



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

Processo n° 10660.000248/2010-31
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.734 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de agosto de 2014
Matéria IRPF
Recorrente DULCE VIEIRA DIAS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2005

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

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

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.

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.

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.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA. CONTA-CONJUNTA. Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.

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 (Súmula CARF nº.26).

MULTA QUALIFICADA

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo. (Súmula CARF nº 14).

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INEXISTÊNCIA.VIOLAÇÃO DO ART. 124 , I , DO CTN . NÃO-OCORRÊNCIA.

Na responsabilidade solidária de que cuida o art. 124 , I , do CTN , não basta o fato de filhos e neto figurarem em procuração com poderes para movimentar conta bancária da recorrente, o que por si só, não tem o condão de caracterizar a sujeição passiva solidária por interesse comum.

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, PEDRO ANAN JUNIOR e FABIO BRUN GOLDSCHMIDT, que acolhem a preliminar. QUANTO AS DEMAIS PRELIMINARES: Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares. QUANTO AO IMPOSTO E JUROS: Por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo da infração os valores de R\$ 1.245.394,31 e R\$ 1.387.558,01, nos anos calendários de 2005 e 2006, respectivamente. Vencidos os Conselheiros DAYSE FERNANDES LEITE (Suplente convocada) e MARCIO DE LACERDA MARTINS (Suplente convocado), que negavam provimento nesta parte. QUANTO A MULTA DE OFÍCIO. Por unanimidade de votos, dar provimento parcial desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%. QUANTO AO TERMO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIO: Por maioria de votos, dar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros ANTONIO LOPO MARTINEZ (Relator) e MÁRCIO DE LACERDA MARTINS (Suplente convocado). Designado para redigir o voto vencedor nessa parte a Conselheira DAYSE FERNANDES LEITE (Suplente convocada).

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Presidente e Relator

Processo nº 10660.000248/2010-31
Acórdão n.º **2202-002.734**

S2-C2T2
Fl. 3

(Assinado digitalmente)

Dayse Fernandes Leite – Redatora designada

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Dayse Fernandes Leite (Suplente Convocada), Marcio de Lacerda Martins (Suplente Convocado), Antonio Lopo Martinez, Rafael Pandolfo, Pedro Anan Junior e Fabio Brun Goldschmidt.

Relatório

Em desfavor do contribuinte, DULCE VIEIRA DIAS, foi lavrado em 18/2/2010 o Auto de Infração de fls. 1/9, que lhe exige o recolhimento de um crédito tributário no valor de R\$ 2.550.339,93, sendo R\$ 893.499,44 de imposto de renda pessoa física (código 2904), R\$ 316.591,34 de juros de mora calculados até janeiro/2010 e R\$ 1.340.249,15 de multa proporcional qualificada de 150% (passível de redução).

Decorreu o citado lançamento da ação fiscal levada a efeito junto à contribuinte, relativamente aos anos calendário de 2005 e 2006, exercícios financeiros de 2006 e 2007, quando foi detectada infração representada por **omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em conta(s) de depósito ou de investimento, mantida(s) em instituição(ões) financeira(s), em relação aos quais o sujeito passivo, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem do recurso utilizados nessas operações.** Demonstrativos/Planilhas de fls. 10/53 e no Termo de Verificação Fiscal de fls. 62/78.

O lançamento em foco é extensível a José Francisco Vieira Dias, CPF 165.930.22691, José Lindolfo Vieira Dias, CPF 196.090.07672, José Lúcio Vieira Dias, CPF 286.614.27649, e Mateus Magalhães Dias, CPF 034.002.64644, responsabilizados solidária e pessoalmente, quando se fez menção aos artigos 124, I, parágrafo único, 134, III, e 135, I, do Código Tributário Nacional – CTN. Os “Termos de Sujeição Passiva Solidária e Pessoal”

Encontram se às fls. 54/61, sendo enviadas aos citados responsáveis cópias da documentação referente à exação ora relatada. Pela não apresentação das Declarações de Ajuste Anual, referentes aos exercícios 2006 e 2007, foram lançadas as multas correspondentes, por meio do Auto de Infração constante do processo nº 10660.000250/2010-18.

Além disso, em face dos ilícitos apontados pela autoridade lançadora, houve a representação fiscal para fins penais e o arrolamento de bens, conforme processos nº 10660.000249/201085 e nº 10660.000251/201054, respectivamente.

Cientificados da autuação, Dulce Vieira Dias e os responsáveis solidários, por meio do mesmo procurador, apresentaram impugnações, às fls. 1687/1707, 1764/1784, 1843/1859, 1916/1936, e 1993/2013, contestando o lançamento efetuado, cujos termos, em conjunto e em síntese, são os que seguem:

Em preliminar:

1 – Do cerceamento do direito de defesa

• *O cerceamento de defesa se configura plenamente, posto que o douto auditor fiscal cita que efetuou diligências em várias pessoas físicas e jurídicas, inclusive instituições financeiras, onde obteve diversos documentos tais como: cópia de documentos de crédito, cheques, etc..., embasando assim o auto de infração.*

• *Até a data da entrega da impugnação a autuada e os envolvidos não tiveram vista dos autos (documentos utilizados pela fiscalização), ficando prejudicado, assim, o princípio constitucional do devido processo legal.*

2 – Do termo de sujeição passiva solidária e pessoal

• *Não há como provar a ocorrência e a materialidade do fato gerador, bem como qualquer interesse por parte dos filhos e neto*

da auvuada, ou mesmo acréscimo patrimonial, em atitudes que tiveram o intuito de fraudar os cofres públicos.

- *Logo, não há que se falar em proveito econômico, pois foi amplamente demonstrada a origem dos recursos nos 07 volumes do processo administrativo.*

- *O agente fiscal alega a responsabilidade solidária mediante a entrada de recursos na conta corrente da auvuada, mas se esquece que a origem desses foi amplamente demonstrada, e comprovada pelas cópias das notas fiscais de produtor rural, recursos esses que foram devidamente tributados no momento oportuno, assim como os lucros recebidos em decorrência das participações societárias dos seus filhos e neto.*

Dos fatos:

Neste tópico, os impugnantes fazem um breve relato da ação fiscal.

Das razões da impugnação:

1 – Pequenos valores

- *Não há como justificar que um determinado valor, por exemplo R\$ 244,02, possa ter correspondência direta com outro elemento como: um lançamento contábil, com o livro Caixa de forma individualizada, e menos ainda com o registro de lucros recebidos pelos filhos, aqui tratados como responsáveis solidários.*

- *O valor citado como exemplo se encontra reconhecido no dia 19 de janeiro de 2005 no extrato bancário da conta em tela.*

- *Tratam se, os pequenos valores, de depósitos feitos pelos filhos, e pela própria auvuada, para suprir as necessidades de suas despesas, pagas através da citada conta bancária, que depois de revisada, produziu o auto de infração, ora impugnado.*

- *Estão apresentando, na forma de um quadro sinótico, os depósitos em espécie feitos pelos filhos em favor de Dulce Vieira Dias, nos anos de 2005 e 2006. Recursos esses disponíveis e tributados anteriormente nas respectivas declarações de ajuste anual como já foi comprovado no curso da fiscalização, sem, contudo, haver aceitação por parte do agente fiscal.*

2 – Outros depósitos bancários feitos pelos filhos

- *Como demonstrado nos quadros sinóticos, as parcelas de R\$ 71.844,19 e R\$ 73.470,14 se referem a pequenos depósitos em espécie feitos, durante os anos calendário de 2005 e 2006, respectivamente, em favor da Sra. Dulce pelos seus filhos, para suprir suas despesas.*

- *São recursos regular e legalmente tributados nas declarações de rendas dos filhos, como já restou comprovado.*

- *Os demais valores transitados por aquela conta bancária se referem aos depósitos feitos pelos partilhados tendo como origem suas receitas rurais e lucros recebidos das empresas das quais têm participação, conforme já comprovado durante a ação fiscal.*

- *Está demonstrado, nos quadros elaborados pelos impugnantes, que os filhos tinham capacidade financeira para efetivarem depósitos na conta bancária em discussão, de forma compartilhada entre eles, já que se trata de uma sociedade familiar e extremamente unida nos negócios. Os recursos são oriundos dos lucros distribuídos pela empresa J J Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios e Agrícola Ltda e das receitas da atividade rural, tudo devidamente declarado e tributado.*
- *Pode ser observado nesses demonstrativos que os filhos, após terem feito depósitos na citada conta, ainda apresentaram sobras de recursos, nos anos d 2005 e 2006.*
- *Em meio a dois mil documentos, sete volumes de processo administrativo, é, no mínimo estranho, a alegação do agente fiscal de que os impugnantes não conseguiram provar nada e dá como imprestáveis todos esses documentos. Além disso, o auditor acusa a autuada, infundadamente, de montar uma tese para justificar os depósitos bancários na sua conta corrente.*
- *Ora, se recibos de saques por conta de lucros, razão contábil e livros diários, todos legalmente registrados na Junta Comercial de Mato Grosso, bem como cópia da DIPJ da empresa comprovando os pagamentos das retiradas por conta de lucros, sendo parte substancial em espécie, conforme apontam aqueles registros, são documentos inidôneos e inábeis, o que serão documentos hábeis e idôneos?*

3 – Do pedido

Diante de tudo o que foi exposto, requerem:

A) Receber, encaminhar e processar a presente impugnação.

B) O acolhimento da primeira preliminar suscitada, haja vista que, conforme documentos em anexo, os impugnantes não tiveram vista do processo administrativo, ficando assim prejudicado e cerceado o se direito de defesa e, caso, assim não seja entendido, o que se diz só para argumentar, requer a improcedência do auto de infração com fulcro no aqui exposto.

C) O acolhimento da segunda preliminar, haja vista que, conforme documentos em anexo, os filhos e neto não tiveram interesse comum na relação jurídico tributária que constituiu o fato gerador, posto que todos os recursos tiveram a sua legal origem comprovada e, caso, assim não seja entendido, o que se diz só para argumentar, requer a improcedência do auto de infração com fulcro no aqui exposto.

Na peça impugnatória, alegaram os requerentes, em preliminar, que houve cerceamento do direito de defesa, bem como ofensa ao princípio do devido processo legal, uma vez que a eles não foram disponibilizados os documentos que embasaram o auto de infração, nem vistas ao processo administrativo. Pela análise dos presentes autos, percebeu se que, de fato, o processo não ficou disponível para vistas durante todo o prazo legal de 30 (trinta) dias para impugnação. Assim, este processo foi encaminhado à DERAT/SP/DICAT para que a autuada e os responsáveis solidários dele tivessem vistas, por intermédio de seu bastante procurador, Sr. Leandro Fabiano Moreira (para se evitar tramitação processual desnecessária), com reabertura do prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de razões adicionais de defesa, caso o procurador julgasse conveniente. Tudo conforme Despacho nº 3, de 2011, às fls. 2086/2087, desta 4ª Turma de Julgamento.

O procedimento solicitado foi adotado pela DERAT/SP/DICAT, tendo a impugnante e os responsáveis solidários apresentado, por meio do mesmo procurador, razões adicionais de defesa, fls. 2092/2097, 2098/2103, 2104/2109, 2110/2115, e 2116/2121, argumentando, em conjunto e em resumo, o que segue:

Dos documentos do processo

- *Enfim, puderam ter vista dos autos desse processo administrativo.*
- *Argumentou o agente fiscal que alegar e não provar é o mesmo que nada dizer, e tal princípio se enquadra perfeitamente aos autos, vez que o representante da Fazenda Nacional não conseguiu provar as suas alegações.*
- *O agente fiscalizador agiu motivado por fúria, cometendo excesso de poder e, desde já, fica aqui pleiteado o pedido de investigação de suas atitudes no exercício de sua função, vez que abriu dados sigilosos da contribuinte para terceiros, quebrando por completo o seu direito de sigilo bancário, posto que entregou cópia de seu extrato bancário, contendo informações de sua movimentação financeira a terceiros tais como o Pastifício Santa Amália (fls. 1585, 1587 e 1603).*
- *Os documentos da atividade rural e a documentação contábil (inclusive do Pastifício Santa Amália) foram considerados imprestáveis pelo auditor fiscal, que não justificou suas faltas e irregularidades, porque, obviamente, não existem.*

Das provas

- *Todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova são indispensáveis à comprovação do ilícito, o que não acontece no presente caso. O fiscal transfere para os impugnantes o ônus que cabe ao Fisco, fazendo presunções e suposições de ilícitos, o que é vedado por Lei.*
- *Em recente julgado, a própria Receita Federal admitiu que para a exigência do crédito tributário não deve haver incerteza sobre a existência do ilícito. Em momento algum a Fiscalização analisou os documentos entregues pelos impugnantes. Documentos esses indispensáveis para comprovar o todo alegado, tais como notas fiscais de produtor rural, livros contábeis, dentre outros, todos julgados imprestáveis, sem que o agente fiscalizador dissesse o porquê de tal afirmativa.*
- *Nem ao menos foi comprovada a alegada responsabilidade solidária dos filhos e neto da contribuinte. Sustentou se que os filhos e neto detinham a outorga de procuração para movimentar os recursos da fiscalizada e assim foram envolvidos como responsáveis solidários pelo pagamento do crédito tributário. Seria necessária a comprovação que eles teriam agido com excesso de poderes, o que não restou demonstrado, bem como não ficou comprovado que os procuradores se beneficiaram dos recursos financeiros da contribuinte ou que praticaram ato ilícito (fraude ou simulação) que pudesse trazê-los como coresponsáveis pelo tributo.*

- *Em análise nas DIRPFs dos procuradores não há patrimônio incompatível com os rendimentos oferecidos à tributação do imposto de renda.*
- *A procuração, por si só, não é elemento de prova que possa assegurar que os responsáveis solidários praticaram fraude aos cofres públicos e tiraram proveito econômico de tal situação. O auditor simplesmente lavrou o auto de infração, arrolando os filhos e neto da contribuinte como coresponsáveis, baseando em suas próprias presunções e convicções, o que deve ser tomado com a devida reserva.*
- *A agente fiscal juntou vários depósitos sem ao menos comprovar o autor, vez que não há qualquer identificação do depositante. Ignorou por completo toda a escrita fiscal e contábil, inclusive a de produtor rural, acusando a contribuinte e lhe causando constrangimentos.*

Do pedido

Por todo o exposto, requerem o seguinte:

- 1) Receber, encaminhar e processar as presentes razões adicionais de defesa.*
- 2) A instauração do formal processo administrativo a fim de apurar os excessos cometidos pelo Sr. Agente Fiscal, tal como exemplo, entregar cópia dos extratos bancários da contribuinte a terceiros, causando lhe assim danos à imagem, honra, e ainda podendo lhe trazer riscos à vida e à liberdade, se por acaso essas informações confidenciais chegar nas mãos de malfeitores.*
- 3) Que façam parte dessas razões adicionais de defesa todos os argumentos e pedidos lançados na peça de impugnação, buscando declarar extinto o crédito tributário.*

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento proferiu Acórdão que manteve o lançamento.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2006, 2007

IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. SOLIDARIEDADE.

As informações coletadas no decorrer da ação fiscal indicaram que os filhos e neto, na qualidade de procuradores autorizados pela titular, movimentaram a conta corrente analisada e detinham interesse nos fatos geradores, razão pela qual, à luz da legislação vigente, correta na espécie a lavratura de termos de sujeição passiva solidária em nome daqueles.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Exercício: 2006, 2007

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Com a edição da Lei n.º 9.430/96, a partir de 01/01/1997, passaram a ser caracterizados como omissão de rendimentos, sujeitos a lançamento de ofício, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais a pessoa física ou jurídica

deixe de comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PENALIDADES. MULTA MAJORADA.

A situação narrada pela Fiscalização, mormente o manejo concomitante da conta corrente auditada pelos procuradores da titular, no transcurso dos períodos estudados, indica dose de dolo suficiente para que se aplique a majoração da multa.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Insatisfeitos a recorrente e os responsáveis solidários apresentam seu recurso voluntário onde suscitam as mesmas razões da impugnação. Reforçam que consideram inaceitável que o lucros distribuídos não possam ser aproveitados no lançamento. Questionando o procedimento fiscal no qual foi apresentado cópia dos extratos bancários a terceiros. Acrescente ser absolutamente desarrazoada a multa aplicada.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

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

Da Preliminar de Nulidade 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 n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964.”.

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

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

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

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

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

razão pela qual não restou opção à fiscalização senão a emissão da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF.

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

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

Rejeito, portanto, o questionamento preliminar argüido quanto ilicitude da prova por quebra do sigilo bancário.

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 apresentasse ampla defesa suscitando vários pontos.

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 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 n.º 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 n.º 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.

Da Parte Proporcional dos Depósitos

O processo versa sobre lançamento de depósito bancário, formalizado em nome do titular da conta corrente, nas circunstâncias em que se tem conhecimento que a movimentação da referida conta era realizada por terceiros e pela própria.

Pelo que se vê, a titular da conta, não possuía controle total e irrestrito sobre a movimentação da conta bancária aberta. Conforme demonstrado no autos a movimentação das contas da Sra. Dulce Vieira Dias era realizados pelos filhos de maneira compartilhada mediante procuração.

Nessa senda, deveria ter sido atribuída a responsabilidade pela movimentação financeira, aos titulares de fato, o que toma correta a aplicação do disposto no § 5º da Lei 9.430/96:

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

.....

§ 5o Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

§ 6o Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

Em suma , na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares

Como no caso concreto, a movimentação bancária das contas era feita em conjunto com a família, 1) a recorrente, 2) José Francisco Vieira Dias, 3) José Lindolfo Vieira Dias, 4) José Lúcio Vieira Dias e 5) Matheus Magalhães Vieira Dias, e todos foram intimados a comprovar a origem dos recurso movimentados na conta não apresentando provas convincentes de sua origem.

Entendo que o lançamento contra a recorrente deveria ser de apenas 1/5 dos depósitos vinculados a referida conta.No caso concreto considerando os valores da base cálculo.

Ano	Depósitos não Comprovados	1/5 ou 20%	Valor a ser excluído da Base de Cálculo
2005	R\$ 1.556.742,90	R\$ 311.348,58	R\$ 1.245.394,32
2006	R\$ 1.734.447,51	R\$ 346.889,50	R\$ 1.387.558,01

A luz dos elementos presentes nos autos, o correto seria lançar, de modo compartilhado, contra os filhos e a Sra.Dulce Vieira Dias.

Para a Sra. Dulce se lançaria na base de cálculo, R\$ 311.348,58 e R\$ 346.889,50, nos anos calendários de 2005 e 2006, respectivamente.

Da Multa Qualificada

Segundo a fiscalização a recorrente teria omitido receitas vultuosas, adotando conduta no sentido de impedir o lançamento e retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária.

Inobstante respeitável entendimento da autoridade fiscalizadora, não vejo circunstâncias que caracterizem um evidente intuito de fraude para a Sra. Dulce Vieira. Entendo que configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta

uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substancia ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade.

No caso concreto não tenho como presumir que a conduta foi eivada de vício, mas tão somente de omissão do fisco com conhecimento de fato relevante.

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo. (Súmula CARF nº 14)

Registro que o caso dos filhos e neto, o meu entendimento seria divergente, e que um eventual Lançamento contra os mesmos deveria ser acompanhado da multa qualificada, tendo em vista no caso dos mesmos a utilização da Sra. Dulce Vieira como interposta pessoa.

Dos Termos de Responsabilidade Solidária

De acordo com os artigos 134, inc. III, e 135, inc. I e II, do CTN, os administradores de bens de terceiros e os mandatários são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei.

Tendo em vista a natureza dos negócios conjuntos realizados na família, entendo que são solidariamente responsáveis os filhos e netos, pelas obrigações, especialmente no caso concreto, que em conjunto foram responsáveis pela movimentação.

Ante ao exposto, voto por rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo da infração os valores de R\$ 1.245.394,31 e R\$ 1.387.558,01, nos anos calendários de 2005 e 2006, respectivamente, bem como para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

Voto Vencedor

Permito-me discordar do Ilustre Relator, Conselheiro Antonio Lopo Martinez, no que toca aos termos de responsabilidade solidários.

Os Termos de Sujeição Passiva Solidária (fls. 54, 56,58,60) trazem: José Francisco Vieira Dias CPF- 165930226-91, José Lindolfo Vieira Dias – CPF 193090076-72, José Lúcio Vieira Dias – CPF 286614276-49 e Mateus Magalhães Dias – CPF 034002646-44, como sujeitos passivo solidários de DULCE VIEIRA DIAS, nos termos do artigo 124, inciso I, § único, inciso III do artigo 134, e inciso I do art. 135 da Lei 5.172/66 - Código Tributário Nacional – CTN.

A tentativa fiscal de imputar responsabilidade solidária aos filhos e neto da recorrente (filhos José Lindolfo Vieira Dias, CPF 193.090.076-72, José Francisco Vieira Dias, CPF 165.930.226-91, José Lúcio Vieira Dias, CPF 286.614.276-49, e neto -Mateus Magalhães Dias, CPF 034.002.646-44) cinge-se, principalmente, ao fato dos filhos/neto aparecerem nas procurações fls. 84,380,776 a 781, tendo poderes para isoladamente, emitir e endossar cheques contra bancos, sacar, aceitar, endossar e avalizar letras de câmbio, emitir, assinar contrato de caução e penhor, assinar correspondência em geral e de responsabilidade referente à conta corrente nº 0500222-2, Banco Bradesco S/A, agência 1792-2, em nome Dulce Vieira Dias. Ressalto que as procurações acima referidas, limitam-se ao controle da conta corrente da recorrente, o que não significa que tais procuradores concorreram diretamente para a ocultação da omissão de rendimentos apuradas no presente lançamento.

O fiscal enquadrou a responsabilidade solidária aos filhos/neto da recorrente, no art. 124, I, do CTN, que determina a solidariedade para as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Referido interesse comum deve, necessariamente, estar associado a uma relação pessoal e direta com o fato gerador (art. 121 do CTN). Ou seja, para figurar como obrigado solidário com base no art. 124, I, a pessoa teria que estar numa posição em que poderia ser considerada contribuinte, ainda que em relação a apenas uma parte da obrigação. No caso, trata-se de omissão de rendimentos, circunstância que por si só não demonstra que os ditos responsáveis solidários tenham sido beneficiários da disponibilidade econômica ou jurídica de renda;

Entendo que o fato dos filhos/neto da recorrente, serem procuradores para movimentarem uma conta corrente da fiscalizada (Sra. Dulce Vieira Dias), não está compreendida como hipótese de sujeição passiva tributária com base no art. 124, I, inciso I, § único, inciso III do artigo 134, e inciso I do art. 135 da Lei 5.172/66 - Código Tributário Nacional – CTN.

Assim sendo, dou provimento parcial ao recurso para afastar a sujeição passiva solidária por interesse comum dos Senhores: José Lindolfo Vieira Dias, CPF 193.090.076-72, José Francisco Vieira Dias, CPF 165.930.226-91, José Lúcio Vieira Dias, CPF 286.614.276-49 e Mateus Magalhães Dias, CPF 034.002.646-44.

No mais, permanece o decidido pelo Conselheiro Antonio Lopo conforme abaixo transcrito:

"Ante ao exposto, voto por rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo da infração os valores de R\$ 1.245.394,31 e R\$ 1.387.558,01, nos anos calendários de 2005 e 2006, respectivamente, bem como para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%."

(Assinado digitalmente)

Dayse Fernandes Leite