



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

Processo n° 10855.003742/2006-93
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.596 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de março de 2014
Matéria IRPF
Recorrente JOSÉ CRISTIANO ZAPPAROLLI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2002

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTARNº105/2001.

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.

ORIGEM DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS - COMPROVAÇÃO INDIVIDUALIZADA - ART. 42, § 3º, LEI Nº 9.430/96.

Deve o contribuinte comprovar individualizadamente a origem dos depósitos bancários feitos na em sua conta corrente, identificando-os como decorrentes de renda já oferecida à tributação ou como rendimentos isentos/não tributáveis, conforme previsão do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

MULTA AGRAVADA - DEPÓSITO BANCÁRIO.

Indevido o agravamento de multa quando a própria inércia do contribuinte (i) é pressuposto para aplicação da presunção prevista no art. 42 da Lei nº 9430/96 e (ii) não impediu ou dificultou a constituição do crédito tributário.

Recurso voluntário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, QUANTO A PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA POR QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO: Pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar. Vencidos Rafael Pandolfo (Relator), Fabio Brun Goldschmidt e Pedro Anan Junior que acolhem a preliminar. Designado para redigir o voto vencedor nessa parte o Conselheiro Antonio Lopo Martinez. QUANTO AO MÉRITO: por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para desagravar a multa de ofício, reduzindo-a do percentual de 112,5% para 75%.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Presidente em Exercício.

(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), Rafael Pandolfo, Pedro Anan Junior, Marcio de Lacerda Martins (suplente convocado), Fabio Brun Goldschmidt, Marcela Brasil de Araujo Nogueira (suplente convocada).

Relatório

1 Procedimento de Fiscalização

A partir de registros de movimentação financeira atípica, foram iniciados em 16/12/05 os trabalhos de fiscalização, quando o contribuinte foi intimado a apresentar informações.

Em virtude do não atendimento das intimações, a fiscalização expediu Requisição de Informações Sobre Movimentações Financeiras – RMF (fls. 16, 22, 48, 55, 82, 104 e 121) aos bancos: Banco HSBC Bank Brasil S/A, BankBoston Banco Múltiplo S/A, Banco Bradesco S/A, Banco Sudameris do Brasil e Banco do Estado de São Paulo S/A.

Após receber os extratos demonstrado a movimentação bancária do contribuinte ao longo do ano-calendário 2002, foi elaborada tabela com os dados e intimado o recorrente por três vezes para que comprovasse a origem dos depósitos listados, tendo o seu procurador recusado a terceira intimação.

Tendo em vista que nenhuma resposta foi concedida pelo contribuinte, a fiscalização procedeu à lavratura do Auto de Infração para constituição do crédito tributário.

2 Auto de Infração

Foi lavrado, em 20/12/2006, Auto de Infração (fls. 163-166), cujo crédito tributário apurado foi de R\$ 952.407,47, inclusos imposto, juros de mora e multa de 112,5%.

A infração imputada foi de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários sem origem comprovada. O contribuinte tomou ciência em 21/12/06.

3 Impugnação

Indignada com a autuação, a recorrente apresentou impugnação tempestiva (fls. 169-208), esgrimindo os seguintes argumentos:

- a) a fiscalização foi irregular, pois quebrou o sigilo do contribuinte sem sua anuência, não obstante ele ter optado por não entregar as informações ao Fisco;
- b) foi descumprido o procedimento, pois não foi efetuada a intimação para pagamento antes da lavratura do Auto de Infração (pretensão desrespeito ao art. 844 do RIR/99);
- c) é falsa a afirmação de que o seu procurador se recusou a receber a intimação para comprovar a origem dos depósitos, na verdade, não foi procurado pela fiscalização que deveria ter remetido a intimação por via postal, conforme determina o art. 23, II, do Decreto nº 70.235/72;

- d) a quebra de sigilo bancário deve ser a última opção, enquanto no presente procedimento a fiscalização o utiliza quase como que fosse a primeira ferramenta disponível, descumprindo a lei;
- e) a emissão de RMF não observou o procedimento disposto na lei, pois não foi demonstrado por meio de relatório circunstanciado que a quebra de sigilo bancário era indispensável;
- f) mera movimentação bancária não pode ser considerada como rendimento, devendo a fiscalização comprovar cabalmente que os valores que transitaram pela conta configuraram rendimento tributável omitido;
- g) os valores são decorrentes de contrato de mútuo com a empresa E.Z.S Indústria e Comércio de Metais e Fios Ltda., a partir do qual poderia tomar emprestados até R\$ 1.500.000,00. Também contraiu empréstimos junto ao Sr. Luiz Gimenez Pozo, no montante de R\$ 100.000,00, ou seja, por serem empréstimos, não adicionam nada ao seu patrimônio, não podendo ser considerados como rendimentos;
- h) outra parte é proveniente de patrimônio já existente do contribuinte, declarado em sua DAA sob o código 63, que consiste na quantia de R\$ 308.000,00 que possuía em dinheiro vivo, que por necessidade foi depositada em suas contas e utilizada para efetuar aquisição de bens, despesas e pagamentos, tanto quanto que os valores não mais estavam disponíveis no ano-calendário 2003. Outro exemplo é a venda do imóvel situado em Poços de Caldas, por R\$ 14.976,08, abaixo do valor declarado, o que significa que não houve ganho de capital;
- i) a multa aplicada é ilegal, pois de 112,5%, sendo confiscatória. Ademais, a multa qualificada só deve incidir quando comprovado que o contribuinte obsteu o lançamento;
- j) inconstitucionalidade da utilização da taxa Selic;

Junto à impugnação, acostou aos autos os seguintes documentos:

- a) contrato de mútuo com a empresa E.Z.S – Indústria e Comércio (fls.222-226);
- b) cópia da DAA.

4 Impugnação

A impugnação foi julgada improcedente, por unanimidade, pela 8ª Turma da DRJ/SPOII (fls. 229-251), mantendo o crédito tributário exigido. Na decisão, foram alinhados os seguintes fundamentos:

- a) não foi violada a ampla defesa, uma vez que ao contribuinte foi possibilitado um variado leque de oportunidades de se manifestar antes do fim do processo e constituição do crédito tributário;
- b) não foi descumprido o art. 844 do RIR/99, pois foi concedido o prazo de 20 dias ao contribuinte para que se manifestasse acerca da origem dos

depósitos, além de intimação posterior ao lançamento para pagar ou impugnar no prazo de 30 dias;

- c) a quebra de sigilo bancário é respaldada pela legislação pátria, desde que realizada por órgão competente e que seja mantido o sigilo e as informações sejam utilizadas exclusivamente para os fins para os quais foram obtidas, sendo inclusive crime a divulgação destas informações;
- d) foi respeitada a subsidiariedade da RMF, uma vez que somente foi utilizada após a negativa do contribuinte em cooperar com a fiscalização;
- e) foi utilizada a presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430/96, onde se presume a natureza dos valores quando conhecia a existência deles, que inverte o ônus da prova;
- f) o contribuinte apenas alegou a origem dos valores, mas não comprovou a verdadeira natureza. O mútuo não tece comprovado seu efetivo saldamento para não se identificar como rendimento. O valor de R\$ 308.000,00 não justifica as movimentações, pois foram desconsideradas as transferências de mesma titularidade, e as devoluções de depósitos e estornos, e não foi comprovado o depósito destes valores em conta pelo contribuinte. Sobre o imóvel, o contribuinte não juntou matrícula atualizada para comprovar o valor de sua venda.

5 Recurso Voluntário

Não satisfeito com o resultado do julgamento, o contribuinte interpôs tempestivamente Recurso Voluntário (fls. 258-317), repisando os argumentos da impugnação, adicionando os seguintes:

- a) os valores referentes aos R\$ 308.000,00 não foram retirados da base de cálculo, pois não foram transferidos de conta para conta, mas sim depositados a partir da quanta em moeda corrente nacional que o contribuinte possuía em caixa;
- b) uma vez declarada na DAA a venda do imóvel em Poços de Calda, cabe À Fazenda comprovar que inexistiu a transferência ou demonstrar novo valor para a alienação. O contribuinte não pode responder por falha no cartório que deixou de declarar os valores.
- c) reforça a ideia de que toda a quantia não passa de sub-rogação patrimonial, não podendo ser considerada como rendimento.

6 Do Sobrestamento

Em 22/01/13, através da Resolução nº 2202-00.408 (fls. 229-306 do e-processo), este processo foi sobrestado, conforme orientação contida no § 3º do art. 2º da Portaria CARF nº 001, de 03/01/12, tendo em vista que para alcançar seu desiderato, a Fiscalização utilizou RMF e que a constitucionalidade das prerrogativas estendidas à autoridade fiscal através de instrumentos infraconstitucionais – como a RMF – encontrava-se

em análise pelo STF no âmbito do Recurso Extraordinário nº 601.314, que tramitava em regime de repercussão geral.

É o relatório.

CÓPIA

Voto Vencido

Conselheiro Rafael Pandolfo

1. PRELIMINAR

1.1 Do Sobrestamento

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2 Da Nulidade do Auto de Infração

Sustenta a recorrente a nulidade do Auto de Infração virtude: (i) da suposta ofensa ao art. 844 do RIR/99; (ii) da ausência de intimação para prestar esclarecimentos ou

pagar o débito; (iii) da falta de oportunidade para prestar esclarecimentos necessários quanto à origem da movimentação financeira.

Não merece prosperar, neste ponto, a irrisignação do contribuinte.

Prevê o art. 844 do RIR/99 que:

Art. 844. O processo de lançamento de ofício, ressalvado o disposto no art. 926, será iniciado por despacho mandando intimar o interessado para, no prazo de vinte dias, prestar esclarecimentos, quando necessários, ou para efetuar o recolhimento do imposto devido, com o acréscimo da multa cabível no prazo de trinta dias.

Da leitura do dispositivo, percebe-se que é preciso atentar, também para a exceção a aplicação do art. 844 do RIR/99, prevista no art. 926 do mesmo Regulamento, o qual determina que:

Art. 926. Sempre que apurarem infrações às disposições deste Decreto, inclusive pela verificação de omissão de valores na declaração de bens, os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional lavrarão o competente auto de infração, com observância do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações posteriores, que dispõem sobre o Processo Administrativo Fiscal.

Como se constata no Auto de Infração (fls. 163-166), o contribuinte foi autuado por omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, ou seja, fora verificada omissão de valores na sua declaração de bens, que impõe a aplicação do art. 926 do RIR/99 ao caso, não havendo falar, portanto, em ofensa ao art. 844.

Ademais, ao contrário do alegado, o contribuinte foi, ao longo de todo o procedimento fiscal, intimado a prestar esclarecimentos (fls. XX), e no auto de infração a quitar o seu débito nos seguintes termos:

“Fica o contribuinte intimado a recolher ou impugnar, no prazo de 30 (dias) contados da ciência deste auto de infração, nos termos dos arts. 5º, 15, 16 e 17 do Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 8.748/93 e nº 9.532/97, o débito para com a Fazenda Nacional constituído pelo presente Auto de Infração, cujo montante acima discriminado será recalculados, na data do efetivo pagamento, de acordo com a legislação aplicável.

Será concedida redução de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da(s) multa(s) passível(eis) de redução, se o pagamento for efetuado até o vencimento desta intimação, ou de 40% (quarenta por cento) sobre o valor desta(s) multa(s), se for requerido parcelamento do débito no prazo legal de impugnação (...).”

Refere-se, ainda, que não faltaram oportunidades para o contribuinte prestar os esclarecimentos que julgasse necessário quanto à origem de sua movimentação financeira. O mesmo fora intimado e não se manifestou, de maneira que ante sua inércia foi expedida RMF aos bancos: Banco HSBC Bank Brasil S/A, BankBoston Banco Múltiplo S/A, Banco Bradesco S/A, Banco Sudameris do Brasil e Banco do Estado de São Paulo S/A. Inclusive, o contribuinte

foi intimado por três vezes a comprovar os valores constantes em planilha feita pela fiscalização e referente às informações obtidas através de RMF, e não o fez.

Desta forma, entendo que não devem prosperar as alegações do recorrente quanto à nulidade do auto de infração em razão (i) da ao art. 844 do RIR/99; (ii) da falta de intimação para prestar esclarecimentos ou pagar o débito; (iii) da falta de oportunidade para prestar esclarecimentos necessários quanto à origem da movimentação financeira.

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

O crédito tributário debatido no presente recurso tem como fundamento o art. 42, da Lei nº 9.430/95. Para chegar à comprovação da materialidade do tributo — depósitos bancários sem origem identificada — o Fisco utilizou-se de Requisição de Informações de Informação Financeira — RMF (fls. 18-19), 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 merecem, 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 compeli-la 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.

Subsidiariamente, caso seja considerada lícita a prova decorrente da quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial, devem ser analisados os argumentos do contribuinte quanto à comprovação da origem dos depósitos havidos em sua conta corrente.

2. MÉRITO:

Vencido na preliminar suscitada (ilicitude da prova obtida através da quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial), ingresso na análise dos demais argumentos suscitados pelo recorrente.

2.1 Da Consideração de Depósitos Bancários como Fato Gerador do Imposto de Renda

O art. 42 da Lei 9.430/96 estipula, *in verbis*:

“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente

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

intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. “

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 a 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 pela 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.

Ainda, quanto à alegação de que os depósitos bancários decorreram do contrato de mútuo firmado pelo recorrente com a empresa E.Z.S – Indústria e Comércio Ltda. (fls. 222-226), a mesma não merece prosperar.

Ressalto que não há na DIRPF (fls. 212-221) do recorrente informação acerca da celebração de contrato de mútuo no ano-calendário em análise. Inclusive, o contrato apresentado pelo contribuinte foi autenticado em data posterior ao início do procedimento de fiscalização, qual seja 18/01/07, o que torna questionável a data de sua assinatura.

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).

Da análise do contrato apresentado pelo recorrente, vê-se que o mesmo informa que “o *MUTUÁRIO* é sócio da *MUTUANTE* (...)”, ou seja, sendo o recorrente sócio da empresa E.Z.S – Indústria e Comércio Ltda., tinha totais condições de apresentar os comprovantes de depósito feitos pela referida empresa, bem como livros fiscais que comprovassem a ocorrência dos depósitos, e ainda o contrato social da E.Z.S. Contudo, não apresentou qualquer documento que atestasse, individualizadamente, a origem de cada um dos depósitos glosados pela fiscalização.

2.2 Da multa agravada

A fundamentação do agravamento da multa está retratada na fl. 158 do processo, abaixo reproduzida:

Ao contribuinte foi permitido todo o tempo necessário para fazer prova, em seu favor, da origem dos recursos aportados em suas contas de depósitos de sua titularidade. Em nenhum momento, entretanto, atendeu As exigências desta fiscalização, negando-se, inclusive, a receber Termo de Intimação Fiscal.

A falta de atendimento, no prazo marcado, a intimação para prestar esclarecimentos e/ou para apresentação de provas, implica no lançamento de ofício do tributo devido, acrescido de multa agravada, nos termos do art. 44, parágrafo 2º, da Lei nº 9.430/96.

A não apresentação de documentos que justifiquem os depósitos bancários não configura fundamento válido para agravamento da multa.

A um, porque o contribuinte não é obrigado a produzir prova contra si.

A dois, tendo em vista que a inércia do recorrente (i) tem como consequência a cristalização da presunção relativa estampada pelo próprio art. 42 da Lei nº 9.430/96 e (ii) não impediu a constituição do crédito tributário. Entendo que deve ser prestigiada a convincente jurisprudência deste Turma, retratada pelo voto abaixo reproduzido, proferido Conselheira Maria Lúcia de Aragão Calomino Astorga:

A jurisprudência deste Colegiado tem se firmado no sentido de que, para o agravamento da penalidade é necessário que à conduta do sujeito passivo esteja associado um prejuízo concreto ao curso da ação fiscal; não evidenciado tal prejuízo, não é razoável o agravamento, dado que não se podem equiparar condutas que sejam desproporcionalmente diferentes no que se refere ao seu potencial de obstaculizar os procedimentos de ofício.

[...]

Destarte, não restou evidenciada a situação de fato que daria ensejo à aplicação da multa de ofício de 112,5%, devendo a mesma ser reduzida para 75%..

(CARF. 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Segunda Sessão. Acórdão nº 2202-00.618. Processo nº 10835.002553/2005-51. Julg. em 26/07/10)

Processo nº 10855.003742/2006-93
Acórdão n.º **2202-002.596**

S2-C2T2
Fl. 353

Ante o exposto, **VENCIDO NA PRELIMINAR**, voto para que seja **DADO PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso voluntário para desagrar a multa de 112,5% para 75%.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo – Relator

CÓPIA

Voto Vencedor

Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ.

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

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

O sigilo bancário sempre foi um tema cheio de contradições e de várias correntes. Antes da edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, os Tribunais Superiores tinham a forte tendência de albergar a tese da inclusão do sigilo bancário na esfera do direito à privacidade, na forma da nossa Constituição Federal, sob o argumento que não é cabível a sua quebra com base em procedimento administrativo, amparado no entendimento de que as previsões nesse sentido, inscritas nos parágrafos 5º e 6º do artigo 38, da Lei nº 4.595, de 1964 e no artigo 8º da Lei nº 8.021, de 1990, perdem eficácia, por interpretação sistemática, diante da vedação do parágrafo único do artigo 197, do CTN, norma hierarquicamente superior.

Pessoalmente, não me restam dúvidas, que o direito ao sigilo bancário não pode ser utilizado para acobertar ilegalidades. Por outro lado, preserva-se a intimidade enquanto ela não atingir a esfera de direitos de outrem. Todos têm direito à privacidade, mas ninguém tem o direito de invocá-la para abster-se de cumprir a lei ou para fugir de seu alcance. Tenho para mim, que o sigilo bancário não foi instituído para que se possam praticar crimes impunemente.

Desta forma, é indiscutível que o sigilo bancário, no Brasil, para fins tributários, é relativo e não absoluto, já que a quebra de informações pode ocorrer nas hipóteses previstas em lei. No comando da Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, nota-se o seguinte:

“Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas às normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V - a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

(...)

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

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

(...)

Art. Revoga-se o art. 38 da Lei n.º 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, verificase 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 - Redator designado.