



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

Processo n° 19647.011786/2006-17
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.758 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2014
Matéria IRPF
Recorrente JOSÉ ADALBERTO BARBOSA DE ARRUDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2001, 2002

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO - PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTARNº105/2001.

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.

SOLICITAÇÃO DE PERÍCIA - NULIDADE - NÃO OCORRÊNCIA.

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

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, QUANTO A PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA POR QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO: Pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar. Vencidos os Conselheiros Rafael Pandolfo, Fabio Brun Goldschmidt e Pedro Anan Junior, que acolhem a preliminar. Designado para redigir o voto vencedor nessa parte o Conselheiro Antonio Lopo Martinez. QUANTO AO PEDIDO DE DILIGÊNCIA: Por unanimidade de votos, indeferir o pedido de pericia. QUANTO AO 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), Rafael Pandolfo, Pedro Anan Junior, Dayse Fernandes Leite (Suplente convocada), Fabio Brun Goldschmidt.

Relatório

1 Procedimento de Fiscalização

Em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) – Fiscalização nº 04.1.01.00-2005-00066-2 (fl. 01) e seu Complementar nº 04.1.01.00-2005-00066-2-1 (fl. 02), iniciou-se a ação fiscal referente aos anos-calendário 2001 e 2002, a fim de verificar o cumprimento das obrigações tributárias relativas ao Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF).

Em 02/02/05, o recorrente foi intimado, mediante Termo de Início de Fiscalização (fls. 15-17), a apresentar:

- a) as Declarações de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física referentes aos anos-calendário 2001 e 2002;
- b) extratos bancários das contas correntes, das contas poupanças e das contas de investimento mantidas nos anos-calendário 2001 e 2002;
- c) comprovar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados nas contas bancárias mantidas nos anos-calendário 2001 e 2002;
- d) especificar, apresentando documentação comprobatória, a natureza da(s) atividade(s) profissional(ai) e/ou ato(s) negocial(ais) que ensejou(ram) os depósitos efetuados nas contas bancárias mantidas nos anos-calendário 2001 e 2002;
- e) cópia, autenticada pela instituição financeira, da ficha cadastral de cada uma das contas bancárias mantidas nos anos-calendário 2001 e 2002 (ou declaração, por escrito, prestada pela mesma instituição financeira), na qual constasse a informação de ter havido ou não, naqueles anos, cotitular(es) da conta bancário. Em caso afirmativo, deveriam estar identificado(s), na citada documentação, o nome o número do CPF do(s) outro(s) titular(es) da conta bancária;
- f) caso tivesse(m) sido outorgada(s) procuração(ões) a terceiro(s) para fins de movimentação das contas bancárias mantidas nos anos-calendário 2001 e 2005, apresentasse cópia(s) da(s) mesma(s) autenticada(s) pela instituição financeira.

Em que pese o pedido de prorrogação de prazo do contribuinte (fl. 19), não houve atendimento à intimação. Em 30/03/05, o recorrente foi reintimado a apresentar os documentos e informações solicitadas (fls. 15-18), novamente sem resposta.

Diante da omissão do recorrente em atender aos termos de intimação fiscal, foi expedida Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) ao Banco Bradesco (fl. 583), para que fornecesse os documentos e informações anteriormente solicitadas

e não fornecidas pelo contribuinte. Consta atendimento ao RMF às fls. 585-589, contendo extratos da conta corrente e de poupança mantidas sob a titularidade do contribuinte nos anos-calendário 2001 e 2002.

Após ciência ao contribuinte da continuidade da ação fiscal (fls. 26, 33), e de pedido de prorrogação de prazo (fls. 28-29), o recorrente apresentou em 20/07/05 e em 01/08/05 alguns documentos (fls. 37- 90, 91-1008, 111-199, 202-272, 109-110).

Após uma série de pedidos de prorrogação de prazo (fls. 501, 504, 508), o contribuinte apresentou em 31/10/05 (fls. 509-517) esclarecimentos acompanhados de uma relação referente a cheques que teriam sido emitidos por ele, nos anos-calendário 2001 e 2002, para pagamento de mercadorias a fornecedores. Na oportunidade foi solicitada nova prorrogação de prazo.

Desta forma, a fiscalização intimou o recorrente, em 06/02/06, para que identificasse os referidos fornecedores, informasse, por escrito, a razão social, o número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) e o endereço completo dos mesmos (fls. 524). Não houve atendimento por parte do contribuinte.

Diante da inércia do contribuinte em apresentar a documentação comprobatória da origem dos recursos depositados em conta bancária sob sua titularidade, a fiscalização procedeu com a elaboração de demonstrativos de “Depósitos Bancários a Comprovar a Origem” (fls. 528-566).

Desta feita, o contribuinte foi intimado (fls. 526-527), em 16/02/06, a apresentar documentação comprobatória hábil e idônea da origem dos recursos relacionados nos demonstrativos de “Depósitos Bancários a Comprovar Origem”. Em 20/07/06, o contribuinte foi novamente intimado a apresentar os documentos e informações anteriormente solicitados e a apresentar outros documentos específicos.

Em 28/11/05 foi expedida nova RMF ao Banco Bradesco (fl. 590) para que fosse fornecido os documentos bancários solicitados e não apresentados pelo contribuinte, restando atendida a solicitação às fls. 595-599 e 602-661.

Com base nos documentos apresentados pelo contribuinte e pelo Banco Bradesco S/A, foram realizadas diligências junto aos supostos fornecedores do recorrente.

De acordo com o Relatório de Ação Fiscal, “*as pessoas físicas identificadas nos comprovantes encaminhados a esta Repartição pelo Banco Bradesco S/A, referentes a lançamentos efetuados a crédito, e as pessoas físicas e jurídicas identificadas nas cópias dos cheques apresentadas anteriormente pelo contribuinte, emitidos contra a conta bancária mantida sob a titularidade do mesmo, nos anos-calendário 2001 e 2002, no total de 46 (quarenta e seis), foram intimadas (fls. 662-799 e 802-961) a informar, por escrito, apresentando documentação comprobatória, a natureza do ato negocial e/ou atividade profissional realizada que ensejou o(s) crédito(s) na conta bancária do contribuinte (fls. 595-599 e 602-661) e/ou o recebimento de cheque(s) emitidos por meio dessa conta (fls. 91-199, 202-272, 277-399, 402-500), bem como informar por escrito, sobre a pessoa ou empresa com quem a operação foi tratada. Caso as operações não tivessem sido realizadas com o contribuinte mais sim por meio de outras pessoas ou empresas, as mesmas deveriam ser identificadas.*” (fl. 974).

Assim, a fiscalização encerrou o procedimento fiscal e procedeu à lavratura do auto de infração.

2 Auto de Infração

Com base na documentação recolhida e no resultado das diligências realizadas junto a pessoas físicas e jurídicas, a fiscalização decidiu lavrar o Auto de Infração (fls. 05-10) imputando infração por omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem comprovação de origem, nos anos-calendário 2001 e 2002, com crédito tributário apurado de R\$ 2.583.587,28, incluídos imposto, juros de mora e multa de 75%.

3 Impugnação

O recorrente apresentou impugnação tempestiva (fls. 993-1004), esgrimindo, em síntese, os seguintes argumentos:

- a) praticou operações de intermediação de compra e venda de mercadoria entre terceiros, sendo grande parte dos aportes relacionados a valores que os compradores de mercadorias entregavam a ele para a aquisição se desse por seu intermédio, não devendo tais valores ser compreendidos como receitas omitidas da tributação. Tais operações foram amplamente comprovadas por meio de documentação anexa aos autos;
- b) houve quebra do sigilo bancário para obtenção de informações e documentos junto a instituições bancárias sem autorização judicial, sendo ilegítimo o procedimento que culminou no lançamento de ofício do crédito tributário;
- c) o mero trânsito de recursos financeiros, mediante depósitos bancários do contribuinte, não serve para comprovar omissão de receita sujeita à tributação do Imposto de Renda;
- d) postulou a realização de perícia contábil com o objetivo de se apurar os verdadeiros valores a serem tributados.

4 Acórdão de Impugnação

A impugnação foi julgada pela 2ª Turma da DRJ/REC, que acordou, por unanimidade, pela procedência do Auto de Infração (fls. 1013-1039), mantendo o crédito tributário em sua totalidade. Os fundamentos foram os seguintes:

- a) há previsão legal para omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo;
- b) nos casos de presunção legal, o ônus da prova é do contribuinte, cabendo-lhe comprovar a origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários;
- c) é lícito à autoridade fiscal, independente de autorização judicial, requerer informações perante instituições financeiras quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis;

- d) as autoridades administrativas estão obrigadas a observar da legislação tributária vigente, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade dos atos normativos regulamentar editados;
- e) as decisões judiciais, mesmo que proferidas por tribunais superiores, apenas produzem efeitos para as partes envolvidas no processo;
- f) deve ser indeferido o pedido de perícia que não contiver os requisitos estabelecidos pelo art. 16, IV, do Decreto nº 70.235/72, e quanto dos autos do processo se constate os elementos necessários à livre convicção do julgador.

O recorrente tomou ciência da decisão em 22/06/09.

5 Recurso Voluntário

O contribuinte interpôs, tempestivamente, recurso voluntário (fls. 1043-1053), em 22/07/09, repisando os argumentos da impugnação.

6 Sobrestamento

Em 12/03/13, através da Resolução nº 2202-000.455 (fls. 1157-1165 do e-processo), este processo foi sobrestado, conforme orientação contida no § 3º do art. 2º da Portaria CARF nº 001, de 03/01/12, tendo em vista que para alcançar seu desiderato, a Fiscalização utilizou RMF e que a constitucionalidade das prerrogativas estendidas à autoridade fiscal através de instrumentos infraconstitucionais – como a RMF – encontrava-se em análise pelo STF no âmbito do Recurso Extraordinário nº 601.314, que tramitava em regime de repercussão geral.

Voto Vencido

Conselheiro Rafael Pandolfo

1. PRELIMINAR

1.1 Do sobrestamento

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O crédito tributário debatido no presente recurso tem como fundamento o art. 42, da Lei nº 9.430/95. Para chegar à comprovação da materialidade do tributo — depósitos bancários sem origem identificada — o Fisco utilizou-se de Requisição de Informações de Informação Financeira — RMF (fls. 583 e 590), 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 hão de merecer, sempre e sempre, interpretação, por mais que se potencialize o objetivo, harmônica com a Carta da República, provejo o recurso interposto para conceder a segurança. Defiro a ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários do recorrente. **COM ISSO, CONFIRO À LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA – LEI Nº 9.311/96, LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01 E DECRETO Nº 3.724/01 — INTERPRETAÇÃO CONFORME À CARTA FEDERAL, TENDO COMO CONFLITANTE COM ESTA A QUE IMPLIQUE AFASTAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO DO CIDADÃO, DA PESSOA NATURAL OU DA JURÍDICA, SEM ORDEM EMANADA DO JUDICIÁRIO.***

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

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

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

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

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

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

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

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

Desse modo, conclui-se que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3 Da Solicitação de Perícia

O recorrente requer a realização de perícia contábil para apuração dos verdadeiros valores a serem tributados.

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

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

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante a realização de perícias ou diligências, quando entende-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no artigo 28, in fine.”

Como se depreende da leitura do dispositivo acima, é facultado à autoridade julgadora indeferir o pedido de perícia, quando considerar que a sua produção é prescindível ou impraticável. Ou seja, é possível que a perícia seja considerada desnecessária quando os elementos presentes nos autos são suficientes para a formação da convicção do julgador, de

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

modo que apenas se falará na necessidade da prova pericial quando houver dúvida na matéria de fato e na convicção do julgador. Nesse sentido, é o entendimento desta Turma:

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

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

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

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

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

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

No caso em exame, não houve a exposição dos motivos que justificariam a perícia. Além disso, por ocasião do recurso voluntário o contribuinte poderia anexar aos autos os documentos comprobatórios cabíveis para sua tese, o que não ocorreu.

Convém ressaltar que o pedido de perícia pode ser considerado descabido quando os elementos necessários à comprovação das exclusões da base de cálculo são provas

documentais, as quais o contribuinte deixou de apresentar, ou apresentou de forma insatisfatória aos anseios da fiscalização, como no caso em análise.

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

“No caso presente, verifica-se que o autuado não atendeu aos requisitos legais acima mencionados na apresentação do seu pedido de perícia, pois não indicou perito nem formulou quesitos, tendo, de forma genérica, apenas mencionado que o objetivo seria a apuração dos valores a serem tributados. Isso já determina, de pronto, que seja considerado como não formulado. Ademais, já restou provado neste Voto que a tributação do IRPF incidirá sobre os valores a serem tributados. Ademais, já restou provado neste Voto que a tributação do IRPF incidirá sobre os valores considerados no lançamento.”

92. Observa-se, assim, que não há como subverter a ordem das incumbências, pois caberia ao impugnante apresentar, repita-se, mediante documentação hábil e idônea, a comprovação da origem dos depósitos efetuados em suas contas bancárias (conta-corrente e de poupança). Portanto, diante dos fatos e das conclusões expostas no presente Voto, e por constarem dos autos os elementos necessários à formação da livre convicção desta Julgadora, considera-se prescindível a realização da perícia solicitada, razão por que se indefere o pedido.”

A responsabilidade pela apresentação das provas do alegado compete ao contribuinte, não cabendo à determinação de perícia para a busca de provas. No caso, a autoridade julgadora de Primeira Instância indeferiu o pedido de perícia, uma vez que 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 perícia 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 (ilicitude da prova obtida através da quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial), ingresso na análise dos demais créditos tributários, apurados regularmente, e argumentos suscitados pelo recorrente.

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 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).

Ao tentar comprovar as origens, o recorrente sustenta que os depósitos decorreram das operações de intermediação de compra e venda de mercadoria a terceiros, sendo grande parte dos aportes relacionados a valores que os compradores de mercadorias entregavam a ele para que a aquisição se desse por seu intermédio. Como se percebe, o recorrente simplesmente imputou todas as quantias restantes como decorrentes dessa atividade, sem identificar quais valores se refeririam aos comprovantes apresentados.

Embora a fiscalização tenha realizado diligências, intimando todas as pessoas físicas e jurídicas identificadas nos comprovantes e nas alegações do recorrente, a fim de comprovar as alegações do contribuinte, as pessoas físicas intimadas não apresentaram qualquer documento que comprovasse as declarações de que os depósitos havidos na conta do

recorrente eram oriundos da atividade de intermediação de compra e venda de mercadorias entre terceiros, e que grande parte dos depósitos eram valores que os compradores de mercadorias entregavam a ele para a aquisição se desse por seu intermédio. Quanto às pessoas jurídicas intimadas, algumas sequer manifestaram-se, outras, contudo, apresentaram documentos não escriturados, que apenas informam valores de entrada e saída, sem haver qualquer especificação quanto ao motivo do ingresso e saída dos valores, ou quem seriam os destinatários dos numerários. Quanto aos cheques trazidos aos autos, todos são cheques do contribuinte, ou seja, nenhum cheque comprova o ingresso de qualquer valor em sua conta bancária, mas apenas saídas.

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

Assim, considerando que o recorrente não comprovou de forma individualizada a origem dos depósitos feitos em sua conta corrente, e que não há congruência entre os valores indicados nas notas fiscais, ou nas informações dos livros de saída, e aqueles contidos na planilha da fiscalização que informa os depósitos glosados, não merece prosperar a alegação do recorrente quanto à origem dos depósitos.

Nesse sentido é o entendimento desta Turma:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

Ano-calendário: 2003

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 Negado.

(CARF. 2ª Seção. 2ª Câmara. 2ª Turma Ordinária. Ac. 2202-002.591. Rel. Conselheiro Rafael Pandolfo. Julg. 18/03/2014).

Ante o exposto, VENCIDO NA PRELIMINAR de prova ilícita, voto por INDEFERIR o pedido de diligência, e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(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 as 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 arguido quanto ilicitude da prova, acompanhado o Conselheiro Relator nas demais questões.

(Assinado digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ - Redator designado.