



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

Processo n° 10830.008080/2003-83
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.721 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de julho de 2014
Matéria IRPF
Recorrente EDUARDO JOSÉ DA SILVA
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.

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).

APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 10.174 DE 2001 E LEI COMPLEMENTAR 105 DE 2001 - POSSIBILIDADE - ART - 144, § 1º

Pode ser aplicada, de forma retroativa, ao lançamento, a legislação que tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

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 comprova, 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 DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO E MULTA ISOLADA;
CONCOMITÂNCIA**

É incabível, por expressa disposição legal, a aplicação concomitante de multa de lançamento de ofício exigida com o tributo ou contribuição, com multa de lançamento de ofício exigida isoladamente. (Artigo 44, inciso I, § 1º, itens II e III, da Lei nº. 9.430, de 1996).

Rejeitar as preliminares

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 FÁBIO BRUN GOLDSCHMIDT, JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado) e VINÍCIUS MAGNI VERÇOZA (Suplente convocado) que acolhem a preliminar. QUANTO AO MÉRITO: por maioria de votos, dar provimento parcial, para excluir da exigência a multa isolada do carnê-leão, aplicada concomitantemente com a multa de ofício. Vencido o Conselheiro FÁBIO BRUN GOLDSCHMIDT que provia em maior extensão o recurso para afastar a aplicação conjunta das sanções (multa de ofício e isolada), com aplicação exclusiva da multa isolada.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Presidente e Relator

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

Relatório

Contra o contribuinte, EDUARDO JOSE DA SILVA, foi lavrado auto de infração de fls. 14/23, acompanhado do Termo de Constatação Fiscal de fls.04/13 relativo ao imposto sobre a renda de pessoas físicas, ano-calendário 1998, em decorrência de ação fiscal que teve por objeto o exame do cumprimento das obrigações tributárias relativas ao período de 01/1998 a 12/1998(fl.0 1).

Das verificações realizadas resultou a apuração do crédito tributário no valor total de R\$2.909.431 ,47 (dois milhões, novecentos e nove mil, quatrocentos e trinta e um reais e quarenta e sete centavos).

O crédito tributário constituído decorreu da constatação de irregularidades assim descritas no referido auto:

01 - "Omissão de rendimentos recebidos de pessoa física, decorrentes do trabalho sem vínculo empregatício, tudo conforme Termo de Constatação.lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente ",

02 - "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 tudo conforme Termo de Constatação lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente ".

03 -"Multa isolada. Falta de recolhimento do Imposto de Renda da Pessoa Física devido a título de carne-leão, referente aos rendimentos recebidos de pessoa física, tudo conforme Termo de Constatação.lavrado nesta data e que faz parte integrante do presente.

Os valores tributáveis e os respectivos enquadramentos legais encontram-se discriminados as fls. 16/19. A multa de ofício foi aplicada no percentual de 75,00% (setenta e cinco por cento), no caso das duas primeiras infrações, com fundamento no artigo 44, inciso I, da Lei 9.430/1996 e, no caso da terceira, com base no artigo 44, § 10, inciso III, do mesmo diploma legal.

No Termo de Constatação o autor do feito da conta dos fatos que originaram a autuação e dos procedimentos adotados no curso da ação fiscal.

Nele, verifica-se que a ação fiscal foi instaurada com o objetivo de verificar movimentação financeira incompatível com os rendimentos declarados.

Atendendo a intimações expedidas para verificação da origem dos recursos utilizados nos depósitos/creditos em contas bancárias, alegou que na qualidade de engenheiro civil, prestava serviços de administração na construção de residências, por conta e ordem dos proprietários das obras. Esclareceu que nesse ramo de atividade, o profissional contratado realiza as compras dos materiais empregados nas obras, bebem como contrata os profissionais. Desta forma, os proprietários depositavam e/ou

transferiam recursos na conta corrente do Bradesco especialmente aberta para esse fim.

Consta que, intimado e a apresentar os contratos de prestação de serviços e comprovar documentalmente que os depósitos efetuados em sua conta corrente eram provenientes de recursos dos proprietários das construções, o fiscalizado apresentou grande quantidade de cópias dos cheques emitidos, ou seja, dos valores debitados na conta do Bradesco. Em relação aos contratos de prestação de serviços, logrou apresentar apenas três declarações, nas quais os signatários confirmaram que disponibilizavam recursos para a fiscalizado para pro ceder a administração e acompanhamento de obras de sua propriedade, recebendo ele a remuneração de 4% dos valores despendidos.

Da análise dos esclarecimentos prestados e dos documentos apresentados pelo contribuinte e pelos proprietários dos imóveis por ele administrados, bem como das informações bancárias, DIRPF e informações constantes nos sistemas informatizados da RFB extrairam-se as conclusões que levaram a tributação dos fatos anteriormente descritos.

A título de omissão de rendimentos recebidos de pessoas físicas tributaram-se as comissões de administração extraídas das declarações prestadas pelos proprietários das obras.

A omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada foi apurada subtraindo-se do montante representado por estes os cheques devolvidos e, posteriormente, os valores dos depósitos assumidos pelos referidos proprietários.

A multa isolada foi imputada sobre os valores declarados de rendimentos de pessoas físicas, recebidos como comissões pela administração das referidas obras, sobre os quais incidiu carnê-leão, não recolhido pelo declarante.

A ciência do auto de infração foi dada pessoalmente ao contribuinte, na data de 10/10/2003(fl.15). Em 11/11/2003 (fl.608), o interessado apresentou a impugnação de fls.608/653, instruída pelos documentos de fls.654/2442, na qual, após proceder ao relato dos fatos, aduz as razões de defesa que a seguir se reproduzem sinteticamente na ordem em que foram apresentadas.

Inicia esclarecendo que a impugnação não contesta o item do auto de infração relativo a omissão de rendimentos recebidos de pessoas físicas, alcançando as demais infrações.

DA VERDADE REAL IGNORADA

1. Da não apreciação das provas

Defende o impugnante que apresentou provas no curso da ação fiscal que teriam fulminado a presunção de omissão de rendimentos estabelecida com base no artigo 42 da Lei 9.430/1996. Refere-se a cópias de cheques compensados, apresentados em dois lotes (o primeiro de 179 copias e o segundo, de 889), os quais, segundo afirma, demonstram claramente que foram destinados a pagamentos de Mao de obra da construção civil e materiais de construção.

Questiona o procedimento fiscal que não acatou as provas apresentadas e não carreou aos autos a totalidade delas,

apresentando-as, portanto, novamente, na fase impugnatória, para formação de livre convicção dos julgadores.

Destaca, ainda, que o auditor fiscal identificou cheques no montante de R\$592.344,02 como pagamentos a prestadores de serviços e a pessoas jurídicas fornecedoras de materiais, mas não os considerou na apuração das comissões, no percentual de 4%.

Esclarece, por fim, que os cheques emitidos em seu nome serviam para pagamento de varies fornecedores e prestadores de serviços com vencimento para o mesmo dia, exemplificando o fato.

*Paralelamente, discorre sobre as provas nas presunções **juris tan tum** para concluir que a apresentação das provas ilidiu a presunção estabelecida, invertendo o ônus desta. Contudo, o auditor fiscal não as apreciou e, ainda, tentou subtrai-las do crivo dos julgadores.*

2. Da inexistência de acréscimo patrimonial e de renda consumida

Assevera que no decorrer do procedimento sempre destacou que não utilizou os créditos/depósitos da conta corrente no Banco Bradesco para uso pessoal, fato que se evidencia pela não existência de variação patrimonial positiva refletida na aquisição de quaisquer bens. Defende, ainda, que o auditor fiscal deveria valer-se dos sistemas da RFB (DOL, RENAVAM, etc.) para conferir tal fato.

Acrescenta, ainda, que o auditor fiscal requisitou sua movimentação financeira e verificou que não houve pagamentos a administradoras de cartões de crédito ou quaisquer outros em seu benefício, o que ficou demonstrado pela apresentação das cópias reprográficas dos cheques compensados que não foram utilizados como renda consumida. Tal fato, afirma, alicerça o que já restou provado no curso da fiscalização de que era apenas comissionado para acompanhamento e administração das obras de propriedade de terceiros, cuja movimentação a estes pertencia.

DA INAPLICABILIDADE DA MULTA ISOLADA CONCOMITANTE COM A MULTA DE OFÍCIO

Respaldo em jurisprudência do então Conselho de Contribuintes, alega que não pode haver a dupla incidência de multa (de ofício e exigida isoladamente) sobre a mesma base de cálculo, requerendo, portanto, a sua exclusão,

DA APLICABILIDADE DA LEI 9.311/1996

Reportando-se ao Termo de Início de Fiscalização, que menciona a obtenção de valores da movimentação financeira com base nas informações prestadas pelas instituições financeiras, de acordo com o art. 11, §2º da Lei 9.311, de 24 de outubro de 1996, procede a uma análise sobre a vigência do diploma legal para concluir que o procedimento fiscal não poderia se basear em dados da CPMF para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos,

por expressa vedação contida no parágrafo 3º da referida Lei. 10.174/01.

DA IRRETROATIVIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI

Contesta, ainda, a utilização das informações prestadas a então Secretaria da Receita Federal pelas instituições financeiras, alegando a irretroatividade da Lei 10.174/01 seja em face das disposições constitucionais (art. 5º, incisos X, XII, XXXVI e LVI), seja por força do disposto na Lei de Introdução ao Código Civil (artigos 2º e 6º) e mais especificamente, em face do contido no CTN, art. 106.

Defende que até a publicação da Lei 10.174/2001, que alterou o §3º da lei 9.311/1996, a administração fazendária estava proibida de fazer uso das informações obtidas com base na arrecadação da CPMF para a constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições e impostos, seja por existência de vedação expressa para tanto, seja pela determinação do resguardo do sigilo das informações prestadas a esse título à Secretaria da Receita Federal. Contesta, assim, a aplicação da Lei Complementar 105/2001, que deu legalidade ao fato de as instituições financeiras fornecerem informações a Secretaria da Receita Federal, por atentar contra a privacidade do indivíduo.

DAS CONSEQUÊNCIAS DESASTROSAS E ANTIJURÍDICAS DA APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001.

Apoiado em entendimentos doutrinários e jurisprudência, repisa e aprofunda argumentos relativos ao princípio da irretroatividade das leis, bem como do direito à privacidade, intimidade, honra e ao sigilo de dados (bancário). Para respaldar seu entendimento, discorre detidamente sobre os preceitos do artigo 144 do Código Tributário Nacional, bem como sobre o sigilo bancário,

Discute, ainda, os efeitos do sacrifício de princípios constitucionais e analisa o fim social buscado pela Lei 10.174/2001 (provisão de recursos para a área de saúde).

DA IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DO DEPOSITO BANCÁRIO COMO FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA

Contrapõe-se ao lançamento com base em depósitos bancários afirmando que estes não podem caracterizar fato gerador de imposto de renda no conceito adotado pelo Código Tributário Nacional (artigo 43). Traz a colação doutrina e jurisprudência administrativa e judicial, registrando, ainda, o entendimento exteriorizado pela Sumula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Examina a questão da utilização das presunções pelo legislador para concluir pela inadequação da presunção legal estabelecida pelo artigo 42 da Lei 9.430/1996, em vista da inexistência de correlação lógica direta e segura entre os depósitos bancários e omissão de rendimentos.

Acrescenta que depósitos bancários não podem sustentar uma presunção legal pois, além da ausência de correlação natural exigida na instituição desse artifício legal, tal providência

implicaria a transferência integral do encargo probatório para o contribuinte.

DA INOBSERVÂNCIA A HIERARQUIA DAS NORMAS EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR PARA DEFINIÇÃO DE FATO GERADOR E BASE DE CALCULO EM MATÉRIA TRIBUTARIA - EXEGESE DO ARTIGO 146 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Reportando-se as disposições do artigo 146 da Constituição Federal, afirma que o artigo 42 da Lei 9.430/1996, que trouxe a hipótese de presunção do depósito bancário como omissão de rendimento, e inconstitucional, por não atender ao preceito de que as normas tributárias deverão ser instituídas por Lei Complementar.

DA INAPLICABILIDADE DA LEI 9.430/96 PARA PESSOA FÍSICA Analisando a estrutura da Lei 9.430/96, conclui que esta não se aplica ao procedimento de fiscalização do Imposto de Renda da Pessoa Física e que o artigo 42 deve ser utilizado quando, durante a fiscalização da pessoa jurídica o fiscal tem acesso as contas bancárias de seus sócios, gerentes, etc.

CONSIDERAÇÕES Finais

Após dirigir solicitações pertinentes ao serviço de controle da arrecadação, transcreve na íntegra voto proferido em acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes, que concluiu pela irretroatividade da Lei nº10.174/2001.

A DRJ julga a impugnação procedente em parte, mantendo o lançamento em sua integridade, nos termos da ementa a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA-IRPF

Ano-calendário: 1998

OMISSÃO DE RENDIMENTOS RECEBIDOS DE PESSOAS Físicas. MA TERIA NÃO IMPUGNADA

Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo contribuinte.

Inconstitucionalidade

A arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, par transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria.

SIGILO Bancário. Incorre quebra de sigilo bancário quando os agentes fiscais, com fins públicos, acessam os dados protegidos por esse instituto, ficando salvaguardada a inviolabilidade dessas informações, pela observância do sigilo fiscal.

Lei. 10.174/2001. RETROAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA

o artigo 10 da Lei nº 10.174/2001, assim como a Lei Complementar 105/2001, disciplinam o procedimento de fiscalização e não os fatos econômicos investigados, podendo ser aplicados aos procedimentos iniciados ou em curso a partir de sua edição, inclusive para alcançar fatos geradores pretéritos

(CTN, art; 144, § 10). Trata-se de aplicação imediata da norma, não se podendo falar em retroatividade.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. TRIBUTAÇÃO. A partir de 1º de janeiro de 1997, com a entrada em vigor da Lei 9.430/1996, consideram-se rendimentos omitidos os depósitos/creditos efetuados em contas mantidas junto a instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não logra comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Somente a apresentação de provas hábeis e idôneas da origem dos recursos e capaz de elidir a presunção de omissão de rendimentos regularmente estabelecida. A demonstração do destino dado aos valores depositados/creditados não constitui de per si comprovação da origem dos recursos neles utilizados.

MULTA ISOLADA. CUMULAÇÃO COM MULTA DE OFÍCIO.

As tipificações das infrações que ensejam a imputação da multa isolada e da multa de ofício são distintas e, havendo previsão legal para aplicação das duas multas, não pode a autoridade lançadora negar-lhes aplicação.

MULTA ISOLADA. REDUÇÃO DO PERCENTUAL A 50%.

Em se tratando de ato não definitivamente julgado, a multa isolada aplicada peia falta de recolhimento de Carnê-Leão deve ser reduzida de ofício pela autoridade julgadora, para 50%, em face de alteração promovida por lei posterior e em obediência ao inciso II, "c", art. 106 do CTN.

Impugnação Procedente em Parte

Credito Tributário Mantido em Parte

A autoridade de primeira instância entendeu por bem reduzir a multa isolada aplicada ao percentual de 50%.

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

- Da verdade real ignorada;
 - Da inexistência de acréscimo patrimonial a descoberto;
 - Da aplicabilidade da Lei No. 9311/96;
 - Da irretroatividade e inconstitucionalidade da Lei 10.174/01;
 - Do Sigilo Bancário;
 - Da impossibilidade de caracterização de depósito bancário como renda;
- É o relatório.

Voto

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 Irretroatividade da LC 105/2001 e da Lei nº 10.174/2001.

O contribuinte se mostrou inconformado com a aplicação retroativa da Lei Complementar 105/2001 e da Lei 10.174/2001. Entendeu que ao proceder com base em tais instrumentos legais o Fisco acabou por obter provas de origem ilícita.

Não procede tal argumento. O parágrafo 1º do art. 144 do CTN permite a aplicação de legislação posterior à ocorrência do fato gerador, que tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização e ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas.

Desta forma é notória a possibilidade de aplicação dos mencionados instrumentos legais de forma retroativa, uma vez que, tão somente, ampliam os poderes de investigação do Fisco. O STJ já manifestou o seu entendimento neste sentido no RESP 529818/PR e no ERESP 726778/PR.

De igual modo o CARF já consolidou a posição sobre a suposta irretroatividade:

O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente. (Súmula CARF No. 35).

É de se negar provimento a essa parte do recurso.

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:

Verifica-se, pois, que a prova de origem de recursos de valores depositados em contas bancárias requer a apresentação de documentos hábeis e idôneos que permitam a identificação individualizada da natureza dos depósitos, de modo a se verificar se estão ou não sujeitos a tributação por meio de lançamento de ofício. No caso, a comprovação apresentada aponta o destino dado aos valores ingressados na conta corrente e ainda assim, conforme analisou o autuante, não comprovaram suficientemente que sua integralidade ou mesmo a maior parte serviu para pagamentos de materiais e mão de obra.

E de se dar razão a autoridade fiscal quando afirma que a prova exigida não foi feita. Com efeito, foram apresentadas apenas três

contribuinte, cujos pagamentos foram excluídos da tributação por depósitos bancários e incluídos na tributação de rendimentos recebidos de pessoas físicas (pelo percentual de 4%, que correspondem a remuneração dos serviços).

o destino dado aos recursos, desacompanhado de outros elementos, não faz prova da origem dos recursos utilizados nos depósitos. Para tanto, seria imprescindível a apresentação de documentos adicionais que comprovassem cabalmente que os valores depositados nas contas do impugnante foram efetuados pelos contratantes dos serviços para fazer frente as despesas das obras civis e a remuneração dos serviços deste. Sem elementos adicionais, não ha como se considerar hábil a comprovação apresentada.

Ainda que o recorrente tenha argumentado que a origem dos recursos seriam de atividades de vinculadas a construção cível, cabe ao recorrente demonstrar o que alega, comprovando cada depósitos 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.

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 individualizadamente 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 depósitos, 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 Isolada

Cabe reconhecer, que no tocante ao lançamento da multa de ofício exigida de forma isolada pelo recolhimento em atraso do carnê-leão, se faz necessário destacar que o lançamento engloba valores recebidos mensalmente, cujas importâncias foram lançadas de ofício, através da constituição de crédito tributário via Auto de Infração.

A Lei nº. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, ao tratar do Auto de Infração com tributo e sem tributo dispôs:

“Art. 43 - Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente à multa ou juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único - Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Art. 44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - (omissis).

§ 1º - As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I - juntamente com o tributo ou contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II - isoladamente quando o tributo ou contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº. 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste.

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.”

Da análise dos dispositivos legais retro transcritos é possível se concluir que para aquele contribuinte, submetido à ação fiscal, após o encerramento do ano-calendário, que deixou de recolher o “carnê-leão” que estava obrigado, existe a aplicabilidade da multa de lançamento de ofício exigida de forma isolada.

É cristalino o texto legal quando se refere às normas de constituição de crédito tributário, através de auto de infração sem a exigência de tributo. Do texto legal conclui-se que para o ano calendário de 1998, não existe a possibilidade de cobrança concomitante de multa de lançamento de ofício juntamente com o tributo (normal) e multa de lançamento de ofício isolada sem tributo, ou seja, se o lançamento do tributo é de ofício deve ser cobrada a multa de lançamento de ofício juntamente com o tributo (multa de ofício normal), não havendo neste caso espaço legal para se incluir a cobrança da multa de lançamento de ofício isolada.

Ante ao exposto, voto por rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso, para excluir da exigência a multa isolada do carnê-leão, aplicada concomitantemente com a multa de ofício.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

CÓPIA