



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

Processo n° 10410.004328/2008-92
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.687 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de maio de 2014
Matéria IRPF
Recorrente ADEILSON TEIXEIRA BEZERRA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2005

ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA.

Os lançamentos somente poderão ser considerados nulos quando provado que os valores creditados na conta de depósito pertencem à terceiro, por meio de prova hábil e idônea.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 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.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - PRESUNÇÃO LEGAL - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA.

Conforme art. 42 da Lei n. 9.430/96, será presumida a omissão de rendimentos toda a vez que o contribuinte, titular da conta bancária, após regular intimação, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados em suas contas de depósito ou de investimento. Em tal técnica de apuração o fato conhecido é a existência de depósitos bancários, que denotam, *a priori*, acréscimo patrimonial.

Recurso voluntário não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar de prova ilícita por quebra de sigilo bancário, vencidos os Conselheiros Rafael

Pandolfo (Relator), Fábio Brun Goldschmidt e Jimir Doniak Junior, por unanimidade de votos rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator.

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: ANTONIO LOPO MARTINEZ (Presidente), MARCIO DE LACERDA MARTINS (Suplente convocado), JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado), RAFAEL PANDOLFO, DAYSE FERNANDES LEITE (Suplente convocada), FABIO BRUN GOLDSCHMIDT. Ausente, justificadamente, o Conselheiro PEDRO ANAN JUNIOR.

Relatório

1 Procedimento de Fiscalização

Após verificar a incompatibilidade entre os rendimentos declarados pelo recorrente, nos anos-calendário 2003, 2004, 2005 e 2006, os registros de suas transações bancárias e os dados complementares obtidos através de CPMF, a Fazenda Nacional decidiu iniciar procedimento de verificação em relação ao IRPF dos referidos anos-calendário.

O recorrente foi intimado do Termo de Início de Fiscalização, em 21/09/07, requisitando a apresentação de extratos bancários de todas as contas por ele mantidas junto a instituições financeiras no Brasil e no exterior, referente aos anos-calendário 2003, 2004, 2005 e 2006, especialmente quanto às contas junto ao Banco do Brasil S/A, Banco Rural S/A, Banco Itaubank S/A (fl. 48).

O contribuinte requereu a prorrogação do prazo em duas oportunidades para a apresentação dos documentos solicitados pela receita (fls. 50 e 51).

Posteriormente, a autoridade administrativa solicitou informações complementares, através de RMF, ao Banco do Brasil S/A (fls. 66-70), ao Banco Rural S/A (fls. 71-72) e ao Banco Itaubank (fls. 74-75), em 26/11/07.

Em 10/12/07, o recorrente apresentou manifestação acompanhada dos seguintes documentos: a) declaração de Maria Betânia Teixeira Bezerra (fls. 53); b) extratos do Banco do Brasil C/C 28.421-1 (fl. 54-58); c) declaração de Aldo Garcia de Azevedo (fl. 59); d) extratos do Banco Rural C/C 88-001860-0 (fls. 60-61); e) Termo de Rescisão Trabalhista (fl. 62); f) Guias de Recolhimento Rescisório do FGTS - GRRF (fl. 63) e g) requerimentos de seguro-desemprego (fls. 64-65).

A autoridade administrativa, considerando o relato do contribuinte intimou-o a informar qual seria sua relação pessoal/empresarial com os contribuintes Maria Betânia Teixeira Bezerra e Aldo Garcia de Azevedo que permitiria a utilização, pelos mesmos, das contas correntes 28.421-1, do Banco do Brasil S/A e 88.001860-0, do Banco Rural S/A, durante os períodos de 14/02/03 a 16/06/06 e de 22/06/04 a 25/11/05, respectivamente (fl. 76).

Em resposta, o recorrente, afirmou que: a) Maria Betânia Teixeira é sua irmã, e eles contraíram junto ao Banco do Nordeste o valor de R\$ 124.590,86, para investimento em gado e benfeitorias de sua propriedade, o que foi devidamente informado a Receita Federal no IRPF. O restante do valor foi repassado ao recorrente, pois a mesma não estava regular com o SPC/SERASA e passava por um processo litigioso de separação. A conta, portanto, condizia com a cessão de uso e empréstimo de cheques para que ela cuidasse do seu dinheiro e seus gastos; b) tinha com Aldo Garcia Azevedo uma relação empresarial, pois o mesmo seria empresário do ramo de lutas de boxe, promovendo eventos de pugilistas de renome nacional. Pelo recorrente ser o Presidente da Federação Alagoana de Boxe, houve a aproximação para a realização de novos eventos e devido a um desentendimento no primeiro evento programado, foi solicitado ao contribuinte que fosse como uma espécie de depositário dos recursos oriundos

da próxima luta a ser realizada, sob pena de definitivo rompimento dos empresários, o que acarretou na celebração um contrato de depósito voluntário gratuito (fl. 80).

A fiscalização entendeu por ratificar a exigência do crédito tributário, tendo em vista a não correspondência entre os documentos apresentados e os valores glosados.

2 Notificação do Lançamento

Foi lavrado de ofício, em 17/06/08, Auto de Infração (fl. 03), com crédito tributário no valor de R\$ 634.928,78, incluídos imposto, juros de mora e multa de 75%, imputando infração relativa à omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada.

No que refere ao ano base 2003, foi apurado o montante de R\$ 23.628,83 como imposto devido, a qual se aplicou a multa de 75% e juros de mora, restando como imposto devido o valor de R\$ 54.941,75.

Para o ano base de 2004, foi apurado o montante de R\$ 159.634,47 como imposto devido, a qual se aplicou a multa de 75% e juros de mora, restando como imposto devido o valor de R\$ 346.007,71.

Ao ano base de 2005, foi apurado o montante de R\$ 73.975,00, a qual se aplicou a multa de 75% e juros de mora, restando como imposto devido o valor de R\$ 147.691,08.

Por fim, quanto ao ano base 2006, foi apurado o montante R\$ 46.227,50, a qual se aplicou a multa de 75% e juros de mora, restando como imposto devido o valor de R\$ 86.288,24.

Desta forma, considerando os períodos apurados, o crédito tributário restou constituído no montante de R\$ 634.928,78, incluídos IRPF dos anos-calendários 2003, 2004, 2005 e 2006, já incluída a multa estabelecida ao patamar de 75% para os quatros anos e juros moratórios calculados até 17/06/08.

O contribuinte tomou ciência da notificação em 27/09/07.

3 Impugnação

Indignado com a autuação, a recorrente apresentou impugnação (fls. 203-227) tempestiva, esgrimindo, em síntese, os seguintes argumentos:

- a) os valores correspondentes aos depósitos objeto da autuação pertencem a terceiras pessoas, pois o recorrente cedeu, gratuitamente, as suas contas;
- b) os esclarecimentos e documentos apresentados acerca da origem dos depósitos, foram desconsiderados pela fiscalização sem qualquer produção de provas acerca da falsidade ou inexatidão dos argumentos;
- c) diante das declarações dos titulares dos recursos, a fiscalização deveria ter aprofundado a sua investigação e tê-los intimado para esclarecer os motivos pelos quais utilizaram as contas bancárias do recorrente, mas não o fez;

- d) compete à Fazenda Nacional a determinação do sujeito passivo do crédito tributário, o que não aconteceu, pois os valores glosados pertencerem a terceiros e isso foi previamente comunicado a fiscalização;
- e) cabe à Receita Federal a produção da prova para que se tenha certeza da exigibilidade do crédito tributário, ônus do qual a administração não se desincumbiu.

4 Acórdão de Impugnação

O lançamento foi julgado procedente pela 2ª Turma da DRJ/REC, por unanimidade (fls. 233-248), mantendo a exigência fiscal. Os fundamentos foram os seguintes:

- a) o recorrente é o sujeito passivo da obrigação tributária;
- b) o fato gerador do imposto de renda ocorreu, embora o autuado afirme que a maior parte dos créditos pertencem a terceiros, os elementos com os quais buscou comprovar isso, não são provas hábeis e suficientes para tal;
- c) não há nos autos qualquer prova da origem dos recursos que o contribuinte alega pertencerem a outras pessoas físicas. As declarações anexas não provam a propriedade dos valores. Para tanto, seria necessário que cada valor tivesse sua origem comprovada, relativamente à operação que lhe deu origem e à pessoa física ou jurídica que efetuou o pagamento;
- d) os acordos que possam ter sido firmados entre o contribuinte e terceiros, por serem convenções particulares, não poderão ser opostos à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo da obrigação, conforme definição do art. 123 do CTN;
- e) caracteriza-se omissão de receita ou de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junta 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.

5 Recurso Voluntário

Notificado da decisão em 24/09/10, o recorrente, não satisfeito com o resultado do julgamento, interpôs recurso voluntário tempestivo (fls. 256-293), repisando os argumentos da impugnação.

6 Sobrestamento

Em 21/11/12, através da Resolução nº 2202-000.388 (fls. 360-367 do e-processo), este processo foi sobrestado, conforme orientação contida no § 3º do art. 2º da Portaria CARF nº 001, de 03/01/12, tendo em vista que para alcançar seu desiderato, a Fiscalização utilizou RMF e que a constitucionalidade das prerrogativas estendidas à autoridade fiscal através de instrumentos infraconstitucionais – como a RMF – encontrava-se em análise pelo STF no âmbito do Recurso Extraordinário nº 601.314, que tramitava em regime de repercussão geral.

É o relatório.

CÓPIA

Voto Vencido

Conselheiro Rafael Pandolfo

1. PRELIMINAR

1.1 Do sobrestamento

O presente processo teve seu julgamento sobrestado devido ao disposto no § 1º do art. 62-A do Regimento Interno deste Conselho

Art. 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.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

No presente caso houve utilização, pela Fiscalização, de meios administrativos para quebrar o sigilo bancário do contribuinte (Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira — RMF), sem o crivo prévio do Poder Judiciário. A análise da regularidade dessa prerrogativa, em sede de repercussão geral, é objeto RE nº 601.314, que está sendo julgado no STF sob o regime do art. 543-B, do CPC. Assim, existindo o sobrestamento do tema no STF, o mesmo ocorria no CARF, corolário do dispositivo regimental acima indicado.

Ocorre que, os §§ 1º e 2º do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, acima referidos, foram revogados pelo art. 1º da Portaria nº 545, de 18 de novembro 2013, que abaixo transcrevo:

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.

Dessa forma, foi ordenada a retomada dos julgamentos dos processos que foram sobrestados com fulcro no dispositivo revogado.

1.2 Da Ilegitimidade Passiva

O recorrente sustenta a sua de ilegitimidade passiva, ao alegar, de forma genérica, que a maioria dos recursos glosados pertencia a terceiros, e que seria ônus da RFB a

comprovação de que os valores autuados seriam de propriedade do recorrente, do contrário violar-se-ia o art. 142 do CTN, pois não teria a autoridade administrativa definido, de forma clara, quem eram os proprietários dos recursos. Para corroborar suas alegações, o contribuinte acostou aos autos declarações dos contribuintes Maria Betânia Teixeira Bezerra e Aldo Garcia Azevedo, no sentido de que pertenceriam a eles os valores glosados.

Não assiste razão ao recorrente.

Prevê o § 5º do art. 42 da Lei nº 9.430/96 que apenas quando devidamente comprovado que os recursos creditados, em conta de depósito, ou investimento, pertencem a terceiro, é que a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, e não ao titular da conta, interposta pessoa. *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.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

O Auto de Infração (fls. 09-12) objeto deste litígio foi lavrado em 17/06/08, e nele figurou como sujeito passivo o contribuinte Adeílson Teixeira Bezerra.

Compulsando os autos, verifica-se que não há, prova hábil e idônea da transferência dos valores glosados pela autoridade administrativa a terceiros. O recorrente apenas apresenta declarações dos contribuintes Maria Betânia Teixeira Bezerra e Aldo Garcia Azevedo de que os valores seriam de sua titularidade.

Além da prova trazida ser unilateral, não possui firma reconhecida e não atribui origem aos depósitos alegados como pertencentes a terceiro interposto. Sendo assim, não pode ser considerada hábil a comprovar, por si só, a origem dos depósitos.

Há que se destacar, a decisão da DRJ (fls. 291-292 do e-processo) ao analisar esse tópico nesses termos:

“23. No que concerne as planilhas anexas as declarações prestadas por MARIA BETÂNIA TEIXEIRA BEZERRA e ALDO GARCIA DE AZEVEDO (fls.53/58 e 59/61, respectivamente), cumpre registrar que, não provam a propriedade dos valores nelas relacionados. Seria necessário que cada um dos valores tivesse sua origem comprovada, ou seja, que houvesse prova da origem de cada um dos depósitos, relativamente A. operação que lhe deu origem e a pessoa física ou jurídica que efetuou o pagamento. Nesse passo, cumpre lembrar os registros feitos pelo autuante acerca de i) grande parte dos depósitos terem sido feitos pelo próprio contribuinte (fls.134, 137, 138, 139, 141, 143, por exemplo) e ii) apesar de nas declarações prestadas por MARIA BETÂNIA TEIXEIRA BEZERRA e ALDO GARCIA DE AZEVEDO constar, respectivamente, a responsabilidade pelos depósitos no Banco do Brasil e no Banco Rural, não há provas

de tais depósitos por essas pessoas físicas (fls.134/157 e 184/193, respectivamente).

24. De fato, observa-se que a maior parte dos depósitos relacionados nas planilhas referenciadas foi efetuada em dinheiro e, mesmo nos casos de depósitos mediante cheques ou transferências on line, não foram trazidos aos autos as respectivas cópias nem tiveram sequer identificados/comprovados os depositantes.

25. No que se refere aos depósitos alegadamente pertencentes a MARIA BETANIA TEIXEIRA BEZERRA, que o contribuinte afirma ser odontóloga e advogada, bem assim exercer atividade rural (fls.78), seria necessário que houvesse comprovado a origem de cada um deles. No caso de depósitos decorrentes de trabalho com vínculo empregatício, a apresentação de comprovantes de rendimentos e/ou contracheques. Em se tratando do exercício de trabalho sem vínculo empregatício, ou seja, da atividade de profissional liberal, a apresentação de livro caixa escriturado, acompanhado da documentação relativa a receitas e despesas. Já no caso de atividade rural, seria necessário demonstrar o resultado dessa exploração mediante a escrituração do correspondente livro caixa, também acompanhado da documentação correspondente, quando a receita bruta for superior ao limite legal estipulado - no ano calendário de 2004, por exemplo, R\$ 56.000,00 - ou mediante prova documental das receitas e das despesas, quando a receita bruta for inferior a tal limite, cabendo registrar que, consoante estipula o § 50 do art. 61 do RIR/99 e o art. 6º da Instrução Normativa (IN) SRF nº 83, de 11 de outubro de 2001, a receita bruta da atividade rural, decorrente da comercialização dos produtos, deve ser comprovada por documentos usualmente utilizados nessas atividades, tais como Nota Fiscal de Produtor, Nota Fiscal de Entrada, Nota Promissória Rural vinculada, Nota Fiscal de Produtor e demais documentos oficialmente reconhecidos pelas fiscalizações estaduais.

25. Já no que se tange aos depósitos alegadamente pertencentes a ALDO GARCIA DE AZEVEDO, que o contribuinte afirma ser empresário do ramo de lutas de boxe que sua conta corrente fora utilizada para a movimentação de recursos decorrentes dessa espécie de evento (fls.78/79), seria igualmente necessário que fossem apresentadas provas irrefutáveis de que os depósitos efetuados correspondiam, em datas e valores, a rendimentos relativos a essa atividade. Apesar de ter afirmado as fls.79 que ALDO GARCIA DE AZEVEDO dispunha de todas as provas da realização dos eventos, não constam as mesmas dos autos. Como já anteriormente explicitado, neste Voto, o dito "Contrato de Depósito Voluntário Gratuito com Prazo de Restituição" (fls.80/81) não comprova a origem de cada um dos depósitos efetuados no Banco Rural, no período de 22/06/2004 a 25/11/2005, como consta da declaração prestada por aquele senhor (fls.59), de insuficiente valor probante, repita-se.

26. Ressalte-se que, em todos os casos é necessária a correspondência de datas e valores entre os rendimentos e cada um dos depósitos efetuados nas contas bancárias de titularidade do contribuinte, cujas cópias dos extratos encontram-se nos autos, por força do disposto no § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, segundo o qual, para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, conforme razões já declinadas neste Voto, o que não ocorreu no presente caso.

23. Observa-se, portanto, que, diversamente do que afirmou o contribuinte na peça de defesa, os elementos com os quais buscou comprovar serem os recursos objeto da autuação pertencentes a MARIA BETÂNIA TEIXEIRA BEZERRA e ALDO GARCIA DE AZEVEDO não são provas hábeis e suficientes para tal. E que não há, nos autos, qualquer prova da origem dos recursos que o contribuinte autuado alega pertencerem àquelas pessoas físicas. Seria necessário que o contribuinte houvesse apresentado provas incontestas — por intermédio de documentos hábeis e idôneos —, que fundamentassem as alegações contidas em sua impugnação, para que fosse acatada a justificativa de que os rendimentos considerados na autuação como omitidos pelo contribuinte não lhe pertencessem e afastada a infração atinente a omissão de receitas ora em discussão.”

No caso, o contribuinte se resume em apontar os valores os quais seriam de propriedade de terceiros sem jamais trazer aos autos comprovantes aptos a confirmarem com sua alegação. Dessa forma, as declarações não são suficientes para a comprovação da verdadeira titularidade dos recursos apontados pela fiscalização, uma vez que mencionam globalmente os valores, sem especificar datas, ou depósitos individualizados. Descabe, portanto, a aplicação do art. 42, § 5º, da Lei nº 9.430/96 ao caso, pois não comprovado que os valores depositados na conta corrente do fiscalizado eram de titularidade de terceiros. Neste sentido, é o entendimento desta Câmara:

ASSUNTO: Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural

EXERCÍCIO: 2001

IRPF - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - ILEGITIMIDADE PASSIVA - Quando restar comprovado que os valores depositados na conta-corrente fiscalizada são de titularidade de terceiros, o lançamento deve ser efetuado em face destes terceiros, e não do titular da conta. Inteligência do § 5º do art. 42 da Lei nº 9.430/96. Recurso de ofício negado. Recurso voluntário provido.

(CARF. 2ª Seção. 2ª Câmara. 1ª Turma Ordinária. Ac. 2201-000.725. Julg. Em 17/06/10).

Não havendo qualquer elemento capaz de descaracterizar a relação do contribuinte com a conta corrente de sua titularidade, cujos créditos foram objetos da presente autuação, prejudicada qualquer alegação de não ser ele, o real beneficiário dos créditos bancários tributados, sendo imperioso se refutar a argumentação de ilegitimidade passiva. Assim, entendo que não merece prosperar a preliminar de ilegitimidade passiva arguida, pois a fiscalização determinou corretamente o sujeito passivo.

1.3 Da Nulidade das Provas Obtidas Através da Quebra do Sigilo Bancário Sem Prévia Autorização do Poder Judiciário e da Interpretação Conforme a Constituição

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/05/2014 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 30/05/2014 por

ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 29/05/2014 por RAFAEL PANDOLFO

Impresso em 04/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 (fls. 66-67 e 94-95), 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. Ressalto que a fiscalização utilizou os dados de RMF apenas referentes ao Banco Sudameris (ao longo de todo o ano-calendário 2005) e ao Banco Bradesco (do período de 01/01/05 a 28/04/05), pois o contribuinte apresentou, voluntariamente, extratos bancários das seguintes instituições financeiras: Banco Unibanco, Banco Itaú, Banco Bradesco (do período de 29/04/05 a 29/12/05) e Corretora Souza Barros Cambio e Títulos S.A.

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 não 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 (Anwendungsfälle) 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 Pirrica 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 de parte do crédito tributário (contribuinte apresentou os extratos do Banco do Brasil de 14/02/03 a 16/06/06 e Banco Rural de 22/06/04 a 25/11/05) 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 em sua totalidade, e não teria lavrado o auto de infração sob esse argumento.

Assim, entendo que deve ser acolhida a preliminar de prova ilícita por quebra de sigilo bancário, para que sejam excluídas do Auto de Infração todas as informações referentes ao Banco Itaubank, por serem ilícitas.

2. DO MÉRITO

Não acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva e vencido na preliminar suscitada (ilicitude da prova obtida através da quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial), ingresso na análise dos demais argumentos suscitados pelo recorrente.

2.1 Da Omissão de Rendimentos

O recorrente alega que os depósitos bancários, por si só, não constituem fato gerador do imposto de renda, uma vez que não pode ser a usada à presunção para tributar. Acrescenta que cabe à Receita Federal a produção da prova para que se tenha certeza na exigibilidade do crédito tributário, ônus do qual a administração não se desincumbiu.

Não lhe assiste razão.

Anteriormente à Lei nº 8.021/90, assentou-se que os depósitos bancários, por si só, não representavam rendimentos a sofrer a incidência do imposto de renda.

Nesta senda, o Tribunal Federal de Recursos sumulou entendimento com esta exata interpretação (Súmula 182 do TFR), bem como o art. 90, VII, do Decreto-Lei nº 2.471/88 determinou o arquivamento de processos administrativos que controlassem débitos de imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou comprovantes de depósitos bancários.

¹ COSTA ANDRADE, Manuel da. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 73.

Entretanto, com o advento do art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/90, autorizou-se o arbitramento de rendimentos com base em depósitos ou aplicações em instituições financeiras, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza, quando o contribuinte não pudesse comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Porém, para incidência do imposto de renda sobre a hipótese em debate, a jurisprudência administrativa passou a obrigar que a fiscalização comprovasse o consumo da renda pelo contribuinte, representada pelos depósitos bancários de origem não comprovada, a transparecer sinais exteriores de riqueza (acréscimo patrimonial ou dispêndio), incompatíveis com os rendimentos declarados.

Este cenário foi profundamente alterado pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96, com incidência sobre os fatos geradores ocorridos a partir de 1º/01/97. O art. 42 da Lei 9.430/96 estipula, *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.

Trata-se de presunção legal, que permite à Fazenda tributar depósitos bancários sem origem e/ou tributação justificados, cabendo prova em contrário, por parte da contribuinte. Como bem ensina Alfredo Augusto Becker, *presunção é o resultado de processo lógico mediante o qual do fato conhecido cuja existência é certa se infere o fato desconhecido cuja existência é provável* (Teoria Geral do Direito Tributário, 3. ed. São Paulo : Lejus. 1998. pg. 508).

No caso da técnica de apuração baseada em presunção estabelecida pelo art. 42 da Lei 9.430/96, o fato conhecido é a existência de depósitos bancários, que denotam, *a priori*, acréscimo patrimonial. Tendo em vista que renda, para fins de imposto de renda, é considerada como o acréscimo patrimonial em determinado período de tempo, a existência de depósitos sem origem e sem tributação comprovados levam à presunção de que houve acréscimo patrimonial não oferecido à tributação; logo, omitido o fato desconhecido de existência provável.

Por ser presunção relativa, é necessário que o contribuinte seja intimado regularmente, principalmente do resultado da apuração dos depósitos discriminados individualmente, de modo a possibilitar a defesa, o que ocorreu no presente procedimento.

Com a novel legislação acima, a jurisprudência administrativa chancelou as autuações que imputavam aos contribuintes o imposto de renda sobre a omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada. Esse entendimento encontra-se pacificado no âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Como exemplo, por todos, veja-se o Acórdão nº CSRF/04-00.164 (Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais), sessão de 13 de dezembro de 2005, relatora a Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, unânime, que restou assim ementado:

IRPF - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Presume-se a omissão de rendimentos sempre que o titular de conta bancária, regularmente intimado, não

comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em suas contas de depósito ou de investimento (art. 42 da Lei e. 9.430, de 1996).

Quanto à forma de comprovação individualizada, é a própria Lei nº 9.430/96 que institui este dever, na redação do §3º de seu art. 42:

*§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão **analisados individualizadamente**, observado que não serão considerados:*

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

Ou seja, conquanto possa ser considerada pelo contribuinte como desproporcional a medida, a verdade é que existe diploma normativo válido e vigente que impõe a este dever, não cabendo a este Conselho declarar a inconstitucionalidade e afastar sua aplicação.

No caso, o contribuinte alega apenas, genericamente, que os valores glosados são de titularidade de Maria Betânia Teixeira Bezerra e de Aldo Garcia de Azevedo, sem informar, individualizadamente, quais depósitos correspondem a esses valores. Ademais, não há prova nos autos que sustente o alegado nas duas declarações. Igualmente, o contribuinte apresenta termo de rescisão trabalhista com o intuito de justificar a origem de depósitos, os quais não indica. Ocorre que o valor mencionado na rescisão e os valores glosados não coincidem, e não há qualquer prova de que os valores referentes ao termo de rescisão, ou ainda ao contrato de depósito voluntário gratuito foram depositados em suas contas correntes.

Dessa forma, entendo que as declarações prestadas pelo contribuinte não são suficientes para comprovar a origem dos depósitos feitos na conta corrente da recorrente. Por fim, cabe ressaltar, que tal presunção poderia ser afastada através da comprovação da origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, um a um, de forma individualizada.

Ante o exposto, VENCIDO NA PRELIMINAR de ilicitude de provas obtidas através de RMF, voto por REJEITAR a preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ.

Este voto direciona-se exclusivamente a preliminar de prova ilícita por quebra do sigilo bancário, ponto na qual diverjo do Conselheiro Relator.

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 a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

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

(...)

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

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 por quebra do sigilo bancário.

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ - Redator designado.