



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

Processo n° 10380.100651/2005-48
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-002.809 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2016
Matéria IRPF
Recorrente DANIELA MARIA MULLER
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2001

INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. ACESSO PELA RFB. POSSIBILIDADE.

A matéria relativa à utilização de informações bancárias por parte da RFB encontra-se pacificada no STJ, que decidiu, em sede de recurso repetitivo, que a autoridade fazendária pode ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte até mesmo para constituição de créditos tributários anteriores à vigência da Lei Complementar nº 105/2001, ainda que sem o crivo do Poder Judiciário.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITO BANCÁRIO. PRESUNÇÃO. 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.

Preliminar Rejeitada

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de nulidade em virtude de prova ilícita, vencido o Conselheiro Carlos César

Quadros Pierre (Relator). No mérito, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso. Designado para a redação do voto vencedor o Conselheiro Marcelo Vasconcelos de Almeida.

Assinado digitalmente

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente em exercício.

Assinado digitalmente

Carlos César Quadros Pierre - Relator.

Assinado digitalmente

Marcelo Vasconcelos de Almeida- Redator Designado.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Marcio de Lacerda Martins, Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Eduardo Tadeu Farah, Marcelo Vasconcelos de Almeida, Carlos César Quadros Pierre e Ana Cecília Lustosa da Cruz. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior (Presidente).

Relatório

Adoto como relatório aquele utilizado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, 2ª Turma da DRJ/BEL (Fls. 71), na decisão recorrida, que transcrevo abaixo:

Contra a contribuinte, acima identificada, foi lavrado Auto de Infração de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF, fls. 03/07, relativo ao ano-calendário de 2000, exercício de 2001, para formalização de exigência e cobrança de crédito tributário no valor total de R\$ 64.866,68, incluindo multa de ofício e juros de mora.

A infração apurada pela fiscalização, relatada na Descrição dos Fatos e Enquadramentos Legais, fls. 04. e no Termo de Verificação Fiscal, fls. 08/09, foi omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada.

Os dispositivos legais infringidos e a penalidade aplicável encontram-se detalhados às fls. 05 e 07 do Auto de Infração.

Inconformada com a exigência, da qual tomou ciência em 09/12/2005, fls. 59, a contribuinte apresentou impugnação em 09/01/2006, fls. 60/63, trazendo as seguintes alegações:

11- Do direito

1. A contribuinte regularmente inscrita no Cadastro de Pessoas Físicas é regrada cidadã contra a qual não corre qualquer outro tipo de ação Judicial ou administrativa sendo fiel cumpridora do ordenamento Jurídico vigente no país.

2. O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado depois de detectada movimentação bancária não declarada na DIRPF 2001, mais precisamente no Unibanco, conforme relatório e planilha do Auto sendo narrado da seguinte forma pelas auditoras: (...)

3. trata-se de movimentação de R\$ 201.018,25 (duzentos e um mil e dezoito reais e vinte e cinco centavos) sobre a qual a contribuinte teoricamente responde por R\$ 100.509,13 (cem mil, quinhentos e nove reais e treze centavos), ou seja, 50% (cinquenta por cento) da movimentação total pelo fato de ser casada sob o regime de comunhão de bens com o Sr. Cid Elias Carneiro, pólo passivo do processo nº 10380.100652/2005-92, conforme relatado pelas representantes do Fisco.

4. Conforme relatado no processo conexo, o dinheiro é proveniente de operações mercantis que foram realizadas no período pelo marido da autuada, o Sr. Cid Elias Carneiro que exerce atividades mercantis relacionadas ao turismo como compra, venda e envio de artesanatos de pólos regionais do Estado do Ceará e vizinhos e agenciamento de pacotes de viagens para cidades dos mesmos Estados.

5. Destaca-se a propriedade do dinheiro, tendo em vista não ser o mesmo da impugnante, mas sim fruto de atividades mercantis exercidas informalmente pelo seu marido nesse período.

6. Obrigatório neste caso é destacar que as operações foram realizadas exclusivamente pelo marido da autuada não cabendo a esta nenhuma responsabilidade pelos valores que circularam nas contas nesse período não podendo, portanto, figurar no pólo passivo por ter apenas um mero cadastro conjunto numa instituição financeira.

7. Ora, senhor(a) julgador(a), devemos sempre nos ater à verdade material e à justiça não devendo, sob qualquer hipótese, acusar sem provas sólidas ou negar a qualquer um o direito da presunção da inocência, onde para que se considere alguém culpado de algo, dever-se-a indubitavelmente provar na forma da lei. Tal preceito é expresso na nossa Constituição Federal de 1988 e tem que ser cumprido por todos os cidadãos e instituições.

8. Os agentes administrativos, assim como têm o poder para arbitrar uma penalidade que acharem conveniente, podem, da mesma forma, mensurar a punição adequada para o caso específico, avaliando e interpretando cada situação afim de que sempre se chegue no ponto comum e obrigação de todos: a justiça fiscal

9. Portanto, o fato de o cadastro na instituição financeira ser conjunto, por si só não tem o poder de implicar a impugnante no pólo passivo da presente autuação, já que de fato, ela não participou em nenhum momento das operações realizadas pelo seu marido o que pode ser facilmente constatado junto ao

Unibanco e pelos cheques emitidos no período, em cujos não figura sua assinatura em nenhum momento.

Diante de todo o exposto e do assegurado pela Constituição Federal de 1988, a contribuinte, já devidamente qualificada no preâmbulo, suplica que seja revisto o malsinado auto, sendo declarada sua improcedência

Passo adiante, a 2ª Turma da DRJ/BEL entendeu por bem julgar o lançamento procedente, em decisão que restou assim ementada:

OMISSÃO DE RENDIMENTO. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430, DE 1996.

A presunção legal de omissão de receitas, prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

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 depósitos bancários.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. CONTAS CONJUNTAS. TRIBUTAÇÃO.

Caracterizada a omissão de rendimentos decorrente de créditos em contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja Declaração de Ajuste Anual dos titulares tenha sido apresentada em separado, o valor dos rendimentos é imputado a cada titular mediante divisão do total dos rendimentos pela quantidade de titulares.

Cientificada em 12/01/2008 (Fls. 79), a Recorrente interpôs Recurso Voluntário em 11/02/2008 (fls. 80 a 89), argumentando em síntese:

(...)

a) Da Nulidade da Autuação — Ilicitude da Prova Obtida Mediante a Quebra de Sigilo Bancário

(...)

9. Como se observa claramente no dispositivo em tela, apenas por ordem judicial para os fim trazidos pela norma se faz possível a "quebra" do sigilo de dados.

10. Assim, em virtude do artigo 58, § 3º, da CF/88 e da jurisprudência pacífica do STF, somente o Poder Legislativo, através das Comissões Parlamentares de Inquérito, em relação aos investigados, e o Ministério Público, quando se tratar de dinheiro ou verba pública, poderão de fato efetivar a "quebra" do sigilo bancário.

(...)

12. Vale ressaltar; que o STF considerou o sigilo bancário como direito individual, colocando-o na condição de cláusula pétrea a, portanto, inafastável por emenda constitucional ou qualquer outro dispositivo normativo.

(...)

contribuinte.

22. Nesta hipótese, o dispositivo constitucional retro mencionado limita expressamente a atividade da Administração Tributária ao subordiná-la aos direitos individuais, o que claramente inviabiliza a teoria segundo a qual, ao se confrontar os direitos constitucionalmente amparados — sigilo bancário e fiscalização tributária —, o segundo se sobrepõe em virtude da relevância dos bens jurídicos envolvidos.

23. Isso porque é óbvio que o acesso à movimentação financeira efetuada por determinada pessoa por certo desrespeita o caráter privativo inerente a tais dados, o qual é assegurado constitucionalmente, além de representar patente desrespeito à intimidade e à vida privada.

(...)

35. Assim, somente o Poder Judiciário detém a imparcialidade exigida para analisar em que circunstâncias pode ser violado o sigilo bancário do contribuinte. Somente por ordem judicial é possível ultrapassar a barreira constitucional da inviolabilidade de dados, para mensurar quando o valor privacidade deverá ceder em prol do interesse público.

(...)

37. Nesse contexto, conclui-se que nulo o auto de infração ora impugnado, ver que baseado unicamente em extratos bancários obtidos pela Autoridade Fiscal de forma administrativa, sem qualquer gerência do Poder Judiciário.

(...)

b) Da Impossibilidade de Lançamento de Tributos com Base Exclusivamente em Depósitos Bancários

39. Conforme alhures exposto, o auto de infração em liça resta eivado de nulidade, vez que se fundamenta em prova obtida de forma ilícita pela Administração Pública.

(...)

45. Constata-se, então, que o colendo Conselho de Contribuintes não admite o lançamento tributário com base na mera existência de depósitos nas contas do contribuinte.

46. Desta feita, caso o Auto de Infração em tela não seja considerado nulo, o que se admite em atenção ao princípio da eventualidade, deve, então, ser julgado totalmente improcedente tomando-se completamente insubistente a exigência tributária nele contida, pelos motivos já, expostos.

(...)

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Carlos César Quadros Pierre, Relator.

Conheço do recurso, posto que tempestivo e com condições de admissibilidade.

De início, verifico que o lançamento objeto do presente processo versa sobre depósitos bancários de origem não comprovada.

Compulsando os autos, também observo que a fiscalização, com base no art. 6º da Lei Complementar 105/2001, requisitou de instituições bancárias os extratos bancários da contribuinte.

Do exposto, peço vênica para adotar integralmente o ensinamento do Conselheiro Rafael Pandolfo.

O crédito tributário debatido no presente recurso tem como fundamento o art. 42, da Lei nº 9.430/95. Para chegar à comprovação da materialidade do tributo — depósitos bancários sem origem identificada — o Fisco utilizou-se de Requisição de Informações de Informação Financeira — RMF, instrumento administrativo que teria como objetivo dar eficácia ao disposto na Lei Complementar nº 105/01, na Lei nº 9.311/96 e no Decreto nº 3.724/01.

Ocorre que o **PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, decidiu dar INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO a esses atos normativos, de modo a considerar imprescindível a requisição ao Poder Judiciário de permissão para violar o sigilo de dados do contribuinte.**

O julgamento recebeu a seguinte ementa:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

(RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218 RTJ VOL-00220- PP-00540)

A supracitada decisão teve como objetivo tanto conciliar a necessidade do Fisco de ter acesso a dados sigilosos para conseguir atingir seu desiderato, quanto preservar o sigilo de dados dos contribuintes e a inafastabilidade da jurisdição em matérias sensíveis à violação de direitos, garantias explicitadas nos incisos XII e XXXV, do art. 5º, da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XII - 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;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O Supremo Tribunal Federal, portanto, ao enfrentar o tema ora apreciado, não declarou a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo, nem mesmo a inconstitucionalidade sem redução de texto. Simplesmente, analisando o ordenamento tributário brasileiro, **adotou interpretação conforme a Constituição**, fixando aos enunciados infraconstitucionais analisados um conteúdo deontológico compatível com a Carta Maior. Transcreve-se, abaixo, trecho extraído do voto do Relator (acompanhado pela maioria dos demais Ministros), que explicita a técnica de julgamento aplicada:

*Assentando que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários hão de merecer, sempre e sempre, interpretação, por mais que se potencialize o objetivo, harmônica com a Carta da República, provejo o recurso interposto para conceder a segurança. Defiro a ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários do 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 ESTA A QUE IMPLIQUE AFASTAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO DO CIDADÃO, DA PESSOA NATURAL OU DA JURÍDICA, SEM ORDEM EMANADA DO JUDICIÁRIO.***

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

A respeito do tema, deve ser repisado o conteúdo da cláusula de reserva de plenário, inserida no art. 97 do Texto Constitucional, abaixo transcrita:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A decisão proferida no âmbito do Recurso Extraordinário 389.808, embora tenha sido por *maioria simples* (5X4), foi dotada de quorum *insuficiente* à declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo, que é de seis votos (maioria absoluta), conforme preceito constitucional acima reproduzido. Isso prova, matematicamente, que o desfecho do tema conferido pelo STF não implicou no reconhecimento de inconstitucionalidade dos enunciados infraconstitucionais analisados.

Na realidade, conforme expresso no julgamento, o precedente referido realizou interpretação conforme a Constituição, técnica que, embora atue no mesmo plano significativo de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, dela se diferencia por *não afastar significados*, mas compelir a aplicação de uma interpretação específica, que torna o dispositivo analisado compatível com a Constituição. A sutileza é relevante. Basta verificar que, na interpretação conforme a Constituição, não se declara a inconstitucionalidade de qualquer enunciado ou significado a ele atribuído.

A interpretação conforme a Constituição, portanto, não se confunde com a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, como bem aponta o Professor e Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Ainda que não se possa negar semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático da sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (Anwendungsfalle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal (MENDES, Gilmar Ferreira, Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. – São Paulo: 2005, pp. 354-355).

Desse modo, conclui-se que:

a) não existe dispositivo regimental que impeça o julgamento do tema pelo CARF, a partir da revogação realizada pela Portaria nº 545/13;

b) o STF, ao enfrentar o tema em sede de jurisdição difusa, **não** declarou a inconstitucionalidade de qualquer enunciado, aplicando a interpretação conforme a Constituição (que dispensou, inclusive, a cláusula de reserva de Plenário exigida pelo art. 97 da CF/88);

c) não incide o óbice inserido no art. 26 – A do Decreto 70.235/72, pois o deslinde do feito dispensa qualquer reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, conforme desfecho conferido ao tema pelo STF, ao analisar o RE nº 389.808. Pelo mesmo motivo, não se cogita de aplicação da Súmula nº 2 do CARF e do art. 62 – A do Regimento Interno do CARF;

d) segundo a interpretação conforme a Constituição realizada pelo STF (RE nº 389.808), a requisição de informações financeiras é válida e seus dispositivos normativos, contidos na Lei Complementar nº 105/01, Lei 9.311/96 e Decreto 3724/01 vigentes, desde que ocorra a prévia autorização do Poder Judiciário.

Reforçando uma diretiva óbvia e inerente ao devido processo legal, o art. 30, da Lei nº 9.784/99, determina que são inadmissíveis, no processo administrativo, as provas obtidas por meios ilícitos. O dispositivo busca retirar os incentivos para que os agentes públicos desviem-se dos procedimentos regulares, através da inutilização de seu trabalho quando realizado de forma que contrarie o direito.

A ilicitude da prova, no caso, é corolário lógico da incompatibilidade da sua obtenção com os ditames fixados pelo STF, em interpretação conforme a Constituição. A constituição válida do crédito tributário exige prova da materialidade revelada através de procedimento válido perante o ordenamento jurídico pátrio. Malgrado essa hipótese, não há obrigação tributária pela ausência de prova que, validamente, ratifique o conceito de fato previsto na hipótese normativa tributária.

Ressalto a importância do tema em questão, dentro de um estado democrático de direito. A regra positivada em nosso ordenamento tem origem na doutrina e jurisprudência americanas (*exclusionary rules, caso Elkins v. United States*), que consolidaram o entendimento segundo o qual o Estado, enquanto defensor dos direitos fundamentais, terá como Pírrica toda vitória obtida com base na violação desses Direitos, pois, com o pretexto de vencer uma batalha contra um ilícito isolado, leva à bancarrota o próprio Estado Democrático de Direito que almeja proteger¹.

Ocorre que não só as provas obtidas ilicitamente são vedadas, como também aquelas que delas se derivam. A doutrina do “*fruit of the poisonous tree*”, ou simplesmente “*fruit doctrine*” – “*fruto da árvore envenenada*”, aplicada primeiramente na jurisprudência americana (*caso Silverthine Lumber Co. v. United States*), estabelece que as provas obtidas por meios ilícitos contaminam aquelas delas decorrentes. Assim, tanto as conclusões decorrentes dos dados bancários obtidos através da quebra ilegal do sigilo, quanto os outros elementos probatórios que deles originam-se, são fruto da prova que restou contaminada pela ausência de requisição prévia ao poder judiciário para quebra do sigilo bancário.

Como visto, a finalidade do art. 30, da Lei nº 9.784/99 é coibir os abusos estatais através da inutilização dos efeitos dos atos ilícitos cometidos por seus agentes. Dessa forma, qualquer prova que tenha sido produzida à margem do critério definido pelo STF revela-se estéril ao nascimento válido da obrigação tributária.

Na hipótese, somente 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 ou do titular da conta bancária. Ou seja, se a fiscalização não houvesse expedido a RMF, não teria concluído pela omissão de rendimentos, e não teria lavrado o auto de infração sob esse argumento.

Sendo assim, entendo que a infração omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em suas contas correntes, mantidas em instituições financeira, em

relação aos quais, quando regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, deve ser excluída, pois carecem de materialidade obtida no seio de um devido processo legal (conforme entendimento adotado pelo STF).

Caso vencido na preliminar acima argüida, passo a analisar o mérito da questão.

Quanto ao mérito, a Recorrente limita-se a repetir seus argumentos da impugnação, no sentido de que, embora a conta bancária fosse conjunta, os valores depositados pertenciam ao seu marido, e que o simples depósito em conta bancária, baseado somente em presunção de renda, não permite o lançamento.

Contudo, a matéria relativa a autuação com base apenas em presunção de renda dos depósitos bancários, já encontra-se pacificada no âmbito do CARF; com a aplicação da seguinte Súmula, que é de aplicação obrigatória por este Conselheiro:

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.

No que pertine a alegação da Recorrente de que os valores depositados pertencem exclusivamente ao seu marido, penso que não há como acatar tal argumento.

Da análise do recurso e impugnação apresentados pela contribuinte, nota-se que os mesmos não são acompanhados de documentos hábeis e idôneos capazes de comprovar a origem dos depósitos bancários questionados pela fiscalização.

A contribuinte apresenta tão somente a argumentação de que os depósitos pertencem exclusivamente ao seu marido.

É notória a ausência de documentos hábeis e idôneos a comprovar a origem dos depósitos bancários identificados na conta corrente da contribuinte, sendo improficua a mera descrição pela impugnante, de que somente seu marido movimentava a conta bancária.

Os depósitos bancários enumerados no Relatório Fiscal pertencem as contas bancárias de titularidade da impugnante, fato não questionado pela mesma. Assim não há que se cogitar a existência de erro na identificação do sujeito passivo no lançamento.

Nos termos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com as alterações introduzidas pelo art. 4º da Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997, a contribuinte deveria comprovar a origem dos depósitos efetuados em suas contas bancárias; in verbis:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Por fim, não há dúvida de que a autoridade fiscal pode utilizar a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96 para considerar como rendimentos omitidos os valores mantidos em conta de depósito sem comprovação de sua origem.

Ante tudo acima exposto e o que mais constam nos autos, voto por acolher a preliminar de nulidade em virtude de prova ilícita, e, caso vencido, no mérito, por negar provimento ao recurso.

Assinado digitalmente

Carlos César Quadros Pierre

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Vasconcelos de Almeida, Redator Designado

Em que pese o substancial voto do Ilustre Relator, Conselheiro Carlos César Quadros Pierre, permito-me discordar da matéria suscitada em preliminar de julgamento, pelo motivo exposto abaixo.

A matéria relativa à utilização de informações bancárias por parte da RFB encontra-se pacificada no STJ, que decidiu, em sede de recurso repetitivo, que a Autoridade fazendária pode ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte até mesmo para constituição de créditos tributários anteriores à vigência da Lei Complementar nº 105/2001, ainda que sem o crivo do Poder Judiciário. A ementa do acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC está assim redigida:

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.

Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que:

"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."

8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato imponível, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Consequentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJe 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. In casu, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo thema iudicandum restou assim identificado:

"Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001."

17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

18. Os artigos 543A e 543B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

O entendimento do STJ em sede de recurso repetitivo é de observância obrigatória pelos julgadores do CARF, a teor do que dispõe o art. 62-A do Regimento Interno do Conselho, *verbis*:

Artigo 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Processo nº 10380.100651/2005-48
Acórdão n.º **2201-002.809**

S2-C2T1
Fl. 112

Nesse cenário, sou pela rejeição da preliminar relativa à utilização de dados bancários pela RFB mediante a utilização de RMF. No mérito, acompanho o Ilustre Relator.

Assinado Digitalmente

Marcelo Vasconcelos de Almeida

CÓPIA