



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

Processo nº 10830.006895/2004-17
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-002.613 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de abril de 2014
Matéria IRPF
Recorrente JOSÉ ANTÔNIO DOMINGUES MAÇANS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

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.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA - SÚMULA CARF Nº 02.

Súmula CARF nº 02: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Recurso Voluntário não provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, rejeitar a preliminar. Vencidos Rafael Pandolfo (Relator) e Pedro Anan Junior que acolhiam a preliminar. Designado para rejeitar o voto vencedor nessa parte o Conselheiro Antonio Lopo Martinez. QUANTO AO MÉRITO: Por unanimidade, 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 em exercício), Pedro Anan Junior, Guilherme Barranco de Souza (suplente convocado), Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (suplente convocado), Dayse Fernandes Leite (suplente convocado) e Rafael Pandolfo.

Relatório

1 Procedimento de Fiscalização

Após verificar incompatibilidade entre as informações apresentadas pelo recorrente em sua DIRPF anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, e os dados de sua movimentação financeira no mesmo período, a Fazenda Nacional iniciou procedimento de verificação em relação ao IRPF do recorrente desses anos-calendário, com o objetivo de esclarecer a origem dos recursos que possibilitaram a realização dos créditos e depósitos bancários, considerando que existiam evidências de omissão de rendimentos pelo recorrente.

O recorrente, em 12/08/04, tomou ciência do Termo de Início de Fiscalização (fl. 20), no qual foi intimado a apresentar os extratos de contas correntes bancárias, bem como esclarecer a origem dos recursos que possibilitaram a realização dos créditos e depósitos bancários.

Em 03/09/04, o contribuinte pleiteou dilação de prazo, de mais trinta dias, para recolher a documentação solicitada e atender a fiscalização, sendo-lhe concedido, pela fiscalização um prazo adicional de vinte dias (fl. 21).

No dia 24/09/04, o contribuinte pleiteou nova dilação de prazo por mais vinte dias, sendo-lhe concedidos dez dias de prazo para cumprimento da intimação (fl. 23).

Em 07/10/04, o recorrente apresentou os extratos bancários do Banco Itaú S.A., relativamente aos anos-calendário de 1999, 2000, 2001, protestando que o faria tão-somente em razão da ameaça de agravamento da penalidade pela fiscalização. Tais documentos foram juntados às fls. 31/32 e às fls. 42/92.

A autoridade administrativa encerrou o procedimento de fiscalização, pois não ficou comprovada a origem dos depósitos.

2 Notificação do Lançamento

Em 25/11/04, a autoridade administrativa lavrou lançamento de ofício (fls. 02-12), embasado no argumento de que houve omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito bancários aos quais, o recorrente, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Para o período-base de 1999 estabeleceu-se a quantia de R\$ 1.135.728,42 como infração à qual foi aplicada alíquota de 27,5%. Dessa quantia, foi deduzida parcela de R\$ 4.320,00 restando como imposto devido o valor de R\$ 310.948,91.

No período-base de 2000 estabeleceu-se a quantia de R\$ 684.802,41 como infração, a qual foi aplicada alíquota de 27,5%. Desse montante, foi subtraída a parcela de R\$ 4.320,00 restando como imposto devido o valor de R\$ 186.950,86.

Já para o período-base de 2001 estabeleceu-se a quantia de R\$ 145.218,97 como infração, a qual foi aplicada alíquota de 27,5%. Do total, restou descontado a parcela de R\$ 4.320,00, culminando no valor de R\$ 38.565,41.

Por fim, o total do crédito tributário constituído e apurado foi de R\$ 1.315.417,65, incluídos o Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF, multa de ofício de 75% e juros moratórios calculados até 25/11/04.

3 Impugnação

Indignado com a autuação, o recorrente apresentou impugnação (fls.93/127) tempestiva, esgrimindo os seguintes argumentos:

- a) a Lei nº 9.311/96, no seu art. 11, § 3º, à época do fato gerador, vedava expressamente a utilização dos dados colhidos da CPMF pela SRF com intuito de constituição de outros créditos tributários que não a própria contribuição;
- b) inaplicabilidade da Lei nº 10.174/01 e do Decreto-Lei nº 105/01 por serem ilegais e inconstitucionais, pois jamais poderiam ser aplicadas para fatos ocorridos anteriormente e na vigência de outra lei, sob pena de prejudicar o ato jurídico perfeito e a coisa julgada e a garantia da ordem jurídica;
- c) os depósitos bancários, por si só, não autorizam o lançamento efetuado, já que não constituem fato gerador do imposto de renda, porque não caracterizam disponibilidade de renda e proventos, não podendo, por consequência, caracterizarem sinais exteriores de riqueza, sendo imprescindível a comprovação da utilização dos valores depositados como renda consumida;
- d) o simples fato de efetuar depósitos em um banco não é, por si só, comprobatório do aferimento de rendimentos tributáveis, é necessário o nexo da evidência do recebimento dos rendimentos;
- e) inaplicabilidade da Lei nº 9.430/96 por não ser lei complementar como exige a CF/88;
- f) inaplicabilidade do art. 42, da Lei nº 9.340/96 no âmbito da fiscalização da pessoa física, pois o alcance desse artigo, deve restringir-se a situações no âmbito da fiscalização da pessoa jurídica.

5 Acórdão de Impugnação

A impugnação foi julgada improcedente pela 5ª Turma da DRJ/SP, por unanimidade (fls. 139-154), mantendo o crédito tributário, pelos seguintes motivos expostos:

- a) com a entrada em vigor da Lei nº 9.430/96, consideram-se rendimentos omitidos os depósitos/créditos efetuados em contas mantidas junto a instituições financeiras, em relação aos quais, o contribuinte,

regularmente intimado, não logrou êxito em comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações;

- b) são lícitas as provas obtidas com respaldo na legislação vigente à época da ocorrência do procedimento de fiscalização. O art. 1º da Lei nº 10.174/01, assim como a Lei Complementar nº 105/01, disciplinam o procedimento de fiscalização, podendo ser aplicados aos procedimentos iniciados ou em curso a partir de sua edição, inclusive para alcançar fatos geradores pretéritos (art. 144, § 1º, CTN), tratando-se de aplicação imediata da norma, não podendo se falar em retroatividade;
- c) o fato gerador do imposto de renda encontra-se definido no art. 43 do CTN, ao qual foi dada eficácia de lei complementar;
- d) o art. 42 da Lei nº 9.430/96 estabelece presunção de omissão de rendimentos no lançamento, com base em depósitos ou créditos bancários, tratando-se de presunção legal;
- e) a presunção de omissão de rendimentos autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprovar mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento;
- f) o art. 42 da Lei nº 9.430/96 é aplicável para pessoas físicas e jurídicas;
- g) na tributação por depósitos bancários, a apuração de omissão de rendimentos prevê que os créditos sejam analisados individualmente. Assim, saldos existentes na declaração de bens, por si só, não constituem comprovação de origem de depósitos/créditos;
- h) o entendimento expresso em decisões prolatadas pelo Judiciário fica restrito às partes integrantes do processo judicial, não cabendo a extensão dos efeitos jurídicos de eventual decisão ao presente caso, à luz do disposto no Decreto nº 2.346/97.

O recorrente tomou ciência em 17/05/2010.

6 Recurso Voluntário

Em 08/06/11 o recorrente opôs recurso voluntário (fls.158/201) repisando os argumentos de sua impugnação, acrescentando os seguintes argumentos:

- a) para obtenção dos extratos bancários referentes às contas de titularidade do contribuinte foram expedidas pela própria Delegada da Receita Federal do Brasil, em Campinas, RMF's para as instituições financeiras, de forma ilegal;
- b) a ausência do relatório circunstanciado, no qual deve constar a motivação da proposta de expedição da RMF, que demonstre, com precisão e

clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no artigo anterior, observado o princípio da razoabilidade.

- c) sem o Relatório Circunstanciado demonstrando a indispensabilidade de expedição das RMF's, essas acabaram sendo expedidas de forma irregular e, por consequência, devem ser consideradas ilícitas;
- d) o direito ao sigilo bancário é uma garantia constitucional, sendo que a alteração ocorrida na Lei nº 9.311/96 fere o direito à privacidade, intimidade, honra, bem como o direito ao sigilo de dados;
- e) o lançamento deve ser cancelado, pois é direito do recorrente não ter os extratos de sua movimentação bancária/financeira expostos com base em meros indícios, sendo prejudicado pela aplicação ilegal da norma.
- f) apresentou todos os documentos necessários para a comprovação da origem dos depósitos e créditos bancários realizados nos anos-calendários de 1999, 2000, 2001.

7 Intimação

Com vistas à instrução do processo administrativo, o recorrente foi intimado em 17/04/11 a apresentar: a) cópia simples acompanhada do original ou cópia autenticada do documento oficial de identificação que contivesse assinatura semelhante àquela firmada no recurso voluntário; b) as razões, por escrito, no caso de impossibilidade de atendimento, no todo ou em parte, à intimação (fls.521-522).

O recorrente, em resposta, requereu a juntada de cópia autenticada de documento de identidade de seu procurador que assinou o recurso voluntário apresentado (fls.523-524).

8 Sobrestamento

Em 07/02/12, através da Resolução nº 2202-00.155 (fls. 198-206 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.

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 (uso de dados da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira — CPFEM expedida em período anterior à vigência da Lei nº 10.174/01), 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 Nulidade das Provas Obtidas Através da Quebra do Sigilo Bancário Sem Prévia Autorização do Poder Judiciário e da Interpretação Conforme a Constituição e da Irretroatividade da Lei nº 10.471/01.

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 dados da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira — CPFM expedida em período anterior à vigência da Lei nº 10.174/01, instrumento administrativo que teria como objetivo dar eficácia ao disposto na Lei Complementar nº 105/01, na Lei nº 9.311/96 e no Decreto nº 3.724/01.

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

O julgamento recebeu a seguinte ementa:

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

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

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

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

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

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

O Supremo Tribunal Federal, portanto, ao enfrentar o tema ora apreciado, **não** declarou a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo, nem mesmo a inconstitucionalidade sem redução de texto. Simplesmente, analisando o ordenamento tributário brasileiro, **adotou interpretação conforme a Constituição**, fixando aos enunciados

infraconstitucionais analisados um conteúdo deontológico compatível com a Carta Maior. Transcreve-se, abaixo, trecho extraído do voto do Relator (acompanhado pela maioria dos demais Ministros), que explicita a técnica de julgamento aplicada:

*Assentando que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários hão de merecer, sempre e sempre, interpretação, por mais que se potencialize o objetivo, harmônica com a Carta da República, provejo o recurso interposto para conceder a segurança. Defiro a ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários do recorrente. **COM ISSO, CONFIRO À LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA – LEI Nº 9.311/96, LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01 E DECRETO Nº 3.724/01 — INTERPRETAÇÃO CONFORME À CARTA FEDERAL, TENDO COMO CONFLITANTE COM ESTA A QUE IMPLIQUE AFASTAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO DO CIDADÃO, DA PESSOA NATURAL OU DA JURÍDICA, SEM ORDEM EMANADA DO JUDICIÁRIO.***

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

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

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

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

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

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

Ainda que não se possa negar semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático da sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional

com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (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.

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

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 tivesse os dados de CPMF anteriores à vigência da Lei nº 10.174/01, não teria concluído pela omissão de rendimentos, 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 seja considerado nulo o Auto de Infração.

2. MÉRITO

2.1 Da Consideração de depósitos bancários como fato gerador do Imposto de Renda.

O contribuinte alega que os depósitos bancários, por si só, não poderiam autorizar o lançamento efetuado, por não constituírem fato gerador do imposto de renda, pois não caracterizam disponibilidade de renda e proventos, não podendo, por consequência, caracterizarem sinais exteriores de riqueza.

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 TRF), bem como o art. 90, VII, do Decreto-Lei nº 2.471/88, o qual 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.

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. *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. “

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).

Trata-se de Presunção, esta sendo o resultado de processo lógico mediante o qual do fato conhecido cuja existência é certa se infere o fato desconhecido cuja existência é provável. Tendo respaldo legal e admitindo prova em contrário (presunção relativa), é considerada válida no direito tributário.

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, e que este seja intimado do resultado da apuração dos depósitos discriminados individualmente, de modo a possibilitar a defesa, o que ocorreu no presente procedimento.

Sendo assim, não é plausível o argumento esgrimido pelo contribuinte de que os depósitos bancários não seriam base de cálculo para o Imposto de Renda, o que afastaria a tributação. Ademais, por não ter apresentado provas que infirmassem a presunção gerada pelos depósitos bancários, considera-se acertada a autuação.

Conforme previsão do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430/96, é necessário comprovar individualizadamente a origem desses recursos, identificando-os como decorrentes de renda já oferecida à tributação ou como rendimentos isentos/não tributáveis. Trata-se, portanto, de ônus exclusivo do contribuinte:

*§ 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).

O recorrente alega que apresentou a documentação necessária a comprovar a origem dos depósitos bancários, todavia, da análise dos autos não se verifica qualquer documento apresentado por ele, exceto os extratos bancários solicitados pela fiscalização.

2.2 Do Exame de Inconstitucionalidade de Lei Tributária

O recorrente sustenta a inconstitucionalidade das diversas leis aplicadas pela DRJ/SP. Tal arguição não merece prosperar, pois conforme dispõe a súmula CARF nº 2, é incabível a análise de inconstitucionalidade de lei em face da constituição por este Conselho, sendo impossível a esta Turma empreender a análise das questões levantadas pela contribuinte.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Ante o exposto, VENCIDO NA PRELIMINAR, voto para que seja NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo – Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Redator designado

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, acompanhado o Conselheiro Relator nas demais questões.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez