



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

Processo nº 10410.721736/2010-27
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-002.810 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2016
Matéria IRPF
Recorrente DJALMA LEONARDO DE SIQUEIRA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2006, 2007

PROVA EMPRESTADA - AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

É lícito ao fisco utilizar, para fins de apuração tributária, dados e documentos fornecidos pelo Poder Judiciário.

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.

IRPF. SERVIÇO PRESTADO POR PESSOA JURÍDICA. IMPUTAÇÃO DA RECEITA AO SÓCIO. NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVA.

É lícita a prestação de serviços por pessoa jurídica regularmente constituída, sendo desta a receita correspondente. A desconsideração da pessoa jurídica com a imputação das receitas como rendimentos do sócio somente se justifica quando comprovado o intuito de fraude.

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.

UTILIZAÇÃO DE DEPÓSITOS DE MÊS ANTERIOR PARA COMPROVAÇÃO DE ORIGEM DO MÊS SEGUINTE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA CARF N 30

Na tributação da omissão de rendimentos ou receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, os depósitos de um mês não servem para comprovar a origem de depósitos havidos em meses subsequentes.

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. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. RENDIMENTOS CONFESSADOS. TRÂNSITO PELAS CONTAS DE DEPÓSITOS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO LANÇADO. POSSIBILIDADE SE OS VALORES NÃO FOREM CORRETAMENTE IMPUGNADOS PELA FISCALIZAÇÃO.

É razoável compreender que, além dos rendimentos omitidos, os ingressos de recursos declarados oportunamente pelo contribuinte, desde que tacitamente confirmados pelo Fisco transitam, igualmente, pelas contas bancárias do fiscalizado. Acertadamente impugnados os recursos declarados pelo contribuinte, não há como excluir os correspondentes valores da base de cálculo da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada.

Preliminares Rejeitadas

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, 1. Preliminarmente: a) por unanimidade de votos, rejeitar a nulidade por utilização de prova emprestada; b) por maioria de votos, rejeitar a nulidade quanto à matéria de obtenção de dados bancários pelo Fisco. Vencido o Conselheiro Carlos César Quadros Pierre (Relator). 2. No mérito: Por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento a omissão de rendimentos recebidos de pessoa jurídica. Vencido quanto a esta matéria o Conselheiro Márcio de Lacerda Martins (Suplente convocado). 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, 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, 1ª Turma da DRJ/REC (Fls. 2219), na decisão recorrida, que transcrevo abaixo:

Contra o contribuinte acima identificado foi lavrado o Auto de Infração de fls. 02 a 14, no qual é cobrado o imposto de renda pessoa física (IRPF), relativamente aos anos-calendário de 2005 e de 2006, no valor total de R\$ 204.411,86, acrescido de multa de lançamento de ofício e de juros de mora, calculados até 30/11/2010, perfazendo um crédito tributário total de R\$ 599.728,35.

2. Consta do processo a Comunicação de Indícios Criminais ao Ministério Público Federal, nos termos do §4º do art. 1º da Portaria RFB nº 665/2008, e o expresso dever de sigilo determinado pelo MM. Juiz da 4ª Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária de Minas Gerais, relativamente ao processo judicial 2008.38.00.003850-0 cuja quebra de sigilo em favor da Receita Federal do Brasil foi judicialmente autorizada (fls. 2.077).

3. Foram anexados aos autos a cópia do processo nº 200838.00.003850-0 da Justiça Federal de Minas Gerais, referente a crimes de lavagem e ocultação de bens e direitos de fls. 634 a 765, bem como a decisão do MM. Juiz da 4ª Vara Criminal autorizando a extensão da quebra do sigilo em favor da Receita Federal do Brasil de todos os elementos objeto do citado processo e determinando sua utilização para instauração de procedimentos fiscais ou para instrução de procedimentos já instaurados (fls. 752 a 754).

4. A ação fiscal foi iniciada em 17/07/2009 por meio do Termo de Início de Ação Fiscal de fls. 57 a 58, pelo qual foi solicitada ao contribuinte a apresentação dos documentos relativos aos rendimentos auferidos, às dívidas e ônus reais, às aquisições e alienações de bens, aos pagamentos e doações efetuados e aos direitos creditórios, bem como às procurações outorgadas a terceiros, relativamente aos anos-calendário de 2004, de 2005 e de 2006. Em atendimento, conforme carta-resposta datada de 17/08/2009, foram fornecidos os esclarecimentos e os documentos de fls. 60 a 170.

5. Houve reintimação para comparecimento, prestação de informações e para apresentação de extratos bancários e de documentos relativos às pessoas jurídicas das quais o contribuinte era representante legal: Vitória Participações Ltda,

CNPJ 04.034.853/0001-03, Serra Grande Participações e Empreendimentos Ltda, CNPJ 05.502.555/0001-55 e Delta Comércio e Distribuição Ltda, CNPJ 05.198.413/0001-46 (fls. 177 a 185). Em 03/11/2009 o contribuinte apresentou os esclarecimentos de fls. 184 a 188.

6. Em 11/12/2009 foi encerrado parcialmente o procedimento fiscal, tendo sido lavrado o Auto de Infração relativo ao ano-calendário de 2004, protocolado sob processo nº 10410.006797/2009-27.

7. Nova intimação foi encaminhada ao autuado em 08/10/2009, contendo solicitação de comparecimento em vista da necessidade de prestar esclarecimentos relativos à DLS Assessoria e Consultoria Empresarial Ltda (fls. 189). Em atendimento o contribuinte Reservou-se a faculdade de somente se manifestar por escrito, conforme Termo de fls. 190.

8. Prosseguindo, a fiscalização enviou ao contribuinte o termo de intimação de fls. 191 para obtenção dos extratos bancários referentes às movimentações financeiras ocorridas nos anos-calendário de 2005 e 2006. O contribuinte, tendo solicitado prorrogações de prazo para atendimento, não forneceu os extratos, tudo conforme documentação anexada às fls. 192 a 204.

9 Foram então emitidas as requisições de informações sobre movimentação financeira (RMF) enviadas ao Banco do Brasil, ao Bank of Boston e ao Banco Bradesco (fls. 205 a 212). As instituições financeiras apresentaram em atendimento às RMF os extratos relativos à conta nº 27.4429 da agência 16004 do Banco do Brasil (fls. 213 a 283), às contas nº 16.768 da agência 2145, nº 7446 da agência 2854, ° 25811/401.660 da agência 3047 e nº 401.660-2 da agência 3047, todas do Banco Bradesco (fls. 284 321) e à conta nº 19.5346.45 da agência Mangabeiras do BankBoston (fls. 322 a 402).

10. De posse dos extratos bancários, a autoridade fiscal intimou em 14/07/2010 o contribuinte a comprovar a origem dos recursos depositados em suas contas correntes e de poupança, nos anos-calendário de 2005 e de 2006, relacionados em planilhas anexadas ao termo de intimação, conforme fls. 403 a 411. Após solicitar prorrogação de prazo o contribuinte informou às fls. 418 a 426, em 02/09/2010, já haver comprovado mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos, mencionando sua carta-resposta datada de 17/08/2009, reiterando a impossibilidade de apresentar os extratos das contas bancárias requeridas pelo fisco.

11. Foram juntados aos autos o termos das diligências realizadas pela fiscalização junto às seguintes pessoas jurídicas:

11.1 – Serra Grande Participações e Empreendimentos Ltda, CNPJ 05.502.555/0001-55 (fls. 774 a 912);

11.2 – Vitória Participações Ltda, CNPJ 04.034.853/0001-03 (fls. 913 a 1.010);

11.3 – Minasçúcar Ltda, CNPJ 16.973.000/0001-08 (1.011 a 1.059);

11.4 – Delta Comércio e Distribuição Ltda, CNPJ 05.198.413/0001 (fls. 1.060 a 1.075);

11.5 – DLS Assessoria e Consultoria Empresarial, CNPJ 04.076.536/0001-42, contendo aditivamente diligência efetuada junto à Triunfo Agroindustrial S/A, CNPJ 12.733.937/0001-55 (fls. 1.076 a 2.060).

12.A autoridade lançadora procedeu, então, à lavratura do Auto de Infração, em virtude de terem sido constatadas as seguintes infrações, conforme descrição dos fatos e enquadramentos legais de fls. 05 a 08 e Termo de Verificação Fiscal de fls. 15 a 40:

12.1 – omissão de rendimentos recebidos de pessoas jurídicas (omissão no valor de R\$ 46.721,97, fato gerador em 31/12/2005);

12.2 – omissão de rendimentos decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada (omissão no valor de R\$ 329.901,24, fato gerador em 31/12/2005; omissão no valor de R\$ 381.548,14, fato gerador em 31/12/2006).

Foi aplicada multa de ofício qualificada no percentual de 150% sobre as infrações apuradas. Houve formalização de processo para arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo (fls. 2.064 a 2.076 e 2.078 a 2.080).

13. Ciência do lançamento pelo contribuinte em 08/12/2010 conforme correspondência de fls. 2.082 e documento de fls. 2.081.

14.Não concordando com a exigência, o autuado apresentou em 07/01/2011 a impugnação de fls. 2.087 a 2.217 alegando, em síntese:

14.1 – que a impugnação é tempestiva, devendo ser acolhida;

14.2 – que, sendo o processo administrativo pautado pelo princípio da legalidade e demais princípios ordenadores do sistema jurídico, a exemplo do contraditório, da ampla defesa e da proibição da prova ilícita, deve ser declarado o cancelamento do lançamento baseado em documentos ilícitos visto que:

(i) não consta dos autos cópia da decisão que teria deferido o compartilhamento com a Delegacia da Receita Federal de Maceió das informações contidas no processo nº 2008.38.00.0038500 da 4ª Vara Federal de Belo Horizonte, bem como dos documentos obtidos por meio da operação 'Castelhana' conforme mandado de busca e apreensão expedido pela Dra. Adriane Luísa Vieira Trindade, MM Juíza Federal;

(ii) que constam do processo apenas um 'termo de deslacrção, exame de documento, lacração, nº 52/2008' (fls. 458 a 459), uma 'cópia do mandado de busca e apreensão nº 139/2006' (fls. 454) e o respectivo 'auto de apreensão' (fls. 455 a 457) todos fazendo referência a outro processo, de número 2006.357980;

(iii) que as provas em que se fundamenta o lançamento – receitas/origens das atividades profissionais do impugnante decorrentes de sua atuação como pessoa física ou obtidas de pessoas jurídicas, todas baseadas na operação 'Castelhana' – foram obtidas por 'empréstimo' e não possuem origem lícita, em vista da ilegalidade da decisão que teria deferido o compartilhamento dessas provas com a Delegacia da Receita Federal em Maceió;

(iv) que as referidas provas devem ser declaradas nulas e desentranhadas do processo, devendo ser proibida sua utilização no procedimento;

14.3 – que apresentou, no curso da ação fiscal, comprovação da origem de seus recursos depositados, com compatibilização dos créditos realizados nas contas bancárias, por meio de documentação hábil e idônea;

(i) que tal comprovação consta das declarações de imposto de renda dos referidos períodos;

(ii) que, mesmo diante das informações prestadas a contento pelo contribuinte, a fiscalização expediu várias requisições de informações sobre movimentações financeiras, ferindo a garantia à privacidade do cidadão, constitucionalmente amparada (art. 5º, X e XII, da CF);

(iii) que, segundo entendimento recente do STF, a quebra do sigilo bancário para a fiscalização, lançamento ou cobrança de tributos somente pode ocorrer com intervenção do Poder Judiciário, conforme decisão do Pleno do Tribunal, de 15/12/2010 (documento em anexo) ao examinar o disposto na Lei Complementar nº 105/2001;

(iv) que, em atenção à regra da proporcionalidade, a quebra do sigilo bancário só pode ser determinada quando não houver meio menos gravoso para atingir o mesmo fim, o que não ocorreu no presente caso;

(v) que requer a declaração de nulidade do procedimento, pois alicerçado em informações obtidas com a quebra de sigilo sem autorização judicial;

14.4 – que é inverídica a afirmação da autoridade fiscal de que o contribuinte teria se recusado a prestar esclarecimentos;

(i) que, ao comparecer à DRF Maceió, solicitou nova data para esclarecer os fatos;

(ii) que, ademais, o procedimento informado pela fiscalização é indevido, haja vista a comunicação oral mantida com o contribuinte;

14.5 – que é descabida a afirmação de que as receitas da DLS Assessoria e Consultoria Empresarial Ltda correspondem a remuneração por serviços prestados pessoalmente pelo contribuinte;

14.6 – que a DLS Assessoria e Consultoria possuía atos societários devidamente registrados e era sediada em imóvel alugado, razão pela qual o cadastro nos serviço de água e esgoto e de energia elétrica foram efetuados em nome do locador/proprietário, como também demonstram os comprovantes de pagamento de ISS recolhidos em Boca da Mata/AL;

14.7 – que as receitas da DLS advêm de serviços prestados, com emissão das notas fiscais correspondentes, tendo todas as operações sido contabilizadas nos livros Diário, Razão e de prestação de serviços da empresa, com recolhimento dos tributos incidentes sobre a prestação dos serviço;

14.8 – que o fato de os livros Diário e Razão e de Serviços Prestados da DLS não atenderem aos requisitos previstos na legislação tributária, resultando no descumprimento de obrigações acessórias, não enseja a desconsideração da sua escrituração, conforme já pacificado na jurisprudência administrativa;

14.9 – que os pagamentos dos clientes da DLS eram efetuados ora em espécie ora mediante depósito bancário na conta de um dos sócio da empresa, o Sr. Djalma;

14.10 – que a nota fiscal nº 366, no valor de R\$ 79.914,76, emitida em 2005, tendo como tomadora a Triunfo Agro Industrial S/A foi indevidamente desconsiderada pelo fisco, por suspeitar que seria 'fria';

14.11 - que, em relação à referida nota fiscal nº 366, os serviços corresponderam à assessoria contábil e tributária em recuperação de IPI e houve apresentação de cópia dos documentos que comprovam os pagamentos . Que o fato de alguns dos pagamentos efetuados pela Triunfo terem sido creditados na conta do sócio Sr. Djalma não encontra óbice legal, haja vista a DLS não manter conta bancária;

14.12 – que mesmo que alguns trabalhos tenham sido prestados diretamente pelo sócio Sr. Djalma, não é motivo para a desconsideração da pessoa jurídica, pois jamais pode-se concluir que o trabalho teria sido prestado de forma individual e personalíssima, mas apenas que esse sócio foi encarregado de cuidar de determinado cliente;

14.13 - quanto à afirmação de que as receitas da DLS se originariam da atividade profissional de advogado do filho do

impugnante, Sr. Carlos Eduardo Leonardo, alega que a DLS não atuou em quaisquer processos judiciais ou administrativos, próprios da atividade privativa de advogados;

14.14 – que, “No que tange ao período a partir de janeiro de 2008, em que os serviços foram restados na residência do Senhor Djalma, simplesmente não houve a alteração do endereço junto à Receita Federal. Mas a empresa existia e funcionava normalmente” (fls. 2.109);

14.15 - esclarece ainda que houve mero erro de impressão do CNPJ nas notas fiscais emitidas pela DLS e que a ausência de empregados se justifica pois os serviços de assessoria e consultoria empresarial eram prestados diretamente pelos sócios;

14.16 – que a exigência de tributo deve estar respaldada na ocorrência comprovada do fato gerador e não em presunções e que a existência de documentos capazes de demonstrar a veracidade das informações permite a demonstração dos fatos, à luz do princípio da verdade material;

14.17 - que não procede a alegação do fisco de que o contribuinte teria omitido receitas de sua relação de emprego;

14.18 – que foi exigida, pelo fisco, a apresentação de documentação que comprovasse a origem/vinculação de depósitos/créditos realizados em suas contas, quando tal dever não se aplica às pessoas físicas que não são obrigadas a manter uma ‘contabilidade’ diária. Menciona jurisprudência administrativa no sentido na inexigibilidade de escrituração pelas pessoas físicas;

(i) que todos as intimações foram atendidas pelo contribuinte, não se podendo falar, conforme consta do Termo de Verificação Fiscal, que o impugnante não apresentou um único documento que pudesse comprovar suas origens;

(ii) que é totalmente cabível o recebimento de rendimentos sem a devida vinculação entre datas e valores, pois se o contribuinte recebe R\$ 1.000,00 em 05/01/2010 e somente deposita dois dias depois a quantia de R\$ 500,00, ficando com os outros R\$ 500,00 em espécie para efetuar pagamentos, não há como vincular os valores e as datas e, no entanto, houve comprovação hábil e idônea da origem dos recursos. Por outro lado, se o contribuinte recebe durante o mês diversos adiantamentos da sociedade e o recibo somente é emitido em sua totalidade no quinto dia útil do mês seguinte, também não se pode vincular valores e datas, mas a origem resta comprovada;

14.19 – que os depósitos bancários não caracterizam fato gerador do imposto de renda, mas são indícios que podem levar à comprovação da omissão de receita, cabendo ao fisco a prova de sua existência por meio do nexo de causalidade entre os depósitos e os rendimentos auferidos, conforme jurisprudência emanada do Conselho de Contribuintes;

(i) que caberia à fiscalização fundamentar a desconsideração dos documentos ou investigar pormenorizadamente a origem dos rendimentos, como determina o §1º do art. 845 do Decreto nº 3000/1999 (RIR), para demonstrar que os valores depositados correspondem a renda consumida ou aplicada pela pessoa, pois os depósitos bancários por si só não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos. Transcreve ementas de julgados administrativos no sentido da inadmissibilidade de lançamento com base exclusivamente em depósitos bancários por não evidenciarem disponibilidade jurídica ou econômica de renda;

(ii) que foram indevidamente desconsiderados os valores declarados pelo contribuinte, tais como os informes de rendimentos e recibos de doações;

14.20 – que foram indevidamente desconsiderados os recursos advindos do Grupo Nacional e da Minsaúcar;

(i) que a inobservância de formalidades extrínsecas e intrínsecas nos livros fiscais das referidas empresas não enseja a desconsideração das pessoas jurídicas;

(ii) que as citadas empresas detinham atos societários devidamente registrados, possuíam sede, prestaram serviços informados em notas fiscais, livros e confirmados por clientes;

(iii) que a exigência de tributo deve estar respaldada na ocorrência comprovada do fato gerador e não em presunções e que a existência de documentos capazes de demonstrar a veracidade das informações permite a demonstração da veracidade dos fatos, à luz do princípio da verdade material;

14.21 – que a omissão de rendimentos detectada e tributada em um mês é suficiente para justificar a omissão presumida de rendimentos caracterizada por depósitos bancários nos meses seguintes;

(i) que demonstra tal possibilidade, conforme demonstrativo exemplificativo para os meses de janeiro e de fevereiro de 2005, conforme abaixo:

Mês	Janeiro/2005
Recursos – mês anterior	R\$ 0,00 (saldo)
Omissão detectada	R\$ 32.574,64
Omissão mantida neste mês	R\$ 32.574,64
Recursos – mês seguinte	R\$ 32.574,64 (disponibilidade)

Mês	Fevereiro/2005
-----	----------------

<i>Recursos – mês anterior</i>	<i>R\$ 32.574,64 (saldo)</i>
<i>Omissão detectada</i>	<i>R\$ 29.457,87</i>
<i>Omissão mantida neste mês</i>	<i>R\$ 0,00</i>
<i>Recursos – mês seguinte</i>	<i>R\$ 3.116,77 (disponibilidade)</i>

(ii) que, de acordo com a interpretação harmônica de normas e do princípio da razoabilidade, requer que a omissão total para os anos-calendário de 2005 e de 2006 seja de R\$ 424.249,58;

14.22 – que é indevida a aplicação da multa qualificada de 150%, haja vista que:

(i) o trabalho fiscal está pautado na alegação de que o impugnante, por meio de dolo e com o intuito de fraude, “teria omitido receitas, bem como teve um acréscimo patrimonial descoberto.” (fls.2.125);

(ii) que nenhuma das operações do contribuinte é ilegal e todas estão acobertadas por documentos hábeis e idôneos, tendo sido prévia e devidamente declaradas;

(iii) que o fisco desconsiderou as operações realizadas com a DLS Assessoria e Consultoria, empresa da qual é sócio, recorrendo a argumentos sem prova, pois toda a situação de direito entre sociedade e sócio encontra-se provada por meio de documentos;

(iv) que “todas as operações foram devidamente declaradas pelo impugnante, pelo Sr. Djalma Leonardo de Siqueira (Doador), bem como escrituradas e registradas na contabilidade da empresa DLS Assessoria e Consultoria Empresarial Ltda e Ferreira e Advogados Associados e devidamente informadas ao Fisco Federal” (fls. 2125);

(v) que a fraude foi presumida sem que tenham sido demonstrados pela autoridade fiscal, por meio de documentos, o nexos causal e a intenção do agente em fraudar o erário, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502/64 que exige a conduta dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador.

(vi) que é inaplicável a multa qualificada prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, pela inexistência de evidente intuito de fraude como definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

Nesse sentido transcreve a súmula CARF nº 14, além de ementas desse mesmo órgão administrativo;

14.23 – por fim, requer o conhecimento da impugnação, bem como que sejam consideradas as razões preliminares e de mérito, seja desqualificada a multa de ofício para aplicação do percentual de 75%, requerendo ainda a produção de todos os

meios de prova em direito admitidos, em especial a documental e pericial, além da juntada posterior de provas.

Passo adiante, a 1ª Turma da DRJ/REC entendeu por bem julgar a impugnação procedente em parte, em decisão que restou assim ementada:

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

Ano-calendário: 2005, 2006

*SIGILO BANCÁRIO. EXAME DE EXTRATOS. AUTORIZAÇÃO
JUDICIAL. DESNECESSIDADE.*

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial.

*OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE
EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS.*

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. 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, que não pode ser substituída por meras alegações.

*DEPÓSITOS BANCÁRIOS. APURAÇÃO DO VALOR
OMITIDO.*

A omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada não se confunde com a omissão de rendimentos tendo em vista a variação patrimonial a descoberto, por se tratarem de infrações distintas, apuradas de formas distintas, pois na primeira não é procedido ao levantamento das origens e aplicações de recursos do contribuinte em cada mês; cada depósito, individualizadamente, deve ser objeto de comprovação pelo contribuinte.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005, 2006

Ementa:

MULTA QUALIFICADA. PERCENTUAL DE 150%.

Comprovada a ocorrência de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, deve ser aplicada a multa de ofício qualificada sobre a omissão de receita ou de rendimentos apuradas.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006

Ementa:

INSTRUÇÃO DA PEÇA IMPUGNATÓRIA.

A impugnação deve ser instruída com os documentos em que se fundamentar e que comprovem as alegações de defesa, precluindo o direito de o contribuinte fazê-lo em outro momento processual, exceto nos casos previstos na legislação tributária.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Indefere-se o pedido de realização de perícia quando deixar de atender aos requisitos previstos em lei e quando não há dúvida para o julgamento da lide.

PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS. LEGALIDADE.

Tendo o lançamento atendido a todos os requisitos previstos no art. 142 do Código Tributário Nacional, fundamentando-se na aplicação de dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico, não cabe falar em lesão a quaisquer princípios constitucionais ou legais tributários.

JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL E ADMINISTRATIVA .
EFEITOS.

Os efeitos da jurisprudência judicial e administrativa no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil somente se aplicam às partes nelas envolvidas, não possuindo caráter normativo exceto nos casos previstos em lei.

Como se verifica às Fls. 2350 e 2351, o Recorrente foi Cientificado em 09/11/2011.

No DESPACHO DE ENCAMINHAMENTO, fls. 2352, exarado pelo SACAT da DRF/MACEIÓ/AL é informado que:

Devido à interposição de recurso voluntário, proponho o encaminhamento do processo ao CARF-MF-DF para providências.

Registra-se que o recurso foi encaminhado pelos Correios, chegando a esta Seção sem o envelope. Desta forma, considerou-se o comprovante de postagem apresentado pelo contribuinte como prova de data do questionamento.

Pelo que se verifica no comprovante de postagem no correio (fls. 2346 e 2347) o Recorrente veio a interpor o Recurso Voluntário em 09/12/2011 (fls. 2253 a 2305), onde reforça os argumentos apresentados quando da impugnação.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Carlos César Quadros Pierre, Relator.

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

Examinando inicialmente a arguição de nulidade do lançamento. Aduz o Recorrente que o lançamento valeu-se de provas obtidas ilicitamente; que não consta autorização judicial para a utilização das informações obtidas em decorrência de decisão judicial para fins fiscais.

A alegação do Contribuinte, no que pertine a prova emprestada, contudo, não encontra respaldo nos elementos constantes dos autos. Como bem observou a decisão de primeira instância, é clara a decisão judicial de disponibilizar as informações do Contribuinte para o Fisco (doc. pag. 765 dos autos). Disponibilizada o acesso às informações pelo Fisco, este pode utilizá-las para fins de apuração tributária, afinal é esta a única utilidade das informações sobre as atividades econômicas dos contribuintes.

Carece de o mínimo de lógica a idéia de que ao Fisco seja permitido acessar determinadas informações dos contribuintes, porém não possa utilizá-las para a finalidade que orienta a sua atuação. E, vale repetir, não há nada nos autos que levem a essa interpretação.

Especificamente sobre a alegação de cerceamento do direito de defesa, diferentemente do que tenta fazer crer o Recorrente, o direito de defesa foi exercido livremente, podendo o Contribuinte articular com desenvoltura suas alegações.

Deste modo, rejeito a preliminar de nulidade em razão da prova emprestada.

Passo a análise da arguição de prova ilícita em razão da RMF.

Compulsando os autos (páginas 205 a 2012 do referido processo), observo que a fiscalização, com base no art. 6º da Lei Complementar 105/2001, requisitou de instituições bancárias os extratos bancários da empresa utilizada pelo contribuinte.

Do exposto, peço vênias 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 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 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 a omissão de rendimentos recebidos de pessoas jurídicas.

Às Fls.2237 a 1ª Turma da DRJ /REC assim decidiu em seu voto:

64. Julgo procedente, portanto, o lançamento, para considerar tributáveis os rendimentos pagos ao contribuinte, correspondentes aos valores destinados formalmente à pessoa jurídica DLS Assessoria e Consultoria Empresarial Ltda, CNPJ 04.076.536/000142, no valor de R\$ 46.721,97 no ano-calendário de 2005.

Quanto a mérito, vale ressaltar inicialmente que o que se discute neste processo é tão-somente o cometimento da infração tributária imputada ao contribuinte, matéria que deve ser examinada independentemente das outras imputações que estão sendo feitas ao Contribuinte em matéria penal.

Feita essa necessária delimitação, o que se tem aqui é a afirmação, feita pela autoridade lançadora, que receitas da empresa DLS Assessoria e Consultoria Empresarial Ltda., referentes à prestação de serviços de assessoria foram efetivamente recebidas pela pessoa física do ora Recorrente, que teria prestado pessoalmente os serviços; que a empresa acima seria mera “fachada”; que, as receitas da empresa DLS seriam, assim, rendimentos do trabalho não-assalariado recebidos pela pessoa física.

Assim, a autuação limitou-se, neste aspecto, a atribuir à pessoa física, como rendimentos desta, valores informados como receita da empresa DLS. Por outro lado, embora

questionando a existência efetiva da empresa, a Fiscalização em momento algum negou a existência formal da pessoa jurídica.

Ora, os serviços de assessoria e consultoria poderiam ser prestados pela pessoa jurídica, fato que também não é questionado pela autuação, que discute apenas quem foi o efetivo prestador dos serviços, dizendo que foi a pessoa física e não a pessoa jurídica. Mas, é o caso de se indagar: o fato de os serviços terem sido prestados efetivamente pelo sócio, impossibilita que o pagamento dos serviços seja uma receita da pessoa jurídica? Ou, por outro ângulo, como, considerando que a empresa não tem empregados (e não era obrigada a ter), os serviços poderiam ser (efetivamente) prestados pela pessoa jurídica e não por um ou por ambos? O que se tem aqui, de fato, é uma desconsideração da pessoa jurídica da DLS que declarou as receitas referentes à prestação dos serviços, sem que haja razões de fato ou de direito que justificassem essa medida, pelo menos, estes não foram apresentados. Por outro lado, se o Fisco identificou irregularidades na escrituração da empresa e no recolhimento dos tributos, a legislação própria da tributação das pessoas jurídicas disciplina os procedimentos a serem adotados nessas situações e, eventualmente, a formalização de exigência de tributos e/ou penalidades administrativas.

Assim, em conclusão, penso não ser cabível neste caso a autuação na pessoa física do sócio dos valores declarados como receitas da pessoa jurídica da DLS ASSESSORIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL S/C LTDA.

Ressalto, por oportuno, que este mesmo entendimento foi adotado pelo Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, no acórdão 220101.535 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, em processo do mesmo contribuinte.

Quanto a omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origens não comprovadas.

Argumenta o Recorrente que há impossibilidade da autuação com base apenas em presunção de renda dos depósitos bancários do art. 42 da Lei 9.430/96.

Entendo que tal matéria também já encontra-se pacificada no âmbito do CARF; com o emprego da seguinte Súmula, que é de aplicação obrigatória por este Conselho:

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.

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, o 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.

Deste modo, 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.

Seguindo, alega o contribuinte que as omissões havidas em um mês deverão ser consideradas como origem dos meses seguintes.

Porém, quanto ao tema vige Súmula deste Conselho, cuja aplicação é obrigatória:

Súmula CARF nº 30: Na tributação da omissão de rendimentos ou receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, os depósitos de um mês não servem para comprovar a origem de depósitos havidos em meses subsequentes.

Resta claro que o argumento do recorrente é insubsistente, tendo em vista que os depósitos de respectivo mês não pode ser utilizado para a comprovação de origem de meses seguintes.

Razão pela qual entendo improcedente tal alegação.

No que pertine à comprovação das origens dos depósitos, o contribuinte alega que demonstrou que os mesmos se referem a distribuições de lucros, conforme os valores declarados oportunamente, e pede que estas comprovações sejam aceitas, ou que sejam excluídos da base de cálculo do lançamento os valores declarados.

Neste sentido, destaco que a jurisprudência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tem avançado no sentido de mitigar o rigor da análise individualizada dos créditos, permitindo, por exemplo, que os rendimentos informados nas declarações de ajuste anual da pessoa física, desde que não expressamente vinculados aos depósitos bancários de origem não comprovada, pois nesse caso seriam excluídos pela própria fiscalização, sejam excluídos em bloco. Neste sentido, cito os Acórdãos nº 2102-00.430 (2ª Turma Ordinária/1ª Câmara/2ª Seção/CARF), sessão de 03/12/2009, relator o Conselheiro Giovanni Christian Nunes Campos, por unanimidade; 2202-00.415 (2ª Turma Ordinária/2ª Câmara/2ª Seção/CARF), sessão de 04/02/2010, relator o Conselheiro Nelson Mallmann, por maioria.

A questão é que, de fato, não parece plausível defender que somente os rendimentos informados na declaração de ajuste anual não tenham transitado pelas contas bancárias, o que implicaria dizer que somente os rendimentos omitidos transitam pelas contas bancárias.

Contudo, os valores declarados pelo contribuinte foram expressamente impugnados pela fiscalização.

Como se observa nas DIRPF'S sob exame, (págs. 766 a 773 dos autos) os valores declarados pelo contribuinte se referem basicamente a recebimento de distribuição de lucros das empresas Delta Comércio e Distribuição Ltda, Vitória Participações Ltda, e Serra Grande Participações e Empreendimentos S/C Ltda.

A fiscalização, por sua vez, tratou de comprovar que não houve as distribuições de lucros alegadas.

De fato, conforme se observa no Termo de Verificação Fiscal, de págs. 15 a 40 dos autos, a fiscalização procura demonstrar que a documentação apresentada são peças de ficção, e que as distribuições de lucros alegadas seriam impossíveis.

O contribuinte, por seu lado, não consegue, no meu entendimento, comprovar a real distribuição dos lucros, e muito menos comprovar as origens dos depósitos com estas distribuições.

Na verdade, como ressaltado pela fiscalização e pela DRJ, não há a menor correlação entre os depósitos e as distribuições alegadas.

Assim, os valores declarados não devem ser excluídos da base de cálculo da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, já que tais rendimentos foram objeto de glosa pela autoridade fiscal.

Ante tudo acima exposto e o que mais constam nos autos, voto por declarar preliminarmente a nulidade do lançamento ante a prova ilícita e rejeitar as demais alegações preliminares e, caso vencido, voto, no mérito, por dar provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento a omissão de rendimentos recebidos de pessoa jurídica.

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 impositivo, 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 impositivos 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.

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