



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

Processo nº 10325.000191/2007-85
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-002.685 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de maio de 2014
Matéria IRPF
Recorrente PAULO GEAN DE ABREU
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2005, 2006

NULIDADE - CARÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL - INEXISTÊNCIA

As hipóteses de nulidade do procedimento são as elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235, de 1972, não havendo que se falar em nulidade por outras razões, ainda mais quando o fundamento argüido pelo contribuinte a título de preliminar se confundir com o próprio mérito da questão.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTAR N°105/2001.

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

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO FISCAL

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

ILEGITIMIDADE PASSIVA

A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros (Súmula CARF no.32).

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - ARTIGO 42, DA LEI Nº. 9.430, de 1996

Caracteriza omissão de rendimentos a existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS - DO ÔNUS DA PROVA

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. Recurso provido em parte (Súmula CARF nº.26).

MULTA AGRAVADA

O agravamento da multa de ofício em razão do não atendimento à intimação para prestar esclarecimentos não se aplica nos casos em que a omissão do contribuinte já tenha consequências específicas previstas na legislação.

MULTA CONFISCATÓRIA - INCONSTITUCIONALIDADE

O CARF não é competente para se pronunciar sobre constitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

Recurso provido em parte

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, Fábio Brun Goldschmidt e Jimir Doniak Junior que acolhiam a preliminar. QUANTO A PRELIMINAR DE NULIDADE: Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar. QUANTO AO MÉRITO: Por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para desgravar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Presidente em Exercício e Relator

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Dayse Fernandes Leite (Suplente Convocada), Rafael Pandolfo, Marcio de Lacerda Martins (Suplente Convocado), Fabio Brun Goldschmidt, Jimir Doniak Junior (Suplente Convocado). Ausente justificadamente o Conselheiro Pedro Anan Junior.

Relatório

Contra o contribuinte, PAULO GEAN DE ABREU, foi lavrado Auto de Infração, fls. 341/347, para formalização e cobrança do crédito tributário, referente aos anos-calendário 2004 e 2005, no valor de R\$ 1.402.310,22, incluídos multa de ofício agravada e juros de mora.

A infração apurada pela Fiscalização e relatada na Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is), fls. 342/344, foi a omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimento, mantidas em instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Os dispositivos legais infringidos e a penalidade aplicável encontram-se discriminados às fls. 344 e 347.

Inconformado com a exigência, da qual tomou ciência em 30/03/2007, fls. 351, o contribuinte apresentou impugnação, em 25/04/2007, fls. 357/363, mediante instrumento procuratório, fls. 364 e 365, a seguir parcialmente transcrita:

*DA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO ACERCA DA INSTAURAÇÃO
DE PROCESSO/MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL*

Preliminarmente, há que se observar que o Mandado de Procedimento Fiscal — MPF — jamais foi remetido ao Autuado, conforme estabelece o Decreto 70.235/72 (que regulamenta o processo administrativo fiscal), bem como a Lei 9.784/99 (que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), cujos textos legais estão a seguir transcritos.

O endereço do Autuado é na Avenida Industrial, s/n, Itinga do Maranhão/MA, conforme consta na própria DIRPF do Autuado. No entanto as notificações encaminhadas para o Recorrente foi para endereço diverso do seu domicílio fiscal.

A Receita Federal em nenhum momento se preocupou em encaminhar correspondência para o endereço correto do Autuado, posto que, todas as intimações para o mesmo foram enviadas para endereço diverso do seu verdadeiro domicílio.

Desse modo, ante a ausência de regular intimação, o princípio da ampla defesa insculpido no texto constitucional, bem como na legislação que regulamenta o processo administrativo fiscal, foi ferido de morte o que invalida o procedimento fiscal realizado contra o Autuado, devendo o mesmo ser anulado por ser medida de inteira justiça.

Desta forma, deve o procedimento ser considerado nulo por padecer de vício formal, pois, a regularidade do mandado é condição sine qua non para configurar a legitimidade do auto-de-infração, conforme o estabelecidas no ,§ 5º do art. 26 da Lei 9.784/99.

*DA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA INSTAURAÇÃO DO
PROCEDIMENTO FISCAL*

O procedimento fiscal é um ato administrativo e como tal, está sujeito a vários princípios conforme estabelecido na Lei 9.784/99 que regula o procedimento administrativo no âmbito de toda a Administração Pública Federal, é o que está estabelecido em seu art. 2º, cujo texto legal está abaixo colacionado, vejamos

Ainda que o Procedimento Fiscal tenha um rito próprio estabelecido pelo Decreto 70.235/72, a autoridade fiscal não pode agir sem observar os preceitos legais para a prática dos seus atos.

No caso em exame, o Autuado teve cerceado o seu direito de defesa, posto que não foi devidamente notificado, o que representa uma nulidade no procedimento fiscal realizado, conforme o estabelecido no art. 59 do Decreto 70.235/72, cujo texto legal está a seguir transscrito:

Para corroborar nosso entendimento juntamos decisão da DRF de Julgamento de Santarém/PA, vejamos:

DA NÃO CARACTERIZAÇÃO DE EMBARAÇO PARA APLICAÇÃO DO REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO

O Autuado também foi enquadrado na sanção prevista no art. 33 da Lei 9.430/1996, a qual estabelece regime especial para os contribuintes fiscalizados que dificultem a realização do procedimento fiscal. Em decorrência desta situação o Recorrente teve as multas arbitradas em percentuais acima de 100% (cem por cento), conforme o estabelecido no art. 44 da Lei 9.430/1996.

Ocorre entremos que, o Autuado não dificultou a ação fiscal, até porque sequer tinha conhecimento da mesma, haja vista que, reitere-se, não foi devidamente notificado acerca do procedimento fiscal, o que vicia o mesmo.

O suposto embaraço ao procedimento fiscal não restou devidamente comprovado pela autoridade tributária, vez que, não houve a notificação acerca do início da fiscalização.

Este também é o entendimento das várias Delegacias de Julgamentos da SRF, senão vejamos:

Desta forma, deve todas as multas arbitradas em decorrências da aplicação do art. 44 da Lei 9.430/1996 ser desconsideradas.

DA INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS

A autuação é decorrente de suposta movimentação financeira na conta corrente do Autuado, aqui cumpre-nos esclarecer o seguinte:

1. Dinheiro em conta corrente não significa renda que possa ser alcançada pelo IRPF;

2. O autuado nos anos de 2004/2005 e até apresente data é gerente da pessoa jurídica J.F. Q. Madeiras Ltda (CNPJ/MF 03.408.640/0001-23) e utilizava sua c/c pessoal para fazer toda a movimentação financeira da empresa. Os recursos depositados na c/c do Autuado foram utilizados para saldar débitos com folha de pagamento, fornecedores, contas de água e luz, bem como para o pagamento de impostos. Estes valores não podem jamais serem considerados em sua integralidade como renda, até porque, ninguém consegue ter uma atividade comercial sem que tenha custos operacionais.

3. O Autuado usou sua c/c posto que a empresa J. F. Q. Madeiras Ltda., sequer possui conta-corrente.

DA NÃO CARACTERIZAÇÃO DO FATO GERADOR PARA INCIDÊNCIA DE IRPF

Conforme já sustentado nesta peça, os valores movimentados na c/c do Autuado não significam renda na acepção mais simples da expressão, ou seja, eram recursos provenientes da movimentação da empresa J. F. Q. Madeiras Ltda. Desse modo, não há que prosperar a autuação em todos os valores nela apontados, quer seja de tributo a recolher quer seja multa e juros.

Dessarte, improcede a autuação do contribuinte posto que não ocorreu o fator gerador que significasse recolhimento de tributo nos valores apontados pelo auditor fiscal.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS MULTAS APLICADAS DADA A SUA NATUREZA (CONFISCO)

As penalidades impostas ao Recorrente, in casu, as multas, foram aplicadas de ofício, e devido aos seus altos valores, feriram o princípio da capacidade contributiva conjugado com outros ditames legais, os quais não foram observados pela Receita Federal.

Ademais, dada a natureza de confisco da multa fiscal, em que pese ao subjetivismo do tema, o STF já declarou a constitucionalidade dessas multas.

DO PEDIDO

Ante o exposto, e pelo que com certeza será suprido pelo conhecimento de Vossa Senhoria, é a presente para requerer o recebimento e processamento da presente DEFESA ADMINISTRATIVA, tendo como corolário a procedência da total mesma, declarando a nulidade do auto de infração por todos os fatos e argumentos aqui expendidos por ser medida de inteira justiça.

Requer ainda, conforme o disposto no art. 16 do Decreto 70.235/72, que seja determinada a realização de diligências no sentido: a) oficiar ao Banco Central do Brasil no sentido daquela instituição informar se há alguma c/c em nome da empresa J. F. Q. Madeiras Ltda., b) que seja dado prazo para o autuado apresentar documentos comprovando pagamentos efetuados em nome da pessoa jurídica J. F. Q. Madeiras Ltda. no período de 2004/2005; c) que seja concedido prazo para o autuado juntar novos documentos, vez que, não houve regularidade na notificação do início do procedimento.

Requer finalmente que qualquer intimação para o Autuado seja encaminhada para o endereço a seguir: AVENIDA INDUSTRIAL, S/IV, SETOR INDUSTRIAL, CEP 65939-000, ITINGA DO MARANHÃO/MA.

A DRJ julga a impugnação improcedente, nos termos da ementa a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2004, 2005

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ÔNUS DA PROVA.

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários.

III ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2004, 2005

NULIDADE.

Estando os atos administrativos, consubstanciadores do lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.

APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE PROVAS. CONDIÇÕES.

PEDIDO DE PRAZO.

Inexiste previsão legal para concessão de prazo para juntada de novas provas documentais após a impugnação, quando não restar demonstrada a ocorrência de qualquer uma das condições elencadas no § 40 do art. 16 do Decreto nº 70.235/72.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA.

Presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de realização de diligência.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2004, 2005

MULTA DE OFÍCIO. VEDAÇÃO AO CONFISCO.

Incabível a discussão do princípio constitucional que trata da vedação ao confisco, por força de exigência tributária, o qual deverá ser observado pelo legislador no momento da criação da lei.

MULTA AGRAVADA. NÃO ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO.

Existindo provas nos autos de que o contribuinte, objetivamente, deixou de atender intimação da autoridade fiscalizadora, é de se manter a multa agravada por falta de Atendimento à intimação.

Lançamento Procedente

Intimado do acórdão proferido pela DRJ, o contribuinte interpôs recurso voluntário, onde reitera as razões da impugnação.

- Da ausência de intimação acerca da instauração do processo administrativo fiscal;

Documento assinado digitalmente - Da ausência de motivação para instauração do procedimento;

Autenticado digitalmente em 30/05/2014 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 30/05/2014

4 por ANTONIO LOPO MARTINEZ

Impresso em 04/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- Da não caracterização de embargo para aplicação do regime especial de fiscalização;

- Da inexistência de omissão de rendimentos;

- Da constitucionalidade das multas aplicadas.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

Os recursos estão dotados dos pressupostos legais de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Da Preliminar de Nulidade

Nos presentes autos, não ocorreu nenhum vício para que o procedimento seja anulado, como bem discorreu a autoridade recorrida, os vícios capazes de anular o processo são os descritos no artigo 59 do Decreto 70.235/1972 e só serão declarados se importarem em prejuízo para o sujeito passivo, de acordo com o artigo 60 do mesmo diploma legal. A autoridade fiscal ao constatar infração tributária tem o dever de ofício de constituir o lançamento.

Constatado que as infrações apuradas foram adequadamente descritas nas peças acusatórias e no correspondente Relatório de Procedimento Fiscal, e que o contribuinte, demonstrando ter perfeita compreensão delas, exerceu o seu direito de defesa, não há que se falar em nulidade do lançamento. As razões para não se aceitar os argumentos do recorrente estão claramente demonstrados tanto no Termo de Verificação do Auto de Infração como na Decisão recorrida.

Entendo que não procede a alegação de que a defesa teria sido prejudicada. Uma vez que isso não impediu que o contribuinte apresenta-se ampla defesa suscitando vários pontos. Acrescente-se, por pertinente, que os extratos bancários a partir do qual foram identificados os depósitos bancários, encontram-se nos autos.

Na realidade no caso concreto não se percebe qualquer nulidade que comprometa a validade do procedimento adotado. Diante disso, é evidente que tal preliminar carece de sustentação fática, merecendo, portanto, a rejeição por parte deste Egrégio Colegiado.

Da Preliminar de Prova Ilícita por Quebra do Sigilo Bancário

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

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

Desta forma, é indiscutível que o sigilo bancário, no Brasil, para fins tributários, é relativo e não absoluto, já que a quebra de informações pode ocorrer nas hipóteses

previstas em lei. No comando da Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, nota-se o seguinte:

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

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)

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

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

agentes fiscais tributários a obter informações de contas de depósitos e aplicações financeiras, desde que haja processo administrativo instaurado.

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

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

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

As 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 a recorrente 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. Ademais, a tese de ilicitude da prova obtida não foi acolhida pela Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Rejeito, portanto, o questionamento preliminar argüido quanto ilicitude da prova.

Da presunção de omissão baseada em depósitos bancários

O lançamento fundamenta-se em depósitos bancários. A presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do sujeito passivo, em instituições financeiras, ou seja, pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, tem-se a autorização para considerar ocorrido o “fato gerador” quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não havendo a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova.

Via de regra, para alegar a ocorrência de “fato gerador”, a autoridade deve estar munida de provas. Mas, nas situações em que a lei presume a ocorrência do “fato gerador” (as chamadas presunções legais), a produção de tais provas é dispensada. Neste caso, ao Fisco cabe provar tão-somente o fato indiciário (depósitos bancários) e não o fato jurídico tributário (obtenção de rendimentos).

No texto abaixo reproduzido, extraído de “Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas” (Justec-RJ; 1979:806), José Luiz Bulhões Pedreira sintetiza com muita clareza essa questão:

O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que ao negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume - cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativa) provar que o fato presumido não existe no caso.

Assim, o comando estabelecido pelo art. 42 da Lei nº 9430/1996 cuida de presunção relativa (juris tantum) que admite a prova em contrário, cabendo, pois, ao sujeito passivo a sua produção. Nesse passo, como a natureza não-tributável dos depósitos não foi comprovada pelo contribuinte, estes foram presumidos como rendimentos. Assim, deve ser mantido o lançamento.

Antes de tudo cumpre salientar que a presunção não foi estabelecida pelo Fisco e sim pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Tal dispositivo outorgou ao Fisco o seguinte poder: se provar o fato indiciário (depósitos bancários não comprovados), restará demonstrado o fato jurídico tributário do imposto de renda (obtenção de rendimentos).

Assim, não cabe ao julgador discutir se tal presunção é equivocada ou não, pois se encontra totalmente vinculado aos ditames legais (art. 116, inc. III, da Lei nº 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN). Nesse passo, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal que, de modo inequívoco, estabelece a presunção legal de omissão de receita ou de rendimento sobre os valores creditados em conta de depósito 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 (art. 42, caput, da Lei nº 9.430/1996).

É inadmissível aceitar alegações quando desacompanhadas de provas. Assim, a ocorrência do fato gerador decorre, no presente caso, da presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Verificada a ocorrência de depósitos bancários cuja origem não foi devidamente comprovada pelo contribuinte, é certa também a ocorrência de omissão de rendimentos à tributação, cabendo ao contribuinte o ônus de provar a irrealidade das imputações feitas. Ausentes esses elementos de prova, resulta procedente o feito fiscal em nome do contribuinte.

Nota-se portanto a coerência do arrazoado da autoridade recorrida, afastando os argumentos que o recorrente suscitou na impugnação. Assim se pronuncia a autoridade recorrida:

Observe-se que a existência de depósitos bancários em nome do contribuinte representa, inicialmente, um indício de que tais depósitos se realizaram a partir de rendimentos deste mesmo contribuinte, merecendo investigação mais apurada. E nesse ponto, o contribuinte deve ser ouvido, para indicar a origem desses depósitos. Mas não se trata de simplesmente prestar a informação, pois a lei é bastante clara ao exigir que o contribuinte comprove a origem dos recursos. E esta não-comprovação, tem o poder de transformar os depósitos, que

eram meros indícios, em meios de prova em favor do Fisco. Portanto, cabe ao contribuinte apresentar juntamente com sua impugnação documentos que comprovem a origem dos recursos e que corroborem suas alegações.

No caso em tela, a autoridade fiscal intimou o contribuinte a apresentar os extratos relativos às contas-correntes, de poupança, e de aplicações financeiras mantidas pelo mesmo e seus dependentes em instituições financeiras no Brasil e no exterior, nas quais movimentara recursos no período de 2004 e 2005 (fls. 05) e, posteriormente, após levantar todos os depósitos efetuados nas contas-correntes, a comprovar e justificar documentalmente a origem dos depósitos nelas efetuados (fls. 318/328).

Destarte, e não tendo o irnpugnante apresentado os documentos que comprovem que o crédito em questão teve origem em operações já submetidas à tributação ou isentas, materializa-se a presunção legal formulada ...,,arinnissão :cre rendimentos, por não ter sido elidida.

O argumento aduzido pelo interessado, q Irela, que utilizava suas contas-correntes pessoais para fazer a movimentação financeira da pessoa jurídica J. F. Q Madeiras Ltda, não tem o condão de alterar os fatos imputados como omissão de rendimentos, mormente porque, conforme anteriormente explanado, o ônus da comprovação da origem dos recursos depositados em conta-corrente é de sua competência e não foram trazidos aos autos elementos probantes que corroborem sua alegação.

Por fim, vale salientar, ainda, que consta nos sistemas informatizados da RFB que, no ano-calendário 2004, a pessoa jurídica J. F. G Madeiras Ltda sequer apresentou declaração de rendimentos e, no ano-calendário de 2005, apresentou declaração de inatividade.

Ainda que o recorrente tenha argumentado que a origem dos recursos seriam de atividades de uma empresa, cabe ao recorrente demonstrar o que alega, comprovando cada depósito individualizadamente.

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus acréscimos patrimoniais.

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.

Com o recurso o recorrente traz novos argumento, principalmente de que parte dos depósitos seriam da venda de fazendas. Entendo que inobstante os argumentos não há ainda elemento probante consistente, persiste a dúvida sobre a efetiva origem dos depósitos.

Incabível a alegação de ilegitimidade passiva, uma vez que está comprovado nos autos o uso de conta bancária em nome próprio, para efetuar a movimentação de valores tributáveis, situação que torna lícito o lançamento sobre o próprio titular da conta.

Sobre esse ponto o CARF já consolidou entendimento:

A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com

*documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros
(Súmula CARF No.32)*

É inadmissível aceitar alegações quando desacompanhadas de provas. Assim, a ocorrência do fato gerador decorre, no presente caso, da presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Verificada a ocorrência de depósitos bancários cuja origem não foi devidamente comprovada pelo contribuinte, é certa também a ocorrência de omissão de rendimentos à tributação, cabendo ao contribuinte o ônus de provar a irrealidade das imputações feitas. Ausentes esses elementos de prova, resulta procedente o feito fiscal em nome do contribuinte.

É oportuno para o caso concreto, recordar a lição de MOACYR AMARAL DOS SANTOS:

"Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa." Ainda, entende aquele mestre que, subjetivamente, prova é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade deste fato". Já no campo objetivo, as provas "são meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo."

Assim, consoante MOACYR AMARAL DOS SANTOS, a prova teria:

- a) um objeto - são os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação;
- b) uma finalidade - a formação da convicção de alguém quanto à existência dos fatos da causa;
- c) um destinatário - o juiz. As afirmações de fatos, feitas pelos litigantes, dirigem-se ao juiz, que precisa e quer saber a verdade quanto aos mesmos. Para esse fim é que se produz a prova, na qual o juiz irá formar a sua convicção.

Pode-se então dizer que a prova jurídica é aquela produzida para fins de apresentar subsídios para uma tomada de decisão por quem de direito. Não basta, pois, apenas demonstrar os elementos que indicam a ocorrência de um fato nos moldes descritos pelo emissor da prova, é necessário que a pessoa que demonstre a prova apresente algo mais, que transmita sentimentos positivos a quem tem o poder de decidir, no sentido de enfatizar que a sua linguagem é a que mais aproxima do que efetivamente ocorreu.

O recorrente apresenta argumentos verossímeis, entretanto não logrou comprovar individualadamente os depósitos realizados, caberia a mesma apresentar provas conclusiva que firmassem a convicção no julgador. As provas tem que ser concentradas na explicação de cada depósito considerado como de origem não comprovada.

Ademais, cabe a recorrente por força da presunção legal, compete a ela provar a natureza específica de cada depósito, na medida em que, ninguém melhor do que ela própria trazer o comprovante de cada depósito. Dessa forma, cabe a máxima de que “allegatio et non probatio, quase non allegatio” (alegar e não provar é quase não alegar).

Da Multa Agravada

Constata-se que o não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos é uma das hipóteses previstas para a incidência da multa de ofício na sua forma agravada.

Segundo o Termo de verificação fiscal o recorrente não atendeu alguns Termos. Entretanto, ao assim proceder atuou contra si próprio.

Ressalte-se que a não apresentação de documentos que respaldassem suas justificativas para a origem dos recursos depositados em suas contas bancárias não obsta a atividade fiscal, pelo contrário, a facilita, pois tal conduta tem como consequência direta a caracterização da infração de omissão de rendimentos por presunção legal.

Nessa conformidade, deve o percentual da multa de ofício ser reduzido de 112,5% para 75%.

Da Multa Confiscatória

Cite-se, ainda, a súmula nº 2, do CARF, a saber:

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

Ante ao exposto, voto por rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para desagravar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez