



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

**Processo nº** 10865.000767/2005-35  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** 2202-002.891 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 2 de dezembro de 2014  
**Matéria** IRPF  
**Recorrente** JEFFERSON LUIZ FERREIRA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Exercício: 2001, 2002, 2003, 2004

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.

**NULIDADE - CARÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL - INEXISTÊNCIA**

As hipóteses de nulidade do procedimento são as elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235, de 1972, não havendo que se falar em nulidade por outras razões, ainda mais quando o fundamento argüido pelo contribuinte a título de preliminar se confundir com o próprio mérito da questão.

**CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO FISCAL**

Se foi concedida, durante a fase de defesa, ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos, bem como se o sujeito passivo revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante extensa e substancial defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

**OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - ARTIGO 42, DA LEI Nº. 9.430, de 1996**

Caracteriza omissão de rendimentos a existência de 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.

#### PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS - DO ÔNUS DA PROVA

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. (Súmula CARF nº 26).

#### JUROS - TAXA SELIC

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula CARF nº 4).

#### ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

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

Rejeitar a preliminar

Recurso negado.

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 os Conselheiros RAFAEL PANDOLFO, PEDRO ANAN JÚNIOR e FÁBIO BRUN GOLDSCHMIDT, que acolhem a preliminar. QUANTO A PRELIMINAR DE NULIDADE: Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar. QUANTO AO MÉRITO: Por unanimidade de votos, negar provimento.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Presidente e Relator

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, Rafael Pandolfo, Marcio de Lacerda Martins (Suplente Convocado), Fabio Brun Goldschmidt, Pedro Anan Junior e Antonio Lopo Martinez.

## Relatório

Em desfavor do contribuinte, JEFERSON LUIS FERREIRA, contribuinte inscrito no CPF/MF sob o nº 115.325.70848, com domicílio fiscal na cidade de Pirassununga, Estado de São Paulo, na Rua Coronel Franco, nº 843 Bairro Centro, jurisdicionado a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Limeira SP, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 391/410, prolatada pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém – PA, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 415/450.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado, em 30/03/2005, o Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física (fls. 04/12), com ciência por AR, em 07/04/2005 (fls. 236), exigindo se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$.348.415,13 (padrão monetário da época do lançamento do crédito tributário), a título de Imposto de Renda Pessoa Física, acrescidos da multa de lançamento de ofício de 75% e dos juros de mora de, no mínimo, de 1% ao mês, calculado sobre o valor do imposto de renda relativo aos exercícios de 2000 a 2003, correspondentes aos anos calendário de 2001 a 2004, respectivamente.

A exigência fiscal em exame teve origem em procedimentos de fiscalização de revisão de Declaração de Ajuste Anual referente aos exercícios de 2000 e 2003, onde a autoridade fiscal lançadora constatou omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em conta(s) de depósito ou de investimento, mantida(s) em instituição (6es) financeira(s), em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Termo de Verificação de Infração, que faz parte integral deste Auto de Infração. As Infrações capitulada nos art. 849 do RIR/99; Art. 42 da Lei nº 9.430, 1996; art. 4º da Lei nº 9.481, de 1997; art. 1º da Lei nº 9.887, de 1999.; art. 1º da Medida Provisória nº 22, de 2002 convertida na Lei nº 10.451, de 2002.

O Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela constituição do crédito tributário lançado esclarece, ainda, através do Termo de Verificação de Infração, datado de 30/03/2005 (fls. 13/20), entre outros, os seguintes aspectos:

*- que requisição de informação sobre movimentação financeira, tendo em vista o não atendimento no prazo estipulado constante do Termo de Início e Intimação Fiscal, lavrado em 06/10/2004, para o prosseguimento da auditoria fiscal e conclusão dos trabalhos, em 03/12/2004, foi requisitada, fundamentadamente, nos termos da legislação tributária, junto à autoridade administrativa competente, a transferência de informações bancárias dos bancos do Brasil S/A e Banespa S/A (fls. 65 a 68); por se tratar de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no inciso VII, do Artº. 3º do Decreto 3.724 de 10 de janeiro de 2001. Neste ínterim, em 03/01/05, o contribuinte através de seu advogado (copia da procuração fls. 70), apresentou expediente requerendo vista e carga dos autos, para análise e extração de cópias (fls. 69). Em atendimento a solicitação supra, expedimos o Termo de Informação Fiscal nº 247/02, veja às folhas 71/72;*

- que sobre as requisições de informação sobre movimentação financeira (RMF). As instituições financeiras, cumprindo integralmente os termos das requisições recebidas, procederam ao regular encaminhamento dos elementos necessários ao trabalho investigatório.

- que portanto o trabalho investigatório ora concluído decorre, de conformidade com os resultados que serão demonstrados no presente Termo de Verificação de Infração, a quantificação da matéria a ser objeto de tributação, ou seja, há que se operacionalizar a atividade de lançamento, privativa da autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 142, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 Código Tributário Nacional;

que, no entanto, com base no artigo 849, § 2º, Incisos I e II, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº. 3000, de 26/03/1999 (RIR/99), caracterizam-se como omissão de receita ou de rendimento, sujeitos a lançamento de ofício, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais a pessoa física ou jurídica, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil ou idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (Lei nº. 9.430. de 1996, artigo 42).

Irresignado com o lançamento o autuado apresenta, tempestivamente, em 11/05/2005, a sua peça impugnatória de fls. 238/273, instruído pelos documentos de fls. 274/390, solicitando que seja acolhida a impugnação e determinado o cancelamento do crédito tributário amparado, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que tais tentativas de bitributação evidenciam ainda mais que a obrigação de provar o alegado é do Fisco e não do contribuinte, que em nenhum momento foi obrigado pela legislação a manter um controle bancário de seus movimentos. Mesmo assim, tal constatação, feita por amostragem demonstra a fragilidade do trabalho fiscal que deve de plano ser considerado nulo;

- que nos demais anos calendários também houve distribuição de lucros, o que demonstra a completa impropriedade e nulidade do auto de infração;

- que como no referido exercício de 2000 inexistia previsão legal para os procedimentos adotados pelo fisco, salta aos olhos que as provas utilizadas no presente auto de infração são manifestamente ilícitas;

- que assim, preliminarmente, requer se a nulidade do processo, tendo em vista que os elementos que embasaram o trabalho fiscal foram obtidos de forma ilícita, eis que encontram respaldo na recente Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724, de mesma data, ambos voltados à abertura do sigilo bancário dos contribuintes, como instrumento de "caça aos sonegadores" (no demagógico discurso governista);

- que portanto, nem mesmo a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, não tem o condão de tornar o Fisco Federal independente de autorização judicial, ou seja, não pode afastar o prévio exame do Poder Judiciário sobre o cabimento da quebra do sigilo, transferindo tal prerrogativa própria administração pública, aos próprios interessados na suposta "investigação";

- que nestes termos, o art. 62 da Lei Complementar nº. 105/01, ao estabelecer a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, bastando a vontade do agente público, ainda que motivada e fundamentada, vai de encontro com o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não pode ser admitido em nosso ordenamento jurídico, sob pena de violar o artigo 52, incisos X e XII da Constituição da República;

- que portanto é de entendimento sedimentado em nosso ordenamento jurídico, no sentido de que o sigilo bancário só deve ser aberto por decisão judicial ou nos casos, limitadíssimos, de algum órgão ser, por expressa menção da Constituição, equiparado ao Judiciário, como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito (artigo 58, § 3º 2, CF/88);

- que o auto de infração impugnado, portanto, encontra fundamento tão somente em mera presunção, eis que, simplesmente, parte de meros extratos bancários. Como cediço, de conformidade com o art. 142, do Código Tributário Nacional, é de competência privativa da autoridade administrativa constituir o crédito tributário, mediante ato administrativo do lançamento, devendo verificar a ocorrência do fato impositivo tributário, determinando a matéria tributável, o montante do tributo devido, identificando o sujeito passivo;

- que ademais, há de se ressaltar que, com a adoção da TAXA SELIC, os juros incidentes superam o quantitativo de 1% ao mês, sem que a respectiva norma sobre a matéria tivesse definido qual o percentual a ser cobrado, tendo, sim, delegado essa fixação ao próprio Poder Executivo, por meio do Banco Central do Brasil, ao qual foi incumbida a mensuração daquela taxa;

- que o CTN é claro no sentido de dizer que a LEI pode até fixar percentual superior a 1%, o que não significa, porém, dizer que a lei que regulamente a matéria possa delegar a quantificação dos juros a órgão da administração federal, portanto, integrante do Executivo, que é parte interessada na cobrança do tributo e na oscilação do mercado em razão dos títulos que emite.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante, os membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém – PA, concluíram pela procedência em parte a ação fiscal e pela manutenção parcial do crédito tributário. A decisão de Primeira Instância está consubstanciada nas seguintes ementas:

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

*Ano calendário: 2000, 2001, 2002, 2003*

*Ementa: NULIDADE DO LANÇAMENTO.*

*O auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa.*

*DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.*

*São improficuos os julgados administrativos trazidos pelo sujeito passivo, pois tais decisões não constituem normas complementares do Direito Tributário, já que foram proferidas por órgãos colegiados sem, entretanto, uma lei que lhes atribuisse eficácia normativa, na forma do art. 100, II, do Código Tributário Nacional.*

#### **DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.**

*É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais, quando comprovado que o contribuinte não figurou como parte na referida ação judicial.*

**ENTENDIMENTO DOMINANTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. VINCULAÇÃO DA ADMINISTRATIVA.** *A autoridade julgadora administrativa não se encontra vinculada ao entendimento dos Tribunais Superiores pois não faz parte da legislação tributária de que fala o art. 96 do Código Tributário Nacional, desde que não se traduzam em súmula vinculante nos termos da Emenda Constitucional nº 45, DOU de 31/12/2004. Da mesma forma, não há vinculação do julgador administrativo à doutrina jurídica.*

#### **PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS.**

*O princípio da irretroatividade, acolhido no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, não é absoluto, estando vedada a retroatividade das leis apenas quando houver violação ao direito adquirido, coisa julgada e ao ato jurídico perfeito. Em matéria tributária, a Constituição Federal garante a irretroatividade apenas da lei que institua ou majore tributo (art. 150, inciso III, alínea "a"), mas nada obsta a retroatividade da lei tributária material que não tenha por objeto instituir ou majorar tributo, ou a retroatividade da lei tributária formal (lei que regula o modo pelo qual deve ser realizada a atividade de lançamento).*

#### **OMISSÃO DE RENDIMENTOS PROVENIENTES DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.**

*Para os fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 1997, a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, no seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base em valores depositados com conta bancária para os quais o titular não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos.*

**ENCARGOS LEGAIS . MULTA DE OFÍCIO E JUROS DE MORA. ASPECTO CONFISCATÓRIO.** *A cobrança dos acessórios juntamente com o principal decorre de previsão legal nesse sentido, não merecendo prosperar a tese de que é confiscatória, por estar a autoridade lançadora aplicando tão somente o que determina a lei tributária.*

**ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO.** *O ônus da prova existe afetando tanto o Fisco como o sujeito passivo. Não cabe a qualquer delas manter-se passiva, apenas alegando fatos que a favorecem, sem carrear provas que os sustentem. Assim, cabe ao Fisco produzir provas que sustentem os lançamentos efetuados, como, ao contribuinte as provas que se contraponham à ação fiscal.*

#### **Lançamento Procedente em Parte**

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

Autenticado digitalmente em 26/12/2014 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 26/12/2014 por ANTONIO LOPO MARTINEZ

Impresso em 12/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A autoridade julgadora acatou como comprovado os seguintes depósitos:

| DATA         | VALOR                | PLNILHA/FL. | DOC. FL. |
|--------------|----------------------|-------------|----------|
| 04/2/2000    | R\$ 1.288,72         | 152         | 286      |
| 29/2/2000    | R\$ 656,80           | 152         | 285      |
| 8/3/2000     | R\$ 1.293,82         | 152         | 287      |
| 6/4/2000     | R\$ 847,11           | 152         | 288      |
| 28/4/2000    | R\$ 359,65           | 152         | 289      |
| 5/5/2000     | R\$ 1.367,76         | 152         | 290      |
| 6/6/2000     | R\$ 1.381,73         | 152         | 291      |
| 27/6/2000    | R\$ 48,61            | 152         | 292      |
| 6/7/2000     | R\$ 1.418,42         | 152         | 293      |
| 4/8/2000     | R\$ 1.418,42         | 152         | 294      |
| 6/9/2000     | R\$ 1.673,68         | 152         | 295      |
| 05/10/2000   | R\$ 1.721,82         | 152         | 296      |
| 7/11/2000    | R\$ 1.810,07         | 152         | 297      |
| 20/11/2000   | R\$ 1.064,93         | 152         | 298      |
| 6/12/2000    | R\$ 1.810,07         | 152         | 299      |
| 15/12/2000   | R\$ 758,06           | 152         | 300      |
| <b>TOTAL</b> | <b>R\$ 18.919,67</b> |             |          |

OBS. PLANILHAS REFERENTES AO BANESPA - 2000

| DATA         | VALOR                | PLNILHA/FL. | DOC. FL. |
|--------------|----------------------|-------------|----------|
| 7/1/2002     | R\$ 2.042,81         | 154         | 349      |
| 15/1/2002    | R\$ 2.765,74         | 154         | 348      |
| 6/2/2002     | R\$ 983,37           | 154         | 347      |
| 6/3/2002     | R\$ 1.908,99         | 154         | 346      |
| 4/4/2002     | R\$ 2.110,29         | 154         | 345      |
| 7/5/2002     | R\$ 2.178,21         | 154         | 344      |
| 6/6/2002     | R\$ 2.347,72         | 154         | 343      |
| 4/7/2002     | R\$ 2.337,23         | 154         | 342      |
| 6/8/2002     | R\$ 2.337,23         | 154         | 341      |
| 5/9/2002     | R\$ 2.337,23         | 154         | 340      |
| 4/10/2002    | R\$ 2.337,23         | 154         | 339      |
| 6/11/2002    | R\$ 2.337,23         | 154         | 338      |
| 20/11/2002   | R\$ 1.385,88         | 154         | 337      |
| 5/12/2002    | R\$ 2.337,23         | 154         | 336      |
| <b>TOTAL</b> | <b>R\$ 29.746,39</b> |             |          |

OBS. PLANILHAS REFERENTES AO BANESPA - 2002

| DATA         | VALOR                | PLNILHA/FL. | DOC. FL. |
|--------------|----------------------|-------------|----------|
| 6/2/2002     | R\$ 40,00            | 127         | 351      |
| 26/2/2002    | R\$ 1.194,10         | 128         | 350      |
| 26/3/2002    | R\$ 778,00           | 129         | 354      |
| 5/4/2002     | R\$ 40,00            | 130         | 355      |
| 25/4/2002    | R\$ 1.177,00         | 130         | 356      |
| 26/6/2002    | R\$ 1.288,46         | 133         | 357      |
| 25/7/2002    | R\$ 1.677,64         | 135         | 358/359  |
| 28/8/2002    | R\$ 1.504,05         | 136         | 360      |
| 3/10/2002    | R\$ 1.169,35         | 137         | 361      |
| 5/11/2002    | R\$ 1.244,15         | 139         | 362      |
| 4/12/2002    | R\$ 1.596,80         | 140         | 364      |
| 5/12/2002    | R\$ 70,00            | 140         | 363      |
| <b>TOTAL</b> | <b>R\$ 11.779,55</b> |             |          |

OBS. PLANILHAS REFERENTES AOS EXTRATOS DO BANCO DO BRASIL S/A - 2002

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 16/06/2008, conforme Termo constante nas fls. 391/410, e, com ela não se conformando, o recorrente interpôs, em tempo hábil (25/08/2008), o recurso voluntário, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

Os recursos estão dotados dos pressupostos legais de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

### **Da Preliminar de Nulidade por Quebra do Sigilo Bancário**

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

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

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

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

*(...)*

*§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:*

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

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

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

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

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

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

*(...)*

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

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

*(...)*

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

Se antes existiam dúvidas sobre a possibilidade da quebra do sigilo bancário via administrativa (autoridade fiscal), agora estas não mais existem, já que é claro na lei complementar, acima transcrita, a tese de que a Secretaria da Receita Federal tem permissão legal para acessar os dados bancários dos contribuintes, está expressamente autorizado pelo artigo 6º da mencionada lei complementar. O texto autorizou, expressamente, as autoridades e agentes fiscais tributários a obter informações de contas de depósitos e aplicações financeiras, desde que haja processo administrativo instaurado.

Assim, estaria afastada a pretensa quebra de sigilo bancário de forma ilícita, já que há permissão legal para que o Estado através de seus agentes fazendários, com fins públicos (arrecadação de tributos), visando o bem comum, possa ter acesso aos dados protegidos, originariamente, pelo sigilo bancário. Ficam o Estado e seus agentes responsáveis, por outro lado, pela manutenção do sigilo bancário e pela observância do sigilo fiscal.

Desta forma, dentro dos limites estabelecidos pelos textos legais que tratam o assunto, os Auditores-Fiscais da Receita Federal poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, desde que houver processo fiscal administrativo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. Devendo ser observado que os documentos e informações fornecidos, bem como seus exames, devem ser conservados em sigilo, cabendo a sua utilização apenas de forma reservada, cumprido as normas a prestação de informações e o exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, a que alude a lei, não constitui, portanto, quebra de sigilo bancário.

Sempre é bom lembrar que o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais constitui um dos requisitos do exercício da atividade administrativa tributária, cuja inobservância só se consubstancia mediante a verificação material do evento da quebra do sigilo funcional, quando, então, o agente envolvido sofrerá a devida sanção.

Requisições de Movimentação Financeira – RMF emitidas seguiram rigorosamente as exigências previstas pelo Decreto nº 3.724/2001, que regulamentou o art. 6º da Lei Complementar 105/2001, inclusive quanto às hipóteses de indispensabilidade previstas no art. 3º, que também estão claramente presentes nos autos. Em verdade, verifica-se que o contribuinte foi intimada a fornecer seus extratos bancários, no entanto não os apresentou,

razão pela qual não restou opção à fiscalização senão a emissão da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF.

Desse modo, ausente qualquer ilicitude na prova decorrente da transferência de sigilo bancário para a Receita Federal do Brasil, posto que a Lei Complementar 105, de 2001 confere às autoridades administrativas tributárias a possibilidade de acesso aos dados bancários, sem autorização judicial, desde que haja processo administrativo e justificativa para tanto. E é este o caso nos autos.

Ademais, a tese de ilicitude da prova obtida não está sendo acolhida pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme a jurisprudência já consolidada.

Rejeito, portanto, o questionamento preliminar argüido quanto ilicitude da prova por quebra do sigilo bancário.

### **Da Preliminar de Nulidade**

Nos presentes autos, não ocorreu nenhum vício para que o procedimento seja anulado, como bem discorreu a autoridade recorrida, os vícios capazes de anular o processo são os descritos no artigo 59 do Decreto 70.235/1972 e só serão declarados se importarem em prejuízo para o sujeito passivo, de acordo com o artigo 60 do mesmo diploma legal. A autoridade fiscal ao constatar infração tributária tem o dever de ofício de constituir o lançamento.

Constatado que as infrações apuradas foram adequadamente descritas nas peças acusatórias e no correspondente Relatório de Procedimento Fiscal, e que o contribuinte, demonstrando ter perfeita compreensão delas, exerceu o seu direito de defesa, não há que se falar em nulidade do lançamento. As razões para não se aceitar os argumentos do recorrente estão claramente demonstrados tanto no Termo de Verificação do Auto de Infração como na Decisão recorrida.

Entendo que não procede a alegação de que a defesa teria sido prejudicada. Uma vez que isso não impediu que o contribuinte apresentasse ampla defesa suscitando vários pontos.

Na realidade no caso concreto não se percebe qualquer nulidade que comprometa a validade do procedimento adotado. Diante disso, é evidente que tal preliminar carece de sustentação fática, merecendo, portanto, a rejeição por parte deste Egrégio Colegiado.

### **Da presunção de omissão baseada em depósitos bancários**

O lançamento fundamenta-se em depósitos bancários. A presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do sujeito passivo, em instituições financeiras, ou seja, pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, tem-se a autorização para considerar ocorrido o “fato gerador” quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não havendo a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova.

Via de regra, para alegar a ocorrência de “fato gerador”, a autoridade deve estar munida de provas. Mas, nas situações em que a lei presume a ocorrência do “fato gerador” (as chamadas presunções legais), a produção de tais provas é dispensada. Neste caso, ao Fisco cabe provar tão-somente o fato indiciário (depósitos bancários) e não o fato jurídico tributário (obtenção de rendimentos).

No texto abaixo reproduzido, extraído de “Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas” (Justec-RJ; 1979:806), José Luiz Bulhões Pedreira sintetiza com muita clareza essa questão:

*O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que ao negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume - cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativa) provar que o fato presumido não existe no caso.*

Assim, o comando estabelecido pelo art. 42 da Lei nº 9430/1996 cuida de presunção relativa (*juris tantum*) que admite a prova em contrário, cabendo, pois, ao sujeito passivo a sua produção. Nesse passo, como a natureza não-tributável dos depósitos não foi comprovada pelo contribuinte, estes foram presumidos como rendimentos. Assim, deve ser mantido o lançamento.

Antes de tudo cumpre salientar que a presunção não foi estabelecida pelo Fisco e sim pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Tal dispositivo outorgou ao Fisco o seguinte poder: se provar o fato indiciário (depósitos bancários não comprovados), restará demonstrado o fato jurídico tributário do imposto de renda (obtenção de rendimentos).

Assim, não cabe ao julgador discutir se tal presunção é equivocada ou não, pois se encontra totalmente vinculado aos ditames legais (art. 116, inc. III, da Lei nº 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN). Nesse passo, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal que, de modo inequívoco, estabelece a presunção legal de omissão de receita ou de rendimento sobre os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (art. 42, caput, da Lei nº 9.430/1996).

É inadmissível aceitar alegações quando desacompanhadas de provas. Assim, a ocorrência do fato gerador decorre, no presente caso, da presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Verificada a ocorrência de depósitos bancários cuja origem não foi devidamente comprovada pelo contribuinte, é certa também a ocorrência de omissão de rendimentos à tributação, cabendo ao contribuinte o ônus de provar a irrealidade das imputações feitas. Ausentes esses elementos de prova, resulta procedente o feito fiscal em nome do contribuinte.

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus acréscimos patrimoniais.

*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.*

Incabível a alegação de ilegitimidade passiva, uma vez que está comprovado nos autos o uso de conta bancária em nome próprio, para efetuar a movimentação de valores tributáveis, situação que torna lícito o lançamento sobre o próprio titular da conta.

Sobre esse ponto o CARF já consolidou entendimento:

*A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com*

*documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros*  
(Súmula CARF No.32)

É inadmissível aceitar alegações quando desacompanhadas de provas. Assim, a ocorrência do fato gerador decorre, no presente caso, da presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Verificada a ocorrência de depósitos bancários cuja origem não foi devidamente comprovada pelo contribuinte, é certa também a ocorrência de omissão de rendimentos à tributação, cabendo ao contribuinte o ônus de provar a irreabilidade das imputações feitas. Ausentes esses elementos de prova, resulta procedente o feito fiscal em nome do contribuinte.

### **Das Provas nos Autos**

É oportuno para o caso concreto, recordar a lição de MOACYR AMARAL DOS SANTOS:

*“Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa.” Ainda, entende aquele mestre que, subjetivamente, prova ‘é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade deste fato’. Já no campo objetivo, as provas “são meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo.”*

Assim, consoante MOACYR AMARAL DOS SANTOS, a prova teria:

- a) um objeto - são os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação;
- b) uma finalidade - a formação da convicção de alguém quanto à existência dos fatos da causa;
- c) um destinatário - o juiz. As afirmações de fatos, feitas pelos litigantes, dirigem-se ao juiz, que precisa e quer saber a verdade quanto aos mesmos. Para esse fim é que se produz a prova, na qual o juiz irá formar a sua convicção.

Pode-se então dizer que a prova jurídica é aquela produzida para fins de apresentar subsídios para uma tomada de decisão por quem de direito. Não basta, pois, apenas demonstrar os elementos que indicam a ocorrência de um fato nos moldes descritos pelo emissor da prova, é necessário que a pessoa que demonstre a prova apresente algo mais, que transmita sentimentos positivos a quem tem o poder de decidir, no sentido de enfatizar que a sua linguagem é a que mais aproxima do que efetivamente ocorreu.

O recorrente questiona o entendimento exarado pela autoridade fiscal. Entretanto, embora tenha se transcorrido um longo período desde que tomou conhecimento do relatório não demonstrou os seus argumentos.

Ademais, cabe a recorrente por força da presunção legal, compete a ela provar a natureza específica de cada depósitos, na medida em que, ninguém melhor do que ela própria trazer o comprovante de cada depósito. Dessa forma, cabe a máxima de que “allegatio et non probatio, quase non allegatio” (alegar e não provar é quase não alegar).

### **Da Inconstitucionalidade das Normas – Multa Confiscatória**

No referente a suposta inconstitucionalidade das Normas aplicadas, que determinariam a aplicação de multas e juros de natureza confiscatória, acompanho a posição sumulada pelo CARF de que não compete à autoridade administrativa de qualquer instância o exame da legalidade/constitucionalidade da legislação tributária, tarefa exclusiva do poder judiciário.

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

Cabe esclarecer o contribuinte que a falta de recolhimento do tributo ou declaração inexata, apurada em lançamento de ofício, enseja o lançamento da multa de 75%, prevista no art. 44, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não podendo a autoridade lançadora deixar de aplicá-la ou reduzir seu percentual ao seu livre arbítrio. Nestes termos, como a multa de ofício está prevista em disposições literais de lei e como as instâncias julgadoras não podem negar validade a estas disposições, não se pode aqui acatar a alegação da contribuinte. É de se manter, assim, a penalidade de 75%.

#### **Da Inaplicabilidade da Selic como Taxa de Juros**

Por fim, quanto à improcedência da aplicação da taxa Selic, como juros de mora, aplicável o conteúdo da Súmula CARF nº 4:

*A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).*

Assim, é de se negar provimento também nessa parte.

Ante ao exposto, voto por rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez