



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

Processo n° 18471.001659/2007-87
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.677 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de maio de 2014
Matéria IRPF
Recorrente FLAVIO RENATO ROCHA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2002, 2003

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.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA - NULIDADE - NÃO OCORRÊNCIA.

É facultado à autoridade julgadora indeferir o pedido de diligência, 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.

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

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

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

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

Recurso voluntário não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar de prova ilícita por quebra de sigilo bancário. Vencidos os Conselheiros Rafael Pandolfo (Relator), Fábio Brun Goldschmidt e Jimir Doniak Junior. Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator.

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: ANTONIO LOPO MARTINEZ (Presidente), MARCIO DE LACERDA MARTINS (Suplente convocado), JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado), RAFAEL PANDOLFO, DAYSE FERNANDES LEITE (Suplente convocada), FABIO BRUN GOLDSCHMIDT. Ausente, justificadamente, o Conselheiro PEDRO ANAN JUNIOR.

Relatório

1 Procedimento de Fiscalização

Após verificar a incompatibilidade entre o declarado pelo recorrente em suas DIRPF's, nos anos calendário 2002, 2003 e 2004, e os registros de transações bancárias exercidas em suas contas — dados obtidos através de CPMF entregue pelas instituições financeiras — para os mesmos anos-calendário, a Fazenda Nacional decidiu iniciar procedimento de verificação em relação ao IRPF dos referidos período (fls.07-08).

O recorrente foi intimado de Termo de Início de Fiscalização, em 25/04/07, requisitando a apresentação para o ano-calendário 2002: a) cópia da Declaração de Ajuste Anual entregue à SRF, juntamente com o recibo de entrega; b) informação de todas as instituições financeiras, inclusive corretoras — no Brasil e no exterior — em que manteve contas de depósito, aplicação e/ou investimento, inclusive cadernetas de poupança, identificando as respectivas agências e número das contas; c) cópia dos extratos bancários contendo a movimentação de todas as contas de débito, aplicação e/ou investimento junto às instituições financeiras.

Para o ano-calendário 2003, foi requisitada a apresentação de informação de todas as instituições financeiras, inclusive corretoras (no Brasil e no exterior) em que manteve contas de depósito, aplicação e/ou investimento, inclusive cadernetas de poupança, identificando as respectivas agências e número das contas deste ano.

Foi requisitado para o ano-calendário 2004: a) documentação comprobatória dos rendimentos tributáveis consignados em sua Declaração de Ajuste Anual; b) informar/comprovar a data da aquisição do consórcio Honda-Brasil, constante de declaração de bens e direitos, discriminando datas e valores das parcelas pagas durante o referido ano; c) informar/comprovar a data de aquisição e a forma de pagamento do Ford Maverick 1978, constante de declaração de bens e direitos; d) informar/comprovar a data de aquisição e a forma de pagamento do caminhão Mercedes Benz modelo 1935, ano 1992, constante da declaração de bens e direitos; e) informar o regime de casamento com a Sra. Verônica Elias Rocha.

Em resposta, o contribuinte informou: a) não ter a documentação referente ao ano-calendário 2004; b) quanto ao consórcio Honda-Brasil, que não adquiriu o bem, pois não adimpliu com todas as prestações; c) o Ford Maverick 1978 foi adquirido em outubro de 2003 com recursos da venda (R\$ 3.000,00) de outro automóvel que possuía, uma Parati 1990; d) que o caminhão Mercedes Benz modelo 1935, ano 1992, foi comprado por um amigo, Sr. André Luiz Martins Marques, através de contrato de Leasing realizado junto ao Banco Unibanco, pois à época não dispunha de crédito, e após o adimplemento do financiamento, o veículo foi registrado em nome de sua esposa, Sra. Verônica Elias Rocha, com quem é casado sob o regime de comunhão parcial de bens (fls. 12-29).

Juntou os seguintes documentos: a) CRV Caminhão Mercedes Benz (fl. 14-15) b) contrato de Arrendamento Mercantil Unibanco 16/19 c) comprovante de Venda (fl. 20) d) doc Banco Real referente ao consórcio Honda-Brasil (fl. 21-22 e fl. 24-27) e) contrato de

Abertura de Conta Corrente (fl. 23) f) contrato de Crédito Rotativo – Caixa Econômica Federal (fl. 29) g) extratos Banco Real referentes ao período de Janeiro a Julho de 2003 (fls. 30-43).

Em 11/07/07, foi encaminhada ao Banco Bradesco S/A (fl. 203), à Caixa Econômica Federal (fl. 254) e ao Banco ABN AMRO Real S/A (fl. 282) Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF da recorrente. Os históricos bancários foram apresentados por todos os bancos (fls. 209-253, fls. 257-281 e fls. 285-361).

O recorrente foi intimado em 17/07/07 para informar/comprovar todos os rendimentos recebidos durante o ano de 2002, tributáveis ou não, incluindo os isentos e os de tributação exclusiva (fl. 46). Ausente manifestação, foi intimado novamente, em 30/08/07 para apresentar: a) documentação hábil e comprobatória da origem de todos os valores creditados/depositados nas contas correntes mantidas em seu nome (Banco Bradesco agência 05827, conta corrente 843342; Caixa Econômica Federal, agência 0203, conta corrente 00140049/7; e Banco Real agência 0350, conta corrente 07162097) referente aos anos-calendários 2002 e 2003; b) documentação comprobatória da alienação da Parati 1990, por R\$ 3.000,00, contendo data e valor da alienação; c) informações/comprovantes de todos os rendimentos recebidos de 2002, tributáveis ou não, incluindo os isentos e os de tributação exclusiva (fl. 48).

O recorrente esclareceu, em 08/09/07, que: a) os depósitos em suas contas bancárias referiam-se a depósitos do estabelecimento do qual é sócios; b) suas contas foram utilizadas, pois a pessoa jurídica e os demais sócios não possuem conta bancária; c) os extratos bancários comprovam que os depósitos foram realizados apenas para cobrir cheques de fornecedores e despesas da loja; d) quanto aos rendimentos declarados em 2002, não possuía comprovantes, pois se tratavam de pró-labore, oriundo da empresa da qual é sócio, destinado às despesas pessoais (fls. 159-160).

Em 18/10/07, o recorrente recebeu termo de intimação anexado ao fluxo financeiro mensal, referente ao ano-calendário 2004, elaborado a partir das informações constantes em sua DIRPF/05, das informações prestadas por ele e daquelas resultantes da auditoria fiscal. Foi solicitado que apresentasse: a) esclarecimentos por escrito, acompanhados de documentação hábil e idônea, caso possuísse elementos que pudessem alterar os cálculos demonstrados; b) documentação hábil e comprobatória da origem de todos os valores creditados/depositados nas contas correntes mantidas em seu nome (Banco Bradesco agência 05827, conta corrente 843342; Caixa Econômica Federal, agência 0203, conta corrente 00140049/7; e Banco Real agência 0350, conta corrente 07162097) referente aos anos-calendário 2002 e 2003; c) informação do valor de todos os rendimentos recebidos de 2002, tributáveis ou não, incluindo os isentos e os de tributação exclusiva (fls. 161-164).

A autoridade fiscal constatou que o fluxo financeiro mensal do ano-calendário 2004 apresentou variação patrimonial a descoberto, pois o total de dispêndios/aplicações superou o total de recursos/origens, no valor de R\$ 646,03 nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio junho e julho, e no valor de R\$ 765,03 nos meses de agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro (fl. 161)

Em resposta (fls. 166-192), o recorrente esclareceu que: a) em 25/02/2002 adquiriu o estabelecimento comercial denominado Panificação Banguense Ltda. ME, e que o valor arrecadado no comércio é suficiente apenas para o pagamento do salário dos funcionários; b) a empresa não consegue saldar os impostos que lhe são atribuídos, e devido a falta de recolhimento, está com o seu maquinários e instalações penhoradas na Justiça Federal; c) em decorrência da falta de clientela na empresa, o Sr. Edie Elbert Laterça passou a tomar conta da Panificação Banguense Ltda. ME, enquanto o recorrente tem trabalhado como

caminhoneiro em uma empresa de transporte; d) os depósitos bancários feitos em seu nome nos bancos Bradesco, Real e Caixa Econômica Federal referem-se a movimentações da Panificação Banguense Ltda. ME.

O recorrente foi intimado, em 01/11/07, a entregar a sua Declaração de Ajuste Anual referente ao ano-calendário 2002, e a apresentar cópia da declaração entregue e o respectivo recibo de resposta, por não conter a entrega desta declaração nos sistemas da SRF (fl. 193). Em resposta, o contribuinte informou que não imprimiu o referido comprovante quando da D IRPF (fls. 196).

2 Notificação do Lançamento

Em 27/11/07, a autoridade administrativa lavrou lançamento de ofício (fls. 383-389), embasado no argumento de que houve omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito bancários os quais o recorrente, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Considerando os períodos apurados, foi constituído crédito tributário no montante de R\$ 678.209,00 (R\$ 114.244,39 referente ao imposto do ano-calendário 2002; e R\$ 175.806,70 referente ao imposto do ano-calendário 2003), incluídos IRPF, multa de 75% e juros moratórios calculados até 31/10/07.

3 Impugnação

Indignado com a autuação, o recorrente apresentou impugnação (fls. 403-410) tempestiva, esgrimindo os seguintes argumentos:

- a) as informações bancárias não constituem elemento suficiente para exigir a cobrança do crédito tributário, pois o valor cobrado jamais foi receita e/ou lucro;
- b) o crédito tributário cobrado é decorrente da empresa Panificação Banguense Ltda. ME, da qual não é mais sócio desde janeiro de 2006;
- c) os valores constantes em suas movimentações bancárias nem sempre foram de sua renda, pois se utilizou dela para realizar movimentações para parentes e para a empresa da qual era sócio;
- d) a tabela (fl. 406) e as notas fiscais apresentadas comprovam que as movimentações feitas em suas contas bancárias eram para a Panificação Banguense Ltda. ME;
- e) impossibilidade de atribuir aos depósitos bancários o caráter de evidência de renda aferida, ou de obtenção de lucro;
- f) as despesas consideradas para apuração do acréscimo de receita, baseada exclusivamente nos débitos da CPMF nas contas bancárias, por si só, não revelam existência de rendimentos tributários, constituindo mera presunção;

- g) a necessidade de existência de outras provas para que se admita a presunção de que os valores lançados a débito em sua conta corrente bancária tratam-se de faturamento;

Em anexo foram juntados os seguintes documentos:

- a) certidão de casamento (fl.413);
- b) estatuto social e alteração contratual da empresa Panificação Banguense Ltda. ME (fls. 414-416);
- c) notas fiscais, canhotos de cheques e extratos bancários (fls. 457-513).

4 Acórdão de Impugnação

O lançamento foi julgado procedente pela 3ª Turma da DRJ/RJ2, por unanimidade (fls. 517-523), mantido o crédito tributário em sua totalidade. Os fundamentos foram os seguintes:

- a) não cabe ao contribuinte se valer de pedido de diligências para apresentar provas não trazidas aos autos em momento oportuno, quando esse ônus lhe cabia, conforme art. 18 do Decreto n.º 70.235/97;
- b) nos termos do art. 42 da Lei n.º 9.430/96, os depósitos bancários de origem não comprovada efetuados a partir do ano-calendário de 1997, por presunção legal, caracterizam omissão de rendimentos, estando, portanto, sujeitos à tributação pelo IR, de modo que a presunção legal favorável ao Fisco transfere ao contribuinte o ônus de rechaçar a imputação, mediante comprovação da origem dos recursos, o que não ocorreu;
- c) a documentação trazida pelo recorrente, quando de sua impugnação, se tratava de crédito de pessoa jurídica, não tendo havido elementos hábeis a comprovar suas alegações, isto é, os documentos apresentados não foram hábeis e suficientes para comprovar, individualizadamente, a origem dos depósitos bancários efetuados em conta do recorrente;
- d) a Fiscalização utilizou-se da faculdade prevista no art. 11, §3º, da Lei n.º 9.311/96, de utilizar as informações prestadas pelas instituições financeiras para a instauração de procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo ao imposto de renda, e para lançamento do crédito tributário existente, sendo, portanto, válido o lançamento em questão, realizado com fundamento no art. 42 da Lei n.º 9.430/96;
- e) o não afastamento da presunção legal de omissão de rendimentos, ônus do contribuinte, implica na manutenção integral da exigência;
- f) a não vinculação da primeira instância administrativa às ementas de acórdãos da segunda instância, pois estas não fazem parte das normas complementares constantes do art. 100 do CTN.

5 Recurso Voluntário

Notificado da decisão em 09/05/11, o recorrente, não satisfeito com o resultado do julgamento, interpôs recurso voluntário (fls. 529-545) em 03/06/2011, repisando os argumentos da impugnação, acrescentando os seguintes:

- CÓPIA
- a) não lhe fora dada a oportunidade de defender-se amplamente quando solicitou o requerimento de “baixa para diligência”, sendo desconsiderada a norma inserta no art. 16, IV, §4º, do Decreto n.º 70.235/72;
 - b) em respeito ao princípio da verdade material, não poderia ter lhe sido negado o pedido de baixa em diligência, ou tampouco a juntada posterior de documentos que poderiam elucidar a questão;
 - c) o montante supostamente auferido é incompatível com a vida que levava, bastando analisar seu patrimônio para concluir tal afirmação;
 - d) é necessário que o fisco demonstre a existência do produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos ou outros acréscimos patrimoniais para que haja o fato gerador dos impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza auferidos por pessoa física, o que não ocorreu;

Em anexo foram juntados os seguintes documentos:

- a) comprovante de IRPF referente ao ano-calendário de 2010; (fls. 547-548).
- b) contrato de transporte rodoviário; (fls. 549-553)

7 Sobrestamento

Em 18/09/13, através da Resolução nº 2202-000.542 (fls. 558-567 do e-processo), este processo foi sobrestado, conforme orientação contida no § 3º do art. 2º da Portaria CARF nº 001, de 03/01/12, tendo em vista que para alcançar seu desiderato, a Fiscalização utilizou RMF e que a constitucionalidade das prerrogativas estendidas à autoridade fiscal através de instrumentos infraconstitucionais – como a RMF – encontrava-se em análise pelo STF no âmbito do Recurso Extraordinário nº 601.314, que tramitava em regime de repercussão geral.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Rafael Pandolfo

1. PRELIMINAR

1.1 Do sobrestamento

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

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

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

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

No presente caso houve utilização, pela Fiscalização, de meios administrativos para quebrar o sigilo bancário do contribuinte (uso de dados da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira — CPMF expedida em período anterior à vigência da Lei nº 10.174/01), sem o crivo prévio do Poder Judiciário. A análise da regularidade dessa prerrogativa, em sede de repercussão geral, é objeto RE nº 601.314, que está sendo julgado no STF sob o regime do art. 543-B, do CPC. Assim, existindo o sobrestamento do tema no STF, o mesmo ocorria no CARF, corolário do dispositivo regimental acima indicado.

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

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

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

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

O crédito tributário debatido no presente recurso tem como fundamento o art. 42, da Lei nº 9.430/95. Para chegar à comprovação da materialidade do tributo — depósitos bancários sem origem identificada — o Fisco utilizou-se de Requisição de Informações de

Informação Financeira — RMF (fls. 254 - 282), instrumento administrativo que teria como objetivo dar eficácia ao disposto na Lei Complementar nº 105/01, na Lei nº 9.311/96 e no Decreto nº 3.724/01.

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

O julgamento recebeu a seguinte ementa:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ainda que não se possa negar semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático da sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (Anwendungsfalle) do programa

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

Desse modo, conclui-se que:

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

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

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

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

Reforçando uma diretiva óbvia e 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

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

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

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

Na hipótese, somente foi possível a constituição de parte do crédito tributário (o contribuinte apresentou extratos referentes aos meses de Janeiro e Julho de 2003) com base no art. 42 da Lei nº 9.430/95, através das provas obtidas junto às instituições financeiras por meio de quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial ou do titular da conta bancária. Ou seja, se a fiscalização não houvesse expedido a RMF, não teria concluído pela omissão de rendimentos, e não teria lavrado o auto de infração sob esse argumento.

Assim, entendo que deve ser acolhida a preliminar de prova ilícita por quebra de sigilo bancário, para que seja considerado nulo o Auto de Infração, em relação às informações obtidas através de RMF.

1.3 Da Solicitação de Diligência

O contribuinte alega que houve prejuízo na instrução do processo administrativo pela inobservância dos princípios da razoabilidade, verdade real e ampla defesa, pois não foi atendido o pedido de diligência realizado na impugnação, ferindo o disposto no art. 16, IV, § 4º, do Dec. nº 70235.

Não assiste razão ao recorrente.

O pedido de diligência 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 utilizada 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 diligência, 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 deste Conselho:

*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).

Ao contrário do alegado pelo contribuinte, o pedido de diligência realizado no âmbito da impugnação, foi genérico e submeteu ao juízo da autoridade administrativa a conveniência da realização da diligência. Conforme abaixo transcrevo:

“d) seja determinado a baixa em diligências caso este órgão entenda necessário para se juntar documentos para comprovar que a responsabilidade é da Panificadora Banguense Ltda., CNPJ 33.085.887/0001-17 e não do sócio pessoa física.” (grifo nosso)

O art. 16, IV, §1º, do Decreto nº 70.235/72 é claro ao estabelecer condições para que reste deferido o pedido de diligência. *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, não houve a exposição dos motivos que justificariam a baixa em diligência para que fosse realizado procedimento fiscalizatório em sujeito passivo diverso do autuado. 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 diligências 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.

Da análise dos autos, se verifica que a decisão de Primeira Instância entendeu pelo indeferimento do pedido de realização de diligência ao argumento de que:

“Inicialmente, deve ser analisado o pedido de diligência do impugnante para juntar documentos comprobatórios da alegada responsabilidade da pessoa jurídica sobre os depósitos efetuados em suas contas bancárias. Com relação a esse pleito, cabe esclarecer que os artigos 15 e 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, não deixam qualquer dúvida quanto ao momento em que as alegações do impugnante, devidamente acompanhadas dos pertinentes elementos de prova, devem ser apresentadas, ou seja, na impugnação. O §4º do art. 16 do citado Decreto determina expressamente que a prova documental deverá ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique caracterizada uma das hipóteses ali previstas, o que não é o caso dos autos. Portanto, não cabe ao Contribuinte se valer de pedido de diligências para apresentar provas não trazidas aos autos no momento oportuno, quando esse ônus lhe cabia. Dessa forma, indefiro o pedido de diligência, nos termos do art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972, por considerá-lo prescindível ao julgamento da lide”.

A responsabilidade pela apresentação das provas do alegado compete ao contribuinte, não cabendo à determinação de diligência para a busca de provas. No caso, a autoridade julgadora de Primeira Instância indeferiu o pedido diligência, uma vez que a oportunidade para apresentação das provas precluiu, entendendo a produção de tal prova prescindível ao julgamento da lide.

Assim, entendo ser incabível a solicitação de diligência nesse momento processual uma vez que o foi devidamente oportunizado que o recorrente juntasse aos autos os documentos comprobatórios que considerasse relevante, portanto, prejudicado o pedido do autor, sendo o produzido ao longo do processo suficiente para firmar o convencimento da Primeira Instância, e suficiente para formar o deste Relator.

2. MÉRITO

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

2.1 Da Consideração de depósitos bancários como fato gerador do Imposto de Renda.

O contribuinte alega que os depósitos bancários, por si só, não poderiam autorizar o lançamento efetuado, por não constituírem fato gerador do imposto de renda, pois

não caracterizam disponibilidade de renda e proventos, não podendo, por consequência, caracterizarem sinais exteriores de riqueza.

Não assiste razão ao recorrente.

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

Nesta senda, o Tribunal Federal de Recursos sumulou entendimento com esta exata interpretação (Súmula 182 do TRF), bem como o art. 90, VII, do Decreto-Lei nº 2.471/88, o qual 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. *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. “

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).

Trata-se de Presunção legal, esta sendo o resultado de processo lógico mediante o qual 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.

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

Por ser presunção relativa, é necessário que o contribuinte seja intimado regularmente, 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.

Sendo assim, não é plausível o argumento esgrimido pelo contribuinte de que os depósitos bancários não constituiriam elemento suficiente para a exigência do tributo, sendo irrelevante tratar-se de receita ou lucro. Ademais, por não ter apresentado provas que infirmassem a presunção gerada pelos depósitos bancários, considera-se acertada a autuação.

Conforme previsão do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430/96, é necessário comprovar individualizadamente a origem desses recursos, identificando-os como decorrentes de renda já oferecida à tributação ou como rendimentos isentos/não tributáveis. Trata-se, portanto, de ônus exclusivo do contribuinte:

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

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

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

O recorrente sustenta que valores glosados decorreram da movimentação de capital da Empresa Panificação Banguense Ltda ME, da qual não é mais sócio, e ressalta que a tabela apresentada (fl. 406 do e-processo) em conjunto com as notas fiscais, comprova tal situação. Ocorre que as provas trazidas aos autos não são suficientes para comprovar a origem dos depósitos bancários, e o contribuinte em momento algum buscou justificar, individualizadamente a origem dos créditos. A própria tabela referida pelo recorrente trata de saída, e não entrada de valores, além disso, junto à tabela, não vieram de quaisquer documentos aptos à comprovação da origem, especialmente os livros comerciais da empresa demonstrando que tais recursos foram transferidos para a conta da empresa e devidamente contabilizados.

Cabe ressaltar, que conforme o anteriormente explicitado, é ônus do contribuinte a comprovação da origem dos depósitos glosados pela autoridade administrativa. Mesmo considerando que deixou a condição de sócio da empresa, era possível que o contribuinte tivesse acesso aos documentos da referida empresa, indicando, individualizadamente, os valores que correspondessem aos autuados.

Por fim, alega o contribuinte a incompatibilidade do seu patrimônio com os valores glosados. Ocorre que essa afirmação não serve como justificativa capaz de isentar o contribuinte do auto de infração.

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 do recorrente, que poderia ser afastada através da comprovação da origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, um a um, de forma individualizada.

Deste modo, não há que se confundir omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, com a tributação referente a 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, urna 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.

IRPF-ERRO NA INDICAÇÃO DA INFRAÇÃO - ENQUADRAMENTO

LEGAL - LANÇAMENTO NULO - A precisa indicação cia infração e

enquadramento legal é aspecto essencial na fixação da matéria tributável de modo que eventual erro nesse aspecto do lançamento se constitui vício substancial e insanável e, portanto, enseja a nulidade do lançamento.

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)

Ante o exposto, VENCIDO NA PRELIMINAR de nulidade por quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial, voto para que seja REJEITADA a preliminar de nulidade pelo não deferimento do pedido de diligência, e que, no mérito, seja NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ.

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

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

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

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

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

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

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

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

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas às normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

Desta forma, dentro dos limites estabelecidos pelos textos legais que tratam o assunto, os Auditores-Fiscais da Receita Federal poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, desde que houver processo fiscal administrativo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. Devendo ser observado que os documentos e informações fornecidos, bem como seus exames, devem ser conservados em sigilo, cabendo a sua utilização apenas de forma reservada, cumprido as normas a prestação de informações e o exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, a que alude a lei, não constitui, portanto, quebra de sigilo bancário.

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

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

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

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

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

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ- Redator designado.