



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

**Processo n°** 11516.006352/2007-60  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2202-002.633 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 15 de abril de 2014  
**Matéria** Omissão de Rendimentos - Depósito Bancário  
**Recorrente** Pedro Luiz da Silva Filho  
**Recorrida** Fazenda Nacional

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

Exercício: 2003, 2004, 2005

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTAR N105/2001.

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

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM COMPROVADA - ART. 42 DA LEI Nº 9.430/96 - PRESUNÇÃO DE RENDIMENTO OMITIDO - A presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96 é relativa, podendo ser afastada pela comprovação da origem do depósito bancário, quando, então, a autoridade autuante submeterá o rendimento outrora omitido às normas específicas de tributação, previstas na legislação vigente à época em que o rendimento foi auferido ou recebido.

MULTA DE OFÍCIO - CONFISCO - Em se tratando de lançamento de ofício, é legítima a cobrança da multa correspondente, por falta de pagamento do imposto, sendo inaplicável o conceito de confisco que é dirigido a tributos

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, QUANTO A PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA POR QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO: Por maioria de votos, rejeitar a

preliminar. Vencidos os Conselheiros Pedro Anan Junior (Relator) e Rafael Pandolfo que acolhiam a preliminar. Designado para redigir o voto vencedor nessa parte o Conselheiro Antonio Lopo Martinez. QUANTO AO MÉRITO: Por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez (Presidente em Exercício e Redator Designado).

(Assinado digitalmente)

Pedro Anan Junior– Relator

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Lopo Martinez, Pedro Anan Junior, Guilherme Barranco De Souza, Marco Aurelio De Oliveira Barbosa, Dayse Fernandes Leite. Ausente justificadamente o conselheiro Fabio Brun Goldschmidt.

## Relatório

Mediante auto de infração de folhas 948 a 982, exige-se do contribuinte acima identificado a importância de R\$ 583.570,34, acrescido de multa de ofício de 75% e juros de mora, relativa ao Imposto de Renda Pessoa Física, exercícios 2003 a 2005, anos-calendário 2002 a 2004.

Os dispositivos legais infringidos constam do respectivo auto de infração. Da *Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is)*, às folhas 949 a 970, verifica-se que a autuação é decorrente de apuração de:

Omissão de Rendimentos Caracterizada por Depósitos Bancários com Origem Não Comprovada — Anos-calendário 2002 a 2004;

Omissão de Rendimentos do Trabalho com Vínculo Empregatício Recebidos de Pessoa Jurídica — Anos-calendário 2003 e 2004;

Omissão de Rendimentos Recebidos a Título de Resgate de Contribuições de Previdência Privada e Fapi — Ano-calendário 2004;

Omissão de Ganhos de Capital na Alienação de Bens e Direitos — Anos-calendário 2003 e 2004;

Dedução Indevida de Dependente — Ano-calendário 2004;

Dedução Indevida de Despesas Médicas — Anos-calendário 2002, 2003 e 2004;

Dedução Indevida de Despesa com Instrução — Ano-calendário 2004;

Dedução Indevida de Previdência Privada/Fapi — Ano-calendário 2002.

Encerrando os trabalhos fiscais, a autoridade lançadora elaborou Representação Fiscal Para Fins Penais, protocolizada sob o nº 11516.006354/2007-59, por haver indícios de crime contra ordem tributária.

Inconformado com o lançamento, o contribuinte apresenta a impugnação de folhas 996 a 1.025, na qual expõe suas razões de contestação.

Sob o título *Dos Fatos Supervenientes*, às folhas 997 a 1000, o impugnante esclarece que é alvo de fiscalização nos processos administrativos fiscal nº 11516.005389/2007-71, 11516.005642/2007-96, 11516.005445/2007-77 e 11516.005429/2007-84, conjuntamente com as empresas MEAT PLUS ALIMENTOS LTDA. e CB DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. ME. E, portanto, solicita que seja acostado aos autos cópia integral dos referidos procedimentos sob pena de violação ao artigo 359 do CPC.

Argumenta o contribuinte que as movimentações financeiras se confundem entre as empresas Meat Plus, CB Distribuidora, e entre as pessoas físicas, Pedro Luiz da Silva, Daniel Monrando, Matias Morando, entre outros. Explica que, muitas vezes, uma determinada quantia migrava de uma conta bancária para outra, senão através de operações financeiras uma empresa saldava débitos, ou percebia créditos de outras, ante a parceria administrativa, financeira, gerencial comandada por Daniel Morando, sócio de fato e pai de Matias Morando.

O contribuinte alega que, embora conste como sócio administrador das pessoas jurídicas já indicadas, não possuía plenos poderes como indicam formalmente os contratos sociais; era responsável apenas pelas atividades comerciais da empresa Meat Plus, atuando como mero funcionário. Afirma que foi vítima da Daniel Morando, que utilizou suas contas bancárias e das empresas para realizar movimentações financeiras.

Na empresa CHAPOLIN, o contribuinte alega que não era diferente, ou seja, a administração e propriedade era de fato de Daniel Morando, constando o contribuinte no quadro social.

O impugnante alega que, conforme informações apresentadas, a Meat Plus não possuía bens, e somente a CB Distribuidora possuía patrimônio. Inclusive, o imóvel onde funcionava a CB Distribuidora foi adquirido pelo sócio e administrador de fato das empresas, Daniel Morando, que em ato contínuo à compra constituiu a empresa FLORIGEL DISTRIBUIDORA, sucessora, aparentemente da Meat Plus e CB Distribuidora.

Argumenta o contribuinte que somente quem obteve aumento de capital foi Daniel Morando. Afirma que não obteve aumento de capital ou omitiu renda, pois não foi o sujeito passivo da obrigação tributária, tendo sido posto para figurar nos contratos sociais como proprietário ou administrador.

Ressalta o contribuinte que o volume das movimentações bancárias entre as empresas Meat Plus e CB Distribuidora, além das pessoas físicas indicadas, não era superior a receita.

No item *III*, denominado *Preliminares*, o contribuinte apresenta oito preliminares. Na primeira preliminar, sob o título *Da não fixação de prazo máximo e/ou prorrogação sem a cientificação do sujeito passivo/procedimento viciado*, às folhas 1000 a 1001, o contribuinte alega que a autoridade fiscal não fixou prazo para conclusão das diligências e/ou não respeitou o prazo máximo, estabelecido no artigo 196 do CTN, encontrando-se viciado o lançamento, sendo nulo em sua integralidade. Pugna o contribuinte que a autoridade fiscal traga aos autos cópia integral do procedimento administrativo, sob pena de afronta ao artigo 359 do CPC.

Como segunda preliminar — *Da ilegitimidade do impugnante/Pedro Luiz, e da inexistência de solidariedade nos processos nº 11516.005389/2007-71, 11516.005642/2007-96, 11516.005445/2007-77, 11516.005429/2007-84, e da relação (in)direta entre os valores apurados de IRPF*, às folhas 1001 a 1004, o contribuinte alega que apesar de constar como proprietário e administrador nos contratos sociais das empresas, nunca ocupou ou teve proveitos correspondentes às prerrogativas que lhe foram atribuídas formalmente, pois como proprietário e administrador detrato figurava Daniel Morando

Argumenta o contribuinte que, pelo princípio da verdade real, deve ser atribuído a Daniel Morando a situação de contribuinte responsável, em vista de a capacidade tributária passiva depender de estar o indivíduo regularmente inserido no contrato social, quando sua participação de fato é evidente, somado a atos de gestão, participação nos lucros. Em sua defesa cita jurisprudência do Conselho de Contribuinte do Ministério da Fazenda.

O contribuinte afirma que não é pessoalmente responsável pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias contraídas pelas pessoas jurídicas citadas, porque exige-se para aplicação da exegese do artigo 135, inciso II do CTN, a condição evidente de prática de atos de direção ou gerência.

Afirma que, por analogia, sendo os valores encontrados nas contas do impugnante pertencentes à pessoa jurídica, não resta dúvida que inexistiu aumento de capital ou omissão de renda do contribuinte, sendo as pessoas jurídicas e seu administrador, proprietário e gerente de fato, Daniel Morando, o efetivo devedor do fisco. Alega, portanto, que não se pode cogitar sua responsabilidade (solidária) por eventuais créditos em desfavor das pessoas jurídicas. Cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em seu favor.

O contribuinte lembra que, na dicção do artigo 121, parágrafo único, inciso I, do CTN, o sujeito passivo é a pessoa que tenha relação jurídica pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador. Assim, entende que não é parte legítima para configurar como sujeito passivo da obrigação tributária nos processos administrativos nº 11516.005389/2007-71, 11516.005642/2007-96, 11516.005445/2007-77, 11516.005429/2007-84, e como as movimentações financeiras encontradas em suas contas pessoais têm como origem atividades voltadas às pessoas jurídicas já indicadas, não há que se alvitrar um aumento de capital ou omissão de receita.

Na terceira preliminar, denominada *Obtenção de Provas por Meios Ilícitos — Quebra de Sigilo Bancário*, às folhas 1005 e 1006, o contribuinte alega que não forneceu dados bancários, tampouco autorizou a quebra de sigilo em seus dados bancários, portanto, a obtenção dos dados bancários se deu de forma ilícita, em nítida quebra de sigilo bancário. Em sua defesa cita o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Alega o contribuinte que, somente o poder judiciário, respeitando o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, poderia eximir as instituições financeiras do dever de sigilo em relação às matérias arroladas em lei, como determina jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Desta forma, defende o contribuinte que o lançamento em litígio é nulo em sua integralidade.

Como quarta preliminar, o contribuinte alega, sob o título *Da Duplicidade do Crédito Lançado pela Autoridade Fiscal*, às folhas 1006 e 1007, que o crédito constituído/arbitrado correspondente ao IRPJ (nos processos administrativos 11516.005389/2007-71, 11516.005642/2007-96, 11516.005445/2007-77, 11516.005429/2007-84, em nome de Meat Plus Alimentos Ltda. e CB Distribuidora de Alimentos Ltda.ME) corresponde ao mesmo fato gerador do IRPF, pois os valores que circularam nas contas da pessoa física do contribuinte correspondem a operações das pessoas jurídicas citadas.

Em sua defesa, cita os artigos 114, 115 e 116 do Código Tributário Nacional. Argumenta o contribuinte que; se eventualmente tiver que arcar com os créditos impugnados em todos os procedimentos administrativos, como sujeito passivo solidário ou contribuinte, suportará quantias em duplicidade, ocasionando nítido *bis in idem*, uma vez que restam evidentes o estabelecimento paralelo do IRPJ e do IRPF decorrentes do mesmo fato gerador.

Na quinta preliminar — *Da Impossibilidade da Aplicação de Multa/Vício do Lançamento*, às folhas 1008 e 1009, o contribuinte alega a nulidade do lançamento ou, alternativamente, que seja declarada indevidamente a aplicação de multa por entender que a autoridade fiscal não pode aplicar a penalidade, somente propor a sua aplicação. Argumenta que, por meio do contraditório e da ampla defesa, a autoridade julgadora deve tomar a decisão de aplicação da multa de ofício.

Neste sentido, o contribuinte cita Ruy Barbosa Nogueira que entende que "o agente fiscal não pode mesmo aplicar a penalidade, mas simplesmente propor a sua aplicação, de maneira que apenas mediante contraditório possa ser tomada a decisão por autoridade fiscal julgadora".

Como sexta preliminar, o contribuinte alega, sob a denominação *Da Nulidade ante a Ausência da Forma de Cálculo*, às folhas 1009 e 1010, que o *Termo de Verificação, Demonstrativos de Multa e Juros de Mora e o Auto de Infração* e seus anexo não demonstram em detalhes a forma de calcular os juros de mora, encargos e atualização monetária.

O contribuinte argumenta que, como explica José da Silva Pacheco, deve estar expresso no termo de autuação: o valor originário, os juros que incidem sobre o valor originário do débito, os demais encargos previstos em lei e a atualização monetária. Defende o contribuinte que não basta mencionar a legislação e lançar número, mas obrigatoriamente o valor dos juros de mora e o valor dos encargos em seus valores originários com as respectivas descrições minuciosas acerca dos cálculos, pois ao contrário é impossível ao contribuinte exercer preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Desta forma, o contribuinte alega a nulidade do lançamento. No sétimo item das preliminares — *Da Nulidade Por Vício do Lançamento*, às folhas 1010 a 1012, o contribuinte alega que o lançamento em litígio "traz em sua constituição impossibilidade de se tornar líquido, individualizado e certo, considerando-se que o Fisco não apresentou elementos que pudessem ensejar o referido ato fiscal, senão seu arbitrário posicionamento".

O contribuinte defende que o instituto do lançamento, concebido pelo artigo 142 do CTN, tem a função de formalizar a pretensão da Fazenda Pública, com aferição de todos os aspectos da hipótese de incidência, identificando a matéria tributável, suas coordenadas de tempo e lugar, sua dimensão valorativa, aspectos estes não identificáveis no lançamento em discussão.

Defende o contribuinte que todas essas providências estão voltadas para que o sujeito ativo possa exercitar sua pretensão, exigindo o tributo do sujeito passivo, quer administrativamente ou judicialmente, o que se apresenta de forma incompleta e obscura no caso latente.

O contribuinte argumenta, ainda, que as razões legais que determinam o lançamento está de forma correta nos autos, cerceando o poder de defesa do contribuinte, a ampla defesa e o contraditório, tomando difícil a averiguação dos números alcançados pelo fisco em seus cálculos matemáticos, haja vista que o levantamento efetuado na contagem não pode ser tido como correto.

No oitavo e último item das preliminares, o contribuinte alega, sob o título *Do Lançamento Insanável*, às folhas 1012 a 1014, que não há embasamento fático para o lançamento, nem conseqüentemente para a constituição do crédito tributário, uma vez que a autoridade fiscal não comprovou a materialidade concreta e efetiva de uma possível ilegalidade por parte do contribuinte. Defende que não pode ser apenado por alegações decorrentes de mera presunção simples, sem provas que venham a materializar o dito lançamento tributário.

Neste sentido, o contribuinte alega, com base no artigo 333 do Código de Processo Civil, que, para configuração do fato gerador, compete ao poder público, de modo privativo e obrigatório, a comprovação da existência de todos os elementos componentes do fato, sob pena de mera presunção. O ônus de comprovar os fatos, no entender do contribuinte, é de quem alega, ou seja, do fisco.

A fim de sustentar sua alegação, o contribuinte cita o artigo 142 do CTN concluindo que, se inexistiu um levantamento correto, a base de cálculo auferida também está incorreta. Explica que, no caso analisado, o valor determinado pela autoridade fiscal não está apto para que seja aplicado um percentual para determinação de suposto tributo não recolhido e/ou devido, pois a base de cálculo assim como a alíquota são elementos da categoria técnico jurídico da quantificação.

No mérito, o contribuinte alega, primeiramente, no tópico denominado *Da Inconstitucionalidade da Taxa Selic*, às folhas 1015 a 1021, por razões de variada ordem, que a incidência da taxa Selic sobre os créditos apurados pela autoridade lançadora é ilegal e inconstitucional.

No segundo tópico das questões de mérito — *Da Inaplicabilidade da Multa*, às folhas 1021 a 1025, o contribuinte alega que a penalidade em 150% e 75% do valor decorrente da obrigação tributária é nitidamente confiscatória, sendo inconstitucional sua aplicação.

Requer o contribuinte a redução da multa de ofício para 2%, em conformidade com o Código de Defesa do Consumidor.

Em sua defesa, cita jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. No tópico denominado *Dos Pedidos*, à folha 1025, o contribuinte pugna pela produção de todos os gêneros de provas admitidos em direito e requer a juntada de novos documentos, tendo em vista as buscas incessantes do contribuinte para comprovar as teses apresentadas, em especial buscando formas de obter os documentos contábeis das empresas que estão sob a posse de Daniel Morando.

A DRJ ao analisar a impugnação interposta pelo contribuinte por unanimidade de votos negou provimento através do acórdão 07-15.421, de 13 março de 2009, conforme ementa abaixo transcrita:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA*

*FÍSICA - IRPF*

*Ano-calendário: 2002, 2003, 2004*

*DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. NÃO COMPROVADA ORIGEM.*

*Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

*DEPÓSITOS BANCÁRIOS. SUJEITO PASSIVO.*

*O titular da conta de depósito mantida junto à instituição financeira é o sujeito passivo da tributação da omissão de rendimentos representada por valores creditados na referida conta.*

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Exercício: 2002, 2003, 2004*

*PRELIMINAR DE NULIDADE. FISCALIZAÇÃO.*

*PRAZO. PRORROGAÇÃO.*

*O prazo inicialmente previsto no MPF para sua execução pode ser prorrogado tantas vezes quantas forem necessárias por meio de registro eletrônico.*

*PRELIMINAR. NULIDADE. DESCRIÇÃO DOS FATOS. DISPOSITIVOS LEGAIS. REGULARIDADE.*

*A existência no auto de infração de descrição dos fatos e indicação dos dispositivos legais que regulam a tributação realizada, infirma a arguição de nulidade do lançamento.*

*PRELIMINAR DE NULIDADE. LEVANTAMENTO DA MATÉRIA TRIBUTÁVEL. INCORRETA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO.*

*A existência de incorreções no levantamento da matéria tributável ou na incorreta aplicação da legislação, por parte da autoridade lançadora, não demanda a declaração de nulidade do lançamento como um todo, mas simplesmente sua improcedência (no todo ou em parte).*

*PRELIMINAR. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA IRREGULAR. NÃO OCORRÊNCIA.*

*Resguardado o sigilo na forma da legislação aplicável, a obtenção de informações bancárias (extratos bancários) por parte do fisco, dentro dos parâmetros legalmente estabelecidos, não se constitui em quebra irregular do sigilo bancário.*

*DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS.*

*As decisões administrativas proferidas por Conselhos de Contribuintes não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão aquela objeto da decisão.*

*DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.*

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

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO*

*TRIBUTÁRIO*

*Ano-calendário: 2002, 2003, 2004*

*PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. ONUS PROBANDI A CARGO DO CONTRIBUINTE.*

*A comprovação da origem dos depósitos bancários no âmbito do artigo 42 da Lei n-2 9.430/96 deve ser feita de forma individualizada (depósito a depósito), por via de documentação hábil e idônea.*

*PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.*

*As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.*

*MULTA. LANÇAMENTO. AFRF COMPETÊNCIA.*

*Compete privativamente a ocupante de cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil a constituição de crédito tributário, incluindo penalidades aplicáveis, por meio de lançamento, relativamente aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

*MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA*

*Sobre os créditos tributários apurados em procedimento conduzido ex officio pela autoridade fiscal, aplicam-se as multas de ofício previstas na legislação tributária.*

*ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E  
INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS  
INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.*

*As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.*

Devidamente cientificado dessa decisão, o contribuinte apresenta tempestivamente recurso voluntário onde reitera os argumentos da impugnação.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Pedro Anan Junior

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade portanto deve ser conhecido.

Antes de adentrarmos ao mérito devemos analisar as preliminares suscitadas pelo Recorrente. Gostaria de destacar que o recorrente só recorreu da parte do lançamento referente a omissão de rendimentos decorrente de depósito bancário de origem não comprovada.

### Nulidade Violação Sigilo Bancário

A primeira preliminar a ser analisada diz respeito ao nulidade parcial do lançamento tendo em vista que a autoridade fiscalizadora, teria fundamentado o auto no artigo 42 da Lei 9.430, de 1996, onde teria ocorrido omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada.

Por sua vez o Recorrente alega que tais informações só poderiam ser obtidas através de decisão judicial, desta forma teria ocorrido quebra no seu sigilo bancário de forma inadequada.

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. 47, 50, 52, 54, 56, 58, 60, 62, 64, 68 e 70 do e-processo), 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 BANCARIOS – 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 proteger<sup>1</sup>.

Ocorre que não só as provas obtidas ilicitamente são vedadas, como também aquelas que delas se derivam. A doutrina do “*fruit of the poisonous tree*”, ou simplesmente “*fruit doctrine*” – “*fruto da árvore envenenada*”, aplicada primeiramente na jurisprudência americana (*caso Silverthine Lumber Co. v. United States*), estabelece que as provas obtidas por meios ilícitos contaminam aquelas delas decorrentes. Assim, tanto as conclusões decorrentes dos dados bancários obtidos através da quebra ilegal do sigilo, quanto os outros elementos probatórios que deles originam-se, são fruto da prova que restou contaminada pela ausência de requisição prévia ao poder judiciário para quebra do sigilo bancário.

Como visto, a finalidade do art. 30, da Lei nº 9.784/99 é coibir os abusos estatais através da inutilização dos efeitos dos atos ilícitos cometidos por seus agentes. Dessa forma, qualquer prova que tenha sido produzida à margem do critério definido pelo STF revela-se estéril ao nascimento válido da obrigação tributária.

Na hipótese, somente foi possível a constituição do crédito tributário com base no art. 42 da Lei nº 9.430/95, através das provas obtidas junto às instituições financeiras por meio de quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial ou do titular da conta bancária. Ou seja, se a fiscalização não houvesse expedido a RMF, não teria concluído pela omissão de rendimentos, e não teria lavrado o auto de infração sob esse argumento.

Sendo assim, entendo que as seguintes infrações devem ser excluídas, pois carecem de materialidade obtida no seio de um devido processo legal (conforme entendimento adotado pelo STF):

Diante do exposto acolho a preliminar de nulidade parcial suscitada pelo Recorrente.

No que diz respeito as demais preliminares suscitadas pelo Recorrente, entendo que não merece reparos a decisão da DRJ, pois não assiste razão ao contribuinte as sus alegações.

### **Mérito**

## **OMISSÃO DE RENDIMENTOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS – PRESUNÇÃO.**

Parte do auto de infração elaborado pela autoridade lançadora teve como base o artigo 42, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.430, de 1996:

---

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

*“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.*

*§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.*

*§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.”*

Nos termos da referida norma legal presume-se omissão de rendimentos 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.

No presente caso foi comprovado através de documentação e provas que a Contribuinte é titular das contas bancária, sendo que o lançamento foi efetuado a partir da presunção relativa de omissão de rendimentos calcada em depósitos bancários de origem não demonstrada, nos termos artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Não houve demonstração por parte da Contribuinte através de provas hábeis, a origem dos valores depositados na sua conta bancária, sendo que o mesmo foi intimado para demonstrar que os valores depositados em sua conta bancária não representam rendimentos omitidos, o contribuinte alega que tais valores seriam de titularidade de duas pessoas jurídicas portanto não seriam de sua titularidade, mas não traz aos autos nenhuma prova para demonstrar o alegado.

Desta forma verifica-se que os depósitos bancários que formaram a base de cálculo do auto de infração são valores que foram movimentados e não foram oferecidos a tributação, não havendo nenhuma evidência de que alguma dessas importâncias foram declaradas pela Contribuinte ou têm natureza isenta, uma vez que a Contribuinte nada trouxe para esclarecer e comprovar a origem dos referidos depósitos.

Podemos concluir que o Contribuinte não conseguiu demonstrar que não houve omissão de rendimentos, pois não apresentou nenhum documento ou prova que comprovariam que os depósitos efetuados em sua conta bancária possuíam origem isenta ou já submetida à tributação. Simplesmente alega que os valores objeto do auto de infração não são de sua titularidade.

Desta forma, é devida a presente tributação com base em depósitos bancários de origem não comprovada.

## MULTA DE OFÍCIO – CONFISCO

Em se tratando de lançamento de ofício, é legítima a cobrança da multa correspondente, por falta de pagamento do imposto, sendo inaplicável o conceito de confisco que é dirigido a tributos

Incabível se falar em confisco no âmbito das multas pecuniárias. O princípio constitucional do não-confisco se aplica, apenas, aos tributos.

## APLICAÇÃO DA TAXA SELIC

No que diz respeito ao argumento da indevida aplicação da SELIC como juros de mora, entendo que o mesmo não procede, uma vez que o artigo 13, da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995 prevê a sua aplicação sobre os tributos em atraso:

*Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei nº 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei nº 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.*

Desta forma, como a cobrança em auto de infração dos juros de mora (calculados pela Taxa SELIC) decorre da aplicação de dispositivos legais vigentes e eficazes na época de sua lavratura. Em decorrência dos princípios da legalidade e da indisponibilidade, os referidos dispositivos legais são de aplicação compulsória pelos agentes públicos, até a sua retirada do mundo jurídico, mediante revogação ou resolução do Senado Federal que declare sua inconstitucionalidade

Além do mais tendo em vista a Súmula nº 04 do CARF, a aplicação da SELIC é devida aos débitos administrados pela Receita Federal do Brasil:

*Súmula 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*

Desta forma, não procede o argumento apresentado pelo contribuinte no que diz respeito a essa matéria.

Diante do exposto, conheço do recurso, rejeito as preliminares suscitadas pelo recorrente e no mérito nego provimento.

(Assinado Digitalmente)

Pedro Anan Junior - Relator

## Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Redator designado

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

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

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

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

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

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

*(...)*

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

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

*II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas às*

*normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;*

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

Desta forma, dentro dos limites estabelecidos pelos textos legais que tratam o assunto, os Auditores-Fiscais da Receita Federal poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, desde que houver processo fiscal administrativo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. Devendo ser observado que os documentos e informações fornecidos, bem como seus exames,

devem ser conservados em sigilo, cabendo a sua utilização apenas de forma reservada, cumprido as normas a prestação de informações e o exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, a que alude a lei, não constitui, portanto, quebra de sigilo bancário.

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

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

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

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

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

(Assinado Digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Redator Designado