



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

Processo nº 13433.000432/2009-19
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-002.790 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de setembro de 2014
Matéria IRPF
Recorrente PORCINO FERNANDES COSTA JÚNIOR
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2004, 2005

NULIDADE DECISÃO - ART. 65 DECRETO Nº 7.574/11 - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE OS ARGUMENTOS DO CONTRIBUINTE - INOCORRÊNCIA

Não pode prosperar a preliminar de nulidade do acórdão recorrido, quando todas as questões postas na impugnação restaram efetivamente apreciadas e não se constatarem as circunstâncias e os fatos alegados pelo contribuinte. Ao considerar válido o Auto de Infração, a fiscalização afastou indiretamente todos os argumentos do contribuinte.

SOLICITAÇÃO DE PERÍCIA - NULIDADE - NÃO OCORRÊNCIA.

É facultado à autoridade julgadora indeferir a solicitação de perícia, quando considerar que a sua produção é prescindível ou impraticável. Não ocorrendo o pedido na forma do estabelecido no art. 16, IV, §1º do Decreto 70.235/75 não há que se falar em nulidade do auto de infração.

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 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 em sua conta corrente, identificando-os como decorrentes de renda já oferecida à tributação ou como rendimentos isentos/não tributáveis, conforme previsão do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

ART. 42 DA LEI Nº 9.430/96 - IDENTIFICAÇÃO DOS DEPOSITÁRIOS - INAPLICABILIDADE.

Identificada a origem dos depósitos, a apuração do imposto deve obedecer as regras específicas do rendimento apurado, não subsistindo o lançamento com fundamento na presunção prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/96.

ERRO NA TIPIFICAÇÃO - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO.

Havendo erro, por parte da fiscalização, na tipificação e no enquadramento legal, os valores com base em fundamento equivocado devem ser excluídos da base de cálculo.

Recurso voluntário parcialmente provido.

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 Rafael Pandolfo (Relator) e Jimir Doniak Junior (Suplente convocado), que acolhem a preliminar. QUANTO A PRELIMINAR DE NULIDADE: Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar. QUANTO AO MÉRITO: Por unanimidade de votos, dar provimento parcial para excluir da omissão apurada o valor de R\$ 220.403,75.

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ – Presidente e Redator designado.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Lopo Martinez (Presidente em exercício), Marcio de Lacerda Martins (Suplente convocado), Jimir Doniak Junior (Suplente convocado), Dayse Fernandes Leite (Suplente convocada), Rafael Pandolfo. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Fábio Brun Goldschmidt Pedro Anan Junior e Odmir Fernandes (Suplente convocado).

Relatório

1 Procedimento de Fiscalização

Após verificar a incompatibilidade entre as informações financeiras apresentadas pelo contribuinte em sua DIRPF anos-calendário 2004 e 2005 e os dados de sua movimentação financeira, a Fazenda Nacional instaurou Procedimento de Fiscalização em relação ao IRPF do recorrente dos anos-calendário referidos, com o objetivo de esclarecer a origem dos recursos que possibilitaram a realização dos créditos e depósitos bancários, considerando que existiam evidências de omissão de rendimentos pelo recorrente (fl. 469).

Em 17/06/08, o contribuinte, tomou ciência do Termo de Início de Fiscalização (fl. 471), ocasião em que foi intimado para apresentar: a) extratos bancários relativos a todas as contas correntes que deram origem a movimentação financeira nas instituições bancárias discriminadas, informando se foram movimentadas em conjunto ou individualmente; e b) apresentar documentação hábil e idônea, para comprovar a origem dos recursos depositados nas contas bancárias referidas.

Ausente manifestação do contribuinte, a intimação foi reiterada através do Termo de Reintimação Fiscal, em 18/12/08 e, novamente, em 04/03/09 para que o contribuinte comprovasse a origem dos recursos creditados em suas contas (fls. 476-477 e fls. 483-519).

Sem resposta, em 26/12/08 a Fiscalização decidiu lavrar Requisição de Informações Sobre Movimentações Financeiras – RMF (fls. 479-480), para as instituições financeiras Bradesco e Banco do Brasil, as quais apresentaram documentos (fls. 54-57 e fls. 58-190, respectivamente).

Em 08/04/09, o contribuinte apresentou manifestação alegando que: a) os valores depositados nas contas relacionadas não caracterizou omissão de rendimentos, conforme documentação em anexo; b) os depósitos não caracterizam, por si só, disponibilidade de rendimentos; c) a ilegitimidade do lançamento arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários, consoante Súmula nº 182 do TRF; d) a presunção requer o acréscimo de outros elementos para que o lançamento tributário possa ter credibilidade (fls. 192-195).

Para comprovar seus argumentos o contribuinte anexou ao processo relação de cheques entregues para custódia (fls. 196-296) e demonstrativos das transferências efetuadas para contas do próprio contribuinte (fls. 297-467).

Em 20/04/09 a autoridade administrativa lavrou Termo de Constatação (fls. 521-522) alegando, em síntese, que as informações prestadas e documentos juntados pelo contribuinte não foram suficientes para comprovação da origem dos depósitos bancários.

No dia 17/09/09 o contribuinte apresentou nova manifestação, requerendo o cancelamento da exigência do crédito tributário e o julgamento da impugnação juntada em 09/06/09, nos termos do art. 151, III, do CTN (fls. 569-572).

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

2 Auto de Infração

Foi lavrado, em 05/05/09 (fls. 02-51), auto de infração relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, anos-calendário 2004 e 2005, apurando crédito tributário no montante de R\$ 1.879.551,95, incluídos imposto, juros de mora e multa de 75%. A infração imputada foi omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada.

3 Impugnação

Ciente em 08/05/09, o recorrente apresentou impugnação tempestiva (fls. 569-649), esgrimindo os seguintes argumentos:

- a) o contribuinte participa de diversos ramos de negócios, dentre eles, destaca-se compra e venda de veículos usados;
- b) os movimentos financeiros realizados pela pessoa física não implicam em ingresso de receitas ou mesmo de disponibilidade econômica, pois conforme as DIRPF's tem condições de solvabilidade;
- c) os valores resultam de contratos de custódia de cheques e outros contratos de operações financeiras firmados com as instituições bancárias mencionadas pela fiscalização;
- d) as operações financeiras não implicam em ingresso de receitas ou mesmo disponibilidade econômica para proveito do contribuinte;
- e) a necessidade de realização de pesquisa no Banco de Dados da SRFB, com fundamento no art. 37 da Lei nº 9.784/99, para a comprovação de sua participação nos quadros societários das empresas: Povel Porcino Veículos LTDA; Canal Automóveis LTDA; Porcino Import's Automóveis LTDA e Porcino Fernandes Da Costa Júnior, pois as empresas citadas praticavam comercialização de veículos à época dos fatos imputados na autuação;
- f) a nulidade do lançamento por ofensa ao princípio da legalidade, ampla defesa e contraditório, na medida em que ausente no presente processo o Termo de Início de Ação Fiscal, o Termo de Reintimação Fiscal, Termo de Intimação nº 02;
- g) o Termo de Início de Fiscalização teve sua validade extinta, em 15/10/08, por força do art. 14, II c/c art. 11, I, da Portaria RFB nº 11.371/07 o que acarreta a nulidade de todos os atos praticados posteriormente;
- h) todas as operações de créditos mencionadas pela Fiscalização decorreram de operações financeiras que envolviam troca de cheques, créditos rápidos e outros procedimentos realizados em seu nome, além das operações de compra e venda de veículos relativas as empresas do impugnante;

- i) o conceito de renda utilizado pela fiscalização, não se subsiste, pois segundo preceitua o art. 43, I, do CTN, o fato gerador deverá observar a disponibilidade econômica;
- j) qualquer acréscimo patrimonial não deve ser confundido com renda;
- k) os documentos de fls. 134-199 e 202-225 estão relacionados com as custódias dos cheques, constando o carimbo do setor financeiro da Empresa Povel Porcino Veículos LTDA, tornando inequívoca a operação de descontos dos títulos na conta do sócio administrador;
- l) a necessidade de realização de perícia para o esclarecimento de todas as operações de comercialização de veículos pelas empresas já informadas constantes nos extratos bancários;
- m) os depósitos bancários não constituem, por si só, fato gerador do IRPF, sendo ônus da administração comprovar a origem dos depósitos, conforme súmula 182 do TFR;
- n) a necessidade de exclusão dos valores relacionados ao Banco Bradesco, pois são recursos próprios já declarados pelo contribuinte;
- o) a pessoa física não é habilitada a receber tal lançamento, devendo ter sua condição de contribuinte na forma de pessoa jurídica, conforme art. 150 do RIR/99;
- p) a irrazoabilidade da multa de 75%; caracterizando-se como confisco

Por fim, anexou os seguintes documentos:

- a) Declaração de Firma Individual (fls. 579-580);
- b) DIRPFs de Porcino Fernandes Costa Júnior (fls. 581-592)

4 Acórdão de Impugnação

A impugnação foi julgada improcedente, por unanimidade, pela 1ª Turma da DRJ/REC (fls. 599-631), mantendo-se o crédito tributário exigido. Na decisão, foram alinhados, em síntese, os seguintes fundamentos:

- a) os documentos alegados ausentes pelo contribuinte se encontram no processo, a saber: Termo de Início de Ação Fiscal (fl. 397-398), Termo de Reintimação Fiscal nº 01 (fls. 402-403) e Termo de Intimação Fiscal nº 02 (fls. 409);
- b) o MPF foi emitido em 23/10/08 com prazo fixado 20/02/09 (fl. 396). Nesse documento consta ter havido duas prorrogações: a primeira até 21/04/09 e a segunda até 20/06/09. O Auto de Infração foi lavrado em 05/05/09, sendo assim, não há falar em caducidade;

- c) os princípios da ampla defesa e do contraditório são processuais, isto é, devem ser obrigatoriamente obedecidos após instaurada a lide entre as partes e não durante o procedimento de investigação de que decorreu o lançamento;
- d) o autuado revela conhecer as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as de forma meticulosa, descabendo a proposição de cerceamento de defesa;
- e) não são tributados os depósitos bancários, mas sim a omissão de rendimentos por eles representada. Dessa forma, os depósitos caracterizam-se como indícios da existência de omissão de rendimentos, transformando-se em prova somente quando o contribuinte não comprova a sua origem. A autoridade fiscal possui, nesse diapasão, poder/dever de considerar os valores depositados como rendimentos tributáveis, ante o princípio da legalidade que rege a administração pública;
- f) o impugnante não apresentou justificativa para utilização de suas contas pessoais para movimentar valores das pessoas jurídicas mencionadas;
- g) a ocorrência do fato gerador da presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/96 é a existência de depósitos bancários cuja origem não foi devidamente comprovada, a qual pode ser afastada mediante prova em contrário produzida pelo sujeito passivo, conforme Súmula CARF nº 32;
- h) há expressa previsão legal para a aplicação da multa de 75% (art. 957, I do RIR/99);
- i) a desnecessidade da realização de perícia, uma vez que a autuação teve por fundamento a presunção legal contida no art. 42 da Lei nº 9.430/96;

5 Recurso Voluntário

Intimado em 13/10/11, o recorrente interpôs, tempestivamente, recurso voluntário, em 10/11/10 (fls. 937-998), apresentando os seguintes argumentos:

- a) conquanto seja encargo do recorrente realizar o afastamento da presunção legal, tendo em vista sua impossibilidade de configurar como seus aqueles recursos movimentados em suas contas correntes, inarredável o deferimento da perícia;
- b) o recorrente teve sua defesa obstada ao ter indeferida a realização de perícia, sendo necessária a resposta dos quesitos formulados com base no art. 16, IV e 18 do Dec. 70.235/72,
- c) o afastamento do art. 42 da Lei nº 9.430/96 somente se viabilizará se deferida a perícia para análise dos livros e documentos fiscais das empresas;
- d) para se materializar o direito conferido ao contribuinte por meio da Súmula CARF nº 32, o Estado deve permitir que os meios e recursos inerentes para consecução de tal desiderato sejam possibilitados e não obstados;

- e) os lançamentos produzidos com base na movimentação bancária do Banco Bradesco no montante de R\$ 220.403,75 – Ano Calendário 2004 se referem a receita própria do contribuinte, devidamente declarada em sua DIRPF;
- f) os documentos fiscais e contábeis, bem como todos os registros nos livros das empresas mencionadas devem ser objeto da perícia;
- g) a inconstitucionalidade da RMF;
- h) na decisão do juízo *a quo* não houve qualquer manifestação a respeito da necessidade de equiparação da pessoa física à pessoa jurídica, configurando erro material do acórdão recorrido, em razão disso, devem os autos serem baixados em diligência para que seja analisada a questão;
- i) todos os valores considerados nos lançamentos, decorreram de sua atividade no ramo empresarial, devendo ser equiparado à pessoa jurídica na forma do art. 41, alínea b, §2º do CTN;
- j) a necessidade de redução da multa em razão dos princípios da razoabilidade, capacidade contributiva e vedação ao confisco;

Por fim, anexou os seguintes documentos:

- a) Livro Caixa Povel Porcino Veículos LTDA (fls. 999-1012)
- b) DIRPJ da Porcino Import's Automóveis LTDA – Ano-calendário 2004 (fls. 1013-1092) – Ano-calendário 2005 (fls. 1093-1124);

6 Sobrestamento

Em 18/06/13, através da Resolução nº 2202-000.493 (fls. 1126.-1145), 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 Sobrestamento

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

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, foram utilizados pela Fiscalização meios administrativos voltados a 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 do 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 devia ocorrer 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 da decisão recorrida e da equiparação à pessoa jurídica

O recorrente sustenta que o acórdão recorrido não se manifestou a respeito do pedido de equiparação à pessoa jurídica, apesar do requerimento constar expressamente em sua

impugnação. Situação que acarretaria a nulidade da decisão recorrida, pois não foi observado o preceito do Art. 65 do Decreto nº 7.574/11.

Não assiste razão ao recorrente.

O contribuinte informa ser empresário individual, exercendo em nome próprio atividade empresarial, devidamente registrado na JUCERN sob o NIRE 24100830439, com Inscrição no CNPJ MF nº 04.675.869/0001-97, sendo sua responsabilidade ilimitada no que refere às dívidas das empresas.

Ocorre que em consulta realizada junto ao site da Receita Federal, na seção de “Comprovação de Inscrição e de Situação Cadastral” de Pessoas Jurídicas, observa-se que o CNPJ mencionado pelo contribuinte é da Sociedade Empresária Limitada “Porcino & Filhos Comercio de Veículos Ltda. – ME”, não se trata, como se vê de firma individual, mas de sociedade empresarial cuja responsabilidade dos sócios é limitada.

Conforme disposição do art. 150 do RIR/99, as empresas individuais para efeitos do imposto de renda são equiparadas às pessoas jurídicas. O referido artigo apresenta o rol daqueles que, para os fins do *caput*, serão considerados empresas individuais, a saber:

Art. 150. As empresas individuais, para os efeitos do imposto de renda, são equiparadas às pessoas jurídicas (Decreto-Lei n.º 1.706, de 23 de outubro de 1979, art. 2.º).

§ 1.º São empresas individuais

I - as firmas individuais (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 41, § 1.º, alínea "a");

II - as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 41, § 1.º, alínea "b");

III - as pessoas físicas que promoverem a incorporação de prédios em condomínio ou loteamento de terrenos, nos termos da Seção II deste Capítulo (Decreto-Lei n.º 1.381, de 23 de dezembro de 1974, arts. 1.º e 3.º, inciso III, e Decreto-Lei n.º 1.510, de 27 de dezembro de 1976, art. 10, inciso I).

§ 2.º O disposto no inciso II do parágrafo anterior não se aplica às pessoas físicas que, individualmente, exerçam as profissões ou explorem as atividades de:

I - médico, engenheiro, advogado, dentista, veterinário, professor, economista, contador, jornalista, pintor, escritor, escultor e de outras que lhes possam ser assemelhadas (Decreto-Lei n.º 5.844, de 1943, art. 6.º, alínea "a", e Lei n.º 4.480, de 14 de novembro de 1964, art. 3.º);

II - profissões, ocupações e prestação de serviços não comerciais (Decreto-Lei n.º 5.844, de 1943, art. 6.º, alínea "b");

III - agentes, representantes e outras pessoas sem vínculo empregatício que, tomando parte em atos de comércio, não os pratiquem, todavia, por conta própria (Decreto-Lei n.º 5.844, de 1943, art. 6.º, alínea "c");

IV - serventuários da justiça, como tabeliães, notários, oficiais públicos e outros (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 6º, alínea "d");

V - corretores, leiloeiros e despachantes, seus prepostos e adjuntos (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 6º, alínea "e");

VI - exploração individual de contratos de empreitada unicamente de labor, qualquer que seja a natureza, quer se trate de trabalhos arquitetônicos, topográficos, terraplenagem, construções de alvenaria e outras congêneres, quer de serviços de utilidade pública, tanto de estudos como de construções (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 6º, alínea "f");

VII - exploração de obras artísticas, didáticas, científicas, urbanísticas, projetos técnicos de construção, instalações ou equipamentos, salvo quando não explorados diretamente pelo autor ou criador do bem ou da obra (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 6º, alínea "g").

Como se percebe, os sócios das sociedades empresariais de responsabilidade limitada não estão contemplados na previsão do art. 150 do RIR/99, de modo que não poderão ser equiparados à pessoa jurídica.

Acrescenta-se que de acordo com a Súmula CARF nº 32, a titularidade dos depósitos bancários pertence àquele indicado nos dados cadastrais, salvo quando existir prova em contrário.

Súmula CARF nº 32: A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros.

No caso, além de não existirem provas de que os depósitos são de titularidade das pessoas jurídicas das quais o contribuinte faz parte do quadro societário, o mesmo não pode ser equiparado à pessoa jurídica nos termos do art. 150 do RIR/99. Desta forma, ainda que não tenha tratado da questão expressamente, ao considerar válido o auto de infração que imputa ao contribuinte imposto referente à pessoa física, a decisão recorrida afasta a possível equiparação à pessoa jurídica.

1.3 Da Solicitação de Perícia

O recorrente sustenta a necessidade de realização de perícia contábil para que seja procedida a apuração dos verdadeiros valores a serem tributados, de modo a comparar os livros-caixa das empresas das quais é sócio, a fim de comprovar a origem dos depósitos bancários.

Não assiste razão ao recorrente.

O pedido de perícia é subsídio à formação da convicção do julgador, e visa aprofundar as questões referentes às provas e aos elementos constantes nos autos, **não podendo ser utilizado para suprir o descumprimento de uma obrigação legal.**

Prevê o art. 18 do Decreto nº 70.235/72, com redação dada pelo art. 10 da Lei nº 8.748/93, que:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante a realização de perícias ou diligências, quando entende-las

necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no artigo 28, in fine.”

Como se depreende da leitura do dispositivo acima, é facultado à autoridade julgadora indeferir o pedido de perícia, quando considerar que a sua produção é prescindível ou impraticável. Ou seja, é possível que a perícia seja considerada desnecessária quando os elementos presentes nos autos são suficientes para a formação da convicção do julgador, de modo que apenas se falará na necessidade da prova pericial quando houver dúvida na matéria de fato e na convicção do julgador. Nesse sentido, é o entendimento desta Turma:

Processo Administrativo Fiscal Período de apuração: 03/03/1994 a 26/09/1996 DILIGÊNCIA. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO. Constando dos autos os documentos necessários à comprovação dos fatos em questão, mostra-se desnecessária a diligência requerida. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DA DECISÃO A QUO. INEXISTÊNCIA. Inexiste nulidade da decisão a quo por cerceamento do direito de defesa quando o indeferimento do pedido de diligência é explicitado na fundamentação do acórdão recorrido, e a desnecessidade da diligência é ratificada em segunda instância. AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. Uma vez que a descrição dos fatos e do enquadramento legal foram suficientemente claros para propiciar o entendimento da infração imputada, descabe acolher alegação de nulidade do auto de infração. MULTA DE OFÍCIO. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO. Constatado que empresa incorporada e incorporadora pertenciam, em quase sua totalidade, ao mesmo sócio, não há como dar guarida à tese invocada pela recorrente, de liberação das penalidades em nome da incorporada, sob pena de macular o instituto da responsabilidade tributária por sucessão. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. Os juros cobrados a título de mora, cujos índices estão pautados pela taxa SELIC, têm base legal em consonância com o Código Tributário Nacional. Inexiste correção monetária no País desde momento anterior ao auto de infração lavrado em desfavor da recorrente. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

(CARF. 2ª Seção. 2ª Câmara. 2ª Turma Ordinária. Ac. 2202-001.774. Rel. Conselheiro Corinto Oliveira Machado. Julg. 11/09/2007).

Outrossim, o art. 16, IV, §1º, do Decreto nº 70.235/72 é claro ao estabelecer condições para que reste deferido o pedido de perícia, *in verbis*:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

*IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, **expostos os motivos que as justifiquem**, com a **formulação dos quesitos** referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o **endereço e a qualificação profissional do seu perito**.*

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

No caso em exame, embora haja a exposição dos motivos que justificariam a perícia, a indicação do perito e os quesitos a serem respondidos, não há a necessidade de realização de perícia para a formação da convicção desse julgador. Os quesitos formulados pelo contribuinte em nada contribuiriam para a comprovação da origem dos depósitos. A instância de primeiro grau assim julgou:

"60. O impugnante solicitou a realização de perícia nas contas correntes objeto do lançamento para que "se esclareça a existência de todas as operações de depósitos ali realizadas são correlacionadas com operações de comercialização de veículos, novos e usados pelas empresas já informadas, ou seja, Povel Lida, Canal Lida, Porcino Import's Automóveis Lida, Porcino Fernandes da Costa Júnior e outras".

Na ocasião, indicou o perito Sr. Raimundo Falcão Freire Neto, contador CRC 3722/0-6 e formulou os seguintes quesitos a serem respondidos:

"1º Questão: O contribuinte autuado possui bens e direitos suficientes para produzir garantias necessárias, dar segurança em contratações com os bancos informados na autuação?"

2º Questão: Dos valores movimentados, sejam por depósitos, transferências, DOC, TED ou qualquer outro meio de crédito nas contas vinculadas ao processo nº1343.000432/2009-19, quanto deles, digo, valores, foram transferidos para as contas das pessoas jurídicas que o contribuinte autuado e impugnante faz parte do quadro societário?"

3º Questão: Dos valores insertos pela autuação nos autos do processo no 1343.000432/2009-19, como fundamentadores do lançamento de incidência do IRPF dos exercícios 2005 e 2006, anos calendários 2004 e 2005, respectivamente, se mostram verdadeiramente ingresso de nova riqueza capaz de ensejar incidência do imposto sobre renda da pessoa física?"

4º Questão: Das declarações de imposto de renda do contribuinte autuado, referentes ao período da fiscalização, se demonstra elevação patrimonial que possa refletir ingresso e riqueza nova possível de compatibilidade com os valores atribuídos pela fiscalização? Se positivo, quanto é tal valor por exercício relacionado com o período da autuação.

5º Questão: Dos valores já declarados pelo contribuinte nos exercícios de 2005 e 2006, quais já se mostram devidamente justificados e quais os valores de vendas das empresas aqui informadas? Demonstrando, a cada período (mês de cada ano) seus valores brutos)."

63. A realização de diligências e perícias tem por finalidade a elucidação de questões que suscitem dúvidas para o julgamento da lide. Assim, o deferimento de um pedido dessa natureza pressupõe a necessidade de se conhecer determinada matéria, que o exame dos autos não seja suficiente para dirimir a dúvida.

64. In casu, a autuação teve por fundamento a presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, bastando que se prove o fato presuntivo — a existência de depósitos bancários de origem não comprovada — para que reste comprovado o fato presumido — a

omissão de rendimentos por parte do titular da respectiva conta bancária.

65. Isso posto, passo a analisar a necessidade de realização de elucidação das questões levantadas pelo contribuinte que seriam objeto da perícia pretendida.

(...)

70. Concluindo, a elucidação dos quesitos elencados pelo contribuinte é irrelevante para fins de afastar a infração ora apontada, eis que o cerne da questão é que os depósitos efetuados em contas-correntes de titularidade da pessoa física devem ser comprovados por ela, mediante documentação hábil e idônea, que comprove inequivocamente, pela coincidência de datas e valores, que os depósitos se referem a rendimentos já oferecidos tributação, a rendimentos isentos, a rendimentos de terceiros, etc.

71. Caso tais valores pertencessem a terceiros — as empresas — deveriam ter sido apresentadas as notas fiscais e os livros contábeis correspondentes as operações. Esses sim, os documentos que poderiam ser objeto de exame.

72. Logo, entendo que não há qualquer dúvida para o julgamento da lide e que a resposta aos quesitos supra teria caráter eminentemente protelatório, mormente em se tratando de hipótese em que o ônus da prova é do contribuinte, por presunção legal.

73. Rejeito, portanto, o pedido de realização de perícia. (fls. 701-706 do e-processo)

Na verdade, o contribuinte, através do pedido de perícia, tenta eximir-se do ônus imposto pela legislação (comprovação individualizada da origem dos depósitos). Além disso, por ocasião do recurso voluntário o contribuinte poderia anexar aos autos os documentos comprobatórios cabíveis para sua tese, o que não ocorreu.

Convém ressaltar que o pedido de perícia pode ser considerado descabido quando os elementos necessários à comprovação das exclusões da base de cálculo são provas documentais, as quais o contribuinte deixou de apresentar, ou apresentou de forma insatisfatória aos anseios da fiscalização, como no caso em análise.

A responsabilidade pela apresentação das provas do alegado compete ao contribuinte, não cabendo à determinação de perícia para a busca de provas. No caso, a autoridade julgadora de Primeira Instância indeferiu o pedido de perícia, uma vez que era obrigação do contribuinte a apresentação das provas cabíveis, hábeis a comprovar a origem dos depósitos (livros-contábeis das empresas das quais é sócios, notas-fiscais).

Assim, considerando que nenhum dos quesitos formulados pelo contribuinte é capaz de elucidar ou dirimir quaisquer dúvidas em relação à autuação, entendo ser incabível a solicitação de perícia nesse momento processual uma vez que foi devidamente oportunizado que o recorrente juntasse aos autos os documentos comprobatórios que considerasse relevante. Dessa forma, resta prejudicado o pedido do autor, pois as provas produzidas ao longo do processo foram suficientes para firmar o convencimento da Primeira Instância, e para formar o deste Relator.

1.4 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. 479-480), 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 bancários 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 deôntico compatível com a Carta Maior. Transcreve-se, abaixo, trecho extraído do voto do Relator (acompanhado pela maioria dos demais Ministros), que explicita a técnica de julgamento aplicada:

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

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

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

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

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

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

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

Ainda que não se possa negar semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático da sua utilização, é certo que,

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 Portaria nº 545/13;

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

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

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

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

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

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

vencer uma batalha contra um ilícito isolado, leva à bancarrota o próprio Estado Democrático de Direito que almeja proteger¹.

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

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

No presente caso, somente foi possível a constituição do crédito tributário, tendo como base o art. 60, § 2º, do RIR/99, através das provas obtidas junto à instituição financeira por meio de quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial ou do titular da conta bancária. Ou seja, se a fiscalização não houvesse expedido a RMF, não teria concluído pela omissão de rendimentos, bem como não teria considerado tais valores no momento de lavrar o auto de infração.

Assim, entendo que deve ser admitida a preliminar de prova ilícita por quebra de sigilo bancário, para que seja considerado nulo o Auto de Infração.

2. MÉRITO

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

2.1 Da consideração de Depósitos Bancários como Fato Gerador do Imposto de Renda

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, esta sendo o resultado de processo lógico mediante o qual a partir do fato conhecido cuja existência é certa se infere o fato desconhecido cuja existência é provável. Tendo respaldo legal e admitindo prova em contrário (presunção relativa), é considerada válida no direito tributário.

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

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 a contribuinte seja intimado regularmente, e que este seja intimado do resultado da apuração dos depósitos discriminados individualmente, de modo a possibilitar a defesa, o que ocorreu no presente procedimento.

No caso em tela, verifica-se que a autuação fiscal decorre da presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários realizados nas contas de titularidade da recorrente, que poderia ser afastada através da comprovação da origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, um a um, de forma individualizada e não em razão do acréscimo patrimonial a descoberto.

O recorrente ao tentar comprovar a origem dos depósitos, alega, genericamente, que possuía recursos suficientes e que as operações verificadas nas contas alvo da fiscalização decorreriam de operações comerciais realizadas pelas empresas geridas sob sua administração e que essas provas só seriam possíveis por meio da análise dos registros contábeis e fiscais das empresas.

Ocorre que no caso em concreto não se está analisando se o saldo do contribuinte era o suficiente para justificar sua movimentação bancária e sim a origem dos depósitos bancários. Deste modo, não há que se confundir omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, com a tributação referente à acréscimo patrimonial a descoberto – quando rendimentos ou recursos declarados não são suficientes para justificar a variação patrimonial, na forma do art. 3º, § 1º, da Lei nº 7.713/88.

Neste sentido destaca-se recente precedente deste Conselho:

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL - GASTOS E/OU APLICAÇÕES INCOMPATÍVEIS COM A RENDA DECLARADA - LEVANTAMENTO PATRIMONIAL - FLUXO FINANCEIRO - BASE DE CÁLCULO APURAÇÃO MENSAL - O fluxo financeiro de origens e aplicações de recursos será apurado mensalmente, considerando-se todos os ingressos e dispêndios realizados, no mês, pelo contribuinte. Dessa forma, a determinação do acréscimo patrimonial a descoberto, considerando-se o conjunto anual de operações, Mio pode prevalecer, uma vez que na determinação da omissão, as mutações patrimoniais devem ser levantadas mensalmente.

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

OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - PRESUNÇÃO LEGAL CONSTRUÍDA PELO ART. 42 DA LEI Nº 9.430/96 IMPOSSIBILIDADE DA DESCONSTRUÇÃO DA PRESUNÇÃO A PARTIR DA VARIAÇÃO DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS. Não se deve confundir a tributação prevista no

art. 42 da Lei nº 9.430/96 com a referente ao acréscimo patrimonial a descoberto, na forma do art. 3º, § 1º (parte final), da Lei nº 7.713/88. Nesta, utilizam-se os saldos das contas correntes e de aplicações financeiras, como origem e aplicação de recursos, apontando-se, se for o caso, o acréscimo patrimonial a descoberto. Naquela deve-se comprovar a origem dos depósitos bancários individualizadamente, não sendo possível efetuar a comprovação a partir da variação dos saldos de aplicações financeiras. Sendo comprovada a origem do depósito, este deve ser excluído da base de cálculo da omissão dos rendimentos.

Recurso parcialmente provido.” (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF - 2a. Seção - 2a. Turma da 2a. Câmara, Data de Publicação: 04/02/2010, Processo nº 10510.002305/2006-53 Recurso nº 165.378 Voluntário, Acórdão nº 2202-00.427)

Sendo assim, não é plausível o argumento esgrimido pela contribuinte de que os depósitos bancários não seriam base de cálculo para o Imposto de Renda, o que afastaria a tributação.

2.2 Da Comprovação da Origem dos Depósitos Bancários

O contribuinte alega que a origem dos depósitos bancários decorre do seu ramo de atividade empresarial, na qual realiza a operação de custódia de cheques, sendo os mesmos depositados em sua conta de pessoa física, além disso, destaca que eram depositados valores oriundos de parte das vendas realizadas pelas empresas das quais é sócio.

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. “

Como visto, trata-se de presunção relativa, sendo necessário que o contribuinte seja intimado regularmente, e que este seja intimado 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 e suas alegações, o recorrente trouxe os seguintes documentos: a) Relação de Cheques entregues para custódia (fls. 196-296); b) Demonstrativo das Transferências efetuadas para contas do próprio contribuinte e para conta das empresas (fls. 297-317); c) Declaração de Firma Individual (fl. 654); d) Dados do Sistema de Informações Banco do Brasil (fls. 708-933); e) Livro Caixa Povel Porcino Veículos LTDA (fls. 999-1012) e f) DIRPJ Porcino Import's Automóveis LTDA – Ano-calendário 2004 (fls. 1013-1092) – Ano-calendário 2005 (fls. 1093-1124).

Ocorre que em nenhum momento o contribuinte indicou individualizadamente a origem dos depósitos e quais seriam os valores que constam nos documentos carreados efetivamente considerados para o lançamento do crédito tributário.

De fato, o recorrente simplesmente imputou todas as quantias decorrentes das operações realizadas (Custódia de Cheques) e das pessoas jurídicas como decorrentes dessas razões. No entanto, os valores não coincidem, e não há qualquer prova de que estes depósitos foram efetuados seja pelas pessoas jurídicas, seja pelos alienantes, ou de depósitos feitos pelo contribuinte. Quanto à forma de comprovação individualizada, é a própria Lei nº 9.430/96 que institui este dever, na redação do §3º de seu art. 42:

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

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

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

calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

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

Como prova da origem dos valores, o recorrente trouxe a Relação de Cheques entregues para custódia do Banco do Brasil (fls. 197-204 e 208-221). Em uma primeira análise, se observa que a maioria dos valores constantes na relação sequer foi motivo de autuação, e que esse documento não indica a data do efetivo depósito nas contas correntes do contribuinte.

Embora as tabelas informem a data do vencimento dos cheques, não há a correspondência entre os valores indicados nas tabelas trazidas pelo contribuinte, em data e valor com os valores levados em conta pela fiscalização. Ainda, conforme o próprio negócio estabelece é o contribuinte que indica a data ideal para o depósito dos cheques. Situação a qual permite inferir que o contribuinte deveria ter um controle mínimo das datas informadas como ideal ao depósito para a instituição financeira.

No que refere aos valores que o contribuinte tenta justificar através do demonstrativo de transferências (fls. 297-317), dessa prova destaco: a) os valores indicados estão saindo da conta do contribuinte; b) não há indicação de valores de entrada. O fato de o contribuinte transferir valores para suas empresas e demais pessoas físicas indicadas não comprova a sua alegação de que eles seriam pertencentes a elas, nem mesmo a origem, na medida em que os depósitos autuados são aqueles realizados nas contas da pessoa física.

Além disso, a previsão do caput, do art. 42, da Lei nº 9.430/96, é clara no sentido de que deve o contribuinte comprovar mediante **documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nas operações**. No caso, não foi apresentado qualquer documento hábil e/ou idôneo apto a comprovar a origem dos valores glosados, sendo o demonstrativo elaborado unilateralmente.

De fato, o recorrente deveria indicar quais os depósitos estão presentes nos demonstrativos elaborados pelo Banco do Brasil e que foram considerados pela fiscalização como base de cálculo.

Por fim, a tabela de fls. 197-200 contém de forma geral a quantidade de cheques entregues ao Banco do Brasil e a soma de todos, sem maiores esclarecimentos, o que novamente impede de ser considerada como prova hábil da comprovação da origem dos depósitos.

Todavia, a análise da planilha anexa ao relatório fiscal (fls.17-50) revela que **o depósito abaixo alinhado teve sua origem identificada no campo “histórico do extrato”**:

- **Ano-calendário 2005:**

Banco	Data	Histórico	Documento	Valor
Bradesco	03/03/2004	DEPOSITO EM DINHEIRO PORCINO VEÍCULO LTDA.	0000583105	R\$ 220.403,75
TOTAL:				R\$ 220.403,75

Desse modo, verifica-se o equívoco da Fiscalização ao lançar o tributo com base no art. 42, da Lei n. 9.430/96, porquanto era possível verificar, do embate entre as informações prestadas pelo contribuinte durante o procedimento de fiscalização e os registros das movimentações nos extratos, que determinados fatos descritos pelo recorrente eram verossímeis.

Uma vez identificada a origem dos depósitos, a Fiscalização deveria proceder à apuração do imposto de acordo com as regras específicas do rendimento apurado, conforme jurisprudência desse Conselho:

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM COMPROVADA - ART. 42 DA LEI Nº 9430/96 - 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. No caso em questão há comprovação da origem dos depósitos bancários.

(CARF. 2ª Seção de Julgamento. 2ª Câmara. 2ª Turma Ordinária. Ac. 2202-00.198. Red. Conselheiro Pedro Anan Júnior. Julg. 19/08/09).

Esclareça-se, ainda, que no presente caso houve violação do sigilo bancário do contribuinte, de modo que poderia a fiscalização ter obtido, através de solicitação à instituição financeira, informações quanto aos contribuintes que efetuaram os depósitos identificados na conta corrente do recorrente.

Relativamente aos depósitos acima transcritos, entendo que o lançamento padece de capitulação legal e fundamentação válida, pois deveriam ter sido enquadradas como omissão de rendimentos de pessoa física e omissão de rendimentos de pessoa jurídica. Desta forma, havendo erro na tipificação e no enquadramento legal, quanto aos depósitos transcritos, estes devem ser excluídos da base de cálculo, por preterição do direito de defesa do contribuinte. Nesse sentido:

IRPF – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. O erro na tipificação e no enquadramento legal da infração cometida pelo contribuinte, acarreta a nulidade do auto de infração por preterição do direito de defesa do contribuinte.

Recurso provido.

(Primeiro Conselho de Contribuintes. 2ª Câmara. Ac. 102-44.466. Rel. Conselheiro Valmir Sandri. Julg. 06/02/01).

Ante o exposto, VENCIDO NA PRELIMINAR de prova ilícita, rejeitada a preliminar de nulidade da decisão, voto por INDEFERIR o pedido de perícia e, no mérito, dar PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário para a exclusão do valor R\$ 220.403,75 da base de cálculo.

Processo nº 13433.000432/2009-19
Acórdão n.º **2202-002.790**

S2-C2T2
Fl. 1.157

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator

CÓPIA

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.