



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

Processo nº 10945.000986/2009-58
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-002.665 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de maio de 2014
Matéria IRPF
Recorrente LAÉRCIO APARECIDO TIROLTI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006

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.

DECADÊNCIA - PAGAMENTO ANTECIPADO - ART. 150, § 4º, DO CTN - INEXISTÊNCIA - ART. 173, I, DO CTN - APLICABILIDADE.

O STJ tem entendimento consolidado, REsp 973733/SC, no sentido de que o prazo quinquenal previsto no art. 150, § 4º, do CTN é aplicado aos tributos sujeitos a lançamento por homologação quando houver o pagamento antecipado. Não havendo pagamento antecipado, aplica-se o art. 173, I, do CTN.

ATO ADMINISTRATIVO - NULIDADE - DECRETO Nº 70.235/72 - PRETERIÇÃO AO DIREITO DE DEFESA.

Conforme o art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72, 70.235/72, devem ser anulados os atos que importem em preterição do direito de defesa. Não havendo prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, é sanável o possível vício formal do ato administrativo.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - ORIGEM DE RENDIMENTOS DISCRIMINADA EM EXTRATOS BANCÁRIOS.

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.

Não deve ser considerado como base de cálculo de IRPF o montante de rendimentos bancários cuja origem restar comprovada na descrição do histórico dos extratos bancários que embasaram a autuação, devendo a Fiscalização, para estes, lançar o tributo de acordo com as regras específicas para o rendimento omitido em questão.

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.

DISPONIBILIDADE FINANCEIRA - OMISSÃO DE RENDIMENTOS - ORIGEM DOS CRÉDITOS - COMPROVAÇÃO - NECESSIDADE - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO - VARIAÇÃO PATRIMONIAL.

A autuação por omissão de rendimentos com base em depósitos bancários pode ser afastada através da comprovação da origem dos créditos efetuados em conta bancária. A disponibilidade financeira aponta para a existência de recursos em caixa, não indica a origem de depósitos glosados, já o acréscimo patrimonial a descoberto ocorre quando rendimentos ou recursos declarados não são suficientes para justificar a variação patrimonial, sendo aceitável para o seu afastamento a existência de disponibilidade financeira.

MULTA DE OFÍCIO FORMAL - ART. 44, I, DA LEI Nº 9.430/96 - DECLARAÇÃO INEXATA - APLICABILIDADE.

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.

Recurso voluntário não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar de prova ilícita, por unanimidade, rejeitar as demais preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator.

Processo nº 10945.000986/2009-58
Acórdão n.º **2202-002.665**

S2-C2T2
Fl. 495

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: ANTONIO LOPO MARTINEZ (Presidente), MARCIO DE LACERDA MARTINS (Suplente convocado), JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado), RAFAEL PANDOLFO, DAYSE FERNANDES LEITE (Suplente convocada), FABIO BRUN GOLDSCHMIDT. Ausente, justificadamente, o Conselheiro PEDRO ANAN JUNIOR.

Relatório

1 Procedimento de Fiscalização

Em razão de registros de movimentação financeira de valores superiores aos declarados, foi instaurado Procedimento de Fiscalização, em 03/07/08, em nome do recorrente, o qual restou intimado para apresentar, no que tange ao período de 2003 a 2006: a) cópia dos recibos de DIRPF referentes ao período fiscalizado; b) extratos bancários de conta corrente e de aplicações financeiras, cadernetas de poupança de todas as contas mantidas por ele, cônjuge e seus dependentes junto a instituições financeiras no Brasil e no exterior (fls. 02-03).

Ciente, em 04/07/08, o recorrente não se manifestou, de modo que foi novamente intimado, em 22/08/08 (fl. 05). Por ausência de manifestação do contribuinte, o Fisco decidiu emitir Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF (fls. 10-11), intimando as instituições Banco Bradesco S/A (fl. 12), Banco do Brasil S/A (fl. 13) e Cooperativa de Crédito de Livre Admissão Costa Oeste (fl. 14). Prestaram informações as instituições Banco Bradesco S/A (fls. 66-117) e SINCREDI (fls. 118-148).

Em 11/11/08, o recorrente juntou extratos da conta corrente nº 8.460-3, do Banco do Brasil S/A, do período abrangido entre 2003 e 2006 (fls. 26-108 do e-processo). Em 24/12/08, o recorrente foi intimado (fls. 149-173) a apresentar documentação hábil e idônea para comprovar a origem dos depósitos bancários listados nos demonstrativos anexados ao termo de intimação fiscal. Ciente em 06/01/09 (fl. 174), o contribuinte solicitou prorrogação do prazo por 30 dias (fl. 175), a qual foi concedida (fl. 177). Em 02/03/09, o recorrente manifestou-se solicitando, novamente, a dilação do prazo (fl. 179).

O Fisco emitiu, em 23/04/09, o Termo de Intimação Fiscal nº 0165 (fls. 180-181), intimando o recorrente para, com relação à atividade de transporte de cargas comprovar que: a) o veículo transportador utilizado era de sua propriedade; b) o mesmo veículo era conduzido, exclusivamente, pelo contribuinte. Em relação à atividade rural, foi instado a apresentar: a) o título de propriedade rural. No que tange à atividade autônoma de compra e venda de veículos, foi solicitado que o recorrente apresentasse as cópias dos certificados de registro de veículos adquiridos e alienados. O recorrente deveria, ainda, apresentar a relação entre as receitas dessas atividades e os depósitos bancários havidos em suas contas correntes.

A Fiscalização intimou, ainda, Oficiais de Registros de Imóveis (fls. 183, 185, 187 e 189) para apresentar registros relacionados a imóveis em nome do recorrente (fls. 191-196). Por fim, o contribuinte apresentou duas declarações (fls. 198-201 e 202-204) apresentando as informações requisitadas e juntando documentos (fls. 205-339).

2 Auto de Infração

Foi lavrado, em 29/07/09 (fls. 370-380), Auto de Infração relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, anos-calendário 2003, 2004, 2005 e 2006, apurando crédito tributário no montante de R\$ 695.210,29, incluídos imposto, juros de mora e multa de 75%. As infrações imputadas foram: a) omissão de ganho de capital na alienação de bens e direitos adquiridos em reais; b) omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada.

3 Impugnação

O recorrente apresentou impugnação tempestiva (fls. 388-400), esgrimindo, em síntese, os seguintes argumentos:

- a) o Auto de Infração deve ser revisto de ofício, uma vez que o atraso na apresentação da documentação não é de responsabilidade do recorrente, fato que não foi considerado pelo Fisco, sendo inaplicável ao caso, portanto, a multa. A Fiscalização tampouco considerou os documentos apresentados, de forma que não foram respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa;
- b) o direito da Fazenda de constituir o crédito, no que se refere ao ano-calendário 2003, foi atingido pela decadência;
- c) depósitos bancários não constituem fato gerador do imposto de renda, uma vez que não significam aumento patrimonial. Dessa forma, podem ser utilizados para dar ensejo ao processo de fiscalização, contudo, não podem ser utilizados como fundamento da constituição do crédito tributário;
- d) aplicável ao caso a Súmula nº 182 do TFR, a qual determina que o lançamento do imposto de renda não pode ser arbitrado tão somente com base em depósitos bancários;
- e) nem todo o ingresso financeiro configura acréscimo patrimonial, desse modo, para que o depósito bancário se transforme em renda tributável, deve constituir renda consumada pelo contribuinte. O Fisco tem a obrigação, ainda, de comprovar o nexo causal entre o depósito e o fato que represente omissão de rendimentos;
- f) a correlação pretendida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96, qual seja, entre depósitos bancários e omissão de rendimentos, não é lógica, pois não existe nexo causal entre eles;
- g) a administração fazendária, mesmo depois da vigência da Lei Complementar nº 105/02 e da Lei nº 10.174/01, permanece impedida de considerar qualquer ingresso financeiro nas contas bancárias dos contribuintes como rendimentos tributáveis, mesmo que não haja comprovação de suas origens;
- h) a autoridade fiscalizadora não comprovou que os valores que ingressaram na conta bancária do recorrente constituem, de fato, acréscimo patrimonial.

4 Acórdão de Impugnação

A impugnação foi julgada improcedente, por unanimidade, pela 7ª Turma da DRJ/CTA (fls. 405-419), mantendo o crédito tributário exigido. Na decisão, foram alinhados, em síntese, os seguintes fundamentos:

- a) a infração imputada é omissão de rendimentos sujeitos à ajuste anual, desse modo, o prazo para entrega da declaração referente ao ano de 2003

encerrou-se em 28/04/04. Assim, nos termos do art. 170, I, uma vez que o recorrente não efetuou pagamento do tributo, o termo inicial do prazo de decadência é 01/01/05, e não 01/01/07, como afirma o recorrente. O direito da Fazenda de constituir o crédito tributário estaria extinto somente em 01/01/10, o que não ocorreu, visto que a ciência do lançamento ocorreu, no caso, em 07/08/09 (fls. 384);

- b) o fato do Fisco não ter acolhido os documentos apresentados pelo recorrente após a lavratura do auto de infração, não acarreta nulidade, uma vez que o contribuinte tem a oportunidade de se defender plenamente, mediante a apresentação de impugnação administrativa;
- c) o fato gerador do imposto de renda não é, de fato, os depósitos bancários, mas sim o valor dos rendimentos por ele representados, sem comprovação de origem, expressão última, portanto, de disponibilidade econômica, conforme conceito dado pelo art. 43 do CTN. Tal presunção, funda-se no art. 42 da Lei nº 9.430/96;
- d) a Súmula nº 183 do TFR não se aplica ao caso, uma vez que o próprio TFR negava validade aos lançamentos que eram efetuados sem que fosse dada ao contribuinte a oportunidade de justificar os valores depositados, posição amparada pela jurisprudência atual. Ademais, a presunção instituída pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 é relativa (*iuris tantum*), admitindo prova em contrário feita pelo contribuinte;
- e) constata-se, da leitura das peças do processo, que, na fase fiscalizatória, o contribuinte foi devidamente intimado a apresentar documentos e esclarecimentos necessários à comprovação da origem dos depósitos. Verifica-se, do mesmo modo, que os documentos trazidos aos autos pelo recorrente foram devidamente analisados pela fiscalização, conforme se depreende da leitura do Termo de Verificação Fiscal (fl. 362);
- f) quanto às alegações de inconstitucionalidade e legalidade é defeso à esfera administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidades e ilegalidades das normas, em face de tal apreciação ser privativa do Poder Judiciário.

5 Recurso Voluntário

O recorrente interpôs, tempestivamente, recurso voluntário, em 06/12/11 (fls. 472-489 do e-processo), repisando os argumentos de sua impugnação e acrescentando que o lançamento está em desconformidade com a Lei nº 9.250/95, uma vez que imputa como infração a omissão de rendimentos praticada por pessoa física, desconsiderando as provas de que o recorrente pratica atividade rural.

6 Sobrestamento

Em 13/03/13, através da Resolução nº 2202-000.461 (fls. 495-503 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 –

Processo nº 10945.000986/2009-58
Acórdão n.º **2202-002.665**

S2-C2T2
Fl. 497

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 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. 10 – 14 e 66 - 148), instrumento administrativo que teria

como objetivo dar eficácia ao disposto na Lei Complementar nº 105/01, na Lei nº 9.311/96 e no Decreto nº 3.724/01.

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

O julgamento recebeu a seguinte ementa:

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

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

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

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

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

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

O Supremo Tribunal Federal, portanto, ao enfrentar o tema ora apreciado, não declarou a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo, nem mesmo a inconstitucionalidade sem redução de texto. Simplesmente, analisando o ordenamento tributário brasileiro, adotou interpretação conforme a Constituição, fixando aos enunciados infraconstitucionais analisados um conteúdo deontológico compatível com a Carta Maior. Transcreve-se, abaixo, trecho extraído do voto do Relator (acompanhado pela maioria dos demais Ministros), que explicita a técnica de julgamento aplicada:

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

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

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

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

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

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

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

Ainda que não se possa negar semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático da sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal (MENDES, Gilmar Ferreira, Jurisdição constitucional: o controle

abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. – São Paulo: 2005, pp. 354-355).

Desse modo, conclui-se que:

a) não existe dispositivo regimental que impeça o julgamento do tema pelo CARF, a partir da revogação realizada pela Portaria nº 545/13;

b) o STF, ao enfrentar o tema em sede de jurisdição difusa, **não** declarou a inconstitucionalidade de qualquer enunciado, aplicando a interpretação conforme a Constituição (que dispensou, inclusive, a cláusula de reserva de Plenário exigida pelo art. 97 da CF/88);

c) não incide o óbice inserido no art. 26 – A do Decreto 70.235/72, pois o deslinde do feito dispensa qualquer reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, conforme desfecho conferido ao tema pelo STF, ao analisar o RE nº 389.808. Pelo mesmo motivo, não se cogita de aplicação da Súmula nº 2 do CARF e do art. 62 – A do Regimento Interno do CARF;

d) segundo a interpretação conforme a Constituição realizada pelo STF (RE nº 389.808), a requisição de informações financeiras é válida e seus dispositivos normativos, contidos na Lei Complementar nº 105/01, Lei 9.311/96 e Decreto 3724/01 vigentes, *desde que ocorra a prévia autorização do Poder Judiciário*.

Reforçando uma diretiva óbvia e inerente ao devido processo legal, o art. 30, da Lei nº 9.784/99, determina que são inadmissíveis, no processo administrativo, as provas obtidas por meios ilícitos. O dispositivo busca retirar os incentivos para que os agentes públicos desviem-se dos procedimentos regulares, através da inutilização de seu trabalho quando realizado de forma que contrarie o direito.

A ilicitude da prova, no caso, é corolário lógico da incompatibilidade da sua obtenção com os ditames fixados pelo STF, em interpretação conforme a Constituição. A constituição válida do crédito tributário exige prova da materialidade revelada através de procedimento válido perante o ordenamento jurídico pátrio. Malgrado essa hipótese, não há obrigação tributária pela ausência de prova que, validamente, ratifique o conceito de fato previsto na hipótese normativa tributária.

Ressalto a importância do tema em questão, dentro de um estado democrático de direito. A regra positivada em nosso ordenamento tem origem na doutrina e jurisprudência americanas (*exclusionary rules, caso Elkins v. United States*), que consolidaram o entendimento segundo o qual o Estado, enquanto defensor dos direitos fundamentais, terá como Pírrica toda vitória obtida com base na violação desses Direitos, pois, com o pretexto de vencer uma batalha contra um ilícito isolado, leva à bancarrota o próprio Estado Democrático de Direito que almeja proteger¹.

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

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

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 de parte do crédito tributário, pois o contribuinte apresentou voluntariamente os extratos do Banco do Brasil S/A, 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.

Assim, entendo que deve ser acolhida a preliminar de prova ilícita por quebra de sigilo bancário, para que seja considerado nulo o Auto de Infração no que refere aos dados obtidos junto ao Banco Bradesco S/A e ao SICREDI.

1.3 Da Decadência

O recorrente alega que o direito da Fazenda de constituir o crédito tributário, no que se refere ao ano-calendário 2003, foi atingido pela decadência, pois de acordo com o art. 173 do CTN o prazo iniciou-se em 01/01/04, tendo exaurido em 01/01/09, sendo que o Auto de Infração foi lavrado em 29/07/09.

O Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF) é tributo sujeito ao lançamento por homologação, modalidade de lançamento em que o contribuinte antecipa o pagamento do tributo e declara o montante devido ao Fisco, ficando esse procedimento sujeito à posterior homologação por parte da Fazenda Pública. Não havendo qualquer ato que expressamente homologue a declaração efetuada pelo contribuinte e o respectivo pagamento, ainda que parcial, considera-se o procedimento tacitamente homologado após o transcurso do prazo de 5 anos contados da data do fato gerador, nos termos do que dispõe o §4º, do art. 150, do CTN. Passado esse prazo, salvo a comprovação de dolo, de fraude ou de simulação, o direito de efetuar eventual lançamento de ofício encontra-se atingido pela decadência.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, analisando o assunto sob o rito previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil, cuja decisão é de observância obrigatória por esta Colenda Corte, nos termos do art. 62 - A do Regime Interno, entendeu que o art. 173, inciso I, do CTN, é aplicado, de modo ordinário, somente, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quando não há qualquer pagamento realizado pelo contribuinte: *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009). Grifamos.

Conforme se verifica nas informações acostadas aos autos (fls. 07-09), não houve recolhimento antecipado quanto ao ano-calendário 2003, fato que, consoante o entendimento jurisprudencial consolidado, atrai a incidência do art. 173, I, do CTN, o qual estabelece que:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Assim, iniciando o prazo em 1º/01/05 (CTN, art. 173, I), não há a decadência do crédito tributário, que apenas ocorreria em 1º/01/10, data posterior ao lançamento, como bem observou a decisão recorrida.

Portanto, não merece ser acolhida a preliminar de decadência.

1.4 Da Nulidade do Auto de Infração

Sustenta o recorrente que o Auto de Infração deve ser anulado em decorrência da ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a fiscalização não considerou os documentos apresentados por ele. O contribuinte alega que o lançamento com base em depósito bancário, previsto no art. 42 da Lei nº 9.430/96, se for o caso, deve ser realizado como atividade rural, já que comprovadamente, os créditos e débitos representam valores relacionados com pessoa física cuja atividade é a de produção rural.

Igualmente, o recorrente aduz que os recursos movimentados em sua conta decorrem da atividade rural, que a sua documentação contábil foi desconsiderada pela fiscalização, e que seus argumentos sequer foram combatidos no acórdão recorrido.

Não assiste razão ao recorrente.

O art. 142 do CTN estabelece que compete à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, sendo esta uma atividade vinculada e obrigatória, como se vê do teor do dispositivo abaixo transcrito:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

No âmbito do processo administrativo fiscal, o Decreto nº 70.235/72 que dispõe sobre tal conteúdo e dá outras providências, prevê, em seus arts. 10 e 59, os requisitos essenciais do auto de infração e as causas de nulidade dos atos administrativos fiscais, respectivamente. *In verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I – a qualificação do autuado;

II – o local, a data e a hora da lavratura;

III – a descrição do fato;

IV – a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V – a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI – a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Da análise do auto de infração, vê-se que o mesmo atendeu aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, bem como os requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/72, de modo que não há que se cogitar em nulidade do lançamento, pois não preenchidos, inclusive, os pressupostos de nulidade do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, que estabelece que:

Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade competente ou com preterição do direito de defesa;

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir no mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Ademais, o direito à ampla defesa é um dos pilares do devido processo legal, princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, e está explicitado na Constituição Federal em diversos incisos do art. 5º, reforçando-se os seguintes:

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:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

E, no processo administrativo federal, tal direito tem seu conteúdo mínimo definido na Lei nº 9.784/99, que consolida institutos identificados pela doutrina como: o direito de petição, a razoável duração do processo, o direito à ampla defesa, instrumentalidade das formas, dentre outros:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

O princípio do devido processo legal possui como núcleo mínimo o respeito às formas que asseguram a dialética a respeito dos fatos e imputações jurídicas enfrentadas pelas partes. A forma está ligada a uma finalidade (contraditório, ampla defesa, imparcialidade, etc.) da qual constitui instrumento. Assim, é assentado da doutrina o entendimento de que o descumprimento de determinada forma, desde que não cause prejuízo ao contribuinte, não acarreta nulidade do procedimento (princípio da instrumentalidade).

No caso em análise, o acórdão recorrido é claro ao esclarecer os motivos pelos quais os recursos oriundos da atividade rural exercida pelo contribuinte não foram considerados como prova hábil que demonstrasse a origem dos depósitos bancários, ao afirmar que:

“O contribuinte alegou que parte dos recursos seriam oriundos de atividade rural exercida por ele (NF – fls. 275 a 280 e 323 a 326); contudo, esses rendimentos foram omitidos pelo contribuinte nos anos-calendário de 2005 e 2006. A fiscalização relata no Termo de Verificação Fiscal, fls. 360, que não considerou como comprovado que os produtos agrícolas vendidos são precedentes de atividade rural, uma vez que o contribuinte não era proprietário da propriedade rural, e nem exerce a atividade na condição de parceiro ou arrendatário. A fiscalização concluiu que a simples venda de produtos agrícolas não é condição suficiente para esses rendimentos serem tributados de forma mais benéfica, mas sim devem ser deslocados para a tributação normal (ganho de capital), conforme dispõe os arts. 117 e 138 do RIR. Ainda, consta do Termo de Verificação Fiscal de que para fins tributários o custo dos bens foi considerado como zero devido a ausência de valor pago, tanto na DIRPF (isento) como nos documentos apresentados.” (fl. 407)

Da mesma forma, o Termo de Verificação Fiscal (fls. 359-364) é claríssimo ao analisar todos os elementos probatórios apresentados pelo contribuinte durante o procedimento de fiscalização, quando assinala que:

“O contribuinte alega que parte dos recursos que transitaram pelas suas contas (representados pelas notas fiscais de folhas 275 a 280 e 323 a 326) seria oriunda da atividade rural exercida por ele (fls. 203). Contudo, esses rendimentos foram omitidos pelo contribuinte quando da ocorrência do fato gerador (anos-calendário 2005 e 2006).

Ocorre que, pelas suas peculiaridades, os rendimentos da atividade rural gozam de tributação mais favorecida. Assim, para gozar desse benefício a receita da atividade rural deverá estar devidamente comprovada sob pena do rendimento apurado deslocar-se para a tributação normal.

No caso em tela, não em tela não restou comprovado que os produtos agrícolas são procedentes da atividade rural exercida

pelo contribuinte. O contribuinte não é proprietário de área rural, tampouco comprovou que exerce essa atividade na condição de parceiro ou arrendatário. A simples venda de produtos agrícolas não é condição suficiente para esse rendimento ser tributado como sendo da atividade rural. Assim, os valores apurados serão tributados de acordo com a sua natureza, de acordo com o disposto no art. 117 do Regulamento do Imposto de Renda

(...)

No caso em análise, o contribuinte foi intimado a comprovar a origem desses recursos, contudo não logrou êxito em comprovar a origem da totalidade dos diversos depósitos efetuados em contras correntes de sua titularidade.

No decorrer da fiscalização, objetivando a comprovação da origem desses créditos, o contribuinte alegou que esses recursos advieram da atividade autônoma de compra e venda de veículo, da venda de produtos agrícolas e de rendimentos de transporte de carga (fls. 198 a 204). Para comprovar suas alegações apresentou documentos de folhas 205 a 339. Conquanto todos os documentos apresentados tenham sido aceitos para lastrear os depósitos, conforme demonstrado nas planilhas de folhas 356 e 357, os valores apurados não foram suficientes para comprovar a totalidade dos depósitos. Assim, os saldos remanescentes permanecem pendentes de comprovação.” (fl. 360-362)

Como se percebe, não houve qualquer omissão na decisão de Primeira Instância quanto às provas apresentadas. A decisão considerou as provas apresentadas pelo contribuinte, mas julgou-as insuficiente para comprovar a origem dos depósitos bancários pelas razões acima expostas.

Assim, entendo que não há qualquer omissão da DRJ, bem como não houve ofensa à forma e, igualmente, não houve prejuízo ao contribuinte, não havendo, portanto, que se falar em nulidade do procedimento.

2. MÉRITO

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

2.1 Dos Depósitos Bancários

O recorrente alega que os depósitos bancários não constituem fato gerador do imposto de renda, uma vez que não significam aumento patrimonial, não podendo ser utilizados como fundamento da constituição do crédito tributário. Acrescenta que deve ser aplicada ao caso a Súmula nº 182 do TFR e que a correlação pretendida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 não é lógica, pois não existe nexo causal entre depósitos bancários e omissão de rendimentos. Não lhe assiste razão.

Anteriormente à Lei nº 8.021/90, assentou-se que os depósitos bancários, por si só, não representavam rendimentos a sofrer a incidência do imposto de renda.

Nesta senda, o Tribunal Federal de Recursos sumulou entendimento com esta exata interpretação (Súmula 182 do TFR), bem como o art. 90, VII, do Decreto-Lei nº 2.471/88 determinou o arquivamento de processos administrativos que controlassem débitos de imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou comprovantes de depósitos bancários.

Entretanto, com o advento do art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/90, autorizou-se o arbitramento de rendimentos com base em depósitos ou aplicações em instituições financeiras, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza, quando o contribuinte não pudesse comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Porém, para incidência do imposto de renda sobre a hipótese em debate, a jurisprudência administrativa passou a obrigar que a fiscalização comprovasse o consumo da renda pelo contribuinte, representada pelos depósitos bancários de origem não comprovada, a transparecer sinais exteriores de riqueza (acréscimo patrimonial ou dispêndio), incompatíveis com os rendimentos declarados.

Este cenário foi profundamente alterado pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96, com incidência sobre os fatos geradores ocorridos a partir de 1º/01/97. 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.

Por ser presunção relativa, é necessário que o contribuinte seja intimado regularmente, principalmente do resultado da apuração dos depósitos discriminados individualmente, de modo a possibilitar a defesa, o que ocorreu no presente procedimento.

Com a novel legislação acima, a jurisprudência administrativa chancelou as autuações que imputavam aos contribuintes o imposto de renda sobre a omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada. Esse entendimento encontra-se pacificado no âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Como exemplo, por todos, veja-se o Acórdão nº CSRF/04-00.164 (Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais), sessão de 13 de dezembro de 2005, relatora a Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, unânime, que restou assim ementado:

IRPF - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Presume-se a omissão de rendimentos sempre que o titular de conta bancária, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em suas contas de depósito ou de investimento (art. 42 da Lei e. 9.430, de 1996).

O recorrente alega ter apresentado provas suficientes para comprovar que a origem dos depósitos decorre da atividade rural por ele exercida. Contudo, ao tentar comprovar as origens, o recorrente simplesmente imputou todas as quantias como decorrentes da atividade rural, alegando que as notas fiscais justificam todos os depósitos bancários havidos em suas contas bancárias. No entanto, os valores não coincidem, e não há qualquer prova de que os valores referentes às notas fiscais foram depositados em suas contas correntes. Quanto à forma de comprovação individualizada, é a própria Lei nº 9.430/96 que institui este dever, na redação do §3º de seu art. 42:

*§ 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).

Ou seja, conquanto possa ser considerada pelo contribuinte como desproporcional a medida, a verdade é que existe diploma normativo válido e vigente que impõe a este dever, não cabendo a este Conselho declarar a inconstitucionalidade e afastar sua aplicação.

Por fim, quanto às alegações do recorrente de que: a) nem todo o ingresso financeiro patrimonial configura acréscimo patrimonial; e b) a fiscalização não comprovou que os valores que ingressaram em sua conta bancária constituem, de fato, acréscimo patrimonial; verifica-se que, como já mencionado, a autuação fiscal em tela decorre da presunção da omissão de rendimento com base nos depósitos bancários realizados nas contas de titularidade do recorrente. Tal presunção poderia ser afastada através da comprovação da origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, um a um, de forma individualizada.

Deste modo, não há que se confundir omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, com a tributação referente à acréscimo patrimonial a descoberto – quando rendimentos ou recursos declarados não são suficientes para justificar a variação patrimonial, na forma do art. 3º, § 1º, da Lei nº 7.713/88.

Neste sentido destaca-se recente precedente deste Conselho:

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL - GASTOS E/OU APLICAÇÕES INCOMPATÍVEIS COM A RENDA DECLARADA - LEVANTAMENTO PATRIMONIAL - FLUXO FINANCEIRO -

BASE DE CÁLCULO APURAÇÃO MENSAL - O fluxo financeiro de origens e aplicações de recursos será apurado mensalmente, considerando-se todos os ingressos e dispêndios realizados, no mês, pelo contribuinte. Dessa forma, a determinação do acréscimo patrimonial a descoberto, considerando-se o conjunto anual de operações, Mio pode prevalecer, uma vez que na determinação da omissão, as mutações patrimoniais devem ser levantadas mensalmente.

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

OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - PRESUNÇÃO LEGAL CONSTRUÍDA PELO ART. 42 DA LEI Nº 9.430/96 IMPOSSIBILIDADE DA DESCONSTRUÇÃO DA PRESUNÇÃO A PARTIR DA VARIAÇÃO DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS. Não se deve confundir a tributação prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/96 com a referente ao acréscimo patrimonial a descoberto, na forma do art. 3º, § 1º (parte final), da Lei nº 7.713/88. Nesta, utilizam-se os saldos das contas correntes e de aplicações financeiras, como origem e aplicação de recursos, apontando-se, se for o caso, o acréscimo patrimonial a descoberto. Naquela deve-se comprovar a origem dos depósitos bancários individualizadamente,

não sendo possível efetuar a comprovação a partir da variação dos saldos de aplicações financeiras. Sendo comprovada a origem do depósito, este deve ser excluído da base de cálculo da omissão dos rendimentos.

IRPF-ERRO NA INDICAÇÃO DA INFRAÇÃO - ENQUADRAMENTO

LEGAL - LANÇAMENTO NULO - A precisa indicação da infração e

enquadramento legal é aspecto essencial na fixação da matéria tributável de modo que eventual erro nesse aspecto do lançamento se constitui vício substancial e insanável e, portanto, enseja a nulidade do lançamento.

Recurso parcialmente provido.” (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF - 2a. Seção - 2a. Turma da 2a. Câmara, Data de Publicação: 04/02/2010, Processo nº 10510.002305/2006-53

Recurso nº 165.378 Voluntário, Acórdão nº 2202-00.427)

2.2 Da Multa

Quanto à multa, o contribuinte sustenta que o Auto de Infração deve ser revisto de ofício, pois o atraso na apresentação da documentação não é sua responsabilidade, fato que não foi considerado pelo Fisco, sendo inaplicável ao caso, portanto, a multa.

A multa aplicada no auto de infração foi de 75%, prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, conhecida como multa de ofício formal.

O dispositivo que a institui tem a seguinte redação:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

A redação do dispositivo não deixa dúvidas de que a multa se relaciona à declaração inexata, e não coloca o elemento doloso como requisito de sua aplicação. Sendo assim, a única defesa em relação a esta multa seria no sentido de que a declaração foi correta e o pagamento efetuado, o que excluiria a multa; ou que, apesar da declaração correta, não foi efetuado pagamento, o que a converteria em multa de mora.

Sendo assim, uma vez constatada omissão, independentemente do dolo, ou da morosidade para a apresentação da documentação solicitada, é cabível a multa de mora sobre o imposto apurado.

Ante o exposto, VENCIDO NA PRELIMINAR de quebra do sigilo bancário, voto para que sejam REJEITADAS AS PRELIMINARES de decadência e de nulidade do auto de infração, e, quanto ao mérito, para que seja NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Redator designado

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

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

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

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

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

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

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

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

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

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

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

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

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

(...)

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive as 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, 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 arguido quanto ilicitude da prova por quebra do sigilo bancário.

Antonio Lopo Martinez

(Assinado Digitalmente)