ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10882.001116/2009-88
CÓPIA

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

Processo nº	10882.001116/2009-88
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2202-002.920 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	3 de dezembro de 2014
Matéria	IRPF
Recorrente	MAURÍCIO JOSÉ ANTUNES RIBEIRO HOMEM
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2005

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.

ORIGEM DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS - COMPROVAÇAO 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.

TAXA SELIC - SÚMULA CARF Nº 04.

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.

MULTA DE OFÍCIO FORMAL - ART. 44, I, da Lei nº 9.430/96.

Nos termos do art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, aplica-se a multa de 75% (multa de ofício formal) na hipótese de declaração inexata. O referido dispositivo não coloca o elemento doloso como requisito de sua aplicação.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - SÚMULA CARF Nº 02.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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, QUANTO A PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA POR QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO: Pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar. Vencidos os Conselheiros Rafael Pandolfo (Relator), Fábio Brun Goldschmidt e Pedro Anan Júnior, que acolhem a preliminar. Designando para redigir nessa parte o voto vencedor o Conselheiro Antônio Lopo Martinez. QUANTO AO MÉRITO: Por unanimidade de votos, negar provimento.

CÓPIA

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ – Presidente e Redator designado.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio Lopo Martinez (Presidente), Márcio de Lacerda Martins (**Suplente convocado**), Rafael Pandolfo, Pedro Anan Júnior, Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, Fábio Brun Goldschmidt.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

Relatório

1 Procedimento de Fiscalização

Após verificar a incompatibilidade entre as informações apresentadas pelo recorrente em sua DIRPF no ano-calendário 2005 e os dados de sua movimentação financeira no mesmo período, a Fazenda Nacional iniciou procedimento de verificação em relação ao IRPF do recorrente no respectivo ano-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.

O recorrente, em 10/03/08, tomou ciência do Termo de Início de Fiscalização (fl. 05), no qual foi intimado a apresentar os extratos de suas contas correntes, bem como a esclarecer a origem dos recursos que possibilitaram a realização dos créditos e depósitos bancários.

Em 24/04/08, o contribuinte apresentou os seguintes documentos: a) procuração; b) demonstrativo de evolução patrimonial 2005; c) cópia da DIRPF ano-calendário 2005; d) extratos do Banco Bradesco relativo ao mês 12/05; e) protocolo de extratos bancários; f) planta da benfeitoria; g) cópia do RG da Sra. Jorcylene Rodrigues Matheus; h) declaração da Sra. Jorcylene Rodrigues Matheus; i) cópia do RG dos Srs. Giovanni Gilheta Homem e Matheus José Antunes Ribeiro Homem (seus filhos); j) extrato de financiamento do Bank Boston; k) aquisição de veículos; l) escritura de imóveis; m) deduções pleiteadas; n) notas fiscais comprobatórias de janeiro de 2005 a dezembro de 2005.

Em virtude do atendimento parcial da intimação, a Fazenda Nacional expediu Requisição de Movimentação Financeira - RMF para as instituições financeiras BankBoston (fls. 17-71), Bradesco (fls. 72-108) e Santander (fls. 109-155), as quais foram devidamente atendidas.

Em 08/10/08, o procurador do contribuinte compareceu à DRJ prestando esclarecimentos acerca dos valores que outrora o recorrente havia sido intimado a comprovar a origem, justificando o valor de R$ 143.513,11, que foi aceito pela fiscalização.

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

2 Notificação de lançamento

Em 29/09/09, a autoridade administrativa lavrou lançamento de ofício (fls. 180-187), embasado no argumento de que houve omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados – depósitos bancários – em conta corrente aos quais, o recorrente, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O total do crédito tributário constituído foi de R$ 737.283,45, incluídos o Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF, multa de ofício de 75% e juros moratórios calculados até 31/03/09.

3 Impugnação

Indignado com a autuação, o recorrente apresentou impugnação (fls. 193-285) tempestiva, esgrimindo os seguintes argumentos:

a) a possibilidade de apreciação de inconstitucionalidade de norma no processo administrativo;

b) os valores apontados como diferença não estão aptos a suportar a incidência do IRPF, pois a fiscalização levou em conta a renda bruta, desconsiderando as despesas do ano-calendário;

c) dentre os valores apontados como receita bruta, pode-se ter uma infinidade de valores relacionados a outras atividades do contribuinte, que não representam renda;

d) os depósitos bancários, por si só, não autorizam o lançamento efetuado, porque não caracterizam disponibilidade de renda e proventos;

e) a partir de uma interpretação sistemática, o estabelecimento da Taxa SELIC como forma de correção de juros, infringe o princípio da legalidade, da tipicidade jurídica e da segurança jurídica;

f) a inaplicabilidade da Taxa SELIC, pois essa possui natureza remuneratória de títulos, não podendo ser exigida no inadimplemento de tributos, sendo o correto a incidência de juros moratórios;

g) a cobrança da multa de ofício em valor exorbitante, possui caráter confiscatório, infringindo o art. 150, IV, da Constituição;

h) a ilegalidade na expedição da RMF, pois o simples fato de efetuar depósitos em um banco não é, por si só, comprobatório do aferimento de rendimentos tributários, sendo necessário o nexo da evidência de recebimento dos rendimentos.

4 Acórdão de Impugnação

A impugnação foi julgada improcedente pela 10ª Turma da DRJ/SP, por unanimidade, mantido o crédito tributário pelas seguintes razões:

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;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

c) o art. 1º da Lei nº 10.174/01, assim como a Lei Complementar nº 105/01, que disciplina o procedimento de fiscalização, permitem sua aplicação para alcançar fatos gerados pretéritos, pois tratam-se de norma processual;

d) o art. 42 da Lei nº 9.430/96 estabelece a presunção de omissão de rendimentos no lançamento com base em depósitos ou créditos bancários, tratando-se de presunção legal. Tal presunção 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;

e) havendo previsão legal para a aplicação da Taxa SELIC, não cabe à autoridade administrativa exonerar a cobrança dos juros de mora legalmente estabelecida;

f) na tributação por depósitos bancários, a apuração de omissão de rendimentos prevê que os créditos sejam analisados individualizadamente. Assim, saldos existentes na declaração de bens, por si só, não constituem comprovação da origem dos depósitos/créditos;

g) 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;

h) no âmbito do processo administrativo fiscal, não podem ser apreciadas as questões relativas à inconstitucionalidade ou à ilegalidade de leis, conforme Súmula CARF nº 02.

O recorrente tomou ciência em 18/05/11.

5 Recurso Voluntário

Em 27/05/11, o recorrente opôs recurso voluntário (fls. 412-453) repisando os argumentos de sua impugnação.

Houve, ainda, nova manifestação em 29/05/12 (fls. 522-533 do e-processo), na qual o contribuinte requereu, com base no art. 10 da INRFB nº 1171/11, a troca do arrolamento de bens, pois o bem arrolado tratava-se de bem de família (Lote de terreno nº 11, da quadra J da Fazenda São Jorge – Capital Ville, Cidade de Cajamar).

6 Sobrestamento

Em 09/11/12, este processo foi sobrestado, tendo em vista que, para alcançar o seu desiderato, a fiscalização utilizou RMF, e a constitucionalidade das prerrogativas estendidas à autoridade fiscal através de instrumentos infraconstitucionais – como a RMF – encontrava-se em análise pelo STF.

7 Resolução

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Através da Resolução nº 2202-000.583, de 14/05/14, os presentes autos foram convertidos em diligência, pois o acórdão recorrido excluiu aleatoriamente diversos valores apontados no Auto de Infração, sem deixar claro quais seriam os valores e depósitos que restariam pendentes de comprovação da origem. Foi requerido que a autoridade lançadora apresentasse demonstrativo dos depósitos remanescentes como de origem não comprovada (fls. 535-540 do e-processo).

Em atendimento à Resolução, a fiscalização lavrou informação fiscal onde informou os valores remanescentes (fls. 546-559 do e-processo).

É o relatório.

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O crédito tributário debatido no presente recurso tem como fundamento o art. 42, da Lei nº 9.430/95. Para chegar à comprovação da materialidade do tributo — depósitos bancários sem origem identificada — o Fisco utilizou-se de Requisição de Informações de Informação Financeira — RMF as instituições financeiras BankBoston (fls. 17-71), Bradesco (fls. 72-108) e Santander (fls. 109-155), 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.

CÓPIA

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

inconstitucionalidade sem redução de texto. Simplesmente, analisando o ordenamento tributário brasileiro, **adotou interpretação conforme a Constituição**, fixando aos enunciados infraconstitucionais analisados um conteúdo deôntico 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,*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *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 (Anwendungsfalle) 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 valida 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,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

pois, com o pretexto de vencer uma batalha contra um ilícito isolado, leva à bancarrota o próprio Estado Democrático de Direito que almeja proteger[1].

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.

No presente caso, somente foi possível a constituição de parte do crédito tributário, tendo como base o art. 42 da Lei nº 9.430/95, através das provas obtidas junto à instituição financeira 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 considerado tais valores no momento de lavrar o auto de infração.

Assim, entendo que deve ser admitida a preliminar de prova ilícita por quebra de sigilo bancário, para que seja considerado nulo o Auto de Infração no que se refere ao crédito tributário apurado nos depósitos realizados nas contas correntes do contribuinte, por existência de vício.

2. MÉRITO

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

2.1 Da Omissão de Rendimentos e da Necessária Comprovação Individualizada da Origem dos Depósitos Bancários

O recorrente 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.

Não merece prosperar a irresignação do recorrente.

Anteriormente à Lei n° 8.021/90, assentou-se que os depósitos bancários, por si só, não representavam rendimentos a sofrer a incidência do imposto de renda.

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 n° 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.

Contudo, com o advento do art. 42 da Lei n° 9.430/96, 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. O art. 42 da Lei 9.430/96 estipula, *in verbis*:

> *"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. "*

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

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

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).*

Por ser presunção relativa, é necessário que o contribuinte seja intimado regularmente, principalmente do resultado da apuração dos depósitos discriminados

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 constituiriam elemento suficiente para a exigência do tributo, sendo irrelevante tratar-se de receita ou lucro. Ademais, por não ter apresentado provas que infirmassem a presunção gerada pelos depósitos bancários, considera-se acertada a autuação.

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, veja-se o Acórdão n° 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).*

Conforme referido, a omissão em tela é apurada com base em depósitos, sendo necessário comprovar individualmente as origens desses recursos, identificando-os como decorrentes de renda já oferecida à tributação, rendimentos isentos ou não tributáveis.

Conquanto possa ser considerada pelo contribuinte como desproporcional a medida, a verdade é que existe diploma normativo válido e vigente que impõe a este o dever de comprovar individualizadamente a origem dos depósitos bancários, não cabendo a este Conselho declarar a inconstitucionalidade e afastar sua aplicação.

No presente caso, o contribuinte não apresentou provas da origem dos valores glosados pela Fazenda Nacional, resumindo-se a impugnar a presunção legal dos depósitos bancários, sem jamais indicar a origem de qualquer montante apontado, devendo-se refutar os argumentos esgrimidos pelo contribuinte para manter a exigência do crédito tributário.

Dessa forma, entendo que as declarações prestadas pelo contribuinte não são suficientes para comprovar a origem dos depósitos feitos na conta corrente da recorrente.

3. Do Exame de Inconstitucionalidade de Lei Tributária

O recorrente sustenta a inconstitucionalidade das diversas leis aplicadas pela DRJ/SP.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Tal arguição não merece prosperar, pois conforme dispõe à 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 pelo contribuinte.

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

CÓPIA

4. Aplicação da Taxa SELIC e Multa de Ofício

O recorrente defende que o emprego da taxa SELIC a título de juros de mora é ilegal e inconstitucional. Quanto à ilegalidade, a questão já foi decidida por este Conselho, estando inclusive consolidada em Súmula no sentido da possibilidade da aplicação da Taxa SELIC como o índice dos juros de mora. Versa a súmula:

> *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.*

Quanto à inconstitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC, a própria jurisprudência do STF vai ao sentido de considerar legítima sua aplicação:

> *2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária.*
>
> *(RE 582461, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julg 18/05/2011, Divulg 17/08/2011, Public 18/08/2011)*
>
> *4. A isonomia é resguardada, visto que a Lei estadual prevê a aplicação da taxa SELIC, que traduz rigorosa igualdade de tratamento entre o contribuinte e o Fisco.*
>
> *(ADI 2214, Relator: Min. Maurício Corrêa, Julg 06/02/2002, Publ 19/04/2002)*

Portanto, a este Conselho não cabe à análise da constitucionalidade de lei tributária, conforme entendimento sumular já reproduzido (Súmula CARF nº 2). Sendo assim, o caráter confiscatório da multa e a inconstitucionalidade da aplicação da SELIC, por se tratarem de temas constitucionais, não podem ser analisados neste julgamento.

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

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto Vencedor

CÓPIA

Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ.

Este voto direciona-se exclusivamente a preliminar de prova ilícita por quebra do sigilo bancário, ponto na qual divirjo 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 n° 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. 1 ° 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;*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 6° 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.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 - Redator designado.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 03/02/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por RAFAEL PANDOLFO
Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA