



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

<b>Processo nº</b>	12448.728991/2011-80
<b>Recurso nº</b>	Voluntário
<b>Acórdão nº</b>	<b>2202-002.629 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária</b>
<b>Sessão de</b>	15 de abril de 2014
<b>Matéria</b>	IRPF
<b>Recorrente</b>	GILSON GILBERTO MOREIRA ESTEVES DIAS PEREIRA
<b>Recorrida</b>	FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2007

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

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 - PRESUNÇÃO LEGAL - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA.**

Conforme art. 42 da Lei n. 9.430/96, será presumida a omissão de rendimentos toda a vez que o contribuinte, titular da conta bancária, após regular intimação, não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados em suas contas de depósito ou de investimento. Em tal técnica de apuração o fato conhecido é a existência de depósitos bancários, que denotam, *a priori*, acréscimo patrimonial.

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

Deve o contribuinte comprovar individualizadamente a origem dos depósitos bancários feitos na 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.

**CONTA CORRENTE - CO TITULARES - INTIMAÇÃO - NECESSIDADE  
- SÚMULA CARF Nº 29.**

Súmula CARF nº 29: Todos os co-titulares da conta bancária devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, sob pena de nulidade do lançamento.

**MULTA AGRAVADA. DEPÓSITO BANCÁRIO.**

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

Recurso Voluntário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por maioria de votos, rejeitar a preliminar. Vencidos Rafael Pandolfo (Relator) e Pedro Anan Junior que acolhiam a preliminar. Designado para redigir o voto vencedor nessa parte o Conselheiro Antonio Lopo Martinez. QUANTO AO MÉRITO: por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir da omissão apurada o valor de R\$ 2.713,60, bem como para desaggravar a multa de ofício, reduzindo-a do percentual de 112,5% para 75%.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator.

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Lopo Martinez (Presidente em exercício), Pedro Anan Junior, Guilherme Barranco de Souza (suplente convocado), Marco Aurelio de Oliveira Barbosa (suplente convocado), Dayse Fernandes Leite (suplente convocada) e Rafael Pandolfo.

## Relatório

### 1 Procedimento de Fiscalização

Em sede de procedimento de fiscalização em nome do genitor do recorrente, identificou-se a sua co titularidade de contas-corrente e conta-poupança. As informações foram obtidas por meio da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF (fls. 111, 114 e 212 do e-processo). Nesse contexto, foi iniciado procedimento fiscal em nome do recorrente, conforme Mandado de Diligência nº 07.1.08.00-2011-00682-5, posteriormente convertido em mandado de Procedimento de Fiscalização nº 07.1.0800-2011-01715-0.

O recorrente foi intimado por três vezes (fls. 10-24 do e-processo), para comprovar a origem dos valores creditados/depositados nas contas mantidas junto ao Banco ABN Amro Real, referente ao ano-calendário 2007, conforme lista anexa à impugnação.

Em 29/06/10, juntou extratos bancários em relação ao ano-calendário de 2007 (fls. 28-110).

A autoridade administrativa deu por encerrado o procedimento de fiscalização, pois não ficou comprovada a origem dos depósitos.

### 2 Auto de Infração

Foi lavrado, em 28/06/11 (fls. 213-228 do e-processo), Auto de Infração relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, ano-calendário de 2007, apurando crédito tributário no valor de R\$ 1.345.508,58, incluindo imposto, juros de mora e multa de 112,5%. A infração imputada foi omissão de rendimentos caracterizada por depósitos de origem não comprovada.

A multa de ofício de 75% foi agravada em 50% pela falta de apresentação de qualquer resposta durante o curso da ação fiscal.

### 3 Impugnação

Inconformado com a autuação, o recorrente apresentou impugnação tempestiva (fls. 246-264), esgrimindo os seguintes argumentos:

- a) a presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 atenua a carga probatória associada ao fisco, mas não autoriza a autoridade a proceder da forma que bem entender;
- b) a despeito do disposto no art. 42, § 6º, da Lei nº 9.430/96, a Fiscalização excluiu a responsabilidade da co titular das contas, Sra. Darcy Moreira Esteves Dias Pereira, caracterizando ofensa à Súmula nº 29 do CARF. Ademais, o recorrente juntou documento que atesta a co titularidade da referida conta bancária no antigo Banco ABN Amro Real (fls. 266-270 do e-processo);

- CÓPIA
- c) sua família possui uma borracharia em nome de três correntistas (o recorrente, seu pai e sua mãe), sendo costume a concessão de empréstimos a pessoas de seu círculo social e comercial. Parte da receita considerada omitida correspondia a pagamentos de prestações devidas pelos mutuários, valores que atingem o montante de R\$ 2.012.285,44. O contribuinte juntou contratos de mútuo e anexou planilha de fluxo de valores (fls. 273-283 do e-processo);
  - d) não obteve, durante a fiscalização, acesso aos contratos de mútuo já adimplidos. Contudo, uma vez que os junta em sede de impugnação, reitera a inexistência de prejuízo, em razão do disposto nos arts. 15 e 16 do Decreto nº 70.235/72;
  - e) os pagamentos de empréstimos eram realizados por meio de depósitos de cheques de terceiros;
  - f) a autoridade administrativa era incompetente para lavrar o Auto de Infração, uma vez que não foi responsável pela emissão de RMF, conforme disposto na Lei Complementar nº 105/01 e no Decreto nº 3.724/01. O Auto de Infração, nesse contexto, conforme art. 59 do Decreto nº 70.235/72, deve ser anulado;
  - g) o relatório fiscal descreve que o recorrente não ofereceu resposta ao procedimento de fiscalização, agravando a multa de 75% para 112,5%. Contudo, constata-se das fls. 28 a 110 que o recorrente apresentou uma série de extratos bancários. Ademais, é consolidada a jurisprudência de que só pode incidir majoração da multa quando eventual relutância do sujeito passivo é de tal ordem que subtrai do Fisco informações necessárias para a apuração do crédito tributário. No caso, a falta de atendimento à solicitação não prejudicou a ação fiscal, pelo contrário, em razão da documentação apresentada pelo pai do recorrente, bem como pela obtida por meio de RMF, foi possível constituir o crédito tributário. Há jurisprudência do CARF nesse sentido;
  - h) o art. 19, § 2º, da Lei nº 3.470/58 afasta a aplicação da multa agravada em situações como aquelas em que o sujeito passivo deixa de apresentar documentos que são de emissão e posse de terceiros, como é o caso dos extratos bancários.

Por fim, o recorrente anexou:

- a) atestado e extratos bancários emitidos pelo Banco Santander (fls. 266-272 do e-processo);
- b) edital de divulgação de incorporação do Banco Real pelo Banco Santander;
- c) contratos de mútuo (fls. 273-283 do e-processo).

#### **4 Acórdão de Impugnação**

A impugnação foi julgada improcedente, por unanimidade, pela 2ª Turma da DRJ/RJ2 (fls. 300-305), mantendo-se o crédito tributário exigido. Na decisão, foram alinhados os seguintes fundamentos:

- a) não houve mácula ou vício formal na elaboração e emissão de RMF, sendo o delegado da DRJ Rio II autoridade competente para o ato, conforme disposto no Decreto nº 3.742/01. No âmbito dos impostos e contribuições administrado pela RFB, a autoridade administrativa que detém a competência exclusiva para execução do lançamento tributário é o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil – AFRFB, nos termos do art. 7º da Lei nº 2.354/85;
- b) a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96 é “*juris tantum*”, que admite prova em contrário. Tal presunção provoca inversão do ônus da prova, que vai para o contribuinte;
- c) quanto à alegação de titularidade em conjunto da Sra. Darcy Moreira Esteves Dias Pereira, essa não procede, uma vez que as provas levam à conclusão de que a titularidade das contas era do recorrente e de seu progenitor. Os documentos trazidos pelo recorrente, do mesmo modo, não comprovam a titularidade alegada;
- d) quanto à alegação de celebração de mútuos com pessoas físicas, as cópias de contratos juntadas não comprovam a origem de nenhum dos depósitos efetuados em conta de titularidade do recorrente e de seu pai. Os contratos foram registrados somente em 2011, e não foi comprovado nenhum vínculo entre as importâncias hipoteticamente emprestadas pelo pai do recorrente a terceiros e os depósitos ocorridos no ano-calendário 2007;
- e) o agravamento da multa depende do não atendimento, pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para apresentar esclarecimentos, hipótese configurada no caso, uma vez que o recorrente não respondeu às intimações expedidas;
- f) ao contrário do alegado, nos termos do art. 4º, § 2º, do Decreto nº 3.724/01, o Fisco não pode solicitar diretamente informações às instituições financeiras, sem antes solicitá-las ao contribuinte;
- g) os extratos bancários da conta de titularidade do contribuinte são documentos cuja guarda encontra-se sob responsabilidade do mesmo, o que enseja a inaplicabilidade do art. 19, § 2º, da Lei nº 3.470/58.

## 5 Recurso Voluntário

Ciente em 02/04/12 (fl. 362), o recorrente interpôs recurso voluntário, tempestivamente, em 27/04/12 (fls. 314-358), repisando os argumentos da impugnação e acrescentado os seguintes:

- a) o Órgão Julgador confundiu jurisdição e competência. A primeira é da autoridade fiscal para aplicar o direito no âmbito de determinado limite

territorial. A segunda é o limite do exercício da primeira. Nesse contexto, todos os delegados da DRF têm competência para expedir RMF, mas têm jurisdição limitada à circunscrição de sua DRF. No presente caso, o delegado da DRF/RJOII não detinha jurisdição para expedição de RMF, pois o MPF foi emitido por delegado da DRF/RJOI. Sendo assim, o Auto de Infração é nulo, pois baseado em RMF lançado por autoridade incompetente;

- b) o atestado emitido pelo Banco Santander, anexado à impugnação, dispõe sobre a titularidade conjunta do recorrente e seus pais da conta nº 010589462. Cumpre salientar, que a alusão à “antiga conta” refere-se à conta mantida junto ao Banco Real, posteriormente incorporado pelo Banco Santander;
- c) o direito tributário deve ater-se à verdade material. A autoridade fiscal teve 595 dias para investigar os fatos: tempo suficiente para aprofundar a investigação;
- d) quanto ao fato dos extratos bancários não colocarem a Sra. Darcy como co titular das contas, destaca-se que o modelo de extrato do Banco Santander não retrata todos os titulares, de modo que tampouco o nome do recorrente consta nos referidos extratos. O atestado trazido aos autos é idôneo para provar a alegada titularidade conjunta;
- e) o fato do recorrente alegar que é co titular da conta corrente, não exclui a possibilidade de sua progenitora ser titular também. Ademais, a Fiscalização não pode se utilizar de declaração de terceiro em outro processo, pois caracteriza prova emprestada, que demanda autorização específica;
- f) para a validade do lançamento, é necessária a intimação de todos os titulares da conta corrente para prestação de esclarecimentos;
- g) se não há nenhum meio de prova específico estabelecido em lei de regência da matéria, a origem dos depósitos pode ser comprovada por qualquer documentação hábil e idônea, de modo que não há restrições para comprovação da titularidade (art. 332 do CPC). Quanto ao atestado apresentado pelo Banco Santander, o recorrente teve que escolher entre os modelos existentes, de modo que optou pelo que deixasse mais clara a condição de co titular da Sra. Darcy;
- h) o Órgão Julgador sequer deu atenção ao fato da conta bancária glosada ter sido renumerada, conforme documentos de fls. 267-727;
- i) parte da glosa considerada receita omitida pela autoridade decorria do pagamento de prestações dos mutuários, conforme contratos de mútuo anexados à impugnação, no total de R\$ 2.012.285,44. Essas parcelas eram pagas por meio de depósitos de cheques de terceiros, de acordo com os extratos bancários juntados aos autos. Não há como provar a relação contratual existente senão pela apresentação dos próprios contratos, os quais foram apresentados pelo contribuinte;

- 
- CÓPIA
- j) boa parte da movimentação financeira cuja origem não foi comprovada corresponde às finanças da Sra. Darcy, a qual não foi intimada para prestar esclarecimentos;
  - k) para sua plena validade, os contratos foram registrados. O registro foi efetuado após a ciência do lançamento, justamente para que os documentos pudessem ser trazidos aos autos como prova;
  - l) no caso, a falta de atendimento às intimações não trouxe qualquer empecilho à ação fiscal. Pelo contrário, a resposta do contribuinte teria o condão de afastar a presunção de omissão de receitas. Assim, a conduta do impugnante operou em seu desfavor, não da Fiscalização, de modo que não há fundamento para o agravamento da multa;

## 6 Sobrestamento

Em 19/07/13, através da Resolução nº 2202-000.501 (fls. 648-658 do e-processo), este processo foi sobrestado, conforme orientação contida no § 3º do art. 2º da Portaria CARF nº 001, de 03/01/12, tendo em vista que para alcançar seu desiderato, a Fiscalização utilizou RMF e que a constitucionalidade das prerrogativas estendidas à autoridade fiscal através de instrumentos infraconstitucionais – como a RMF – encontrava-se em análise pelo STF no âmbito do Recurso Extraordinário nº 601.314, que tramitava em regime de repercussão geral.

É o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Rafael Pandolfo

### 1. PRELIMINAR

#### 1.1 Do sobrestamento

O presente processo teve seu julgamento sobrerestado 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 sobrerestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestrar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.***

***§ 2º O sobrerestamento 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 sobrerestamento 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 sobrerestados 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 Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/05/2014 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 30/05/2014 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 29/05/2014 por RAFAEL PANDOLFO

Impresso em 04/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Informação Financeira — RMF (fls. 111-116 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 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 constitucionalidade 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 deônico compatível com a Carta Maior.

Transcreve-se, abaixo, trecho extraído do voto do Relator (acompanhado pela maioria dos demais Ministros), que explicita a técnica de julgamento aplicada:

*Assentando que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários não 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 (Anwendungsfalle) do programa*

*normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal* (MENDES, Gilmar Ferreira, Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. – São Paulo: 2005, pp. 354-355).

Desse modo, conclui-se que:

- a) não existe dispositivo regimental que impeça o julgamento do tema pelo CARF, a partir da revogação realizada pela Portaria nº 545/13;
- b) o STF, ao enfrentar o tema em sede de jurisdição difusa, não declarou a inconstitucionalidade de qualquer enunciado, aplicando a interpretação conforme a Constituição (que dispensou, inclusive, a cláusula de reserva de Plenário exigida pelo art. 97 da CF/88);
- c) não incide o óbice inserido no art. 26 – A do Decreto 70.235/72, pois o deslinde do feito dispensa qualquer reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, conforme desfecho conferido ao tema pelo STF, ao analisar o RE nº 389.808. Pelo mesmo motivo, não se cogita de aplicação da Súmula nº 2 do CARF e do art. 62 – A do Regimento Interno do CARF;
- d) segundo a *interpretação conforme a Constituição* realizada pelo STF (RE nº 389.808), a requisição de informações financeiras é 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 inherente 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

<sup>1</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001  
Autenticado digitalmente em 29/05/2014 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 30/05/2014 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 29/05/2014 por RAFAEL PANDOLFO  
Impresso em 04/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

“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.

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.

### 1.3 Da Nulidade da Expedição da RMF e da Nulidade do Auto de Infração

O recorrente sustenta que o delegado da DRF/RJOII não detinha jurisdição para expedição da RMF, pois o MPF foi emitido por delegado da DRF/RJOI, de modo que o Auto de Infração é nulo, pois baseado em RMF lançada por autoridade incompetente.

Nos termos do Decreto 70.235/72, devem ser anulados os atos que importem em preterição do direito de defesa:

*Art. 59. São nulos:*

*II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*

Quanto à competência para anular o ato, esta está explicitada na Lei 9.784/99:

*Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.*

Além do cerceamento à defesa, podemos referir como causadora de nulidade dos atos administrativos a mudança de motivo determinante, baseando-se na teoria dos motivos determinantes, conforme a doutrina que segue:

*De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de "motivos de fato" falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.*

(DE MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*, 19 ed., Malheiros, p. 376)

*A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. [...] Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.*

(MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 31 ed., Malheiros, p. 197)

O tema não é novo no Judiciário, conforme revela a ementa abaixo transcrita:

*TRIBUTÁRIO. REFIS. ATO ADMINISTRATIVO. EXCLUSÃO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. INVALIDADE.*

1. *A mudança de motivo para o indeferimento é causa de nulidade do ato administrativo, haja vista que a Administração fica vinculada ao motivo anteriormente dado, ficando vedada motivação superveniente.* 2. *Qualquer descompasso entre os motivos determinantes (decisão administrativa) e a realidade fática importa na invalidade do ato administrativo.*

(TRF4 – AC - Rel. Juiza Federal Vânia Hack de Almeida – 2007.71.11.001897-6/RS) (grifei)

No caso, embora a RMF tenha sido expedida pelo delegado da DRF/RJOII, enquanto o MPF foi emitido pelo delegado da DRF/RJOI, não se contata preterição ao direito de defesa do recorrente. Não sendo o Auto de Infração nulo por essa razão.

## 2 MÉRITO

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

### 2.1 Da co titularidade

O contribuinte alega que o Fisco excluiu a responsabilidade da co titular das contas tomadas como base para o lançamento do crédito tributário, Sra. Darcy Moreira Esteves Dias Pereira, caracterizando ofensa à Súmula nº 29 do CARF.

Assiste parcial razão ao contribuinte.

Conforme se depreende do atestado fornecido pelo Banco Santander (fl. 266 do e-processo), a conta corrente nº 9737697-3 (que teve alguns depósitos glosados) é de co titularidade da Sra. Darcy Moreira Esteves Dias Pereira, mãe do recorrente. Desta são co

titulares, além da mãe do recorrente, ele e seu pai. Ocorre que a fiscalização, intimou apenas o contribuinte e seu pai para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados.

O art. 42, da Lei nº 9.430/96 permitiu à Fazenda Nacional lançar Imposto sobre a Renda com base em depósitos bancários, quando, após intimação do contribuinte, não seja comprovada a origem destes rendimentos. Tal disposição criou presunção de renda omitida quando a verdadeira origem dos rendimentos não é elucidada. Contudo, diversos regramentos regem esta prerrogativa, conforme pode ser apreendido da leitura do dispositivo:

*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.*

*§ 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). (Vide Lei nº 9.481, de 1997)*

*§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.*

*§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)*

*§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.*

Verifica-se que somente o recorrente e seu progenitor foram intimados a apresentar esclarecimentos a respeito da conta corrente nº 9737697-3. Ou seja, foi desrespeitado parte do regramento específico que autoriza o lançamento nesta modalidade. A consequência desta falha foi pacificada no âmbito deste Conselho, através da súmula CARF nº 29:

*Súmula CARF nº 29: Todos os co-titulares da conta bancária devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, sob pena de nulidade do lançamento.*

Sendo assim, constatada a irregularidade, é imperativo o reconhecimento de parte do crédito tributário que teve como fundamento a omissão de rendimentos com base em depósitos bancários sem origem comprovada com base nos depósitos efetuados na conta corrente nº 9737697-3. Portanto, os valores abaixo alinhados deverão ser excluídos da base de cálculo.

Conta	Data	Histórico	Valor
C/C 9737697-3	01/06/2007	TRF CC P/CC	R\$ 500,00
C/C 9737697-3	18/08/2007	TRF CC P/CC	R\$ 313,60
C/C 9737697-3	12/09/2007	TRF CC P/CC	R\$ 200,00
C/C 9737697-3	17/11/2007	DEPOSITO/DOC	R\$ 1.000,00
C/C 9737697-3	19/11/2007	TRF CC P/CC	R\$ 700,00

## 2.2 Da Omissão de Rendimentos

Quanto à omissão de rendimentos constatada com base em depósitos bancários sem origem comprovada, sustenta o recorrente 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. Não obstante, 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 (acríscimo 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 nº 9.430, de 1996).*

A aplicação da presunção contida no art. 42 da Lei nº 9.430/96, como se observa, não apresenta maiores dificuldades.

Quanto ao argumento do recorrente de que os valores glosados corresponderiam aos pagamentos de contratos de mútuo estabelecidos com terceiros, o mesmo não deve prosperar. Isto porque, o contribuinte alega que o pagamento desses empréstimos eram realizados por meio de depósitos de cheques de terceiros, e, uma análise atenta dos extratos bancários não corrobora tal alegação, pois o histórico dos valores glosados estão classificados como “DEP POUP C”, “DEP DINH P”, “TED RECEBI”. Ou seja, em nenhum momento houve depósitos originados de cheques. Ademais, o contribuinte não apresenta qualquer outro documento que comprove que os depósitos, de fato, decorriam dos contratos de mútuo firmados com terceiros.

Conforme previsão do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430/96, é necessário comprovar individualizadamente a origem desses recursos, identificando-os como decorrentes

de renda já oferecida à tributação ou como rendimentos isentos/não tributáveis. Trata-se, portanto, de ônus exclusivo do contribuinte:

*§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:*

*I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;*

*II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).*

O recorrente alega genericamente que os depósitos decorreram do pagamento de empréstimos. De maneira que entendo que esse argumento do contribuinte não é suficiente para comprovar a origem dos depósitos feitos na sua conta bancária.

Entendo, portanto, que o total de R\$ 135.643,15 deve ser excluído da base de cálculo do imposto de renda.

## 2.3 Da Multa

A fundamentação do agravamento da multa está retratada na fl. 227 do e-processo, abaixo reproduzida:

*“Conforme anteriormente exposto, o contribuinte tomou ciência por via postal dos Termos de Intimação Fiscal – termos nº 001, 002 e 003 e não apresentou qualquer resposta no curso da ação fiscal, caracterizando o disposto no artigo 44, inciso I, § 2º da Lei 9.430/96, resultando no agravamento da multa de Lançamento de Ofício de 75% para 112,5%”*

A não apresentação de extratos pelo contribuinte não configura fundamento válido para agravamento da multa.

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

*A dois*, tendo em vista que a inéria do recorrente foi suprida pela expedição de RMF e não impediu a constituição do crédito tributário. Entendo que deve ser prestigiada a convincente jurisprudência deste Turma, retratada pelo voto abaixo reproduzido, proferido Conselheira Maria Lúcia de Aragão Calomino Astorga:

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

[...]

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

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

*A três, às fls. 28-110 verifica-se que houve a manifestação do contribuinte não podendo se falar em inércia por parte do mesmo.*

Ante o exposto, VENCIDO NA PRELIMINAR, voto para que seja DADO PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário para ser excluído o total de R\$ 2.713,60 em decorrência da ausência de intimação da co titular e para desagravar a multa de 112,5% para 75%.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator

**Voto Vencedor**

Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ.

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

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

O sigilo bancário sempre foi um tema cheio de contradições e de várias correntes. Antes da edição da Lei Complementar 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 arguido quanto ilicitude da prova por quebra do sigilo bancário.

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ - Redator designado.