

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

Processo nº 10120.725064/2013-37
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-002.641 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de janeiro de 2015
Matéria IRPF
Recorrente CARLOS AUGUSTO DE ALMEIDA RAMOS e Outro
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2010, 2011

EXTRATOS BANCÁRIOS. OBTENÇÃO ILÍCITA.

Improcede a alegação de obtenção ilícita de informações bancárias, porquanto a requisição de extratos e documentos bancários junto à instituição financeira foi efetuada com absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, não estando sujeita à prévia autorização judicial.

IRPF. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ÔNUS DA PROVA. ART. 42 DA LEI Nº 9.430/96. SÚMULA CARF Nº 26.

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada. O extrato bancário é prova suficiente para a fiscalização efetuar lançamento com base em omissão de rendimentos. O ônus da prova cabe ao contribuinte que deve justificar e comprovar a causa dos depósitos em conta bancária.

IRPF. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. MULTA QUALIFICADA. INTERPOSTA PESSOA. APLICABILIDADE. SÚMULA CARF Nº 34.

Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicá-las nos moldes da legislação que a instituiu.

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATRIBUIÇÃO DO JUDICIÁRIO. SÚMULA CARF Nº 02.

O controle da constitucionalidade das leis pertence ao Poder Judiciário, de forma difusa ou concentrada, não cabendo ao órgão julgador administrativo

negar vigência à norma emanada do Poder Legislativo, sob pena de invasão indevida de um poder na esfera de competência exclusiva do outro.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento aos Recursos Voluntários.

Assinado digitalmente

MARIA HELENA COTTA CARDOZO - Presidente.

Assinado digitalmente

NATHÁLIA MESQUITA CEIA - Relatora.

EDITADO EM: 29/01/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARIA HELENA COTTA CARDOZO (Presidente), VINICIUS MAGNI VERCOZA (Suplente convocado), GUILHERME BARRANCO DE SOUZA (Suplente convocado), FRANCISCO MARCONI DE OLIVEIRA, NATHALIA MESQUITA CEIA e EDUARDO TADEU FARAH. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros GERMAN ALEJANDRO SAN MARTÍN FERNÁNDEZ e GUSTAVO LIAN HADDAD.

Relatório

Por meio do Auto de Infração, de fls. 1.016 e seguintes, lavrado em 14/06/2013, exige-se do Contribuinte - **CARLOS AUGUSTO DE ALMEIDA RAMOS** - o montante de R\$ 7.571.681,13 de imposto sobre a renda da pessoa física (IRPF), R\$ 11.357.521,70 de multa de ofício qualificada e R\$ 1.195.772,29 de juros de mora (atualizados até a data da lavratura do auto de infração), totalizando um crédito tributário de R\$ 20.124.975,12, referente aos anos calendários 2010 e 2011, decorrente de Omissão de Rendimentos caracterizados por Depósitos Bancários de Origem não Comprovada.

Devido à caracterização de responsabilidade solidária pela fiscalização, o crédito tributário anteriormente mencionado também foi atribuído ao Sr. **GEOVANI PEREIRA DA SILVA**.

O Termo de Verificação Fiscal (TVF), de fls. 1.026, relata que:

- as infrações apuradas foram verificadas a partir da fiscalização da empresa Alberto & Pantoja Construções e Transportes LTDA (“Operação Monte Carlo”). Ao longo do referido procedimento, constatou-se que a Alberto & Pantoja é inexistente de fato, e que era utilizada, única e exclusivamente, com o objetivo de permitir que o presente Contribuinte pudesse movimentar recursos financeiros próprios na rede bancária, sem oferecê-los à tributação.

- foi enviada Requisição de Movimentação Financeira ao HSBC Bank Brasil S/A. Pelos extratos bancários foi possível verificar que a conta bancária era alimentada pela empresa Delta Construções S/A. O banco encaminhou também cópia de uma procuração dando plenos poderes ao Sr. Geovani Pereira da Silva para representar a empresa Alberto & Pantoja “perante os bancos em geral”.
- o Magistrado responsável a pela ação penal aponta que a organização se valia de interpostas pessoas, além de empresas de fachada, concluindo que o Sr. Geovani Pereira da Silva era pessoa de confiança do Contribuinte. Na sentença condenatória, o Exmo Sr. Juiz Federal Alderico Rocha Santos deixa claro que uma das empresas utilizadas pelo grupo é a Alberto & Pantoja Construções e Transportes LTDA. Destaca que outro trecho da sentença são reforçadas as evidências de que o Sr. Geovani Pereira da Silva agia sob o comando do Sr. Carlos Augusto de Almeida Ramos (Contribuinte), principalmente no tocante à movimentação financeira dos recursos oriundos das atividades deste último.
- diante do exposto é possível asseverar que o Sr. Geovani Pereira da Silva movimentava os recursos financeiros de seu chefe, Sr. Carlos Augusto de Almeida Ramos, através de contas bancárias cadastradas em nome de empresas inexistentes de fato. Também, está claro que a empresa Alberto & Pantoja Construções e Transportes LTDA era uma das empresas utilizadas com esta finalidade.
- o Contribuinte é o real beneficiário da conta nº 0416/00416-54 cadastrada em nome da empresa Alberto & Pantoja Construções e Transportes LTDA no banco HSBC. Na verdade, o Contribuinte utilizou a referida conta para movimentar grandes somas de recursos próprios através do sistema bancário, devendo ser considerado o efetivo titular da conta analisada.
- em 18/03/2013, foi encaminhado ao sujeito passivo um Termo de Constatação e Intimação Fiscal, com ciência em 25/03/2013, solicitando que justificasse a origem/natureza dos recursos que havia recebido pela conta bancária nº 0416/00416/54 no banco HCBC, da qual é titular de fato. Mais do que simplesmente a origem dos recursos, os quais já sabia-se que eram provenientes da empresa Delta Construções, o Contribuinte foi intimado a esclarecer a natureza das operações que o fizeram receber mais de R\$ 27.000.000,00 entre 21/05/2010 e 13/05/2011.
- o Contribuinte informou que desconhece a origem de tais depósitos, posto que nunca teve acesso às mencionadas contas bancárias.
- em 18/04/2013, foi encaminhado ao Sr. Geovani Pereira da Silva o Termo de Constatação, solicitando esclarecimentos sobre os depósitos efetuados na conta que movimentava no banco HSBC, em nome da empresa Alberto & Pantoja. O Sr. Geovani não ofereceu os esclarecimentos solicitados.
- nem o Contribuinte nem seu procurador explicaram a origem dos valores creditados na conta bancária do HSBC e considerando o fato de que tais valores não foram declarados na DIRPFs do Contribuinte relativas aos anos calendários de 2010 e 2011, restou caracterizada a omissão de rendimentos, de acordo com o art. 42 da Lei nº 9.430/96.
- se qualificou a multa com base no art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96, pois o Contribuinte utilizou intencionalmente conta bancária em nome de pessoa jurídica inexistente de fato

(interposta pessoa), para não aparecer como real beneficiários dos recursos que transitaram pela referida conta, agindo com evidente intuito de fraude.

- o Sr. Geovani tinha interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária aqui evidenciada, pois era figura de destaque na organização citada pelo Juiz Federal, justamente com a função de cuidar das contas das empresas inexistentes de fato. Além disso, ao movimentar/administrar a conta bancária do Contribuinte, o Sr. Geovani fez dezenas de retiradas em espécie que totalizavam mais de R\$ 13.500.000,00, demonstrando, assim, que também se beneficiava daquele dinheiro.

- O Sr. Geovani Pereira da Silva, CPF nº 319.166.001-15, é sujeito passivo solidário em relação ao crédito tributário lançado em desfavor do Sr. Carlos Augusto Almeida Ramos, de CPF nº 284.844.521-15, em decorrência dos depósitos efetuados na conta cadastrada em nome da Alberto & Pantoja.

Às fls. 1.038 foi lavado Termo de Sujeição Passiva Solidária ao sr. Geovani Pereira da Silva (responsável solidário).

O Contribuinte tomou ciência do Termo de Encerramento da Ação Fiscal em 24/06/2013 (AR Postal fl. 1.064), enquanto o responsável solidário foi notificado em 21/06/2013 (AR Postal – fl. 1.063). Ambos apresentaram Impugnação em 19/07/2013, o Contribuinte às fls. 1.068 e o responsável solidário às fls. 1.098, nas quais trouxeram as seguintes alegações:

- **Sigilo Bancário – Necessidade de Autorização Judicial** - o acesso às informações da sociedade empresária, seguradas por sigilo constitucionalmente qualificado, se deu mediante mera notificação à instituição bancária, fato que macula todo o lançamento fiscal, pois eivado de nulidade a importar seu encerramento. O Auto de Infração é nulo, pois viola a reserva constitucional de jurisdição para afastamento do sigilo bancário do contribuinte. Apenas o magistrado pode afastar o sigilo bancário, premissa que não fica afastada pelo fato de haver contra o Contribuinte sentença penal a estabelecer haver utilização de interposta pessoa para movimentação bancária. Apresentam jurisprudência no sentido de que o fato de haver sentença penal a estabelecer a existência de interposta pessoa não afasta o dever de a administração pública obter, pela via judicial, autorização para afastar seu sigilo bancário, pois as esferas de atuação são independentes. Alega que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade, consagrado no art. 5º, X, da Constituição Federal, sendo uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado e, apesar de não ser absoluta, sua relatividade deve guardar contornos com a própria lei, sob pena de abrir caminho para descumprimento da garantia à intimidade constitucionalmente assegurada. Se houve quebra de sigilo bancário sem ordem judicial, está maculado na origem, por inconstitucionalidade, o lançamento e se este foi obtido por meio de prova inválida, todas as demais dela decorrentes também o serão.

- **Depósito Bancário – Presunção Relativa, Arbitramento e Ônus da Prova** - O tributo tão só foi lançado com base em suposta discrepância entre os valores depositados na conta corrente da sociedade empresária e os valores expostos em declarações fiscais tanto do contribuinte principal, quanto do solidário. A obtenção dos dados não se deu pela entrega das informações pelo contribuinte originário, ou seja, a sociedade empresária, mas sim por ato forte da autoridade fazendária.

- **Inaplicabilidade da Multa Qualificada** - a sonegação, a fraude e o conluio são definidos, segundo os artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64. A autuação ora impugnada entendeu ter ocorrido fraude, no entanto não é toda e qualquer ação praticada com o objetivo de impedir a ocorrência do fato gerador que pode ser qualificada como fraude.

O que caracteriza a fraude, do ponto de vista fiscal, é o dolo, questionando se a lei fiscal

que define fraude como o ato doloso tendente a impedir a ocorrência do fato gerador do tributo está se referindo ao dolo civil ou penal. Entende a defesa que se trata do dolo definido pela lei penal. Fraude Fiscal é aquela caracterizada pela prática de uma ação ou omissão intencionalmente criminosa, tendente a impedir a ocorrência do fato gerador, como a falsificação de um documento, emissão de nota fiscal espelhada ou calçada, é a adulteração de documentos contábeis, entre outros. A conduta do Contribuinte não almejou o impedimento da ocorrência do fato gerador. A acusação que lhe é feita é de omitir dados da movimentação financeira, que pode ser aferida mediante programa da Receita Federal, estando impossibilitado o aferimento da conduta dolosa. Não se pode falar em fraude à lei sem que exista dolo e não se pode falar em dolo onde não ocorra uma especial direção subjetiva e consciente da vontade do agente que possa caracterizar intenção fraudulenta e, por sua vez, não se pode falar em intenção fraudulenta toda vez que a autoridade fiscal tiver a possibilidade de rever as declarações prestadas pelo contribuinte, pois, assim, é impossível a consumação da suposta conduta, ante a eterna vigilância desta autoridade. O Contribuinte não agiu com o intuito de impedir, retardar, excluir ou modificar as características essenciais do tributo (art. 72 da Lei nº 4.502/64). No caso de a declaração de rendimentos não conter nenhum valor, não impede o fisco de obter por outros meios.

• **Inconstitucionalidade da Multa Qualificada** - se, apenas por argumentação hipotética, for mantida a autuação, a multa na forma em que foi estabelecida não pode prevalecer, pois se afigura confiscatória. O Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou sobre essa espécie de multa, que exorbita o valor do tributo. A limitação ao poder de tributar, art. 150, inciso IV, da Carta da República, se estende também às multas decorrentes de obrigações tributárias, ainda que não tenham elas natureza de tributo. O Contribuinte reproduz trechos do voto do relator Ministro Ilmar Galvão no âmbito da Adin 551 e do Ministro Marco Aurélio de Melo, concluindo que a parte do Auto de Infração que impôs a incidência de multa deve ser anulado, eis que tem essência confiscatória, uma vez que se amolda em exatidão no caso julgado pela suprema Corte, no qual se declarou a inconstitucionalidade do dispositivo que impôs multa confiscatória.

A 21ª Turma da DRJ/RJ1, na sessão de 04/12/2013, pelo Acórdão 12-61.845, de fls. 1.134 e seguintes, julgou improcedente a Impugnação, nos seguintes termos:

PRELIMINAR. SIGILO BANCÁRIO. EXAME DE EXTRATOS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DISPENSABILIDADE.

É lícito ao Fisco, na forma da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, independentemente de autorização judicial, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

Inexistindo decisão do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo efeito vinculante e/ou aplicação erga omnes em relação a julgado que considerou inconstitucional a quebra do sigilo bancário, deve a Autoridade Administrativa, em obediência ao princípio da legalidade, seguir os ditames da legislação vigente.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

A Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, no seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do

imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

INTERPOSTA PESSOA.

Quando provado que os valores creditados na conta de depósito 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.

MULTA QUALIFICADA (150%). INTERPOSTA PESSOA.

É lícita a imposição da multa qualificada de 150% quando constatada a omissão de rendimentos apurados mediante depósitos bancários de origem não comprovada feitos por intermédio de interposta pessoa, diante da caracterização da fraude, na forma da Súmula Carf nº 34.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa é incompetente para manifestar-se sobre a constitucionalidade da legislação que ampara a exigência fiscal.

O Contribuinte foi notificado do acórdão em 16/12/2013, conforme documento dos correios de fls. 1.162, e o responsável no dia 18/12/2013 (AR. de fls. 1.159) vindo apresentar Recurso Voluntário às fls. 1.164, em 10/01/2014, e o de fls. 1.218, em 13/01/2014, respectivamente, reafirmando as argumentações das Impugnações, em resumo:

- Nulidade do Auto de Infração em razão do afastamento arbitrário do sigilo bancário, matéria sob reserva de jurisdição, ocorrendo em produção de prova ilícita. Aponta que o STF já decidiu, no seu órgão pleno, que ladeia e ofende a CRFB/88 a quebra de sigilo bancário do contribuinte, pela autoridade fazendária, sem a autorização constitucional para tanto. Cita RE 389.808, 555112, 387604. Independência da esfera penal e administrativa, fazendo com que a sentença em ação penal não induz a esfera administrativa.
- Requer a reforma da decisão, pois, na forma do art. 142 do CTN, compete ao Agente Fazendário, como dever jurídico, determinar se os valores encontrados na conta corrente do Contribuinte são ou não receita tributável. Não incumbe ao contribuinte o dever jurídico de provar não auferir renda, mas incumbe à Autoridade Administrativa o dever jurídico de provar haver receita. Os depósitos em conta bancária deveriam ser apenas um marco, mesmo inicial, de investigação do Fisco, para se aferir ter ocorrido, ou não, renda, não podendo ela se desincumbir desse dever jurídico de perseguição da verdade material dos aspectos fáticos a autorizarem a incidência tributária. Cita jurisprudência administrativa Acórdão 104-17.494, CSFR 01-02,741. Alegação de que depósito em conta corrente não é elegível a fato gerador do imposto de renda que é a obtenção econômica ou jurídica da renda.
- Ilegalidade da majoração da multa a 150% inexistência de dolo ou fraude.
- Inconstitucionalidade da multa aplicada em face de sua natureza confiscatória.

É o relatório.

Voto

Conselheira Nathália Mesquita Ceia.

Os recursos são tempestivos e reúnem os demais requisitos de admissibilidade, portanto, deles conheço.

Inicialmente, cabe pontuar que o processo em questão apresenta 02 defesas (Recurso Voluntário) em razão de ter sido atribuída responsabilidade solidária ao Sr. Geovani Pereira da Silva. Assim, é apresentada para apreciação do presente Colegiado a defesa do Sr. Carlos Augusto de Almeida Ramos e do Sr. Geovani Pereira da Silva (responsável solidário).

Tendo em vista que os argumentos de defesa apresentados em ambos os Recursos Voluntários são os mesmos, a apreciação do mérito, no presente voto, será efetuada conjuntamente para ambas as defesas. Assim, a análise e conclusão aqui proferidos aproveitarão aos dois contribuintes (Sr. Carlos Augusto de Almeida Ramos e do Sr. Geovani Pereira da Silva), aqui conjuntamente denominados “Recorrentes”.

I. DA PRELIMINAR

I.1. Da Quebra do Sigilo Bancário

Os Recorrentes alegam que as provas que embasaram o lançamento — extratos bancários — foram obtidas pelo Fisco com quebra de sigilo bancário sem autorização judicial em procedimento ilegal e inconstitucional tornando nulo o lançamento posto que fundado em provas ilícitas. Argumentam ainda que o fato de haver sentença penal, pendente de trânsito em julgado, não afasta o dever de a administração pública obter, pela via judicial, a autorização para afastar seu sigilo bancário, pois as esferas de atuações são independentes.

Em princípio, cabe destacar que não foi a sentença penal que ensejou a quebra do sigilo bancário da Sociedade Alberto & Pantoja Construções e Transportes LTDA. Conforme relatado no Termo de Verificação Fiscal, de fls. 1.050, o procedimento fiscal decorreu da fiscalização da sociedade em questão. O Termo de Início do Procedimento Fiscal, de fls. 02, requereu à sociedade a apresentação dos livros e registros contábeis. Uma vez não encontrada a sociedade no endereço registrado no CNPJ, promoveu-se a intimação dos sócios, que também não foram encontrados.

Diante do referido cenário a Autoridade Fazendária, onde nem a sociedade e nem os sócios eram localizados, promoveu Requisição Sobre Movimentação Financeira (RMF) ao HSBC Bank Brasil S/A, solicitando não apenas os extratos, mas também ficha de cadastro do correntista, bem como instrumento de procuração outorgando poderes a terceiros para movimentar a conta.

Os fatos acima foram descritos de forma detalhada no Termo de Verificação Fiscal, de fls. 1.050. Nesta senda, verifica-se que afirmação dos Recorrentes de que a quebra do sigilo bancário foi em decorrência da ação penal, não se sustenta, logo, a Administração Pública não se eximiu de apurar fatos e produzir provas que a viabilizassem a perseguir o crédito tributário, vindo os dados da ação penal apenas corroborar com as provas já apurada na esfera administrativa.

Logo, no mesmo sentido não se sustenta a alegação dos Recorrentes quanto existência de interdependência no presente processo entre as esferas administrativa e jurisdicional.

Quanto argumentação de impossibilidade de Requisição de Movimentação Financeira sem prévia autorização judicial por parte da Administração Tributária, cabem as seguintes considerações.

Embora a possibilidade de requisição às instituições bancárias já estivesse prevista no art. 197, II do Código Tributário Nacional (CTN), somente com edição da Lei Complementar nº 105/01, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/01 foi autorizado à Receita Federal proceder à quebra do sigilo bancário no âmbito do processo administrativo fiscal, sem prévia autorização judicial.

Código Tributário Nacional

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

(...)

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

Lei Complementar nº 105/01

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

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

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

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

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.

O teor do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 autoriza a busca de informações junto às instituições financeiras, sem prévia autorização judicial, sempre que houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Conforme destacado acima, na hipótese dos autos, a Autoridades Lançadora, ao solicitar à instituição financeira os extratos bancários da pessoa jurídica, buscava identificar quem era o responsável pela movimentação financeira.

Diante do exposto, não há qualquer irregularidade no presente procedimento administrativo fiscal já que o Auditor Fiscal estava se valendo de meios e instrumentos de

fiscalização criteriosamente dados pelo ordenamento jurídico para que a ação fiscal pudesse ter o resultado desejado pela sociedade. Dessa forma, agiu o Fisco dentro da legalidade ao requisitar as informações sobre a movimentação bancária às instituições financeiras, com base no art. 6º da Lei Complementar nº 105/01.

Os Recorrentes colacionam decisão do STF no RE 389.808/PR destacando que a o afastamento do sigilo bancário por parte da Receita Federal sem prévia autorização judicial conflita com a Carta da República.

Em que pese a referida decisão socorrer o direito dos Recorrentes, a mesma não foi proferida sob a sistemática prevista no art. 543-B do Código de Processo Civil (CPC), não havendo, portanto, obrigatoriedade da presente Corte Administrativa em acompanhar a decisão do STF na forma do art. 62-A do Anexo II da Portaria nº 256/09 (Regulamento do CARF - RICARF):

Lei nº 5.869/73 (CPC)

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

Portaria nº 256/09 RICARF

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 mesmo sentido, uma vez que a referida decisão foi proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade e não em sede de controle concentrado, procedimento legislativo negativo, a Lei Complementar nº 105/01 continua em vigor e com eficácia plena.

Cabe observar que a matéria está em sede de recurso repetitivo no STF no RE 601.314/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, pendente de julgamento e sem efeito suspensivo.

Assim, até a manifestação do STF em sede de Recurso Repetitivo ou em controle concentrado a Requisição de Movimentação Financeira com base no art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, sem prévia autorização judicial não fere o ordenamento jurídico pátrio.

Neste diapasão a Administração Tributária jungida ao princípio da legalidade em sua atividade administrativa plenamente vinculada de cobrança do crédito tributário (art. 3º

do CTN), não pode, sob pena de responsabilidade funcional, eximir-se de aplicar o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 que se encontra vigente e eficaz.

Ante o exposto não acolhe a preliminar de nulidade por Requisição de Movimentação Financeira sem prévia autorização legal, bem como a consequente por violação do direito a privacidade e o sigilo de dados garantido no art. 5º da CRFB.

II. DO MÉRITO

II.1. Do Depósito Bancário

Os Recorrentes alegam que compete a Autoridade Tributária o ônus de comprovar a existência da renda, afirmando que não existe o ônus ao contribuinte de provar se dado depósito é ou não renda. Assim, os depósitos em conta bancária deveriam ser apenas um marco, mesmo inicial, de investigação do Fisco, para se aferir ter ocorrido, ou não, renda, não podendo ela se desincumbir desse dever jurídico de perseguição da verdade material dos aspectos fáticos a autorizarem a incidência tributária.

Assim, conclui que o fato elegível pela fiscalização, depósito em conta bancária não é elegível como fato gerador do imposto de renda, pois não representa obtenção econômica ou jurídica da renda.

A argumentação levantada pelos Recorrentes não se sustenta a partir da vigência da Lei nº 9.430/96 (art. 42) que determinou recair sobre o contribuinte o ônus de comprovar a origem dos depósitos bancários, sob pena de se presumir que os próprios depósitos são rendimentos omitidos, sujeitos à aplicação da tabela progressiva:

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.

Quando o art. 42 da Lei nº 9.430/96 determina que o depósito bancário não comprovado caracteriza omissão de receita, não se está tributando o depósito bancário, e sim o rendimento presumivelmente auferido, ou seja, a disponibilidade econômica a que se refere o art. 43 do CTN. Note-se que os depósitos bancários são apenas a forma, o sinal de exteriorização, pelos quais se manifesta a omissão de rendimentos objeto de tributação. Os depósitos bancários se apresentam, num primeiro momento, como simples indício da existência de omissão de rendimentos. Entretanto, esse indício se transforma na prova da omissão de rendimentos, quando o contribuinte, tendo a oportunidade de comprovar a origem dos recursos aplicados em tais depósitos, se nega a fazê-lo, ou não o faz satisfatoriamente.

Atente-se que há uma distinção entre presumir a ocorrência do fato gerador e presumir a natureza de determinado fato.

A existência do fato jurídico (depósito bancário) foi comprovada pela Fiscalização através dos dados bancários do contribuinte. Portanto não há presunção. O que a Autoridade Fiscal presume, com base em lei e em razão do contribuinte não se desincumbir de seu ônus, é a natureza de tal fato, ou seja, presumir que tal fato (o fato cuja ocorrência foi comprovada) seja gerador de rendimentos ou proventos de qualquer natureza.

Nesta nova realidade erigida pelo legislador à condição de presunção legal, a caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um depósito bancário, isoladamente considerado, mas sim pela falta de esclarecimentos da origem dos numerários depositados. Ou seja, há uma correlação lógica estabelecida pelo legislador entre o fato conhecido (ser beneficiado com depósito bancário sem demonstração de sua origem) e o fato desconhecido (auferir rendimentos) e é esta correlação que dá fundamento à presunção legal em comento, de que o dinheiro surgido na conta bancária, sem qualquer justificativa, provém de receitas ou rendimentos omitidos.

Isso posto, no presente caso, a fiscalização não se desincumbiu de aplicar o art. 142 do CTN, violando o seu dever de buscar os fatos que comprovam a existência do fato gerador, uma vez que buscou e juntou aos autos do processo os extratos bancários que comprovam a existência dos depósitos bancários. A função do Fisco é, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos, informações e esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de receitas. Procedimento este atendido no presente processo administrativo fiscal.

Portanto, a Lei nº 9.430/1996, tornou lícita a utilização de depósitos bancários de origem não comprovada como presunção legal de omissão de receitas ou de rendimentos.

A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação com documentação própria e individualizada que justifique os ingressos ocorridos em suas contas correntes de modo a garantir que os créditos/depósitos bancários não constituem fato gerador do tributo devido, haja vista que pela mencionada presunção, a sua existência (créditos/depósitos bancários desacompanhada da prova da operação que lhe deu origem), espelha omissão de receitas, justificando-se sua tributação a esse título. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário.

O presente tema encontra-se pacificado no âmbito do presente Conselho pela Súmula nº 26 do CARF, que permite a aplicação do dispositivo legal após o ano calendário de 1997.

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

A jurisprudência colacionada pelos Recorrentes é anacrônica, abordando entendimento jurisprudencial anterior a janeiro de 1997, início da eficácia da Lei ora em tela. Por exemplo, o Acórdão 104-17.494 aborda o exercício de 1993 e 1994, enquanto o Acórdão CSRE/01-02.741 aborda os exercícios de 1991 a 1993. Assim, tais julgados não são parâmetros

para embasar a pretensão dos Recorrentes, uma vez que o presente Auto de Infração apura omissão de rendimentos referente aos anos calendários de 2010 e 2011, ou seja, fatos geradores ocorridos sob a égide do art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Assim, como os Recorrentes não apresentaram a origem/natureza dos depósitos bancários, a fiscalização, autorizada pelo disposto no art. 42 da Lei nº 9.430/96 entendeu que os referidos depósitos correspondem a renda não oferecida à tributação.

II.2. Da Qualificação Multa de Ofício

O Termo de Verificação Fiscal, de fls. 1.026, relata que houve ação intencional na interposição de pessoa jurídica para aparecer como real beneficiária dos depósitos. Confira-se:

Ao utilizar, intencionalmente, conta bancária em nome de uma pessoa jurídica inexistente de fato (interposta pessoa), para não aparecer como real beneficiário dos recursos que transitaram pela referida conta, o sujeito passivo agiu com evidente intuito de fraude, ensejando a aplicação da multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), conforme art. 44, §1º, s Lei nº. 9.430/96.

Já a 21ª Turma da DRJ/RJ1 reafirmou as conclusões da Fiscalização nos seguintes termos:

Foi constatado pela fiscalização que Carlos Augusto de Almeida Ramos e Geovani Pereira da Silva se valeram de uma série de artifícios para esconder a ocorrência dos fatos geradores do Imposto de Renda, utilizando-se da pessoa jurídica Alberto & Pantoja Construções e Transportes Ltda, constituída com sócios aparentes, empresa esta cuja sede não foi localizada no endereço cadastrado da Receita Federal do Brasil. Ademais, foi emitida procuração dos sócios dando amplos poderes para que Geovani Pereira da Silva movimentasse as contas, em benefício de Carlos Augusto de Almeida Ramos.

Os Recorrentes argumentam que não é e qualquer ação praticada com objetivo de impedir a ocorrência do fato gerador do tributo que pode ser qualificada como fraude, destacando que é o dolo que caracteriza a fraude. Portanto, destaca que a conduta, no caso da autuação, não almejou o impedimento da ocorrência do fato gerador. A acusação que é feita no sentido de omitir dados de movimentação financeira, pode ser aferida mediante Programa da Receita Federal. Desta feita, impossibilitada está o aferimento de conduta dolosa.

A defesa dos Recorrentes não aborda os fatos descritos no Termo de Verificação Fiscal e reafirmados pelo Acórdão *aquo* – interposição de pessoa jurídica para omissão de imposto de renda - sendo estranha ao presente ponto da autuação já que a multa não foi qualificada por omissão de dados da movimentação financeira.

O fato descrito no Termo de Verificação Fiscal relata a conduta intencional dos Recorrentes de fraude. Conforme determinação do §1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, a multa de ofício de 75% pode ter seu percentual duplicado em caso de fraude prevista no art. 72 da Lei nº 4.502/64:

Lei nº 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Lei nº 4.502/64

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

A Autoridade Lançadora caracterizou o dolo ao demonstrar que os Recorrentes, intencionalmente, utilizaram a conta bancária de pessoa jurídica inexistente, visando o não recolhimento do imposto (IRPF).

Uma vez que a utilização da pessoa jurídica inexistente objetivava a mudança da sujeição passiva tributária do Sr. Carlos Augusto de Almeida Ramos para Alberto & Pantoja Construções e Transportes LTDA, no intuito de impedir a ocorrência do fato gerador do Imposto Sobre a Renda (IRPF) para aquele, resta comprovada a conduta dos Recorrentes para modificar o elemento subjetivo do fato gerador.

Diante do exposto a Autoridade Lançadora demonstrou a ocorrência da conduta fraudulenta e o seu dolo, não havendo irregularidades na aplicação do art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96.

Frise-se que a presente Corte Administrativa já pacificou entendimento pela Súmula do CARF nº 34:

Súmula CARF nº 34: Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas.

II.3. Da Natureza Confiscatória da Multa Qualificada

Os Recorrentes argumentam que aplicação de multa ao percentual de 150% possui caráter confiscatório e, portanto, inconstitucional.

Inicialmente, destaca-se que a vedação de confisco estabelecida na CRFB é dirigida ao legislador. Tal princípio orienta a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco.

A ponderação quanto a razoabilidade e o efeito confiscatório do inciso I e do §2º, ambos, do art. 44 da Lei nº 9.430/96 perpassa pela ponderação da constitucionalidade dos

referidos dispositivos em face do art. 150, IV da CRFB e do princípio constitucional implícito da razoabilidade.

Já é posição consolidada nos tribunais administrativos o entendimento de que a arguição de inconstitucionalidade de lei não deve ser objeto de apreciação nesta esfera, a menos que já exista manifestação do Supremo Tribunal Federal, uniformizando a matéria questionada.

No âmbito do presente órgão colegiado tal matéria já foi consolidada pela Súmula do CARF nº 2:

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

Isso posto, diante da atividade plenamente vinculada a qual está jungida a Administração Tributária, seja quanto a cobrança do tributo (art. 3º do CTN), seja quanto procedimento de lançamento do fato gerador (art. 142 do CTN), é poder dever da presente Corte Administrativa aplicar a legislação vigente ao tempo do fato gerador sob pena de responsabilidade funcional.

Até a presente data não há notícia quanto existência de liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade para suspender a eficácia do §2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, bem quanto a existência de decisão proferida em sede de controle concentrado ou sede de Recurso Repetitivo compreendendo ser confiscatório a multas previstas nos respectivos dispositivos legais.

Neste senda, improcede o pleito dos Recorrentes para compreender confiscatória a qualificação da multa de ofício ao percentual de 150%.

Conclusão

Diante do exposto, oriento meu voto no sentido de rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento aos Recursos Voluntários.

Assinado Digitalmente
Nathália Mesquita Ceia