



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

Processo n° 15563.000188/2010-78
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2801-003.665 – 1ª Turma Especial
Sessão de 13 de agosto de 2014
Matéria IRPF
Recorrente MICHEL SOULEYMAN AL ODEH
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2007, 2008

LEI COMPLEMENTAR Nº 105 de 2001. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS DIRETAMENTE AO FISCO. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. REQUISIÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. PROCEDIMENTO FISCAL.

A Constituição Federal de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da personalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

Quando o Fisco, nos termos da Lei Complementar 105 de 2001, recebe diretamente das instituições financeiras informações sobre a movimentação das contas bancárias dos contribuintes, sem prévia autorização judicial, mas com regular procedimento fiscal instaurado, constatada sua imprescindibilidade a juízo da autoridade administrativa competente, e não há decisão definitiva do Poder Judiciário dizendo da inconstitucionalidade de tal dispositivo, nos casos que foram especificados e regulamentados por normas posteriores, sustentar que a expressão “diretamente ao Fisco” deve ser interpretada no sentido de que “desde que haja ordem judicial” é, *data venia*, negar aplicação da lei.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

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

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITO BANCÁRIO. PRESUNÇÃO. SUMULA CARF Nº 26:

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei Nº- 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

LIMITES DA LIDE. REVISÃO DA AUTUAÇÃO NA ANÁLISE DE PEDIDOS NÃO FORMULADOS PELO CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE.

Para a solução do litígio tributário deve o julgador delimitar, claramente, a controvérsia posta à sua apreciação, restringindo sua atuação apenas a um território contextualmente demarcado. Esses limites são fixados, por um lado, pela pretensão do Fisco e, por outro, pela resistência do contribuinte, expressos respectivamente pelo ato de lançamento e pela impugnação.

Ressalvadas algumas matérias de ordem pública, a competência do julgador para a revisão do lançamento restringe-se à hipótese prevista no art. 145 do CTN, sendo a revisão de ofício de iniciativa exclusiva da RFB (art. 149 do CTN).

Preliminar Rejeitada.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de prova ilícita por quebra de sigilo bancário, e, no mérito, negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Carlos César Quadros Pierre (Relator) e Ewan Teles Aguiar que acolhiam a preliminar e, no mérito, davam provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo do lançamento o valor de R\$18.260,00 no ano calendário 2006, e o valor de R\$77.222,12 no ano calendário 2007. Designado Redator do voto vencedor o Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada.

Assinado digitalmente

Tânia Mara Paschoalin – Presidente.

Assinado digitalmente

Carlos César Quadros Pierre - Relator.

Assinado digitalmente

Marcio Henrique Sales Parada - Redator designado.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Tânia Mara Paschoalin, José Valdemir da Silva, Ewan Teles Aguiar, Carlos César Quadros Pierre, Marcelo Vasconcelos de Almeida e Marcio Henrique Sales Parada.

Adoto como relatório aquele utilizado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, 2ª Turma da DRJ/CGE (Fls. 152), na decisão recorrida, que transcrevo abaixo:

Trata o presente processo de exigência de Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF formalizada por meio do auto de infração de fls. 97 a 105, no montante de R\$ 594.476,20, sendo R\$ 292.553,35 de imposto de renda, R\$ 219.415,00 de multa de ofício de 75% e R\$ 82.507,85 de juros de mora, calculados até 31/05/2010.

A autuação se deu em virtude da constatação de omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em conta de depósitos e investimento, no ano-calendário de 2006 e 2007, cuja origem dos recursos utilizados nas operações não foram justificados, tendo como enquadramento legal a legislação relacionada às fls. 104. Faz parte integrante do auto de infração o Termo de Constatação Fiscal de fls. 76/79 e respectivos Anexos I (fls. 80/88) e II (fls. 89/96).

Regularmente cientificado do lançamento em 21/06/2010, conforme fls. 107, o interessado ingressou com a impugnação de fls. 109 a 120, em 19/07/2010, por intermédio de procurador devidamente habilitado (fls. 121), alegando, preliminarmente, que:

- a) em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, deve ser admitida a impugnação;*
- b) houve a indevida utilização dos dados sigilosos da conta bancária, por ferir princípios fundamentais relativos aos direitos e garantias individuais.*

Quanto ao mérito, alegou, em síntese, que:

- a) ainda que pudesse afirmar que os depósitos traduzissem numa renda efetiva, entende que os depósitos bancários não são renda;*
- b) pela análise dos extratos verifica-se que os depósitos entraram e saíram da conta praticamente no mesmo dia, o que demonstraria que não receitas e sim, depósitos de clientes para a realização de negócios em nome destes;*
- c) não existiu no termo de verificação fiscal e nos próprios autos, qualquer documento que se revestisse com as características legais que pudesse respaldar o lançamento do crédito tributário, porque:*
 - c.1) trata-se de folhas preenchidas pela Secretaria da Receita Federal, a qual alega que os valores ali escritos representam depósitos efetuados na conta corrente da recorrente;*
 - c.2) o papel que identifica os depósitos não foi emitido por qualquer instituição financeira, não possuindo qualquer identificação de sua origem ou timbre que identifique a fonte*

emitente, parecendo um demonstrativo gerado internamente pelo auditor fiscal;

c.3) o auditor fiscal não apresentou qualquer prova da existência dos depósitos, e não foram anexados aos autos extratos das instituições financeiras;

d) caso o entendimento da autoridade julgadora não seja pela improcedência do lançamento, requer que seja aplicado o percentual de 0,2% representativo da comissão pela intermediação de negócios.

Passo adiante, a 2ª Turma da DRJ/CGE entendeu por bem julgar a impugnação improcedente, em decisão que restou assim ementada:

PRELIMINAR DE NULIDADE.

Tendo o auto de infração sido lavrado por servidor competente, com estrita observância das normas reguladoras da atividade de lançamento e, existentes no instrumento os elementos necessários para que o contribuinte exerça o direito do contraditório e da ampla defesa, afastam-se as preliminares de nulidade argüidas.

PRELIMINAR DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa é incompetente para manifestar-se sobre a constitucionalidade de leis.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO.

O sigilo bancário não é oponível ao Fisco ante ao contido na Lei Complementam0 105/2001.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

A presunção legal de omissão de rendimentos, prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo, quando não restar devidamente comprovada a fonte dos recursos.

Cientificado em 08/07/2011 (Fls. 167), o Recorrente interpôs Recurso Voluntário em 05/08/2011 (fls. 168 a 170), argumentando em síntese:

(...)

2 - DA AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO:

A Constituição Federal, pretendendo instituir um Estado Democrático, no art. 5º, contemplou uma extensa lista de direitos fundamentais. Tãmanha é a importância desses direitos que a CF, no art. 60, § 4º, IV, considerou-os cláusulas pétreas;

ou seja, os direitos fundamentais integram a essência da CF, não podendo, nem mesmo, serem objeto de emenda constitucional tendente a aboli-los.

É justamente para ponderar as circunstâncias concretas no contexto abstrato das regras e dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que existe, em um Estado Democrático de Direitos, o Poder Judiciário. Aliás, é o Judiciário que assegura a correta aplicação da ordem quebrado, à época da investigação dos fatos, por autorização judicial, requisição do Ministério Público (CF, art. 129, VI, e LC 75/93, art. 7º, IV e VIII) Ou determinação formalizada por Comissão Parlamentar de Inquérito (CF, art. 58, §3º). 4. Não seria Neste ponto, observa-se que o Ilustre Auditor Fiscal, sem qualquer prova fática, aduziu como receita do contribuinte os depósitos, logo, por não constarem de sua declaração de renda, e nem poderia, na concepção do Ilustre Auditor Fiscal, este atribuiu como omissão de receita.

E. Julgadores, observa-se facilmente pelos demonstrativos juntados pela Secretaria da Receita Federal, que tal narrativa não seria possível. Primeiro por que os valores entravam e saiam praticamente no mesmo dia, ou seja, caracterizando a intermediação de negócios com terceiros. Segundo porque se a tese do Ilustre Auditor Fiscal, pudesse prosperar, o contribuinte ao final de cada mês teria em sua conta corrente valores astronômicos. Neste caso basta verificarmos o saldo final de cada mês para percebermos que a tese do Ilustre Auditor, não traduz a verdade dos que demonstram os extratos.

Portanto os depósitos apresentados na planilha da Secretaria da Receita Federal seriam depósitos oriundos de clientes para repasse a terceiros. O contribuinte recebia, dependendo do valor e da transação tão somente uma comissão que variava em torno de 0,2%.

Portanto, s.m.j., não existe qualquer elemento que ampare a tese do Ilustre Auditor Fiscal, logo, não se justifica a aplicação da multa, em cima dos valores identificados como depósitos, vez que tais valores não pertencem ao contribuinte. São depósitos de clientes para a intermediação de negócios, como já dito anteriormente. Não permanecendo na conta do contribuinte, como pode ser comprovado pelos demonstrativos juntados pela Secretaria da Receita Federal. Portanto, s.m.j. não caracterizam nos termos da legislação tributária como receita do contribuinte, não existindo fato gerador que justificasse a tese do Ilustre Auditor Fiscal.

É o Relatório.

Voto

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/09/2014 por MARCIO HENRIQUE SALES PARADA, Assinado digitalmente em 08

/09/2014 por MARCIO HENRIQUE SALES PARADA, Assinado digitalmente em 09/09/2014 por CARLOS CESAR QUAD

ROS PIERRE, Assinado digitalmente em 17/09/2014 por TANIA MARA PASCHOALIN

Impresso em 18/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Conselheiro Carlos César Quadros Pierre, Relator.

Conheço do recurso, posto que tempestivo e com condições de admissibilidade.

Sustenta o recorrente, em matéria preliminar, a insustentabilidade do lançamento em virtude da quebra do seu sigilo bancário sem a devida autorização judicial.

De início, verifico que o lançamento objeto do presente processo versa sobre depósitos bancários de origem não comprovada.

Compulsando os autos (docs de páginas 17 e 51), também observo que a fiscalização, com base no art. 6º da Lei Complementar 105/2001, requisitou de instituições bancárias os extratos bancários do contribuinte.

Do exposto, peço vênua para adotar integralmente o ensinamento do Conselheiro Rafael Pandolfo.

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, 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 deontico 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, dogmáticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal (MENDES, Gilmar Ferreira, Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5 ed. – São Paulo: 2005, pp. 354-355).

Desse modo, conclui-se que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sendo assim, entendo que a infração omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em suas contas correntes, mantidas em instituições financeira, em relação aos quais, quando regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, deve ser excluída, pois carecem de materialidade obtida no seio de um devido processo legal (conforme entendimento adotado pelo STF).

Caso vencido na preliminar acima argüida, passo a analisar o mérito da questão.

Quanto ao mérito, o Recorrente limita-se a repetir seus argumentos da impugnação, no sentido de que não é possível a autuação com base apenas nos extratos bancários, e que os depósitos pertenciam aos seus clientes e eram repassados para terceiros.

Ainda segundo o recorrente, o mesmo ficaria apenas com 0,2% dos valores depositados.

Quanto a matéria relativa a autuação com base apenas em presunção de renda dos depósitos bancários, baseada exclusivamente nos extratos bancários, vejo que já há entendimento pacificado no âmbito do CARF; com a plicação da seguinte Súmula, que é de aplicação obrigatória por este Conselheiro:

Súmula CARF nº 26 - A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Assim, entendo que o extrato bancário constante nos autos é suficiente para a comprovação dos depósitos bancários e sobre este é correta a aplicação da presunção de rendimentos.

No que pertine a alegação do Recorrente de que seus clientes depositavam os valores em sua conta bancária, que eram imediatamente transferidos para terceiros, percebo que a DRJ tratou de informar o contribuinte da necessidade de produção de provas que sustentassem tal alegação; *in verbis*:

O pedido do impugnante de que sobre os valores dos depósitos bancários não comprovados seja aplicado o percentual de 0,2%, que representaria a comissão pela intermediação de negócios também não pode ser acatado.

Como visto acima, existe a presunção legal de que caracteriza omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, quando o titular regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações. Somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida. (pág. 161 dos autos)

Ocorre que, mesmo alertado pela DRJ, o contribuinte não apresentou qualquer documentação que comprovasse sua alegação.

Assim, ante a ausência de provas, não há como acatar a argumentação do Recorrente.

Nos termos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com as alterações introduzidas pelo art. 4º da Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997, o contribuinte deveria comprovar a origem dos depósitos efetuados em suas contas bancárias; 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.

Por fim, não há dúvida de que a autoridade fiscal pode utilizar a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96 para considerar como rendimentos omitidos os valores mantidos em conta de depósito sem comprovação de sua origem.

Entretanto, destaco que a jurisprudência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tem avançado no sentido de mitigar o rigor da análise individualizada dos créditos, permitindo, por exemplo, que os rendimentos informados nas declarações de ajuste anual da pessoa física, desde que não expressamente vinculados aos depósitos bancários de origem não comprovada, pois nesse caso seriam excluídos pela própria fiscalização, sejam excluídos em bloco. Neste sentido, cito os Acórdãos nº 2102-00.430 (2ª Turma Ordinária/1ª Câmara/2ª Seção/CARF), sessão de 03/12/2009, relator o Conselheiro Giovanni Christian Nunes Campos, por unanimidade; 2202-00.415 (2ª Turma Ordinária/2ª Câmara/2ª Seção/CARF), sessão de 04/02/2010, relator o Conselheiro Nelson Mallmann, por maioria.

A questão é que não parece plausível defender que somente os rendimentos informados na declaração de ajuste anual não tenham transitado pelas contas bancárias, o que implicaria dizer que somente os rendimentos omitidos transitam pelas contas bancárias.

Na DIRPF sob exame (fls. 09 dos autos), observa-se que foram declarados, a título de rendimentos, o valor de R\$18.260,00 no ano calendário 2006, e o valor de R\$77.222,12 no ano calendário 2007.

Assim, os citados valores devem ser excluídos da base de cálculo da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, já que tais rendimentos não foram objeto de glosa pela autoridade fiscal, ou seja, estes recursos foram tacitamente confirmados pelo Fisco.

Ante tudo acima exposto e o que mais constam nos autos, voto por acatar a preliminar de nulidade do lançamento ante a prova ilícita e, caso vencido, voto, no mérito, por dar provimento parcial ao recurso, para excluir da base de cálculo do lançamento o valor de R\$18.260,00 no ano calendário 2006, e o valor de R\$77.222,12 no ano calendário 2007.

Assinado digitalmente

Carlos César Quadros Pierre

Voto vencedor

Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada, Redator designado.

Apesar do destaque da tese jurídica exposta no Voto do ilustre Conselheiro Carlos César Quadros Pierre, peço vênia para discordar, nos seguintes termos.

PRELIMINAR.

O fornecimento das informações sobre movimentação bancária do contribuinte obtidas pelo Fisco com fulcro na Lei Complementar 105 de 2001, por meio de procedimento administrativo, sem prévia autorização judicial, é assunto na esfera das matérias de “repercussão geral” no Supremo Tribunal Federal, conforme o Recurso Extraordinário (RE) 601.314, cuja ementa vai aqui transcrita:

EMENTA CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DE CONTRIBUINTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001). POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 601314/RG, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/10/2009, DJe218 DIVULG 19112009 PUBLIC 20.11.2009 EMENT VOL 0238307 PP01422)

A ementa parece-me clara ao estabelecer que a Corte Suprema deverá decidir, especificamente, sobre a possibilidade legal, estabelecida pela Lei Complementar nº 105 de 2001, de que informações sobre movimentações bancárias dos contribuintes sejam fornecidas pelas instituições financeiras “diretamente ao Fisco”. Essa é a questão. Foi, inclusive, atribuída ao tema a repercussão geral, tendo o Tribunal, em outras ocasiões, determinado o sobrestamento do julgamento de recursos que versem sobre o mesmo, como se pode observar a seguir:

*Decisão: Vistos. Verifico que a discussão acerca da violação, ou não, aos princípios constitucionais que asseguram ser invioláveis a intimidade e o sigilo de dados, previstos no art. 5º, X e XII, da Constituição, quando o Fisco, nos termos da Lei Complementar 105/2001, recebe diretamente das instituições financeiras informações sobre a movimentação das contas bancárias dos contribuintes, sem prévia autorização judicial teve sua repercussão geral reconhecida no RE nº 601.314/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski. Dessa forma, dados os reflexos da decisão a ser proferida no referido recurso, no deslinde do caso concreto, **determino o sobrestamento do presente feito, até o julgamento do citado RE nº 601.314/SP.** Publique-se. Brasília, 13 de junho de 2012. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (RE 410054 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 13/06/2012, publicado em DJe120 DIVULG 19/06/2012 PUBLIC 20/06/2012).(grifei)*

DECISÃO REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA – PROCESSOS VERSANDO A MATÉRIA – SIGILO DADOS BANCÁRIOS –

*FISCO – AFASTAMENTO – ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 – BAIXA À ORIGEM. 1. Reconsidero o ato de folhas 343 a 344. 2. O Tribunal, no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski, concluiu pela repercussão geral do tema relativo à constitucionalidade de o Fisco exigir informações bancárias de contribuintes mediante o procedimento administrativo previsto no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001. 3. Ante o quadro, considerado o fato de o recurso veicular a mesma matéria, havendo a intimação do acórdão de origem ocorrido posteriormente à data em que iniciada a vigência do sistema da repercussão geral, bem como presente o objetivo maior do instituto – evitar que o Supremo, em prejuízo dos trabalhos, tenha o tempo tomado com questões repetidas –, **determino a devolução dos autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Faço-o com fundamento no artigo 328, parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, para os efeitos do artigo 543-B do Código de Processo Civil.** 4. Publiquem. Brasília, 3 de novembro de 2011. Ministro MARCO AURÉLIO Relator(AI 714857 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 03/11/2011, publicado em DJe217 DIVULG 14/11/2011 PUBLIC 16/11/2011).(grifei)*

Observo que a tese dos “frutos da árvore envenenada” fundou-se em “interpretação conforme a Constituição”, com base na decisão do Pretório Excelso tomada no julgamento do RE nº 389.808, datada de dezembro de 2010, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Não obstante, o próprio Ministro, em 03/11/2011, determinou a devolução de autos que tratam do mesmo assunto ao Tribunal de origem para que se aguarde o julgamento do RE nº 601.314/SP, que concluiu pela repercussão geral do tema.

Assim, em nosso sistema jurídico, as leis presumem-se válidas e constitucionais, até declaração do Poder Judiciário em contrário. Não há decisão definitiva do STF dizendo da inconstitucionalidade de dispositivos da LC 105 de 2001, que autorizem o fornecimento de informações bancárias dos contribuintes “diretamente ao Fisco”, nos casos que foram especificados e regulamentados por normas posteriores.

Sustentar que a expressão “diretamente ao Fisco” deve ser interpretada no sentido de que “desde que haja ordem judicial” é, a meu ver, negar aplicação da lei, que requer apenas que haja procedimento **administrativo** instaurado ou procedimento **fiscal** em curso, e confere à autoridade administrativa a consideração sobre a imprescindibilidade do exame dos dados, como foi aqui o caso.

LC 105/2001 - 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 os referentes 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.

Quanto aos argumentos que erigem o sigilo bancário ao patamar **constitucional**, para se conciliar, em interpretação conforme a Constituição, sua garantia com

as necessidades e deveres do Fisco, concluindo-se que somente com ordem judicial o dispositivo da Lei Complementar nº 105, de 2001, seria aplicável, destaca-se excerto do Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento, pelo STF, do MS 21.729, DJ 19/10/2001:

“O sigilo bancário só existe no Direito brasileiro por força de lei ordinária. Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata de “intimidade” protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a ‘comunicação de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa. Reporto-me, no caso, brevitatis causao, a um primoroso estudo a respeito do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Em princípio, por isso, se admitiria que a lei autorizasse autoridades administrativas, com função investigatória e sobretudo o Ministério Público, a obter dados relativos a operações bancárias”. (apud CASSONE, Vitorio. Sigilo Bancário: Critério de Interpretação Constitucional. RET 55, mai-jun/07, p. 84)

A matéria relativa à utilização de informações bancárias por parte da RFB encontra-se pacificada no STJ, que decidiu, em sede de recurso repetitivo, que a autoridade fazendária pode ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte até mesmo para constituição de créditos tributários anteriores à vigência da Lei Complementar nº 105 de 2001, ainda que sem o crivo do Poder Judiciário. A ementa do acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC está assim redigida:

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. ...

4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. ...

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

...

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da personalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

...

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

MÉRITO

No que toca ao mérito da questão, levanto discordância pontual em relação à parte do Voto do nobre Relator que entende por "dar provimento parcial ao recurso", para excluir da base de cálculo do lançamento o valor de R\$18.260,00 no ano calendário 2006, e o valor de R\$77.222,12 no ano calendário 2007, assentando que entendo perfeitas as considerações sobre a utilização de presunções legais pelo Fisco e o ônus probatório do contribuinte em relação aos depósitos bancários.

O Conselheiro Relator assim se posiciona, citando jurisprudência deste CARF:

A questão é que não parece plausível defender que somente os rendimentos informados na declaração de ajuste anual não tenham transitado pelas contas bancárias, o que implicaria dizer que somente os rendimentos omitidos transitam pelas contas bancárias.

Na DIRPF sob exame (fls. 09 dos autos), observa-se que foram declarados, a título de rendimentos, o valor de R\$18.260,00 no

ano calendário 2006, e o valor de R\$77.222,12 no ano calendário 2007.

Assim, os citados valores devem ser excluídos da base de cálculo da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, já que tais rendimentos não foram objeto de glosa pela autoridade fiscal, ou seja, estes recursos foram tacitamente confirmados pelo Fisco.

Ocorre que, como se depreende da leitura do Relatório, nem na Impugnação, tampouco no Recurso, o contribuinte aponta ou pede que sejam excluídos do montante dos depósitos o valor declarado de rendimentos em suas DIRPF dos exercícios em questão.

Na lição clássica de Carnelutti, para que haja lide ou litígio é necessário que ocorra “um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”, sendo a pretensão “a exigência de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio” (Apud THEODORO JR. Humberto, Curso de Direito Processual Civil, 41 ed, Forense, Rio de Janeiro: 2004, p. 32). Assim, também importante estudar os contornos da lide. Segundo Marcos Vinicius NEDER e Maria Teresa Martinez LOPÉZ:

“Para a solução do litígio tributário deve o julgador delimitar, claramente, a controvérsia posta à sua apreciação, restringindo sua atuação apenas a um território contextualmente demarcado. Esses limites são fixados, por um lado, pela pretensão do Fisco e, por outro, pela resistência do contribuinte, expressos respectivamente pelo ato de lançamento e pela impugnação....(grifei)

A lei processual estabelece regras que deverão presidir as relações entre os intervenientes na discussão tributária. A atuação dos órgãos administrativos de julgamento pressupõe a existência de interesses opostos, expressos de forma dialética....Na lição de Calamandrei, “o processo se desenvolve como uma luta de ações e reações, de ataques e defesas, na qual cada um dos sujeitos provoca, com a própria atividade, o movimento dos outros sujeitos, e espera, depois, deles um novo impulso....”Se no curso deste processo, constatar-se a concordância de opiniões, deve-se por fim ao processo, já que o próprio objeto da discussão perdeu o sentido. Da mesma forma, não há o que julgar se o contribuinte não contesta a imposição tributária que lhe é imputada.(NEDER, Marcos Vinicius e LOPEZ, Maria Teresa Martinez. Processo Administrativo Fiscal Comentado. 2ª ed., Dialética, São Paulo, 2004, p. 265/266)

...esclarece Alberto Xavier que “nos caos em que o ato do lançamento impugnável seja ‘cindível’, a impugnação pode ser apenas parcial, de tal modo que o impugnante poderá individualizar o objeto do processo, especificando as ‘questões ou pedidos parciais’ que pretende impugnar, ficando as demais, em virtude da renúncia à impugnação, sujeitas à preclusão”(XAVIER. Alberto. Do lançamento...2ª ed. Forense, São Paulo, 1997, p. 333, Apud NEDER e LOPEZ, Op. Cit, p. 269)

Ressalvadas algumas matérias de ordem pública, a competência do julgador para a revisão do lançamento restringe-se à hipótese prevista no art. 145 do CTN, sendo a revisão de ofício de iniciativa exclusiva da RFB (art. 149 do CTN).

De fato, como apontou o Relator, encontram-se na jurisprudência deste CARF decisões no sentido de "*mitigar o rigor da análise individualizada dos créditos*", permitindo, por exemplo, que os rendimentos informados nas declarações de ajuste anual da pessoa física sejam excluídos em bloco.

Entretanto, o entendimento que prevalece nesta Turma Especial é que isso é possível desde que apontado e pedido pelo contribuinte, em suas peças de Impugnação e/ou Recurso, o que não foi o caso, estando, portanto, fora dos limites da lide posta à nossa apreciação.

Pelo exposto, VOTO por **rejeitar a preliminar** de prova ilícita por "quebra do sigilo bancário" e, no mérito, **por negar provimento** ao recurso.

Assinado digitalmente.

Marcio Henrique Sales Parada.