



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10215.720621/2009-98
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-006.887 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de julho de 2020
Recorrente JOSE DANTAS DE LIRA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Ano-calendário: 2004, 2005

DEPÓSITO BANCÁRIO. ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA SUMULADA. SUJEITO PASSIVO É O TITULAR DA CONTA BANCÁRIA.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997 a lei autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo. Não comprovada a origem dos depósitos em conta corrente bancária, deve ser mantido o lançamento tributário. Ademais, a presunção estabelecida pelo citado dispositivo legal dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Nestes casos, o lançamento em razão da omissão de receita deve ser lavrado em desfavor do titular da conta bancária.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA SUMULADA.

De acordo com o disposto na Súmula nº 02, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu Kushiya, Débora Fófano Dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente)

Fl. 2 do Acórdão n.º 2201-006.887 - 2ª Seju/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10215.720621/2009-98

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário de fls. 206/243, interposto contra decisão da DRJ no Belém/PA de fls. 176/201, a qual julgou parcialmente procedente o lançamento de Imposto de Renda de Pessoa Física – IRPF de fls. 99/108, lavrado em 24/08/2009, relativo aos anos-calendário de 2004 e 2005, com ciência do RECORRENTE em 04/09/2009, conforme AR de (fl. 118).

O crédito tributário objeto do presente processo administrativo foi apurado por omissão de rendimentos caracterizados por depósitos bancários sem origem comprovada, no valor total de R\$ 699.975,64, já inclusos juros de mora (até o mês da lavratura) e multa de ofício de 112,5%.

De acordo com Termo de Verificação Fiscal acostado às fls. 109/115, o contribuinte foi intimado apresentar os extratos bancários das contas mantidas em seu nome, relativamente aos anos de 2004 e 2005.

O Contribuinte apresentou declaração de ajuste anual do ano-calendário 2007 e extrato da conta nº 2.032-X, mantida no Banco do Brasil, relativa ao período de 01/2004 a 12/2005, às fls. 22/70. Posteriormente, a Receita Federal do Brasil solicitou, com anuência e autorização do Contribuinte, diretamente ao Banco do Brasil os arquivos digitais dos extratos da conta nº 2.032-X, às fls. 71.

Diante da incompatibilidade dos valores constantes dos extratos bancários da conta do Banco do Brasil S.A. (c/c nº 2.032-X), com o montante constante em sua declaração de imposto de renda, o contribuinte foi intimado para comprovar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados nas suas contas relacionados de forma individualizada (fls. 78/81).

Após diversas intimações, com sucessivas prorrogações de prazos (fls. 83/96), o contribuinte alegou a impossibilidade de apresentação dos documentos solicitados por estarem em arquivo morto (fls. 97/98). Ademais, informou que precisaria de mais tempo para relacioná-los item por item, alegando que o profissional de contabilidade já havia sido demandado, mas como não presta serviço somente para o contribuinte, tornou-se impossível prestar todas as informações solicitadas em tão curto espaço de tempo.

Considerando que o RECORRENTE não logrou êxito em comprovar a origem dos depósitos identificados pela fiscalização, a autoridade fiscalizadora considerou os seguintes valores mensais como omissão de rendimentos, adicionando-os a base de cálculo para fins de apuração do imposto devido, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96 e art. 849 do RIR/99:

Período	2004	2005
Janeiro	44.693,78	15.000,00
Fevereiro	56.199,92	28.463,40
Março	11.250,00	26.594,50
Abril	63.324,00	89.170,42
Maio	52.699,92	62.291,05
Junho	54.827,58	11.364,72
Julho	46.944,20	37.472,29
Agosto	53.638,11	24.312,84
Setembro	32.472,20	12.335,00
Outubro	62.322,71	49.649,69
Novembro	43.649,56	43.754,90
Dezembro	49.875,95	11.830,21

Por fim, a autoridade fiscalizadora entendeu que houve embaraço à fiscalização, ante a não apresentação da documentação solicitada, e lavrou a multa agravada no percentual de 112,5%.

Impugnação

O RECORRENTE apresentou sua Impugnação de fls. 120/155 em 02/10/2009. Ante a clareza e precisão didática do resumo da Impugnação elaborada pela DRJ no Belém/PA, adota-se, *ipsis litteris*, tal trecho para compor parte do presente relatório:

Inconformado, o contribuinte apresentou impugnação ao lançamento em 02/10/2009, às fls.119/171, onde alegou em síntese que:

- com base em suas DIRPF dos exercícios 2005 e 2006 o contribuinte aduz que teve variação patrimonial de R\$ 35.000,00 e R\$ 38.750,00, respectivamente, não havendo quebra de caixa e valores a tributar.
- não há valores financeiros e ou patrimoniais mantidos pelo contribuinte a ser autuado de forma que o auditor aplicou multa excessiva, além de juros e correção monetária sem a comprovação material de sinais exteriores de riqueza, sem aumento de patrimônio comprovado, não tendo permanecido os valores na conta do contribuinte, além do que foi declarado em suas DIRPF.
- é flagrante o equívoco na interpretação do art. 42 da Lei nº 9.430/96, citando ementa de decisão relativa a ilegitimidade passiva decorrente de movimentação de conta bancária em nome de terceiros.
- a constituição do lançamento tributário baseada em possíveis omissões provenientes de transferências e/ou depósitos bancários sempre teve sérias restrições, seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa.
- autorizou a autoridade fiscal a solicitar informações da instituição bancária para que identificasse quais pessoas transferiram e depositaram dinheiro na conta corrente do impugnante, sendo que a Receita Federal se limitou a solicitar simples informações do Banco, sem contudo, fazer a identificação das pessoas, efetuando o lançamento com base em indícios e presunções, o que torna nulo o lançamento.
- o lançamento foi efetuado sem uma investigação profunda, no sentido de identificar quais pessoas efetuaram as transferências e os depósitos na conta corrente do contribuinte, devendo nesses casos a fiscalização aprofundar as investigações, devido os extratos bancários não caracterizarem; por si só, rendimentos tributáveis.

- os atos da administração pública devem ser todos motivados, a teor do que dispõe o art. 93, X, do art. 37 da CF/88, e no caso, a motivação por parte do auditor fiscal seria a diligência, no sentido de identificar quem efetuou os depósitos bancários na conta corrente, o que não foi feito, logo o auto de infração está eivado de vícios e conseqüentemente nulo o lançamento tributário.

- a segurança jurídica só permite que o agente fiscal efetue o lançamento, se tiver efetivo conhecimento da ocorrência do fato impositivo e também só lhe é dado lavrar auto de infração tendo real ciência de determinados fatos que, em tese, tipificam ilícitos tributários.

- o agente fiscal não pode valer-se de presunções, ficções ou indícios para suprir lacunas de auto de infração lavrado com base em extratos e/ou depósitos bancários, não se devendo esquecer que os agentes fiscais assim como os demais funcionários públicos têm o dever de resolver motivadamente os casos que lhes são afetos, observados os direitos e garantias individuais.

- os atos administrativos devem ser todos motivados, tendo o contribuinte o direito subjetivo de saber, ainda que isto não venha expressamente previsto em lei, quais os motivos que ensejaram a autuação, não tendo valor probatório auto de infração lavrado somente por desconfiância de omissão de receitas, sob pena de todos passarem a viver sob o guante da insegurança e incerteza.

- tal motivação deve ser verdadeira e corresponder à realidade, do contrário será o ato nulo de pleno direito, até por que não permitirá que o contribuinte exercite, como a ordem jurídica lhe faculta, seu direito à ampla defesa.

- os indícios não são meios de prova, quando muito, pressupostos de meios de prova que não podem levar a lançamento tributário ou imposição de sanções fiscais.

- por força do princípio da segurança jurídica, a utilização destas mentiras técnicas (presunções e indícios) só pode ocorrer de norma jurídica expressa, mas mesmo assim jamais poder transformar um inocente culpado e nem uma pessoa estranha ao fato impositivo num contribuinte.

- a fiscalização baseada apenas em extratos bancários não oferece nenhuma consistência material de ordem a afastar a conjectura de simples presunção, com vista à identificação e quantificação do fato gerador, e embora possa induzir omissão de receitas, aumento patrimonial ou sinal exterior de riqueza, não são em si mesmo, exigíveis em hipóteses de incidência para efeito de imposto de renda, cujo fato gerador é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica conforme previsto no art. 43 do CTN.

- os extratos só se prestam a autorizar uma investigação profunda sobre a pessoa física ou jurídica, com o escopo de associar o movimento bancário a um aumento de patrimônio, a um consumo ou a uma riqueza, sendo óbvio que qualquer lançamento fiscal realizado a partir de informações constantes em extratos bancários, concluirá pela existência de inúmeros depósitos e transferências, cujas as origens impescindem de uma averiguação mais minudente por parte da fiscalização para embasarem a instauração do procedimento fiscal e o lançamento do tributo correspondente, o que não ocorreu no caso vertente.

- o art. 42 da Lei nº 9.430/96 autorizou o lançamento com base em depósitos bancários, desde que haja identificação dos depósitos ou autorização judicial, além da necessidade da manutenção dos valores em investimentos e ou depósitos e não apenas circulação para que a autoridade possa demonstrar quais são os indícios veementes se houve omissão de receita ou consumo, aquisição de bens ou mercadorias correspondentes a custos ou despesas operacionais em montantes incompatíveis com a atividade empresarial do sujeito passivo, o que não foi demonstrado pela fiscalização que não identificou as

peessoas que efetuaram depósitos na conta do impugnante e nem tinha autorização judicial, ferindo o art. 5º incisos X e XII da CF.

- cita acórdãos do Conselho de Contribuintes e a Súmula nº 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos para argumentar a ilegitimidade do lançamento arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários.

- a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96 colide com as diretrizes do processo de criação das presunções legais, pois a experiência desaconselhava a adoção dessa indigitada presunção, que além desse vício de origem, encontra sérios obstáculos técnicos como perfeita identificação do sinal de riqueza, fixação da renda tributável do rendimento e demonstração de que tal renda não foi tributada.

- no tocante a pessoa jurídica/física, a presunção legal estribada nos depósitos bancários encontra os seguintes óbices: não está calcada na experiência anterior, não é possível estabelecer uma correlação direta entre o montante dos depósitos e a omissão de rendimentos, o encargo probatório é totalmente transferido para o contribuinte, com manifesta impossibilidade dessa prova ser produzida.

- todavia, ainda que se pudesse afirmar que a presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430/96 resiste a todas as críticas, questiona-se a vantagem em utilizá-la se o caminho for simplesmente somar os depósitos e exigir do contribuinte a comprovação da origem dos recursos, o auto lavrado em montante estratosférico, no final resultará em simples registros estatísticos, muito úteis para cancelar recursos voluntaristas, mas sem nenhuma efetividade.

- a presunção se insere no campo da prova, entendido como o ato de demonstrar que o que ocorreu ou deixou de ocorrer determinado evento, representando uma prova indireta, partindo-se do fato indiciário que para o principal, necessariamente desconhecido, mas relacionado diretamente com o fato gerador.

- segundo o mestre Becker e o entendimento de Leonardo Sperb de Paola se conclui que a presunção não surge do olímpico, ela deve resultar sempre da experiência, da observação do acontecer dos fatos na ordem natural das coisas. Percebe-se portanto, que a presunção nunca poderá ser resultado da iniciativa criativa e original do legislador, pois, ela deve sempre estar apoiada na repetida e comprovada correlação natural entre os dois fatos considerados, o conhecido e o desconhecido.

- como demonstrado os indícios se referem apenas a um elemento ou fato conhecido que, através do raciocínio, pode sugerir a ocorrência do fato que se quer provar, mas que não pode ser utilizado como única base fática do lançamento, não se admitindo presunção sobre presunção.

- A RMF para obtenção dos extratos deveria ser expedida pela autoridade outorgante que solicitou diretamente os extratos bancários ao contribuinte, com base em informações da CPMF, causando-lhe a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial.

- a RMF deveria ser expedida com base em relatório circunstanciado, elaborado pelo auditor fiscal encarregado da execução do MPF, no qual deveria constar a motivação da proposta de expedição de RMF que demonstrasse com precisão e clareza tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista na legislação, observado o princípio da razoabilidade, e isso não foi efetuado pela auditoria que teve acesso às informações bancárias do contribuinte com base em dados obtidos da CPMF sem autorização judicial, infringindo a CF/88 e as normas tributárias.

- cumprir lembrar que o sujeito passivo que se considerar prejudicado por uso indevido das informações requisitadas ou por abuso da autoridade requisitante poderá dirigir

representação ao Corregedor Geral da Secretaria da Receita Federal, com vista à apuração do fato e se for o caso, à aplicação de penalidades cabíveis ao servidor responsável pela infração.

- os direitos e garantias individuais previstos no art. 5º da CF cumprem basicamente no ordenamento jurídico duas funções, sendo normas de competência negativa não permitindo que haja ingerência destes na esfera jurídica individual e em um plano subjetivo outorga o poder de exercer positivamente o direito conferido, bem como de exigir omissões dos poderes públicos que possibilitem o exercício ativo.

- por diversas situações o STF manifestou convicção de ver sigilo de dados de operações financeiras como desdobramento do direito à privacidade assegurado no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, com o mesmo entendimento exposto pela doutrina.

- é pacífico na doutrina e na jurisprudência que não existem direitos absolutos contra o interesse público, que não pode, todavia, ser confundido com o interesse da Fazenda Pública que se pudesse se sobrepor a ponto de justificar o afastamento da intervenção do judiciário na concretização da medida excepcional, estaria dado o primeiro passo para o desmantelamento do Estado de Direito.

- a maior prova do cuidado da Constituição Federal com os limites da interferência estatal no âmbito da vida privada das pessoas é o teor do § 1º do art. 145, que antepõe, expressamente, ao dever do Estado de fiscalizar, o respeito aos direitos e garantias.

- dessa forma, não se pode dispensar a demonstração de circunstâncias fundamentais e concretas, em cada caso, que denotem um interesse público prevalente na devassa das operações financeiras das pessoas físicas ou jurídicas, nem tampouco a presença efetiva desses elementos seja apreciada por um Órgão terceiro, independentemente e autônomo, que é o judiciário.

- o direito individual ao sigilo de dados reservados de vida financeira e bancária das pessoas nem sempre pode se opor ao interesse público, mas sua quebra só pode advir de determinação judicial, estampando, em decorrência, a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar 105/10 relacionados, por afronta ao inciso XII do art. 5º da CF.

- qualquer poder da República submete-se no exercício de suas prerrogativas constitucionais, as limitações impostas pela CF e por esta razão não há que se admitir que a obtenção direta de informações privadas pela administração tributária se apóie no • § 1º do art. 145 da CF, pois muito ao revés, ali ao se facultar ao poder público aferir a capacidade econômica do contribuinte, identificando o patrimônio, rendimentos e atividades econômicas, ressaltou-se expressamente o respeito aos direitos individuais.

- instaurado o procedimento fiscal dever ser solicitada autorização judicial para quebra do sigilo, devidamente fundamentada com elementos concretos que indiquem que o indivíduo tenha cometido algum fato delituoso e deste modo o procedimento fiscalizatório instaurados com base nas informações da CPMF representa abuso de poder e por isso não se coaduna com a ordem legal e constitucional, estando o lançamento eivado de vícios e conseqüentemente nulo.

- com base em entendimento doutrinário de Roque Antônio Carrazá conclui que a autoridade administrativa não pode efetuar o lançamento de crédito tributário com base em depósitos por si só que não constitui fato gerador do imposto de renda, pois pode ter origem em empréstimos de terceiros ou mesmo transferências entre contas o que não caracteriza acréscimo patrimonial.

- diante dos fatos ocorridos, há fortes indícios de que o lançamento tributário foi constituído para satisfazer interesses particulares regidos pela Lei nº 10.910/2004, que garante aos auditores da Receita inenunciáveis gratificações denominadas GIFA.

- além disso, por força do princípio da segurança jurídica, a utilização das presunções só pode ocorrer de norma jurídica expressa e ainda hoje a Receita Federal autua pessoas com base nas contas bancárias, apesar da clareza da Súmula 182 do TRF.

- as pessoas físicas estão desobrigadas de escrituração contábil o que por si só gera um complicador pro contribuinte, que geralmente faz a sua declaração levando em consideração as correspondentes informações anuais de renda fornecidas pelas instituições bancárias, o que acarreta a necessidade do depositante encontrar a boa vontade e presteza do Banco, visto que o contribuinte não é obrigado a guardar estes dados em seu poder, por já ter apresentado sua declaração de ajuste anual os valores relativos aos respectivos saldos globalmente.

- para que o depósito se transforme em renda tributável é necessário que seja comprovada a utilização dos valores como renda consumida, devendo ficar comprovado o nexo de causalidade entre o depósito e o fato que represente omissão de rendimentos.

- se na esfera tributária existe a discricionariedade ampla do Fisco de promover a devida investigação partindo da premissa de uma presunção de variação patrimonial com base em "sinais exteriores de riqueza", no direito administrativo tal presunção não é absoluta, pois não há inversão do ônus da prova nesse ramo do direito, visto que nesse ramo do direito deve a administração pública provar que o agente público enriqueceu com o aumento de seu patrimônio de forma ilícita decorrente do exercício do cargo, emprego ou função pública.

- pela dicção do art. 110 do CTN a presunção contida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 não pode alterar o conceito de renda e proventos para nele incluir depósitos bancários, podendo quando muito autorizar a tributação de tais depósitos por presunção desde que verificado caso a caso se ocorreu a renda consumida, não se autorizando a aplicação deste conceito ampliado de renda à matéria de direito administrativo.

- o resguardo das informações bancárias era regido pela Lei nº 4.595/64, reguladora do sistema financeiro nacional e que foi recepcionado pelo art. 192 da CF, com força de lei complementar, que possibilitava a quebra do sigilo apenas por decisão judicial, até o advento da Lei Complementar no 105/2001.

- por outro lado, após a edição da Lei no 9.311/96 que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição ficaram obrigadas a prestar informações a RFB fornecendo dados a respeito de identificação de contribuintes e valores globais das respectivas operações.

- a possibilidade de quebra de sigilo, levada a efeito pelo art. 5º da Lei 105/2001 requer procedimento fiscal em curso, sendo certo que tais exames sejam considerados imperiosos e fundamentais pela autoridade administrativa competente, sendo necessária a justa causa e a devida razoabilidade da medida, contudo, se tem observado o contrário, onde o poder público primeiro acusa e depois tenta reunir provas, para após formalizar o procedimento administrativo solicitando autorização judicial para respaldar a já efetuada quebra de sigilo, atingindo os respectivos direitos de sigilo bancário/fiscal sob o fundamento de que está verificando se houve enriquecimento ilícito presumido, sem demonstrar um nexo de causalidade com a função pública.

- os valores depositados podem ser oriundos de movimentação lícita, tal como compra e venda de bens imóveis, recebimento de herança, contas conjuntas, doação, dividendos de empresas, ações, fundos de investimentos e presumir a ilicitude ou desproporcionalidade

da movimentação financeira, sem um nexo de causalidade com a função pública configura uma indevida e injustificada quebra de sigilo de dados.

- nulo de pleno direito a quebra de sigilo fiscal e bancário quando ausente a indispensável fundamentação estabelecida a partir de fatos tidos em tese como ilícitos ou ilegais.

- a quebra de sigilo é medida excepcional, necessitando que hajam indícios suficientes da prática de um delito, sendo insuficiente meras matérias jornalísticas, tendo em conta que a acusação deverá ter plausibilidade e verossimilhança, sob pena de se produzir prova ilícita (art. 5º LVI, CF) e corroborando com este entendimento, basta verificar que o STF vem repudiando devassa da intimidade de pessoas por meras conjecturas veiculadas em matéria jornalística.

- até mesmo na hipótese de execução, sem que se tenha esgotado todas as tentativas de obtenção dos dados do devedor pela via extrajudicial, não é cabível a quebra de sigilo fiscal ou bancário do executado, pois a proteção dos respectivos sigilos vigora como norma fundamental para toda a sociedade.

- requereu a consideração das informações e documentação fiscal apresentada pela impugnante referente às reais receitas e despesas, conforme declarações prestadas pelo contribuinte em suas declarações de ajuste fiscal anual e para que seja desconsiderada a movimentação bancária levantada pela auditoria fiscal, uma vez que a circulação bancária não espelha a realidade da receita do impugnante, bem como os valores levantados pelo auditor apenas circularam pelas contas bancárias.

- pede a insubsistência do lançamento, devendo ser declarada a inexistência do crédito tributário ante a falta de justa causa, por direito e justiça.

É o relatório.

Da Decisão da DRJ

Quando da apreciação do caso, a DRJ no Belém/PA, julgou parcialmente procedente o lançamento, conforme ementa abaixo (fls. 176/201):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2004, 2005

NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade do lançamento.

INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS LEGAIS.

Falece competência à autoridade julgadora de se manifestar acerca da inconstitucionalidade de dispositivos legais, por ser matéria de exclusiva competência do Poder Judiciário. A atividade do lançamento é obrigatória e vinculada, devendo a legislação tributária ser aplicada em todos os seus termos, sob pena de responsabilidade funcional.

TRIBUTAÇÃO. PATRIMÔNIO. RENDIMENTO.

Quando o artigo 42 da Lei n.º 9.430/1996 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 artigo 43 do CTN.

PRESUNÇÃO JCRIS TANTUM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.. FATO INDICIÁRIO. FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO.

A presunção legal juris tantum inverte o ônus da prova. Neste caso, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário não comprovado (fato indiciário) corresponde, efetivamente, ao auferimento de rendimentos (fato jurídico tributário), nos termos do art.334, IV, do Código de Processo Civil. Cabe ao contribuinte provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FATOS GERADORES A PARTIR DE 01/01/1997. A Lei nº 9.430/1996, vigente a partir de 01/01/1997, estabeleceu, em seu art. 42, uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente quando o titular da conta bancária não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados em sua conta de depósito.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

No mérito, a DRJ entendeu como não configurados os pressupostos legais para aplicação da multa agravada em 50%, tendo em vista que a contribuinte atendeu as intimações durante a ação fiscal, ora prontamente, ora solicitando prorrogação de prazo concedidas pelo fiscal autuante.

Assim, o fato do contribuinte não comprovar a origem dos recursos não trouxe qualquer prejuízo à ação fiscal, motivo pelo qual decidiu por reduzi-la ao percentual de 75%, mantendo em cobrança o imposto no valor principal de R\$ 268.591,90, devendo o valor ser cobrado também com os juros de mora, calculados de acordo com a legislação de regência.

Do Recurso Voluntário

O RECORRENTE, devidamente intimado da decisão da DRJ em 13/04/2011, conforme AR de fls. 205, apresentou o recurso voluntário de fls. 206/243 em 13/05/2011.

Em suas razões, praticamente reiterou os argumentos da Impugnação, acrescentando apenas o argumento de nulidade do lançamento em razão da perempção do MPF.

O processo compôs lote sorteado em sessão pública para este relator.

É o relatório.

Fl. 10 do Acórdão n.º 2201-006.887 - 2ª Seção/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10215.720621/2009-98

Voto

Conselheiro Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos legais, razões por que dele conheço.

PRELIMINAR

Nulidade por perempção do MPF

No processo administrativo federal são nulos os atos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, abaixo transcrito:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

Desta forma, para ser considerado nulo, o lançamento deve ter sido realizado por pessoa incompetente ou violar a ampla defesa do contribuinte. Ademais, a violação à ampla defesa deve sempre ser comprovada, ou ao menos demonstrados fortes indícios do prejuízo sofrido pelo contribuinte.

Havendo compreensão dos fatos e fundamentos que levaram à lavratura do auto de infração pelo contribuinte, bem como cumprimento dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/2012, não há como se falar em nulidade do auto de infração. Assim entende o CARF:

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

Comprovado que o sujeito passivo tomou conhecimento pormenorizado da fundamentação fática e legal do lançamento e que lhe foi oferecido prazo para defesa, não há como prosperar a tese de nulidade por cerceamento do contraditório e da ampla defesa.

(Acórdão 3301-004.756 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 20/6/2018, Rel. Liziane Angelotti Meira)

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Não se verificando a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 e observados todos os requisitos do artigo 10 do mesmo diploma legal, não há que se falar em nulidade da autuação

(Acórdão nº 3302005.700 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, Sessão 26/7/2018, Rel. Paulo Guilherme Déroulède)

Em preliminar, o RECORRENTE afirma que “quando da conclusão da fiscalização e ciência do sujeito passivo de que trata o Mandado de Procedimento Fiscal no MPF nº 02.102.00/2008/00238-9, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (...) se encontrava em sua execução já há mais de cento e vinte (120) dias. Portanto, já havia decorrido mais de 120 dias (quatro meses), da emissão do MPF-F originário” (fl. 210).

O termo de início de procedimento fiscal data de 12/09/2008 (fl. 13), ao passo que o contribuinte foi intimado do lançamento em 04/09/2009. Neste tempo, houve intimação acerca da continuidade da fiscalização em 04/12/2008 (fl. 76).

Contudo, este tribunal tem entendimento pacífico de que o MPF é apenas um instrumento de controle interno da RFB, razão pela qual suas eventuais irregularidades não possuem o condão de afetar o crédito tributário fiscalizado, a ver:

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE DO LANÇAMENTO.

A competência do Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil para o lançamento tributário tem origem na lei. O Mandado de Procedimento Fiscal é apenas um instrumento gerencial de controle administrativo da atividade fiscal e eventuais falhas na sua execução não configuram motivo suficiente para abalar a constituição do crédito tributário, se esta se deu conforme os ditames dos arts. 9º e 10 do Decreto nº 70.235/1972 e do art. 142 do CTN. (acórdão nº 3302-007.889, sessão 17/12/2019)

Isto porque, o poder para o auditor fiscal fiscalizar decorre da lei, qual seja, dos arts. 3º e 142 do Código Tributário Nacional, e, especificamente com relação aos tributos federais, do art. 6º da Lei nº 10.593/2002, todos abaixo transcritos:

CTN:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Lei nº 10.593/2002

Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo: (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições;

Portanto, ainda que o RECORRENTE não tenha sido intimado da continuidade do MPF para prosseguimento da ação fiscal, tal circunstância não tem o condão de afetar o seu

resultado, mormente em razão da abertura de prazo para que o RECORRENTE se manifestasse sobre o resultado da mesma.

Alerta-se que, como mencionado anteriormente, para a anulação de atos por cerceamento do direito de defesa é necessário que o contribuinte comprove o efetivo prejuízo sofrido, que inexistiu no presente caso.

Ante o exposto, afasto a preliminar de nulidade.

MÉRITO

Ao longo de seu recurso, o contribuinte expõe uma série de argumentos diversos argumentos sobre os seguintes temas:

- (i) Infundada autuação pela simples movimentação bancária;
- (ii) Inexistência de manutenção dos valores na conta;
- (iii) Inexistência de variação patrimonial a descoberto nas declarações de ajuste;
- (iv) Ao solicitar informações do Banco do Brasil, a autoridade fiscal deveria ter identificado as pessoas que depositaram dinheiro na conta do contribuinte;
- (v) O lançamento foi feito com base em indício e presunções, sendo nulo, pois extratos, por si só, não caracterizam rendimentos tributáveis;
- (vi) Quebra de sigilo sem autorização judicial;
- (vii) Afirma que houve violação de diversos princípios constitucionais, como o da garantia à liberdade, à intimidade, à vida privada; ao sigilo de dados, além de violação ao art. 145, §1º, da Constituição; e
- (viii) Efeito confiscatório da multa de 75%.

As matérias acima estão todas englobadas nas razões adiante apresentadas.

1. Da Quebra Do Sigilo Bancário.

O RECORRENTE afirma que houve quebra indevida do sigilo bancário. Sobre o tema, julgo ser importante esclarecer que os extratos bancários foram entregues pelo próprio contribuinte à fiscalização. A autoridade fiscal obteve diretamente da instituição financeira apenas os arquivos digitais dos extratos mediante autorização prévia do RECORRENTE (fl. 71).

Portanto, não há que se falar em qualquer quebra de sigilo bancário no presente caso.

Ainda assim, é preciso ter em mente que é possível a obtenção de informações financeiras pela autoridade fiscal diretamente das instituições quando houver processo administrativo instaurado em face do contribuinte.

Isto porque, a obtenção destas informações não representa quebra do sigilo bancário, conforme esclarece o art. 1º, §3º, inciso III, da Lei Complementar nº 105/2001:

LC 105/2001

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;

Lei nº 9.311/96

Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

(...)

§ 2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.

Ou seja, não houve quebra de sigilo muito menos qualquer ilegalidade cometida pela autoridade fiscal.

Deste modo, é permitida a requisição de informações financeiras diretamente às instituições, como procedeu a fiscalização, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96 (com redação dada pela Lei nº 10.174/2001):

LC 105/2001

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

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.

Lei nº 9.311/96

Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

(...)

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores. (Redação dada pela Lei nº 10.174, de 2001)

Com base nos extratos obtidos diretamente do contribuinte, os quais representam prova concreta dos depósitos nas contas bancárias, foi que a autoridade fiscal lançou mão da presunção legal contida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 para efetuar o presente lançamento (conforme exposto em tópico específico deste voto).

Ademais, o STF já julgou a legalidade e constitucionalidade dos dispositivos acima transcritos, conforme decisão proferida nos autos do processo paradigma nº RE 601314, transitada em julgado no dia 11/10/2016, em que foi fixada a seguinte tese em repercussão geral (tema 225):

I - O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal;

II - A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, § 1º, do CTN.

De acordo com o §2º do art. 62 do Regimento Interno deste Conselho, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF na sistemática do art. 543-B do CPC/1973 devem ser obrigatoriamente reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Nesse sentido, não prosperam as alegações de inconstitucionalidade levantadas pelo RECORRENTE sobre violação de seu sigilo bancário, de sua liberdade, intimidade, vida privada, ao sigilo de dados, e ao art. 145, §1º, da Constituição. Deve-se esclarecer, ainda, que, de acordo com o disposto na Súmula nº 02 deste órgão julgador, a análise de violação de dispositivos constitucionais é matéria estranha à sua competência:

“SÚMULA CARF Nº 02

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Portanto, não prosperam as alegações de defesa.

2. Depósitos Bancários Sem Origem Comprovada

O RECORRENTE questiona (ainda que citando artigos de outros juristas) a legitimidade do lançamento em razão da sua lavratura com base na simples movimentação bancária.

Em princípio, deve-se esclarecer que o art. 42 da Lei nº 9.430/1996 prevê expressamente que os valores creditados em conta de depósito que não tenham sua origem comprovada caracterizam-se como omissão de rendimento para efeitos de tributação do imposto de renda, nos seguintes termos:

"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."

A presunção de omissão de receita estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 autoriza o lançamento quando a autoridade fiscal verificar a ocorrência do fato previsto, não sendo necessária a comprovação do consumo dos valores. Ou seja, referido dispositivo legal traz presunção legal que autoriza o Fisco a considerar como omissão de rendimentos os valores de movimentação bancária cuja origem não foi identificada.

Esse dispositivo produz uma inversão do ônus da prova, pela qual cabe ao fiscalizado demonstrar a origem dos recursos e afastar seus efeitos.

A referida matéria já foi, inclusive, sumulada por este CARF, razão pela qual é dever invocar a Súmula nº 26 transcrita a seguir:

“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.”

Portanto, ao contrário do que defende o RECORRENTE, é legal a presunção de omissão de rendimentos por depósitos bancários de origem não comprovada, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

A única forma de elidir a tributação é a comprovação, pelo contribuinte, da origem dos recursos depositados nas contas correntes mediante documentação hábil e idônea.

Para afastar a autuação, o RECORRENTE deveria apresentar comprovação documental referente a cada um dos depósitos de forma individualizada, nos termos do §3º do art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

O art. 15 do Decreto nº 70.235/72 determina que a defesa do contribuinte deve estar acompanhada de toda a documentação em que se fundamentar:

"Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e **instruída com os documentos em que se fundamentar**, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência."

Deveria, então, o RECORRENTE comprovar a origem dos recursos depositados na sua conta bancária durante a ação fiscal, ou quando da apresentação de sua impugnação/recurso, pois o crédito em seu favor é incontestável.

Sobre o mesmo tema, importante transcrever acórdão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Ano-calendário: 1998

(...)

IMPOSTO DE RENDA - TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVAMENTE COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - REGIME DA LEI Nº 9.430/96 - POSSIBILIDADE - A partir da vigência do art. 42 da Lei nº 9.430/96, o fisco não mais ficou obrigado a comprovar o consumo da renda representado pelos depósitos bancários de origem não comprovada, a transparecer sinais exteriores de riqueza (acréscimo patrimonial ou dispêndio), incompatíveis com os rendimentos declarados, como ocorria sob égide do revogado parágrafo 5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90. Agora, o contribuinte tem que comprovar a origem dos depósitos bancários, sob pena de se presumir que estes são rendimentos omitidos, sujeitos à aplicação da tabela progressiva.

(...)

Recurso voluntário provido em parte. (1ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais; julgamento em 04/02/2009)”

Esclareça-se, também, que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, devendo a autoridade fiscal agir conforme estabelece a lei, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Acontece que, apesar da obrigatoriedade legal de comprovar todos os depósitos bancários recebidos, o RECORRENTE apenas se limita a alegar a ausência de comprovação da ocorrência do fato gerador, linha de argumentação já superada neste CARF, conforme exposto.

A presunção de rendimentos é decorrência direta da identificação de depósitos bancários sem origem comprovada, o que dispensa a fiscalização de produzir o que o RECORRENTE chama de prova cabal da ocorrência do fato gerador, ou mesmo do consumo da renda, o que envolve também o acréscimo patrimonial. Também não é necessário que o contribuinte mantenha os valores em sua conta, como afirma, pois o que está em jogo são os depósitos bancários e não o saldo da conta.

Portanto, não merece reparo o lançamento, na medida que caberia ao RECORRENTE ter comprovado a origem dos depósitos recebidos em sua conta bancária mediante apresentação de documentação hábil e idônea.

Ademais, infundada a afirmação do RECORRENTE de que caberia à fiscalização identificar as pessoas que depositaram valores na sua conta. Ora, essa obrigação de identificar a origem é do contribuinte, conforme expressa previsão do art. 42 da Lei nº 9.430/96; o titular da conta é quem deve comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Até porque a consequência lógica da presunção legal é justamente essa a inversão do ônus da prova.

Alerta-se que, o contribuinte questiona também a constitucionalidade do art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Ocorre que essa matéria é estranha à esfera de competência desse colegiado, conforme determina a já citada Súmula nº 02 do CARF:

Por fim, quando alega que sua variação patrimonial está respaldada pelos seus ganhos nas declarações de ajuste, tal argumento não possui pertinência com o tema deste caso, pois o fato de a declaração de ajuste não espelhar evolução patrimonial não significa que não há omissão de renda. Ora, se a riqueza obtida com a omissão dos depósitos fosse retratada pela evolução patrimonial, certamente esta não estaria respaldada pelos rendimentos declarados.

Portanto, não merece prosperar o inconformismo do contribuinte.

3. Multa de ofício - efeito confiscatório

O RECORRENTE afirma que deve ser reduzida a multa de ofício, já que teria efeito confiscatório. Com essa linha de argumentação, procura atribuir a pecha de inconstitucionalidade à legislação tributária.

Como mencionado anteriormente, o CARF não é competente para reconhecer a inconstitucionalidade de qualquer lei tributária, nos termos da súmula nº 2 deste Tribunal. Assim, não há que se falar em efeito confiscatório da multa de ofício, devendo a mesma ser mantida.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, nos termos das razões acima expostas.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim