P Baptista e/ou José Luiz no ano de 1998 fora movimentada unicamente pelo 2º titular da conta Sr. José Luiz Cardoso dos Santos portador do RG.6288082 SSP/SP expedição em 09/01/1976 nascido em 13/11/1956 CPF.993.596.858-87.*

No mesmo sentido foi a declaração do Citibank (fl. 529): *“Declaramos para diversos fins que a conta corrente 4654447 na agencia 001 (Av. Paulista) em nome Eulalia P. Baptista e ou José Luiz Cardoso dos Santos no ano de 1998 fora movimentada unicamente pelo 2º titular da conta Sr. Jose Luiz Cardoso dos Santos portador do RG 6288082 SSP/SP expedição em 09/01/1976 nascido em 13/11/1956 CPF. 993596858-87.”.*

A DRJ, em seu acórdão, reconhece que *na hipótese de conta bancária mantida em conjunto, o lançamento do imposto deve ser efetuado em apenas um dos titulares quando restar comprovado que os valores creditados pertencem apenas a ele, na condição de efetivo titular da conta.* (fl. 540). E continua: *“No processo de Eulália Pipolo Baptista, 1ª titular das contas conjuntas em questão, foram juntadas as declarações dos bancos Real e Citibank de que as contas bancárias conjuntas, nos referidos bancos, foram movimentadas, no ano-calendário 1998, exclusivamente pelo 2º titular, José Luiz Cardoso das Santos. Assim, o valor dos depósitos bancários de origem não comprovada, com relação às referidas contas, deveria ser lançado 100% como omissão de rendimentos do contribuinte. No entanto, tendo em vista que falece a esta Delegacia de Julgamento competência para efetuar o lançamento do crédito tributário, referente ao valor lançado a menor pela Fiscalização, e tendo já decorrido o transcurso de prazo para a decadência, relativa ao ano-calendário 1998, deixa-se de efetuar o competente lançamento da parcela não computada pela Fiscalização. Saliente-se que o autuado não trouxe elementos que comprovassem que a movimentação das referidas contas eram resultantes de transações efetuadas por sua empresa Fuso Distribuidora de Materiais Elétricos e Ferragens Ltda. Os cheques juntados com a impugnação (fls. 321 a 508) referem-se a cheques emitidos para pagamentos, não fazendo prova da origem do á recursos depositados nas referidas contas.”.*

O Recorrente em suas razões, desde a resposta ao Termo de Intimação e Início de Fiscalização (fl. 232), alega que os depósitos indicados não seriam de sua titularidade, uma vez que o titular efetivo das contas correntes e dos valores ali depositados é a empresa Fuso Distribuidora de Materiais Elétricos e Ferragens Ltda., cujo sócio principal é o recorrente.

Analisando a documentação trazida aos autos, principalmente a relação de depósitos formulado pela Fiscalização (fl. 143/227), verifica-se que os montantes e quantidades de depósitos e de cheques devolvidos, denotam a existência de atividade empresarial realizadas através das respectivas contas. Tal fato foi também percebido pelo acórdão nº 2101-001.461, que julgou Recurso Voluntário de Eulália Baptista, ao referir que *“de fato, com exceção da movimentação bancária no Bradesco, cujo montante anual alcança apenas R\$15.472,00 (fls. 207/208), com tributação neste lançamento de 50% (R\$7.736,00), verifica-se que as demais contas possuem movimentação com características totalmente diversa, conforme Demonstrativos elaborados pela própria fiscalização às fls. 209/290. O volume de depósitos e cheques devolvidos evidenciam claramente atividade empresarial subjacente.”*

No mesmo sentido, intriga o fato de que as contas do Banco Citibank S/A CC nº 4654447 (fl. 143/150) e Banco Real S/A CC nº 8.722335-9 (fls. 210/227) só tenham recebido depósitos a partir de agosto do ano analisado. Por outro lado, a partir de 14 de agosto, no Banco HSBC Bank Brasil S/A, a CC nº 0224-33529-95 (fls. 151/209) não recebeu depósitos até o final do ano, salvo dois depósitos de R\$ 12,61 e R\$ 0,36, em setembro e outubro, respectivamente (fl. 208). Ou seja, houve uma migração de forma deliberada e organizada dos depósitos realizados na conta corrente do HSBC para as contas do Banco Real e do Citibank. Tal fato, por si só, já demonstra a utilização da conta para uma atividade organizada, não condizente com uma conta-corrente de simples pessoa física.

Isso fica mais evidenciado ao analisarmos as microfilmagens de cheques trazidos pelo Recorrente às fls. 243/291, 344/527 e 605/949, onde se percebe a emissão de cheques em quantias de valores expressivos e com habitualidade condizente de atividade empresarial. E isso ocorre nas três contas analisadas, vejamos:

Dos cheques trazidos do Banco Real S/A - CC nº 8.722335-9, constata-se os valores de R\$ 32.000,00, R\$ 37.000,00, R\$ 23.500,00, R\$ 33.000,00, R\$ 58.174,10, R\$ 33.500,00, R\$ 18.300,00, R\$ 19.500,00, R\$ 22.500,00, R\$ 18.500,00 (fls. 244/253).

Igualmente, dos cheques emitidos pelo Banco HSBC, verificam-se quantias de R\$ 15.627,37, R\$ 5.000,00, R\$ 12.222,20, R\$ 13.900,00, R\$ R\$ 13.200,00, R\$ 13.700,00, R\$ 13.500,00, R\$ 13.600,00, R\$ 160.939,46, R\$ 33.300,00, R\$ 38.900,00, R\$ 41.100,00, R\$ 42.700,00, R\$ 43.500,00, R\$ 45.492,65, R\$ 46.800,00, R\$ 48.900,00, R\$ 51.700,00, R\$ 53.200,00, R\$ 75.118,52, R\$ 66.584,54, dentre outras, R\$ (fls. 405/527),

Ou ainda, no tocante aos cheques emitidos pelo Citibank S/A CC nº 4654447, temos quantias relevantes de R\$ 20.000,00 R\$18.500,00, R\$ 21.500,00, R\$ 22.000,00, (fls. 812/820)

É evidente que tais elementos demonstram que nas respectivas contas há um fluxo financeiro, seja de depósitos, seja de cheques emitidos, que em nada se assemelham a uma movimentação de pessoa física.

Ainda mais, analisando as microfilmagens, verificamos que os cheques possuem como beneficiários, pessoas jurídicas como Lorenzetti S.A. Indústrias Brasileiras Eletrometalúrgicas, FAME - Fábrica de Aparelhos e Material Elétrico Ltda, em valores e períodos de tempo condizentes ao de operações comerciais.

Nesse sentido, em sede de Impugnação, a recorrente trouxe novos cheques emitidos das contas em questão, destacando-se, a título de exemplo, os cheques em favor da

FAME Ltda. no valor de R\$106.939,46, em março de 1998 (fl. 421); da Lorenzetti S.A., no valor de R\$ 45.492,65, em maio de 1998 (fl. 436); e da Ferragens Pisa Ltda., no valor de R\$ 11.255,00, em 06 de maio de 1998 (fl. 476).

Já no Recurso Voluntário, a Recorrente trouxe aos autos cheques emitidos em favor de Eulália Pipolo Baptista e José Luiz Cardoso dos Santos que foram devolvidos sem fundo (fls. 585/603), emitidos por diversas pessoas jurídicas, como B J Andrade Materiais (fl. 590, 592,), J. N. da Silva Mat p/ constr. Ltda. (fl. 594), Claraluz Inst. Mat. Elet. Ltda. (fl. 596) Alphametais Acabamentos para C. (fl. 598/603).

Em todos os casos, vemos tratar-se de empresas que atuam no mesmo ramo de atividade da empresa Fuso Distribuidora de Materiais Elétricos e Ferragens Ltda., suposta titular efetiva das contas em análise, cujo objeto social era a venda de materiais elétricos no atacado e varejo (fls. 342/343).

Aa análise de tais depósitos e dos cheques destacados emitidos daquela conta, permitem inferir a existência de uma atividade empresarial subjacente. Permitindo concluir que as contas correntes em questão eram utilizadas pela pessoa jurídica para a realização de suas atividades comerciais, como os cheques trazidos às fls. 243/291, 344/527 e 605/949 que indicam intenso pagamento de fornecedores.

Ademais, como traz o recorrente em memoriais, a mesma situação fática já foi analisada pelo acórdão nº 2101-001.461 da 1ª Câmara deste Conselho que julgou, por unanimidade o Recurso Voluntário de Eulália Pípolo Baptista, sogra do ora Recorrente. Na análise do Recurso consignou o Relator que *“A intensa movimentação bancária que no primeiro semestre ocorreu apenas na conta do HSBC (fl. 272) migrou para as contas do Citibank e Banco Real no segundo semestre de 1998, conforme se observa às fls. 216 e 290, guardando as mesmas características e utilização dos recursos para pagamento de fornecedores, conforme indicam as microfilmagens dos cheques às fls. 306/335 e 385/567, 645/827.”*

Uma vez constatado que a movimentação da conta bancária denota forte existência de atividade comercial, há fundamento na alegação do Recorrente, suscitada desde o início da fiscalização de que a titularidade das contas em questão eram da empresa Fuso Distribuidora de Materiais Elétricos e Ferragens Ltda. Dessa forma, a exigência tributária deve ser dirigida ao lucro auferido nas operações, na forma do IRPJ, e não ao imposto de renda em decorrência da omissão rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada.

Alias, no sentido da omissão de rendimentos, deve-se ter em que *“as presunções servem para que fatos de difícil comprovação direta sejam substituídos por outros que, em ocorrendo, darão fortes indícios de que o fato gerador do imposto efetivamente ocorreu. Assim, a presunção de omissão de rendimentos em face da constatação de depósitos bancários deve ser construída com base na verossimilhança e em juízos de razoabilidade e proporcionalidade, pois, sem que assim seja, não será possível a sua aplicação, posto que estará eivada de incerteza a exigência tributária, fazendo nascer uma obrigação com vício de bases principiológicas relativas à segurança jurídica e à capacidade contributiva.”*

Não por outra razão, necessário que seja observado no lançamento o princípio da verdade material, como referido pelo Acórdão nº 102-47.457, onde o ilustre Conselheiro Naury Fragoso Tanaka pondera que *“(…) a verdade material deve sempre constituir objeto de busca pelo procedimento fiscal, mesmo nas situações em que a lei permite ao fisco obter o fato gerador por intermédio da ocorrência de outros que a ele estão ligados logicamente. (...) a busca da verdade material que se externa obrigatória pela ordem contida no artigo 142, do CTN, e para que, por utilização inadequada da base presuntiva, evite-se formalização de créditos exorbitantes e em descompasso com aquele que realmente seria devido.”*

Nota-se que a verificação das verdades dos fatos é passo obrigatório para evitar ofensas à capacidade contributiva e o enriquecimento ilícito da União, em razão de eventual formalização de créditos tributário em descompasso com aquele efetivamente devido, caso desprezada essa investigação. Diante disso, como referido pelo acórdão nº 2101-001.461 da 1ª Câmara deste Conselho, *“à evidência de que a movimentação bancária resulta da venda de bens ou serviços – e a movimentação financeira diária, intensa e expressiva, denota tal ocorrência, pois será improvável que resulte de renda líquida a ser tributada – por força do princípio da verdade material e da tipicidade cerrada, deve o fisco verificar a efetiva renda percebida, para exigir o tributo em acordo com as normas específicas de tributação, consoante determina o § 2º do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996.”*

E assim conclui:

No entanto, não é essa forma de abstrair os conceitos postos na dita lei que está predominando na interpretação do fisco, e exige-se tributo sobre toda a renda apurada com base na somatória dos depósitos, independente das provas indiciárias da presença de outras atividades ou da utilização da conta da pessoa física para movimentar recursos (capital de giro) da pessoa jurídica. A situação em exame não foge à regra citada.

Comprovado que os valores creditados em conta bancária têm origem em atividade comercial do autuado ou de terceiro, a exigência tributária deve ser dirigida ao lucro auferido nas operações inclusive através de arbitramento, conforme autoriza o artigo 43 do CTN se as receitas não foram submetidas à tributação do IRPJ e contribuições. Se a fiscalização tivesse procedido desta forma, a exigência tributária se manteria firme.

Diante disso, percebe-se que a tributação por omissão de rendimentos na forma como feita pelo lançamento *“é resultante de uma aplicação da norma em conflito com aquela que determina a hipótese de incidência do tributo (auferir renda ou proventos de qualquer natureza), justamente porque permite exigir tributo de valores que, comprovadamente, não se prestam para servir de base presuntiva de renda omitida, situação da qual resulta exigência de tributo sobre renda que não é renda.”*

Por todos estes motivos, merece provimento o Recurso Voluntário no tocante à tributação dos rendimentos omitidos, apurados a partir de depósito em contas bancárias sem comprovação de origem.

Conclusão

Isso posto, voto pelo PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para declarar a nulidade do auto de infração, já que a prova carreada no processo administrativo foi obtida por meio de RMF sem prévia autorização judicial, outorgando interpretação conforme ao art. 6º da LC nº105/01 para o fim de entender válida a quebra de sigilo bancário em procedimento fiscal sempre que acompanhado da imprescindível autorização judicial para tanto.

Caso seja considerada lícita a prova decorrente da quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial, voto por DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

(Assinado digitalmente)

Fabio Brun Goldschmidt – Relator

CÓPIA

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Lopo Martinez.

Este voto decorre de divergência de entendimentos em relação ao proposto pelo Conselheiro Relator.

Da Preliminar de Prova Ilícita por Quebra do Sigilo Bancário

Inobstante o bem fundamentado voto do Relator, entendo que ao apreciar a questão da licitude da prova estamos essencialmente enfrentando uma questão preliminar.

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.

Pessoalmente, não me 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. No comando da Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, nota-se 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 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.”.

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.

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.

Requisições de Movimentação Financeira – RMF emitidas seguiram rigorosamente as exigências previstas pelo Decreto nº 3.724/2001, que regulamentou o art. 6º da Lei Complementar 105/2001, inclusive quanto às hipóteses de indispensabilidade previstas no art. 3º, que também estão claramente presentes nos autos. Em verdade, verifica-se que o contribuinte foi intimada a fornecer seus extratos bancários, no entanto não os apresentou, razão pela qual não restou opção à fiscalização senão a emissão da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF.

Desse modo, ausente qualquer ilicitude na prova decorrente da transferência de sigilo bancário para a Receita Federal do Brasil, posto que a Lei Complementar 105, de 2001 confere às autoridades administrativas tributárias a possibilidade de acesso aos dados bancários, sem autorização judicial, desde que haja processo administrativo e justificativa para tanto. E é este o caso nos autos.

Ademais, a tese de ilicitude da prova obtida não está sendo acolhida pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme a jurisprudência já consolidada.

Rejeito, portanto, o questionamento preliminar argüido quanto ilicitude da prova.

Da Preliminar de Nulidade

Nos presentes autos, não ocorreu nenhum vício para que o procedimento seja anulado, como bem discorreu a autoridade recorrida, os vícios capazes de anular o processo são os descritos no artigo 59 do Decreto 70.235/1972 e só serão declarados se importarem em prejuízo para o sujeito passivo, de acordo com o artigo 60 do mesmo diploma legal. A autoridade fiscal ao constatar infração tributária tem o dever de ofício de constituir o lançamento.

Constatado que as infrações apuradas foram adequadamente descritas nas peças acusatórias e no correspondente Relatório de Procedimento Fiscal, e que o contribuinte, demonstrando ter perfeita compreensão delas, exerceu o seu direito de defesa, não há que se falar em nulidade do lançamento. As razões para não se aceitar os argumentos do recorrente estão claramente demonstrados tanto no Termo de Verificação do Auto de Infração como na Decisão recorrida.

Entendo que não procede a alegação de que a defesa teria sido prejudicada. Uma vez que isso não impediu que o contribuinte apresente-se ampla defesa suscitando vários pontos.

Na realidade no caso concreto não se percebe qualquer nulidade que comprometa a validade do procedimento adotado. Diante disso, é evidente que tal preliminar

carece de sustentação fática, merecendo, portanto, a rejeição por parte deste Egrégio Colegiado.

Da presunção de omissão baseada em depósitos bancários

O lançamento fundamenta-se em depósitos bancários. A presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do sujeito passivo, em instituições financeiras, ou seja, pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, tem-se a autorização para considerar ocorrido o “fato gerador” quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não havendo a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova.

Via de regra, para alegar a ocorrência de “fato gerador”, a autoridade deve estar munida de provas. Mas, nas situações em que a lei presume a ocorrência do “fato gerador” (as chamadas presunções legais), a produção de tais provas é dispensada. Neste caso, ao Fisco cabe provar tão-somente o fato indiciário (depósitos bancários) e não o fato jurídico tributário (obtenção de rendimentos).

No texto abaixo reproduzido, extraído de “Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas” (Justec-RJ; 1979:806), José Luiz Bulhões Pedreira sintetiza com muita clareza essa questão:

O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que ao negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume - cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativa) provar que o fato presumido não existe no caso.

Assim, o comando estabelecido pelo art. 42 da Lei nº 9430/1996 cuida de presunção relativa (juris tantum) que admite a prova em contrário, cabendo, pois, ao sujeito passivo a sua produção. Nesse passo, como a natureza não-tributável dos depósitos não foi comprovada pelo contribuinte, estes foram presumidos como rendimentos. Assim, deve ser mantido o lançamento.

Antes de tudo cumpre salientar que a presunção não foi estabelecida pelo Fisco e sim pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Tal dispositivo outorgou ao Fisco o seguinte poder: se provar o fato indiciário (depósitos bancários não comprovados), restará demonstrado o fato jurídico tributário do imposto de renda (obtenção de rendimentos).

Assim, não cabe ao julgador discutir se tal presunção é equivocada ou não, pois se encontra totalmente vinculado aos ditames legais (art. 116, inc. III, da Lei nº 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN). Nesse passo, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal que, de modo inequívoco, estabelece a presunção legal de omissão de receita ou de rendimento sobre os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (art. 42, caput, da Lei nº 9.430/1996).

É inadmissível aceitar alegações quando desacompanhadas de provas. Assim, a ocorrência do fato gerador decorre, no presente caso, da presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Verificada a ocorrência de depósitos bancários cuja origem não foi devidamente comprovada pelo contribuinte, é certa também a ocorrência de omissão de rendimentos à tributação, cabendo ao contribuinte o ônus de provar a irre realidade das imputações feitas. É fulcral enfatizar que deveria o recorrente demonstrar **individualizadamente** todos os depósitos de origem não comprovada considerados pela autoridade lançadora.

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.

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

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.

Sobre esse ponto o CARF já consolidou entendimento:

A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros (Súmula CARF No.32)

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

Das Provas nos Autos

É oportuno para o caso concreto, recordar a lição de MOACYR AMARAL DOS SANTOS:

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

Assim, consoante MOACYR AMARAL DOS SANTOS, 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.

O recorrente questiona o entendimento exarado pela autoridade fiscal. Entretanto, embora tenha se transcorrido um longo período desde que tomou conhecimento do relatório não demonstrou os seus argumentos.

Ademais, cabe a recorrente por força da presunção legal, compete a ela provar a natureza específica de cada depósitos, na medida em que, ninguém melhor do que ela própria trazer o comprovante de cada depósito. Dessa forma, cabe a máxima de que “allegatio et non probatio, quase non allegatio” (alegar e não provar é quase não alegar).

Da Inaplicabilidade da Selic como Taxa de Juros

Por fim, quanto à improcedência da aplicação da taxa Selic, como juros de mora, aplicável o conteúdo da Súmula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).

Assim, é de se negar provimento também nessa parte.

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

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez