



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

**Processo n°** 13312.000312/2007-26  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2202-002.601 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 19 de março de 2014  
**Matéria** IRPF  
**Recorrente** MILTON GUILHERME VERAS  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2002

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.

OMISSÃO DE RENDIMENTO - PRESUNÇÃO LEGAL - DEPÓSITOS BANCÁRIO - FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA

Conforme o art. 42 da Lei n. 9.430/96, será presumida a omissão de rendimento 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 bancário, que denotam, *a priori*, omissão de rendimentos.

ORIGEM DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS - COMPROVAÇÃO INDIVIDUALIZADA - ART. 42, § 3º, LEI Nº 9.340/96.

Deve o contribuinte comprovar individualizadamente a origem dos depósitos bancários feitos em sua conta corrente, identificando-os como decorrente 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.

Recurso voluntário não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, QUANTO A PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA POR QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO: Pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar. Vencidos Rafael Pandolfo (Relator), Fabio Brun Goldschmidt e Pedro Anan Junior que acolhem 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.

(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), Rafael Pandolfo, Pedro Anan Junior, Marcio de Lacerda Martins (suplente convocado), Fabio Brun Goldschmidt, Marcela Brasil de Araujo Nogueira (suplente convocada).

## Relatório

### 1 Procedimento de Fiscalização

Após verificar a incompatibilidade entre os documentos declarados pelo recorrente e os registros das transições bancárias exercidas em suas contas – dados obtidos através de DCPMF entregue pelas instituições financeiras – para o ano-calendário 2002, a Fazenda Nacional decidiu iniciar procedimento de verificação em relação ao IRPF do referido ano-calendário (fl. 09).

O recorrente foi intimado do Termo de Início de Fiscalização em 17/04/06, requisitando a apresentação de: a) extratos bancários de suas contas correntes e de aplicações financeiras, cadernetas de poupança, de todas as contas mantidas por ele, cônjuge e seus dependentes junto a instituições financeiras no Brasil e no exterior, referente ao período de 2002; b) informação quanto a efetuação de transferências de recursos para/do exterior, no período referido, discriminando data, valor, beneficiário no exterior e a destinação da transferência (fl. 08). Ante sua inércia foi reintimado em 12/06/06, 20/07/06 e 23/08/06.

Em resposta, o contribuinte requereu a prorrogação do prazo por 15 dias (fls. 19). Não havendo manifestação no prazo requerido, a autoridade administrativa solicitou a emissão de Requisição de Informação Sobre a Movimentação Financeira (RMF) do recorrente ao Banco do Brasil, ao argumento de que a hipótese enquadrava-se no art. 33 da Lei nº 9.430/66 e da presença de indício de que o titular do direito era interposta pessoa do titular do fato (fls. 20-22).

Os extratos bancários, bem como a fotocópia dos cheques, foram apresentados pelo Banco do Brasil em 08/01/07 (fls. 26/106).

Posteriormente, o recorrente foi intimado (fls. 31-37), em 21/02/07, a comprovar: a) a origem dos valores (R\$ 30.000,00 e R\$ 11.800,00) creditados/depositados durante o ano de 2002, em sua conta nº 010.005.103-0, agência nº 2087-7, do Banco do Brasil; b) a origem dos valores creditados/depositados durante o ano de 2002, em sua conta nº 5.103-9, agência nº 2087-7, do Banco do Brasil (fls. 115-117). Ausente manifestação do recorrente, o mesmo foi reintimado em 23/07/07 e em 28/03/07.

Ante a inércia do recorrente, a autoridade fiscal encerrou o procedimento de fiscalização.

### 2 Notificação do Lançamento

Em 13/06/07, a autoridade administrativa lavrou lançamento de ofício (fls. 129-137), embasado no argumento de que houve omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósitos aos quais o recorrente, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Considerando o período apurado, definiu-se a quantia de R\$ 1.342.853,87 como base de cálculo à qual foi aplicada alíquota de 27,5%. Disto foi deduzida a parcela de R\$ 5.076,90, restando como imposto apurado o valor de R\$ 364.207,91.

O total do crédito tributário constituído foi de R\$ 875.965,44 incluídos Imposto de Renda Pessoa Física, multa de 75% e juros moratórios calculados até 30/04/03.

O contribuinte tomou ciência da notificação em 18/06/07.

A autoridade administrativa lavou, em 27/06/07, Termo de Constatação Fiscal, pois, revisando de ofício o lançamento, constatou a ocorrência de erro de fato na alocação dos valores referentes aos meses de setembro e novembro, qual seja a duplicidade do valor de R\$ 30.000,00 (no mês de setembro) e de R\$ 11.800,00 (no mês de novembro). Diante de tal constatação, solicitou o cancelamento dos créditos improcedentes (fl. 140).

### 3 Impugnação

Indignado com a autuação, o recorrente apresentou impugnação (fls. 143-162) tempestiva, esgrimindo os seguintes argumentos:

- a) a utilização das informações sigilosas, dados bancários, é expressamente vedada pela norma contida no art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96;
- b) não cumpriu com a solicitação de apresentação de extratos bancários do exercício 1999 por entender que o procedimento fiscalizatório foi instaurado irregularmente, desde sua origem, na medida em que teve por base a utilização de informações da CPMF do exercício de 1999, pois o art. 1º da Lei nº 10.174/01 passou a permitir à Receita Federal a utilização de informação da CPMF a partir da sua entrada em vigor, ou seja, a partir de 09/01/01, e por entender que a expressão “sigilo de dados” hospeda a espécie de “sigilo bancário”;
- c) a autoridade administrativa confessa e admite que o Mandado de Procedimento Fiscal foi motivado e instaurado em razão da utilização, por parte da SRF, dos valores de movimentação financeira prestados pelos bancos para identificação dos contribuintes da CPMF;
- d) o legislador explicitou, na parte final do art. 11 da Lei nº 9.311/96, uma expressa proibição a que estariam submetidas as autoridades administrativas, no sentido de impedir a utilização das informações da CPMF em quaisquer procedimentos que tivesse por escopo a “constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos”;
- e) o art. 11 da Lei nº 9.311/96 torna ilegal o Mandado de Procedimento Fiscal instaurado com base nas informações dos valores globais prestados em razão da CPMF;
- f) ao desrespeitar o art. 11 da Lei nº 9.311/96, a autoridade fiscal agiu sem a competência fixada pelo legislador, incidindo em abuso de poder;
- g) a impossibilidade de aplicação retroativa do art. 1º da Lei nº 10.174/01 ao caso, pois em nosso ordenamento jurídico persistem os princípios da

irretroatividade das leis e do *tempus regit actum*, o que deixa claro que o Mandado de Procedimento Fiscalizatório foi irregularmente instaurado;

- h) a afronta ao art. 8º, I, do Pacto de San José da Costa Rica na hipótese de emprestar efeito retrooperante ao art. 11 da Lei nº 9.311/96, uma vez que o referido tratado, retificado pelo Brasil, estabelece a salvaguarda do princípio da irretroatividade;
- i) o sigilo bancário encontra respaldo no art. 5º, X, e XII, da Constituição, na medida em que deve ser considerado como sendo uma das “projeções específicas do direito à intimidade”;
- j) a necessidade de autorização judicial para quebra do sigilo bancário, uma vez que a quebra do sigilo por decisão exclusiva da administração, independente de autorização, não se coaduna com os arts. 2º e 60, §4º, III, c/c os art. 68 e 5º, X e XII, da Constituição;
- k) a legitimidade do lançamento do imposto de renda com base, exclusivamente, em extratos bancários, conforme Súmula nº 182 do TRF;
- l) a inexistência de dolo ou culpa que justifique a cobrança de multa de 75%, uma vez que não houve acréscimo patrimonial.

Anexo à impugnação, foram juntados recibos de compra e venda (fls. 166-210).

#### 4 Impugnação

O lançamento foi julgado procedente pela 1ª Turma da DRJ/FOR, por unanimidade (fls. 215-234), rejeitada a preliminar e, no mérito, julgada improcedente a impugnação. Os fundamentos foram os seguintes:

- a) a autoridade administrativa deve limitar-se à aplicação da lei, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da legalidade ou constitucionalidade da norma legal;
- b) a inexistência de decisão do STF quanto à inconstitucionalidade da Lei Complemente nº 105/01;
- c) com a publicação da Lei nº 10.174/01, a autoridade fiscal pode utilizar dados da CPFM para instaurar procedimento de fiscalização para verificar a regularidade quanto ao recolhimento de IRPF, podendo, inclusive, verificar a regularidade quanto aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 2001, não havendo falar, no caso, em ilegalidade no procedimento de fiscalização e em abuso de poder;
- d) o lançamento foi levado a feito por autoridade competente e dado ao contribuinte o direito de defesa, no momento da apresentação de sua impugnação, e o Auto de Infração cumpriu todas as formalidades estabelecidas no art. 142 do CTN, estando em perfeito acordo com as exigências previstas no art. 10 do Decreto nº 70.235/72;

- e) a inoerência de quebra do sigilo bancário, pois a entrega dos extratos bancários pela instituição financeira, em atendimento à solicitação por meio de RMF, não configura quebrado o sigilo bancário, pois o agente fiscal tem o dever legal da guarda do sigilo fiscal que engloba o sigilo bancário;
- f) o contribuinte, ao ser intimado a apresentar os extratos bancários, entregou-os à fiscalização, em atendimento à solicitação, sendo que a fiscalização, na análise dos extratos bancários, verificou falta de alguns e os requereu por RMF com a finalidade de complementação das informações;
- g) as informações prestadas pelas instituições financeiras sobre o recolhimento da CPMF em nome do recorrente e, conseqüentemente, sobre sua movimentação financeira, e as informações prestadas nos termos e condições estabelecidas nos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º da Lei Complementar nº 105/01, não constituem violação de sigilo bancário;
- h) a ocorrência da hipótese prevista no art. 3º, XI, do Decreto nº 3.724/01 que torna indispensável a utilização dos extratos bancários;
- i) não há falar em provas ilícitas por quebra de sigilo bancário e por violação de um direito individual, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, pois os extratos bancários foram solicitados nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 e do Decreto nº 3.724/01;
- j) a ausência de comprovação, pelo contribuinte, da origem dos recursos aplicados nos depósitos bancários que embasaram o indício de existência de omissão de rendimentos;
- k) a presunção legal de omissão de rendimentos autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento;
- l) a ausência de correlação entre os recibos que demonstram que o recorrente adquiriu pó cerífico e os depósitos com recursos de terceiros, depositados para aquisição de pó cerífico.

## 5 Recurso Voluntário

Notificado da decisão, em 18/04/12, o recorrente, não satisfeito com o resultado do julgamento, interpôs recurso voluntário (fls. 243-260) em 16/05/12, repisando os argumentos da impugnação, e acrescentado os seguintes:

- a) os valores constatados em sua conta corrente são quantias destinadas ao extrativismo vegetal, cera de carnaúba e palha, que advém de valores negociados com trabalhadores rurais, sendo tais valores repassados de forma antecipada pela fábrica de beneficiamento para que lhe seja assegurado a entrega do pó de carnaúba e palha, não perfazendo qualquer aferimento de renda;

- b) se os depósitos representam o marco inicial da investigação, eles não podem sustentar uma presunção legal, posto que além da ausência da correlação natural exigida para sua instituição, considerar os depósitos como rendimento baseado em simples presunção é transferir de forma integral o encargo probatório para o contribuinte, sendo que, para uma pessoa física, quase sempre, no rigor exigido pelo Fisco, essa prova não poderá ser produzida;
- c) conforme art. 42 da Lei nº 9.430/96, o depósito bancário não constitui fato gerador do imposto de renda, não se prestando, portanto a ensejar o lançamento da espécie.

### **6 Do Sobrestamento**

Em 18/09/13, através da Resolução nº 2202-00.543 (fls. 264-272 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.

## Voto Vencido

Conselheiro Rafael Pandolfo

### 1. PRELIMINAR

#### 1.1 Do Sobrestamento

O presente processo teve seu julgamento sobrestado devido ao disposto no § 1º do art. 62-A do Regimento Interno deste Conselho

*Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.*

**§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.**

*§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.*

No presente caso houve utilização, pela Fiscalização, de meios administrativos para quebrar o sigilo bancário do contribuinte (Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira — RMF), sem o crivo prévio do Poder Judiciário. A análise da regularidade dessa prerrogativa, em sede de repercussão geral, é objeto RE nº 601.314, que está sendo julgado no STF sob o regime do art. 543-B, do CPC. Assim, existindo o sobrestamento do tema no STF, o mesmo ocorria no CARF, corolário do dispositivo regimental acima indicado.

Ocorre que, os §§ 1º e 2º do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, acima referidos, foram revogados pelo art. 1º da Portaria nº 545, de 18 de novembro 2013, que abaixo transcrevo:

*Art. 1º Revogar os parágrafos primeiro e segundo do art. 62-A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, publicada no DOU de 23 de junho de 2009, página 34, Seção 1, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais -CARF.*

Dessa forma, foi ordenada a retomada dos julgamentos dos processos que foram sobrestados com fulcro no dispositivo revogado.

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

O crédito tributário debatido no presente recurso tem como fundamento o art. 42, da Lei nº 9.430/95. Para chegar à comprovação da materialidade do tributo — depósitos

bancários sem origem identificada — o Fisco utilizou-se de Requisição de Informações de Informação Financeira — RMF (fls. 16-17), instrumento administrativo que teria como objetivo dar eficácia ao disposto na Lei Complementar nº 105/01, na Lei nº 9.311/96 e no Decreto nº 3.724/01.

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

O julgamento recebeu a seguinte ementa:

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

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

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

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

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

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

O Supremo Tribunal Federal, portanto, ao enfrentar o tema ora apreciado, **não** declarou a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo, nem mesmo a inconstitucionalidade sem redução de texto. Simplesmente, analisando o ordenamento tributário brasileiro, **adotou interpretação conforme a Constituição**, fixando aos enunciados **infraconstitucionais** analisados um conteúdo deontológico compatível com a Carta Maior.

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

*Assentando que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários 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 (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

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

“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. Ao contrário do afirmado pela DRJ na decisão de Primeira Instância, o contribuinte, em momento algum apresentou voluntariamente seus extratos bancários, ou consentiu com a quebra do sigilo, pelo contrário, sempre se manifestou no sentido de que tal situação seria inconstitucional e que as provas oriundas da quebra de sigilo sem prévia autorização judicial deveriam ser reputadas ilícitas. 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.

## **2. MÉRITO: Da Consideração de Depósitos Bancários como Fato Gerador do Imposto de Renda**

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Com a novel legislação acima, a jurisprudência administrativa chancelou as autuações que imputavam aos contribuintes o imposto de renda sobre a omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada. Esse entendimento encontra-se pacificado no âmbito da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Como exemplo, por todos, veja-se o Acórdão nº CSRF/04-00.164 (Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais), sessão de 13 de dezembro de 2005, relatora a Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, unânime, que restou assim ementado:

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

Ao tentar comprovar as origens, o recorrente apresentou recibos de supostos clientes de sua atividade de extrativismo vegetal (fls. 139-185), todavia, os valores informados naqueles recibos não convergem com qualquer valor e data constante na planilha formulada pela fiscalização (fls. 90-91) referente aos depósitos bancários glosados. Assim sendo, não merece prosperar as alegações do contribuinte, pois ausentes provas que as corroborem. Além do mais, o recorrente simplesmente imputou todas as quantias como decorrentes de extrativismo vegetal, não tendo as comprovado de forma individualizada conforme previsão

legal. Quanto à forma de comprovação individualizada, é a própria Lei nº 9.430/96 que institui este dever, na redação do §3º de seu art. 42:

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

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

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

Ante o exposto, voto por ACOLHER a preliminar para cancelar o auto de infração em decorrência da ilicitude das provas que o embasaram, e no mérito, NEGAR provimento ao Recurso Voluntário.

(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 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, acompanhado o Conselheiro Relator nas demais questões.

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ - Redator designado.