



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

Processo n° 19515.004923/2003-10
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.807 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de setembro de 2014
Matéria IRPF
Recorrente JOSÉ EDUARDO GOMES PEREIRA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 1998

DECADÊNCIA - PAGAMENTO ANTECIPADO - ART. 150, § 4º, DO CTN - APLICABILIDADE - IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA - SÚMULA 38 DO CARF- APLICABILIDADE.

O STJ tem entendimento consolidado, REsp 973733/SC, no sentido de que o prazo quinquenal previsto no art. 150, § 4º, do CTN é aplicado aos tributos sujeitos a lançamento por homologação quando houver o pagamento antecipado. Conforme Súmula nº 38 do CARF, “O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário”.

CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO FISCAL - INOCORRÊNCIA

Se foi concedida, durante a fase de defesa, ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos, bem como se o sujeito passivo revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante extensa e substancial defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

CONTAS CONJUNTAS - INTIMAÇÃO DOS CO-TITULARES - NECESSIDADE - AUSÊNCIA - NULIDADE - SÚMULA CARF Nº 29.

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

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO - PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001.

A Lei Complementar nº 105/2001 permite a quebra do sigilo por parte das autoridades e dos agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

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

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

TAXA SELIC - SÚMULA CARF Nº 04.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Recurso voluntário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, QUANTO A PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA POR QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO: Por maioria de votos, rejeitar a preliminar. Vencidos os Conselheiros RAFAEL PANDOLFO (Relator) e JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado), que acolhem a preliminar. Designado para redigir o voto vencedor nessa parte o Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ. QUANTO AO MÉRITO: Por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo da infração o montante de R\$ 81.100,40.

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ – Presidente Redator designado.

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator.

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

Processo nº 19515.004923/2003-10
Acórdão n.º **2202-002.807**

S2-C2T2
Fl. 1.030

CÓPIA

Relatório

1 Procedimento de Fiscalização

Após verificar a incompatibilidade entre as informações financeiras apresentadas pelo contribuinte em sua DIRPF ano-calendário 1998 e os dados de sua movimentação financeira. A Fazenda Nacional instaurou Procedimento de Fiscalização em relação ao IRPF do recorrente do ano-calendário referido, com o objetivo de esclarecer a origem dos recursos que possibilitaram a realização dos créditos e depósitos bancários, considerando que existiam evidências de omissão de rendimentos pelo recorrente. Tal procedimento se deu através do MPF nº 0813400.2001.00298-8, o qual foi substituído pelo MPF nº 0819000.2002.00932-2, esse substituído pelo MPF nº 0819000.2003.00811-7-1 (fls. 01-22).

A autoridade administrativa juntou ao processo Dôssie de Contribuinte SIGA PF (fls. 26-62) e Relatório de Movimentação Financeira – Base CPMF (fls. 63-66 e 74).

Em 02/04/01, o contribuinte foi intimado, através do Termo de Início de Fiscalização a apresentar : a) os extratos bancários relativos às contas bancárias que deram origem à movimentação financeira; b) comprovar, mediante hábil e idônea documentação, a origem dos valores depositados e c) entregar comprovante de entrega de DIRPF (fl. 77).

Em razão de ausência de manifestação a Fiscalização emitiu Termos de Ciência de Continuação de Procedimentos Fiscal (fls. 78-82 e 86-92), todos com ciência do contribuinte. Em 22/10/01, o recorrente foi intimado para, no prazo de 10 dias, apresentar a cópia da DIRPF ano-calendário 1998 (fl. 84). Persistindo a ausência de manifestação, em 04/09/02, a autoridade administrativa intimou novamente (fls. 94-100).

Ainda sem resposta, em 07/11/02, a Fiscalização decidiu lavrar Requisição de Movimentação Financeira – RMF as instituições financeiras Banco do Brasil (fl. 102), Banco do Estado de São Paulo (fl. 103), Banco Itaú (fl. 104), BankBoston (fl. 105), Caixa Econômica Federal (fl. 106).

Em 23/04/01, o contribuinte juntou ao presente processo a DIRPF Ano-Calendário 1998 com as respectivas DARF's (fl. 129-144). Em 20/08/01, o contribuinte anexou ao processo: a) Informe de Rendimentos Financeiros – Banco Itaú (fls. 147-150); b) Extrato Banco do Brasil (fl. 151); c) Informe de Rendimentos Financeiros Banespa (fl. 152); c) Informe de Rendimentos Financeiros – Caixa Econômica Federal (fls. 153-154); d) Solicitação de Extratos as instituições financeiras (fls. 156-174).

Em 05/12/02, o BankBoston juntou ao presente processo extrato de aplicações financeiras, extrato de movimentação das contas corrente e poupança do contribuinte (fls. 180-221). Na mesma data a Caixa Econômica Federal respondeu a intimação da autoridade administrativa juntando ao processo extrato de aplicações financeiras e extratos de movimentação da conta corrente do recorrente (fls. 224-235).

Em 15/07/03, o Banco Banespa respondeu à intimação anexando ao processo extrato de movimentação da conta corrente do contribuinte (fls. 236-252). Em 19/12/02, o Banco Itaú igualmente respondeu a intimação juntando ao processo extratos da movimentação

financeira da conta corrente (fls. 254-353). Em 15/04/03, o Banco do Brasil juntou ao processo extratos da movimentação financeira (fls. 354-385).

Em 27/11/03 o contribuinte apresentou manifestação informando que os Termos de Intimação foram enviados a endereço equivocado, chegando tardiamente as suas mãos, em razão disso requereu a prorrogação do prazo para o atendimento da intimação por 40 dias, sendo-lhe concedido 15 dias (fl. 386-387). Na data de 15/12/03, foi requerida nova prorrogação de prazo o que foi indeferido (fl. 393).

Na data de 23/12/03, a autoridade administrativa lavrou Termo de Verificação (fls. 395-399) juntamente com o demonstrativo de depósitos bancários de origem não comprovada (fls. 400-425), oportunidade na qual encerrou o procedimento de fiscalização, pois não ficou comprovada a origem dos depósitos.

2 Auto de Infração

Foi lavrado, em 23/12/03 (fls. 428-431), auto de infração relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, anos-calendário 1998, apurando crédito tributário no montante de R\$ 439.564,90, incluídos imposto, juros de mora e multa de 75%. A infração imputada foi omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada.

3 Impugnação

O recorrente apresentou impugnação tempestiva (fls. 435-460), esgrimindo os seguintes argumentos:

- a) o auditor fiscal da Receita Federal responsável pela lavratura do auto não detinha competência para atuar no processo administrativo;
- b) foi proferida decisão com preterição do direito de defesa do contribuinte, o que configura uma decisão nula nos termos do art. 59, I e II do Dec. nº 70.235/72;
- c) o procedimento de fiscalização que resultou na lavratura do auto teve início com o MPF nº 0813400.2001.00298-8, sendo substituído pelo de nº 0819000.2002.00932-2 e, por fim, pelo de nº 0819000.2003.00811-7-1, sendo na vigência desse último a lavratura. O que significa que no curso do procedimento dois MPF's foram extintos. O art. 16 da Portaria SRF 3007/11, impõe que a extinção de MPF deve acarretar em substituição do auditor o que não ocorreu;
- d) o contribuinte teve seu direito de defesa preterido, pois foi intimado em endereço equivocado e só lhe foi concedido 15 dias para a responder os questionamentos da fiscalização e nova prorrogação foi indeferida sem quaisquer justificativas, sendo nula a decisão de indeferimento, pois não foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa e o art. 2º da Lei 9.784/99;
- e) a irregularidade da quebra de sigilo bancário;

- f) impugna a possibilidade dos depósitos bancários serem considerados hábeis para se efetuar o lançamento tributário, na medida em que nenhum tributo pode ser lançado com base em mero indício;
- g) em relação a conta 22106-6 não pode ser imputado nenhuma movimentação bancária ao contribuinte, pois ela não era movimentada no ano-calendário 1998 e sim por sua ex-esposa, Ermantina Galvão Gomes Pereira;
- h) a inconstitucionalidade da Taxa Selic;

Por fim, anexou os seguintes documentos:

- a) Cópias do Termo de Verificação Fiscal (fls. 465-503);
- b) Cópias Termos de Intimação (fls. 504-516);
- c) Cópias Manifestações do Contribuinte (fls. 517-521);
- d) Cópia Termo de Início de Verificação (fls. 522-525);
- e) Jurisprudência (fls. 527-591);
- f) Petição Inicial de Separação Judicial (fls. 592-606);
- g) Acordo judicial (fls. 607-615);
- h) Declaração de Ciência propriedade das contas (fl. 617);
- i) Jurisprudência (fls. 623-643).

4 Acórdão de Impugnação

A impugnação foi julgada parcialmente procedente, por unanimidade, pela 2ª Turma da DRJ/STM (fls. 647-662), rejeitando as preliminares e alterando o valor do imposto lançado de R\$ 170.704,82 para R\$ 159.692,45. Na decisão, foram alinhados, em síntese, os seguintes fundamentos:

- a) o MPF é um instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF, eventual descumprimento de requisito estatuído em norma puramente administrativa, não caracteriza nulidade;
- b) o contribuinte demonstra de forma inequívoca o pleno conhecimento do processo fiscal, apresentando seus argumentos de defesa, não há falar em cerceamento ao direito de defesa;
- c) a ampliação dos poderes de investigação do Fisco, não atinge, de forma alguma, ao princípio da irretroatividade das leis, pois não foram alterados aspectos materiais, constituindo-se em norma que visa à melhoria dos procedimentos de fiscalização;
- d) não são suscetíveis de apreciação na via administrativa quaisquer arguições de inconstitucionalidade;

- e) não são tributados os depósitos bancários, mas sim a omissão de rendimentos por ele representada. Dessa forma, os depósitos caracterizam-se como indícios da existência de omissão de rendimentos, transformando-se em prova somente quando o contribuinte não comprova a sua origem. A autoridade fiscal possui, nesse diapasão, poder/dever de considerar os valores depositados como rendimentos tributáveis, ante o princípio da legalidade que rege a administração pública;
- f) não foi comprovada a origem dos recursos;
- g) não há prova nos autos de que a conta bancária do Banco do Brasil tenha sido utilizada unicamente pela Sra. Maria Ermantina, a transação efetuada pelas partes teve o seu trânsito em julgado somente em 21/11/02;
- h) em relação a conta conjunta do Banco do Brasil, devem ser lançados na proporção de 50% para o autuado e não 100% como constou no Auto de Infração, situação que resulta em redução do imposto no valor de R\$ 11.012,37;
- i) a utilização da Taxa Selic para fixação dos juros moratórios está em conformidade com a legislação vigente;

5 Recurso Voluntário

Intimado em 08/10/07, o recorrente interpôs, tempestivamente, recurso voluntário, em 07/11/07 (fls. 680-778), repisando os argumentos apresentados em sua impugnação e acrescentando que o fato gerador do IRPF ocorre a cada mês do ano-calendário e não ao final dele, sendo a partir desses meses que deve ser contado o prazo decadencial, nos termos do art. 150, §4º do CTN;

Por fim, anexou cópia de documentos já juntados (fls. 912-1502).

6 Acórdão de Recurso Voluntário

Em 12/05/10, foi proferida decisão pela 2ª Câmara/2ª Turma Ordinária do CARF (fls. 746-757), acolhendo a preliminar de nulidade suscitada por vício formal na emissão do MPF, extinguindo o crédito tributário lançado, com base nos seguintes fundamentos:

- a) da mesma forma que o Auto de Infração possui requisitos para determinar sua validade o mesmo ocorre com o MPF, assim, eventuais irregularidades poderão ensejar em nulidade da ação fiscal;
- b) o MPF não é mero instrumento de controle interno, mas ato formal por meio do qual a Administração Tributária estabelece os limites em que será executada a ação fiscal;
- c) dessa forma deve ser configurada irregularidade na emissão do último MPF, pois foi designado para execução dos trabalhos o mesmo auditor responsável indicado anteriormente, contrariando o disposto no art. 16 da Portaria nº 3.007/01.

7 Recurso Especial

Em 19/10/10, a União, apresentou Recurso Especial (fls. 761-769), argumentando, em síntese:

- a) as determinações nas portarias não têm o condão de se tornarem em regra cogente suscitadas pelo sujeito passivo após o lançamento;
- b) as portarias devem ser analisadas sob os aspectos de público interno e externo. No interno, instituiu uma proibição no sentido de que o fiscal aja de moto próprio na tomada de procedimentos fiscais, além de estabelecer, de forma específica, a obrigatoriedade de executá-las. No externo, criou para o contribuinte o direito de resistência passiva ao ato administrativo que se pretende realizar, pois sem ele o fiscalizado não estará informado dos tributos e períodos a serem fiscalizados, como agora é de seu direito;
- c) Segundo resulta da disciplina dos arts. 59 c/c 60 do Decreto nº 70.235/72, a notificação e demais termos do processo administrativo fiscal somente serão declarados nulos na ocorrência de uma das seguintes hipóteses: *i*) quando se tratar de ato/decisão lavrado ou proferido por pessoa incompetente; *ii*) resultar em inequívoco cerceamento de defesa à parte;
- d) no caso em concreto não houve prejuízo ao contribuinte;

O contribuinte apresentou contrarrazões (fls. 787-832)

8 Acórdão de Recurso Especial

Em 31/01/13 foi proferida Acórdão de Recurso Especial (fls. 959-964) pela 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, afastando a nulidade declarada, determinando o retorno dos autos a origem para a análise das demais questões, esgrimindo, em síntese, os seguintes argumentos:

- a) o MPF se constitui em mero instrumento de controle criado pela administração;
- b) a situação analisada é mero erro administrativo, sem o condão para macular o lançamento tributário;

9 Embargos de Declaração

Em 27/05/13, o recorrente apresentou Embargos de Declaração (fls. 968-981), alegando que os acórdãos citados como paradigmas pela União não trataram do tema da decisão recorrida, assim, não foi demonstrada a analítica da divergência entre as decisões, em razão do Acórdão não ter se manifestado sobre esse ponto tratado nas contrarrazões, está comprovada a omissão, pedindo para que ela seja analisada e, por consequência, negada a admissibilidade do Recurso Especial interposto pela União.

10 Despacho em Embargos de Declaração

Em 10/07/2013, foi proferido Despacho em Embargos de Declaração (fls. 1008-1010), declarando inexistir a omissão declarada, pois o voto do relator inicia com o enfrentamento do tema, não havendo omissão, entendeu-se que o objetivo do embargante era o de rediscutir ponto já apreciado pelo colegiado, sendo assim, os Embargos foram rejeitados.

Processo nº 19515.004923/2003-10
Acórdão n.º **2202-002.807**

S2-C2T2
Fl. 1.033

É o relatório.

CÓPIA

Voto Vencido

Conselheiro Rafael Pandolfo

1. PRELIMINAR

1.1 Nulidade do Lançamento

A decisão contida no Acórdão nº 9202-002.519 da Câmara Superior de Recursos Fiscais (fls. 959-964), afastou a preliminar de nulidade do lançamento por irregularidades no MPF, nos seguintes termos:

*MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL MPF.
INSTRUMENTO DE*

*CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO. VÍCIOS NÃO ANULAM O
LANÇAMENTO.*

O Mandado de Procedimento Fiscal MPF se constitui em mero instrumento de controle criado pela Administração Tributária, e irregularidades em sua emissão ou prorrogação não são motivos suficientes para se anular o lançamento Jurisprudência do CARF.

O fato de, após sucessivas prorrogações, ter-se indicado o mesmo AFRF que constava de MPF extinto por decurso de prazo constitui-se em mero erro administrativo, que não tem o condão de macular o lançamento em si, que foi lavrado por autoridade competente, e por meio de instrumento formalmente perfeito.

Recurso especial provido.

(Câmara Superior de Recursos Fiscais. Ac. 9202-002.519. Rel. Otacílio Dantas Cartaxo. Jan. 31/01/13).

Dessa forma, prejudicada a análise dessa preliminar, uma vez que já analisadas em Instância Superior.

1.2 Da Decadência

Sustenta o recorrente a decadência do direito de lançamento da fiscalização relativo ao período entre 01/01/98 e 31/12/98. Defende a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, sendo que o prazo decadencial para a constituição de créditos tributários é de cinco anos contados do fato gerador, que, no caso da presunção por omissão de depósitos bancários sem origem comprovada, ocorre no mês dos créditos, a teor do art. 42, §4º, da Lei nº 9.430/96 assim, ultrapassado esse lapso temporal todos os fatos geradores anteriores a 23/12/98 não poderiam ser considerados, pois o Auto de Infração foi lavrado em 23/12/03 (fls. 428-430).

Não assiste razão ao recorrente.

O Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF) é tributo que, por sua natureza, é sujeito ao lançamento por homologação, modalidade na qual o contribuinte antecipa o pagamento do tributo e declara o montante devido ao Fisco, procedimento sujeito a posterior

homologação por parte da Fazenda Pública. Não havendo qualquer ato que expressamente homologue a declaração efetuada pelo contribuinte e o respectivo pagamento, ainda que parcial, o procedimento considera-se tacitamente homologado após o transcurso do prazo de 5 anos contados da data do fato gerador, nos termos do que dispõe o §4º, do art. 150, do CTN. Passado esse prazo, salvo a comprovação de dolo, de fraude ou de simulação, o direito de efetuar eventual lançamento de ofício encontra-se atingido pela decadência.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, analisando o assunto no rito previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil, cuja decisão é de observância obrigatória por esta Colenda Corte, nos termos do art. 62 do Regimento Interno, entendeu que no caso de tributo sujeito ao lançamento por homologação somente é aplicado o prazo previsto no art. 173, inciso I, do CTN, quando não houver o pagamento antecipado, desde que não comprovada a ocorrência de dolo, de fraude ou de simulação, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde,

iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009). Grifamos.

Tal entendimento se aplica, inclusive, nos casos em que o pagamento foi parcial, conforme o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa abaixo colacionada:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO A MENOR. DECADÊNCIA.

TERMO INICIAL A CONTAR DO FATO GERADOR.

1. É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça de que o prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que houve pagamento antecipado, ainda que parcial, é contado da ocorrência do fato gerador.

2. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 1182862/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 02/02/2011)

Contudo, quanto ao argumento do recorrente de que o fato gerador do imposto de renda se daria mensalmente, não assiste razão ao recorrente.

Conforme se verifica na Declaração de Ajuste Anual do ano-calendário de 1998 (fl. 139-140), **houve recolhimento antecipado**, fato que, consoante o entendimento jurisprudencial consolidado, atrai a incidência do art. 150, §4º, do CTN. **Assim, não merece ser acolhida a preliminar de decadência, pois o fato gerador ocorreu em 31/12/98, e aplicando-se o prazo quinquenal previsto no art. 150, § 4º, do CTN, ter-se-á como prazo decadencial 31/12/03, data posterior ao lançamento e ciência do contribuinte, ocorrido em 23/12/03 (fl. 432).**

Nesse sentido é o entendimento desta Câmara:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

Ano-calendário: 1999

DECADÊNCIA. TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO. MATÉRIA DECIDIDA NO STJ NA SISTEMÁTICA DO ART. 543C DO CPC. EXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. REGRA DO ART. 150, §4º, DO CTN.

O art. 62ª do RICARF obriga a utilização da regra do REsp nº 973.733 SC, decidido na sistemática do art. 543C do Código de Processo Civil, o que faz com que a ordem do art. 150, §4º, do CTN, só deva ser adotada nos casos em que o sujeito passivo antecipar o pagamento e não for comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, prevalecendo os ditames do art. 173, nas demais situações.

No presente caso, houve pagamento antecipado na forma do imposto Retido na Fonte e saldo a restituir apurado na declaração de ajuste do exercício de 1999, valor compensado no auto de infração, e não houve a imputação de existência de dolo, fraude ou simulação, sendo obrigatória a utilização da regra de decadência do art. 150, §4o, do CTN, que fixa o marco inicial na ocorrência do fato gerador.

Como o fato gerador do imposto de renda é complexivo anual, ele só se aperfeiçoa em 31 de dezembro do ano calendário, o que faz com que o prazo decadencial tenha se iniciado em 31/12/1999 e terminado em 31/12/2004. Como a notificação de lançamento se deu apenas em 30/08/2005, o crédito tributário já havia sido fulminado pela decadência.

(Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 2ª Câmara. 1ª Turma Ordinária. Ac. 2201-001.859. Rel. Rodrigo Santos Masset Lacombe. Jul. 16/10/12).

Diante disso, aplica-se ao caso a Súmula nº 38 deste Conselho, que prevê que:

“Súmula CARF nº 38: O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário.”

Em razão do exposto, não merece ser acolhida a preliminar de decadência.

1.3 Do Cerceamento de Defesa

O contribuinte alega a ocorrência de cerceamento à defesa, pois a Autoridade Fiscal intimou o contribuinte em endereço incorreto, reconheceu o erro, concedeu renovação de prazo para atendimento da intimação, porém, não concedeu nova renovação de prazo, sem qualquer fundamento, não possibilitando ao contribuinte prestar os devidos esclarecimentos.

O direito à ampla defesa é um dos pilares do devido processo legal, princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, e está explicitado na Constituição Federal em diversos incisos do art. 5º, reforçando-se os seguintes:

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:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ainda, no âmbito do processo administrativo federal, tal direito tem seu conteúdo mínimo definido na Lei nº 9.784/99, que consolida institutos identificados pela doutrina como: o direito de petição, a razoável duração do processo, o direito à ampla defesa, instrumentalidade das formas, dentre outros:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Como se observa, o princípio do devido processo legal possui como núcleo mínimo o respeito às formas que asseguram a dialética a respeito dos fatos e imputações jurídicas enfrentadas pelas partes. A forma está ligada a uma finalidade (contraditório, ampla defesa, imparcialidade, etc.) da qual constitui instrumento. Assim, é assentado da doutrina o entendimento de que o descumprimento de determinada forma, desde que não cause prejuízo ao contribuinte, não acarreta nulidade do procedimento (princípio da instrumentalidade).

No caso em tela, verifica-se que o contribuinte exerceu plenamente seu direito de defesa, impugnando de forma clara as acusações imputadas, apresentando, inclusive, vasta documentação para corroborar com suas alegações, além disso, a fiscalização já detinha os extratos bancários os quais o contribuinte usava como fundamento para nova prorrogação, inexistente, portanto, qualquer prejuízo a ele.

Cabe destacar que o contribuinte foi intimado para comprovar a origem dos valores depositados pela primeira vez em 02/04/01 no endereço Alameda dos Santos, nº 211, 13º Andar, Conjunto 1310 (fl. 77) e respondeu a intimação em duas oportunidades, em 23/04/01 (fl. 128-144) e em 20/08/01 (fls. 145-221) confirmando o seu endereço, juntando, inclusive, documentos requisitados pela fiscalização.

Apenas em 27/11/03, o contribuinte informa que o seu endereço é na Avenida Paulista, nº 352, 7º Andar, Conjunto 75 (fls. 386-387), requerendo concessão de prazo para

atendimento da intimação, o que foi concedido na própria folha por 15 dias. Em 15/12/03 há o pedido de nova prorrogação, indeferido em 23/12/03.

Não é razoável, contudo, que ciente da existência de ação fiscal contra si e dos pedidos de esclarecimentos requisitados pela fiscalização desde 02/04/01, o contribuinte altere seu endereço e não o informe à fiscalização. Saliento que o contribuinte teve tempo razoável para informar à fiscalização seu novo endereço: desde a data em que foi intimado, até a data do período de prorrogação do prazo passaram-se dois anos e contribuinte não informou a alteração de domicílio.

Assim, mesmo que o endereço do contribuinte tenha alterado ao longo do curso do procedimento de fiscalização, o mesmo já possuía plena ciência dos esclarecimentos requisitados pela fiscalização, apenas reforçados nas intimações posteriores.

Verifico, ainda, que no mesmo endereço, em data anterior a segunda manifestação do contribuinte (20/08/01), foram encaminhados Termo de Ciência e Continuação da Ação Fiscal em 30/05/01 (fl. 79) e em 31/07/01 (fl. 81). Ou seja, o contribuinte tinha ciência de que o procedimento administrativo continua em curso.

Assim, o mero indeferimento de prorrogação de prazo para atendimento da intimação, não acarretou prejuízo ao contribuinte.

Novamente Termo de Ciência e Continuação da Ação Fiscal (fl. 79 30/05/01) 31/07/01 (fl. 81) 09/10/01 (fl. 82) 10/12/01 (fl. 87) 27/02/02 (fl. 89) 20/05/02 (fl. 91) 02/08/02 (fl. 93)

Nesse sentido, é o entendimento desta Turma:

“IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPFANO-CALENDÁRIO: 2001, 2002, 2003, 2004 DEPÓSITO BANCÁRIO - DECADÊNCIA. NOS CASOS DE LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, O PRAZO DECADENCIAL PARA A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXPIRA APÓS CINCO ANOS A CONTAR DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. O FATO GERADOR DO IRPF, TRATANDO-SE DE RENDIMENTOS SUJEITOS AO AJUSTE ANUAL, SE PERFAZ EM 31 DE DEZEMBRO DE CADA ANO-CALENDÁRIO. NÃO OCORRENDO A HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA, O CRÉDITO TRIBUTÁRIO É ATINGIDO PELA DECADÊNCIA APÓS CINCO ANOS DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR (ART. 150, § 4º DO CTN). CERCEAMENTO DO - DIREITO DE DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO FISCAL. SE FOI CONCEDIDA, DURANTE A FASE DE DEFESA, AMPLA OPORTUNIDADE DE APRESENTAR DOCUMENTOS E ESCLARECIMENTOS, BEM COMO SE O SUJEITO PASSIVO REVELA CONHECER PLENAMENTE AS ACUSAÇÕES QUE LHE FORAM IMPUTADAS, REBATENDO-AS, UMA A UMA, DE FORMA METICULOSA, MEDIANTE EXTENSA E SUBSTANCIOSA DEFESA, ABRANGENDO NÃO SÓ OUTRAS QUESTÕES PRELIMINARES COMO TAMBÉM RAZÕES DE MÉRITO, DESCABE A PROPOSIÇÃO DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - ARTIGO 42, DA LEI Nº 9.430, DE 1996. CARACTERIZA OMISSÃO DE RENDIMENTOS A EXISTÊNCIA DE 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. DEPÓSITOS BANCÁRIOS - PERÍODO-BASE DE INCIDÊNCIA - APURAÇÃO MENSAL - TRIBUTAÇÃO NO AJUSTE ANUAL. OS VALORES DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO JUSTIFICADOS, A PARTIR DE 1º DE JANEIRO DE 1997, SERÃO APURADOS, MENSALMENTE, À MEDIDA QUE FOREM CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA E TRIBUTADOS COMO RENDIMENTOS SUJEITOS À TABELA PROGRESSIVA ANUAL (AJUSTE ANUAL). 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. MULTA QUALIFICADA - DEPÓSITOS BANCÁRIOS. A SIMPLES APURAÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA OU DE RENDIMENTOS, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA A QUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO, SENDO NECESSÁRIA A COMPROVAÇÃO DO EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE DO SUJEITO PASSIVO. (SÚMULA 1º CC Nº 14) PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. ARGÜIÇÃO DE DECADÊNCIA ACOLHIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS. ACORDAM OS MEMBROS DO COLEGIADA, POR MAIORIA DE VOTOS, REJEITAR PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATO". VENCIDOS OS CONSELHEIROS PEDRO ANAN JÚNIOR E GUSTAVO LIAN HADDAD, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, TENDO EM VISTA A DESQUALIFICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO, ACOLHER A ARGÜIÇÃO DE DECADÊNCIA PARA DECLARAR EXTINTO O DIREITO DA FAZENDA NACIONAL CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO RELATIVO AO ANO-CALENDÁRIO DE 2001 E REJEITAR AS DEMAIS PRELIMINARES ARGÜIDAS PELO RECORRENTE. NO MÉRITO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO PARA DESQUALIFICAR A MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO, REDUZINDO-A AO PERCENTUAL DE 75%.

(CARF. 2ª Seção de Julgamento. 2ª Câmara. 2ª Turma Ordinária. Ac. 2202-00.388. Rel. Conselheiro Antônio Lopo Martinez. Julg. 30/10/09)" (Grifo Nosso).

Desta forma, não merece prosperar a alegação de nulidade do feito em decorrência de cerceamento de defesa.

1.4 Da Conta Conjunta

O recorrente sustenta que a conta nº 22106-6, mantida junto ao Banco do Brasil, não era movimentada por ele no ano-calendário de 1998, e, sim por seu ex-cônjuge a Sra. Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira, pois, desde a separação, havia um acordo entre eles no sentido de que a conta em questão seria movimentada exclusivamente pela cotitular. Salientou que o acordo realizado no bojo da Ação de Separação Judicial (ajuizada em 11/08/98), só veio a consolidar situação que já existia na prática. Para comprovar suas alegações trouxe como prova cópias da Petição Inicial de Separação Judicial (fls. 593-606), Acordo Judicial (fls. 607-617), Homologação do Acordo (fls. 619-620) e Trânsito em Julgado em 10/06/02 (fl. 621).

A DRJ, ao analisar as provas trazidas aos autos, quanto às contas conjuntas, assim decidiu:

“Conta do Banco do Brasil

O atuado alega que, tendo em vista a separação de fato dele e da Sra Maria Ermantina, desde 03/01/1997, e que ambos já mantinham a divisão patrimonial mobiliária anteriormente àquela data, a divisão patrimonial simplesmente foi consolidada em transação efetuada em segundo grau de jurisdição, e a referida transação declarou a titularidade da conta do Banco do Brasil - 22106-6 pela Sra Maria Ermantina.

Assim, a citada conta foi movimentada apenas pela ex-esposa do atuado, não podendo ser imputada a ele.

Quanto à movimentação da mencionada conta ter sido efetuado somente pela ex-esposa do atuado, não há prova nos autos, e, a transação efetuada entre as partes, por meio da qual a conta ficou para a Sra Maria Ermantina, teve seu trânsito em julgado somente em 21/11/2002. Portanto, somente a partir desta data é que se pode considerar que a responsabilidade pela movimentação da referida conta é exclusivamente da ex-esposa do atuado.

Contas conjuntas

Por outro lado, verifica-se que a conta corrente do Banco do Brasil - 22106-6, que foi objeto do lançamento por depósitos bancários de origem não comprovada, tem titularidade conjunta entre o contribuinte e a Sra Maria Ermantina e que essa apresentou declaração em separado no ano-calendário 1998 (fl. 631).

Sobre contas conjuntas, o artigo 58 da Medida Provisória (MP) nº 66, de 29 de agosto de 2002, convertida na Lei nº 10.637, de 31 de dezembro de 2002, dispõe:

Art.58. Ficam acrescentados os §§ 5º e 6º ao art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, com a seguinte redação:

(...)

§ 5º. Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou

receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

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

(...)

A Instrução Normativa SRF nº 246, de 20 de Novembro de 2002, que regulamenta o mencionado art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, em seu artigo 1º, § 2º, dispõe no mesmo sentido:

Art. 1º - Considera-se omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, cuja origem dos recursos o contribuinte, regularmente intimado, não comprove mediante documentação hábil e idônea.

(...)

§ 2º - *Caracterizada a omissão de rendimentos decorrente de créditos em contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos dos titulares tenha sido apresentada em separado, o valor dos rendimentos é imputado a cada titular mediante divisão do total dos rendimentos pela quantidade de titulares, (grifado).*

Pelo exposto, os depósitos bancários de origem não comprovados apurados na conta conjunta devem ser lançados na proporção de 50% para o autuado, e não 100%, como constou no auto de infração.

Assim, o valor dos depósitos não comprovados nesta conta bancária passa de R\$ 80.090,01 para R\$ 40.045,00.

A exclusão do valor de R\$ 40.045,00 da infração resulta no cancelamento do imposto no valor de R\$ 11.012,37 (R\$ 40.045,00 x 27,5%). (fls. 659-660)''

Como se percebe, a DRJ reduziu para 50% a proporção do valor dos depósitos bancários, na conta conjunta nº 22106-6 do Banco do Brasil, considerando que Sra. Maria Ermantina apresentou declaração em separado no ano-calendário 1998.

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

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de

investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

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

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

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Vide Lei nº 9.481, de 1997)

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

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

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

Ao compulsar os **presentes autos**, verifica-se que somente o recorrente foi intimado a apresentar esclarecimentos, o que revela desatendimento ao regramento específico que autoriza o lançamento nesta modalidade. A consequência – ausência de regular prova do fato autorizativo da presunção - enseja a aplicação da Súmula CARF nº 29, abaixo reproduzida:

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

Deve ser esclarecido, ainda, que a mera indicação por parte da fazenda de que no caso de contas conjuntas será observada a proporção de 50%, não supre a necessidade de intimação do cotitular, conforme assentado entendimento do CARF, deve sempre ser prévia ao lançamento, motivo por que despicienda qualquer tentativa de regularização posterior, buscando a legitimação de crédito tributário erigido em flagrante arrepio ao devido processo legal.

Desta forma, devem ser excluídos da base de cálculo os depósitos abaixo transcritos, pois referentes a conta corrente cujo cotitular não foi intimado pela fiscalização para comprovar a origem dos depósitos bancários.

Banco	Conta nº	Data	Valor R\$
Banco do Brasil	22106-6	08/01/98	1.266,84
Banco do Brasil	22106-6	14/01/98	3.500,00
Banco do Brasil	22106-6	15/01/98	900
Banco do Brasil	22106-6	30/01/98	100
Banco do Brasil	22106-6	02/02/98	2.753,43
Banco do Brasil	22106-6	09/02/98	1.189,70
Banco do Brasil	22106-6	10/02/98	1.204,00
Banco do Brasil	22106-6	25/02/98	200,00
Banco do Brasil	22106-6	02/03/98	250,00
Banco do Brasil	22106-6	06/03/98	200,00
Banco do Brasil	22106-6	09/03/98	4.742,79
Banco do Brasil	22106-6	17/03/98	300,00
Banco do Brasil	22106-6	17/03/98	300,00
Banco do Brasil	22106-6	01/04/98	500,00
Banco do Brasil	22106-6	03/04/98	7.000,00
Banco do Brasil	22106-6	08/04/98	2.379,40
Banco do Brasil	22106-6	17/04/98	300,00
Banco do Brasil	22106-6	06/05/98	403,72
Banco do Brasil	22106-6	06/05/98	3.000,00
Banco do Brasil	22106-6	07/05/98	2.483,40
Banco do Brasil	22106-6	08/05/98	27,35
Banco do Brasil	22106-6	27/05/98	25,00
Banco do Brasil	22106-6	29/05/98	42.356,01
Banco do Brasil	22106-6	05/06/98	175,00
Banco do Brasil	22106-6	05/06/98	400,00
Banco do Brasil	22106-6	08/06/98	1.600,00
Banco do Brasil	22106-6	09/06/98	2.483,40
Banco do Brasil	22106-6	13/07/98	180,00
Banco do Brasil	22106-6	19/08/98	750,00
Banco do Brasil	22106-6	19/08/98	50,00
Banco do Brasil	22106-6	27/08/98	60,00
Banco do Brasil	22106-6	31/08/98	20,40
TOTAL:			RS 81.100,44

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

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

Autenticado digitalmente em 23/09/2014 por RAFAEL PANDOLFO, Assinado digitalmente em 01/10/2014 por

ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 23/09/2014 por RAFAEL PANDOLFO

Impresso em 14/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 às instituições financeiras Banco do Brasil (fl. 102), Banespa (fl. 103), Banco Itaú (fl. 104), BankBoston (fl. 105) e Caixa Econômica Federal (fl. 106), 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 merecem, sempre e sempre, interpretação, por mais que se potencialize o objetivo, harmônica com a Carta da República, provejo o recurso interposto para conceder a segurança. Defiro a ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários do recorrente. **COM ISSO, CONFIRO À LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA – LEI Nº 9.311/96, LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01 E DECRETO Nº 3.724/01 — INTERPRETAÇÃO CONFORME À CARTA FEDERAL, TENDO COMO CONFLITANTE COM ESTA A QUE IMPLIQUE AFASTAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO DO CIDADÃO, DA PESSOA NATURAL OU DA JURÍDICA, SEM ORDEM EMANADA DO JUDICIÁRIO.***

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

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

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

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

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

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

Ainda que não se possa negar semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático da sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional

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

Desse modo, conclui-se que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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 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.

2 MÉRITO

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

O art. 42 da Lei 9.430/96 estipula, *in verbis*:

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

Trata-se de Presunção, esta sendo o resultado de processo lógico mediante o qual 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 a contribuinte seja intimado regularmente, e que este seja intimado do resultado da apuração dos depósitos discriminados individualmente, de modo a possibilitar a defesa, o que ocorreu no presente procedimento.

Sendo assim, não é plausível o argumento esgrimido pela contribuinte de que os depósitos bancários não seriam base de cálculo para o Imposto de Renda, o que afastaria a tributação. Ademais, por não ter apresentado quaisquer provas que infirmassem a presunção gerada pelos depósitos bancários, considera-se acertada a autuação.

2.2 Aplicação da Taxa SELIC

O recorrente defende que o emprego da taxa SELIC a título de juros de mora é ilegal e inconstitucional. Quanto à ilegalidade, a questão já foi decidida por este Conselho, estando inclusive consolidada em Súmula no sentido da possibilidade da aplicação da Taxa SELIC como o índice dos juros de mora. Versa a súmula:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Quanto à inconstitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC, a própria jurisprudência do STF vai ao sentido de considerar legítima sua aplicação:

2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária.

(RE 582461, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julg 18/05/2011, Divulg 17/08/2011, Public 18/08/2011)

4. A isonomia é resguardada, visto que a Lei estadual prevê a aplicação da taxa SELIC, que traduz rigorosa igualdade de tratamento entre o contribuinte e o Fisco.

(ADI 2214, Relator: Min. Maurício Corrêa, Julg 06/02/2002, Publ 19/04/2002)

Ademais, a este Conselho não cabe a análise da constitucionalidade de lei tributária, conforme entendimento sumular, abaixo reproduzido:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Sendo assim a inconstitucionalidade da aplicação da SELIC, por se tratar de tema constitucional, não pode ser analisados neste julgamento.

Ante o exposto, VENCIDO NA PRELIMINAR de ilicitude de provas obtidas através de RMF, ACOLHIDA a preliminar de conta conjunta, rejeitadas as demais

Processo nº 19515.004923/2003-10
Acórdão n.º **2202-002.807**

S2-C2T2
Fl. 1.042

preliminares, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para exclusão da base de cálculo o montante de R\$ 81.100,40

(Assinado digitalmente)

Rafael Pandolfo - Relator

CÓPIA

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Redator designado

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 n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964.”.

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

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

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

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

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

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

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

Rejeito, portanto, o questionamento preliminar argüido quanto ilicitude da prova, acompanhado o Conselheiro Relator nas demais questões.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez