



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

Processo nº 10830.012128/2008-62
Recurso nº 933.379 Voluntário
Acórdão nº 2202-001.962 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de agosto de 2012
Matéria IRPF
Recorrente JOAO CARLOS DONATO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2003, 2004

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).

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO VIA ADMINISTRATIVA - ACESSO ÀS INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL

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

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.

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 acréscimos patrimoniais.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. VALOR INDIVIDUAL IGUAL OU INFERIOR A R\$ 12.000,00. LIMITE ANUAL DE R\$ 80.000,00

No caso de pessoa física, não são considerados rendimentos omitidos, para os fins da presunção do artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, os depósitos de valor igual ou inferior a R\$ 12.000,00, cuja soma anual não ultrapasse R\$ 80.000,00 (§3º, inciso II, da mesma lei, com a redação dada pela Lei nº 9.481, de 1997).

JUROS - TAXA SELIC

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula CARF nº 4).

TAXA SELIC. JUROS DE MORA INCIDENTE SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE.

Os juros de mora equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC não incidem sobre a multa de ofício lançada juntamente com o tributo ou contribuição, por absoluta falta de previsão legal.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

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

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares suscitadas pelo Recorrente e, no mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir da exigência a taxa Selic incidente sobre a multa de ofício. Vencidos os Conselheiros Antonio Lopo Martinez (Relator) e Nelson Mallmann. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga. Fez sustentação oral, o seu representante legal, Dr. Gustavo Froner Minatel, inscrito na OAB/SP sob o nº 210.198.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann – Presidente

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Relator

(Assinado digitalmente)

Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga – Redatora designada.

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Rafael Pandolfo, Antonio Lopo Martinez, Odmir Fernandes, Pedro Anan Júnior e Nelson Mallmann. Ausente justificadamente o Conselheiros Helenilson Cunha Pontes.

Relatório

Em desfavor do contribuinte, JOAO CARLOS DONATO, foi lavrado o auto de infração de fls. 02/06, acompanhado dos demonstrativos de fls. 07/09 e do termo de verificação fiscal de fls. 11/22, além do demonstrativo de valores de fls. 23/81, relativo ao imposto sobre a renda das pessoas físicas dos anos calendário de 2003 e 2004, por meio do qual foi apurado crédito tributário no montante de R\$ 999.786,39.

Conforme descrição dos fatos e enquadramento legal de fls. 04 a 05, a exigência decorreu da seguinte infração à legislação tributária:

Omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada – 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 dos recursos utilizados nessas operações, conforme Termo de Verificação Fiscal que é parte integrante do presente Auto de Infração. Fatos geradores, valores tributáveis e enquadramento legal as fls. 04/05.

Consta do citado Termo de Verificação Fiscal de fls. 11/22:

O fiscalizado tomou ciência em 16.01.2008 do termo de início de ação fiscal, tendo sido intimado, dentre outros a apresentar os extratos das contas correntes bancárias mantidas junto aos Bancos Itaú e Bradesco, informar nome e o CPF de eventuais cotitulares das contas, apresentando a respectiva ficha cadastral e a comprovar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos que possibilitaram a realização dos depósitos e/ou créditos nas referidas contas bancárias;

O contribuinte solicitou prorrogação de prazo em 01.02.2008, foi novamente intimado e em 06.03.2008, informou os cotitulares das contas correntes, apresentando os extratos das contas mantidas no Banco Itaú; novamente intimado, o contribuinte apresentou em 05.05.2008, cópias dos extratos da conta de n.º 4057 mantida junto ao Banco Bradesco; após ser intimado em 29.05.2008, para se manifestar, dentre outros, sobre a origem dos recursos que possibilitaram os depósitos nas contas 53250, 47789 e 14015, todas do Banco Itaú, o contribuinte se manifestou em 18.06.2008, sendo que em 14.07.2008 foi lhe concedido novo prazo para atendimento das exigências;

Em 29.10.2008, o fiscalizado prestou informações. Entretanto, tais informações não responderam aos questionamentos levantados.

O contribuinte foi cotitular das contas 47789 e 14015, mantidas na agência 0136 do Banco Itaú, no período sob exame. Nessas contas, os outros cotitulares eram o Senhor Jorge Luiz Donato, CPF 719.234.38891 e o Senhor Aldomir Donato, CPF 539.623.97868.

A conta 4057 mantida junto ao Bradesco tinha como cotitular o Senhor Aldomir Donato e segundo o contribuinte, era utilizada para pagamento de cartão de crédito, não havendo movimentação.

Intimado inicialmente, o Senhor João Carlos Donato afirmou que os valores depositados nas contas correntes 47789 e 14015 estavam relacionados a negócios efetuados por pessoa jurídica na qual figurava como sócio. No entanto, deixou de apresentar a esta fiscalização prova irrefutável de sua alegação, restringindo-se a apresentar alguns contratos celebrados pela empresa Empreendimentos Imobiliários Jardim América Ltda., CNPJ n.º 04.810.614/000190 e alguns comprovantes de pagamento destes contratos; verifica-se do exame dos documentos e esclarecimentos trazidos que o fiscalizado não logrou êxito em comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos depósitos creditados na sua conta corrente, apurados com base nos extratos bancários fornecidos pelas instituições financeiras da qual era correntista, restringindo-se a alegar que se referiam a operações levadas a cabo por empresa da qual era sócio.

Com relação ao percentual de participação em cada uma das contas, o fiscalizado intimado a se manifestar não o fez. O valor dos rendimentos será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos pela quantidade de titulares (art. 58 da Lei n.º 10.637/2002, que acrescentou o § 6º ao art. 42 da Lei n.º 9.430/1996 e art. 1º, § 2º da IN SRF n.º 246/2002).

O fiscalizado apresentou cópias de alguns cheques no intuito de demonstrar que os depósitos efetuados nas contas 47789 e 14015, cujos titulares são pessoas físicas, referiam-se a pagamentos efetuados pelos compradores de unidades residenciais da empresa Empreendimentos Imobiliários Jardim América Ltda.

Tomemos como exemplo o contrato celebrado entre a referida empresa e os compradores Francisco Assis Del Bianco e Sandra Maria Castan Del Bianco. O instrumento de compra e venda reza que o preço é de R\$ 63.000,00. O fiscalizado anexou dois cheques, um de R\$ 3.000,00 do próprio comprador (Francisco Assis Del Bianco) e outro de R\$ 60.000,00 de um senhor que sequer figura no contrato (Warleynilson Silva da Costa). Ou seja, justamente o cheque de maior valor não pertence ao comprador e é desta forma que pretende o fiscalizado elidir a presunção que milita contra si.

Nos poucos exemplos trazidos pelo fiscalizado, ou os contratantes não são os mesmos que emitem os cheques ou os valores não coincidem com os estampados nos respectivos contratos;

Intimado, o fiscalizado não apresentou a composição da receita mensal da pessoa jurídica, que segundo ele, teria ofertado os rendimentos à tributação; o livro Diário da pessoa jurídica traz a rubrica "Receitas da venda de unidades imobiliárias" resumida por mês.

Admite-se a escritura resumida no livro Diário, desde que utilizados livros auxiliares para registros individualizados que permitam sua perfeita verificação;

Ou seja, não é possível verificar se o cheque “a” ou “b” compôs a receita de determinado mês da empresa Empreendimentos Imobiliários Jardim América Ltda. Tal verificação somente seria viabilizada com o cotejo de todos os cheques e demais ingressos que compuseram a receita mensal;

además, conforme pode ser verificado no quadro a fl.18, existe uma enorme discrepância entre o valor movimentado nas contas nº 47.789 e 14.015, ambas do Itaú e o valor informado no Livro Diário da empresa, o que serve para afastar de vez a alegação do fiscalizado quanto à utilização destas contas correntes para movimentar recursos exclusivos de pessoa jurídica;

Um outro dado que chama a atenção é a existência de cinco sócios na empresa Empreendimentos Imobiliários Jardim América Ltda., sendo que dois deles, justamente os sócios gerentes (os senhores Dejanir José Thomé e Pedro Motta), não figuravam como cotitulares das contas 47.789 e 14.015, o que vem contrariar os argumentos trazidos pelo fiscalizado de que se tratam de recursos movimentados pela empresa em questão.

Diante das constatações acima, fica o fiscalizado sujeito a lançamento de ofício.

Cientificado do lançamento em 08/12/2008 (fl. 591), o contribuinte apresentou, em 07/01/2009, a impugnação de fls. 603 a 632, por intermédio de procurador (procuração a fl. 633), acompanhada dos documentos de fls. 635/698, alegando:

Preliminarmente, nulidade por estar o sigilo bancário sob reserva do Judiciário. O acesso às contas bancárias estava sob a denominada reserva de jurisdição, o que significa dizer que o alcance dessas informações só podia ser autorizado pelo Poder Judiciário.

Nulidade: ausência de motivação para uso dos extratos. Cita o art. 2º do Decreto nº 3.724/2001, para dizer que o acesso aos extratos bancários depende de motivação, ou seja, o Fisco precisaria demonstrar a existência de outros indícios que pudessem acenar para a prática de sonegação, dentre as 11 hipóteses que configuram as denominadas “informações indispensáveis”, única condição para autorizar o acesso aos extratos bancários. O autuante utilizou as informações bancárias sem demonstrar porque as considerava “indispensáveis”;

Erro na determinação do momento do fato gerador o § 1º, do art. 42, da Lei nº 9.430/96 é claro ao determinar que os valores tidos como receita ou rendimentos auferidos pelo contribuinte deverão ser apurados mensalmente. Se a lei manda considerar os depósitos não comprovados como rendimentos auferidos “no mês do crédito efetuado pela instituição financeira”, é imperativo reconhecer que, considerados os respectivos meses, decaiu o direito do Fisco de constituir crédito tributário sobre depósitos bancários efetuados há mais de cinco anos;

Erro na eleição do sujeito passivo – depósitos bancários relativos à pessoa jurídica previamente informada à fiscalização – a presunção legal esculpida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 não alcança a titularidade dos valores movimentados, apenas

considera depósitos cuja origem não seja justificada como renda, sem, contudo, autorizar a presunção de sua titularidade;

No caso ora em julgamento, desde a primeira resposta acerca da origem dos valores depositados nas contas n.º 140159 e 477890, foi informado à fiscalização tratar-se de valores referentes a operações comerciais (vendas de lotes) da pessoa jurídica Empreendimentos Imobiliários Jardim América Ltda. De fato, a citada empresa não possuía conta corrente em seu nome e por isso praticava todas as suas operações através das contas n.º 140159 e 477890;

Para fins de aplicação da presunção de renda contida no art. 42 da Lei n.º 9.430/96, quando a movimentação dos valores em conta bancária é de terceira pessoa, a esta (no caso, a Jardim América) deve ser atribuída a titularidade dos valores ali depositados. Cita julgado do Conselho de Contribuintes;

Uma vez demonstrado o verdadeiro titular dos depósitos bancários pelo contribuinte sob fiscalização, é ônus do Fisco desconstituir esse fato. É preciso registrar que foram entregues à fiscalização elementos, que por si só, sustentam a titularidade dos valores pela pessoa jurídica, quais sejam:

a) pagamentos das taxas condominiais dos lotes a serem vendidos pela empresa – conforme documentos juntados as fls. 311/322, lista contendo os valores devidos (por quadra e lote) e recibo de depósito em benefício da Associação dos Proprietários de Residencial Jardim América. Ora, tais valores têm a natureza de taxa condominial. É evidente que somente a pessoa jurídica Jardim América é que é responsável por esses pagamentos dos lotes que ainda não haviam sido vendidos;

b) contratos de venda e compra de lotes com pagamento nas contas correntes n.º 140159 e 477890

– além do exemplo de contrato de venda e compra de lotes trazidos pela fiscalização, foram entregues outros contratos e depósitos em que há perfeita coincidência entre datas e valores. Vejam se os demais documentos juntados:

b1) contrato particular de compromisso de compra e venda firmado entre Empreendimentos Imobiliários Jardim América Ltda. e Cláudio Leite Pinto e Marina Alda Leite, no valor de R\$ 59.000,00, pagos da seguinte forma: (i) R\$ 11.800,00 pagos com um único cheque depositado em 15/01/2003 – fl. 130 dos autos; (ii) R\$ 11.800,00 pagos em um único cheque nominal a empresa Jardim América; (iii) R\$ 11.800,00 pagos com dois cheques no valor de R\$ 5.900,00 em 13/05/2003. É possível identificar um dos depósitos nas fls. 132 dos autos (o outro cheque deve ter sido depositado em conjunto com outros valores);

b2) contrato particular de compromisso de compra e venda firmado entre Empreendimentos Imobiliários Jardim América Ltda. e Heraul Stella, no valor de R\$ 61.859,19 pagos em parcelas de R\$ 10.309,86. É possível identificar nos extratos constantes dos autos três depósitos coincidentes em datas e valores, nos dias 13/05/2003 (fl. 132), 30/05/2003 (fl. 132) e 10/07/2003 (fl. 134);

b3) contrato particular de compromisso de compra e venda firmado entre Empreendimentos Imobiliários Jardim América Ltda. e Sérgio Gandini, no valor de R\$ 69.000,00, pagos de

forma parcelada. O valor acordado foi depositado na conta 47.7890 em quatro parcelas da seguinte forma: (i) R\$ 5.000,00 (dois cheques de R\$ 2.500,00) depositados conforme recibo; (ii) R\$ 18.000,00 (cheques prédatados para dezembro de 2005) conforme recibo; (iii) R\$ 23.000,00 (cheques de terceiros) pagos em 03 de janeiro de 2006 conforme recibo;

c) movimentação de títulos e cobranças – cumpre registrar que a grande soma de títulos movimentados (na conta 47.7890 ultrapassa a cifra de 900 lançamentos enquanto a conta n.º 140159 atinge mais de 90), é indício para atestar a titularidade dos depósitos para a qual não existe presunção (presunção é só para omissão de receitas).

MÉRITO

– os depósitos bancários não sustentam a presunção legal de omissão de rendimentos – a presunção legal de omissão de rendimentos encontra sérios obstáculos técnicos para a sua instituição e concreção. É evidente que a presunção não surge do olimpo: ela deve resultar sempre da experiência, da observação dos fatos na ordem natural das coisas. Cita doutrina;

A inadequação está presente na presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei n.º 9.430/96, única norma que sustenta o lançamento tributário, uma vez que entre os depósitos bancários e a omissão de rendimentos não há uma correlação lógica direta e segura. A Súmula 182, do extinto TRF, demonstra quanto é precipitada a tentativa de ser elevar os simples depósitos ao plano da presunção de rendimentos omitidos é inquestionável que a movimentação bancária não corporifica fato gerador do Imposto de Renda, vez que não é a operação que deve ser tributada, mas sim o ganho, o acréscimo patrimonial da mesma; desconsideração das sobras de recursos do mês anterior – apurado pelo

Fisco como tributável um valor no mês de janeiro, esse valor deveria ser excluído da tributação no mês de fevereiro, e assim sucessivamente, uma vez que a origem dos recursos movimentados no mês subsequente estaria comprovada pelos valores apurados e tributados pelo Fisco no mês anterior, a exemplo da metodologia utilizada pelo Fisco na apuração de suposto acréscimo patrimonial;

Da comprovação da origem dos depósitos – tomando como base a planilha fornecida pelo próprio fiscal, anexa ao auto de infração, sob a rubrica Demonstrativos de Valores, veja se os seguintes itens que jamais deveriam ter sido considerados como valores de origem não comprovada:

1) resgate de aplicações financeiras dentre os valores considerados via presunção como rendimentos omitidos na conta n.º 47.7890 estão diversos lançamentos a crédito sob a rubrica Resgate de Aplicações Financeiras. Ora, tais lançamentos são meras transferências patrimoniais que não representam ingresso, quanto mais renda. As fls. 623/625, estão listados os valores e as datas relativas ao resgate de aplicações financeiras;

2) redução do saldo devedor – dentre os lançamentos a crédito na conta 47.7890 tomados como renda constam valores que, de fato, não ingressaram no patrimônio do impugnante. A redução do saldo devedor nada mais é do que o registro no extrato da concessão de um empréstimo (costumeiramente chamado de limite especial) que não é renda. A fl. 626, consta o demonstrativo das reduções de saldo devedor;

3) estornos bancários – os estornos efetuados pelo banco não foram excluídos. A fls. 627, encontra-se a lista dos estornos de lançamentos;

4) cheques devolvidos – foram considerados depósitos de origem não comprovada e tributados como rendimentos omitidos, valores que se referem à devolução de cheques. As fls. 628/630 constam as listas de cheques devolvidos/depósitos estornados. Não se pode tributar valores que não ingressaram de fato na contacorrente do impugnante;

5) transferência entre contas do mesmo titular – especificamente na conta 4057 foram considerados como rendimentos omitidos valores que, de fato, foram meras transferências para cobrir o saldo dessa conta. Os valores depositados provêm da conta n.º 53.2504.

Essa conta, aliás, já foi questionada e todos os seus rendimentos tributados como na pessoa de Sílvia Regina Torres Donato. Dessa forma, os valores constantes da contacorrente n.º 405 não representam ingresso ou valores novos, mas sim mera transferência de recursos da mesma titularidade, ou seja, de João Carlos Donato e Sílvia Regina Torres Donato. As fls. 630/631 estão listados os valores transferidos;

Dispensa de comprovação de pequenos depósitos – inexistência de valores a serem tributados – excluídos os valores apontados como indevidos e somados os depósitos de valor individual inferior aos R\$ 12.000,00 em cada conta bancária, constatase que a soma global (de cada ano) não ultrapassa os R\$ 80.000,00. Dessa forma, é patente a necessidade de exclusão de tais valores;

Por fim, questiona a incidência da taxa Selic sobre a multa de ofício e requer o reconhecimento da nulidade do lançamento de ofício.

A DRJ São Paulo II julga a impugnação improcedente, nos termos da ementa

a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Ano calendário: 2003, 2004

PRELIMINAR. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO.

Havendo procedimento administrativo regularmente instaurado, não constitui quebra do sigilo bancário a obtenção, pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados, de dados sobre a movimentação bancária dos contribuintes com base em valores da CPMF.

PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA USO DOS EXTRATOS.

Não é exigida a demonstração da indispensabilidade dos extratos bancários, quando estes são solicitados pela fiscalização diretamente ao contribuinte.

IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. APURAÇÃO MENSAL. OBRIGATORIEDADE DE AJUSTE ANUAL. DECADÊNCIA.

A partir do ano calendário de 1991, o imposto de renda das pessoas físicas continuou a ser exigido mensalmente, à medida que os rendimentos fossem sendo auferidos, sem prejuízo, contudo, do ajuste anual estabelecido pela Lei nº 8.134/90, razão pela qual o fato gerador somente se perfaz em 31 de dezembro de cada ano calendário. O lançamento de tributo é procedimento exclusivo da autoridade administrativa. Tratando se de lançamento de ofício, o prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário é contado do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

ILEGITIMIDADE PASSIVA.

Existindo nos autos elementos que identificam o contribuinte como sendo titular de fato das contas bancárias em que se baseou a autuação, não há como prosperar a alegação de erro na identificação do sujeito passivo.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. DISPONIBILIDADE FINANCEIRA DO MÊS ANTERIOR.

A sistemática de apuração de omissão de rendimentos por meio de depósitos bancários prevê a análise individualizada dos mesmos, não podendo a receita tributada em um mês ser considerada como disponibilidade financeira do mês seguinte.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS

A presunção legal de omissão de rendimentos autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular das contas bancárias ou o real beneficiário dos depósitos, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em suas contas de depósitos ou de investimentos.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LIMITE DE TRIBUTAÇÃO.

Devem ser mantidos na autuação, os créditos bancários de valor inferior a R\$ 12.000,00, uma vez que a soma desses depósitos, nos anos calendário de 2003 e 2004, superou o montante de R\$ 80.000,00, considerando se, para efeito de cálculo desse limite anual, os créditos efetuados em todas as contas de depósito ou de investimento, cuja titularidade seja do contribuinte.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente

ao do vencimento. 24/08/2001

DECISÕES ADMINISTRATIVAS. DOCTRINA. EFEITOS

As decisões administrativas, mesmo as proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão aquele objeto da decisão. A doutrina transcrita não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade. Inteligência do artigo 150, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

A autoridade de primeira instância reconheceu a procedência de argumentos do recorrente no que toca aos seguintes pontos:

Em relação ao resgate de aplicações financeiras constantes da conta n.º 47.7890 constata-se serem procedentes as alegações do contribuinte, devendo ser excluídos da tributação os valores referentes a 1/3 dos resgates de aplicações financeiras constantes dos demonstrativos de fls. 623/625, os quais totalizam R\$ 61.225,84 no ano calendário 2003 (1/3 de R\$ 183.677,52) e R\$ 11.563,32 no ano calendário 2004 (1/3 de R\$ 34.689,97).

Também deverão ser excluídos da tributação os valores referentes à redução do saldo devedor, discriminados a fl. 626, que totalizam R\$ 6.702,17 no ano calendário 2004, na proporção de 1/3, ou seja, deve ser excluída a importância de R\$ 2.234,06.

O contribuinte tem parcialmente razão quando reclama da tributação indevida de valores posteriormente estornados pelos bancos. Todos os valores listados a fl. 627, referentes à conta 47.7890 devem ser excluídos da tributação, por serem depósitos/créditos estornados na mesma data em que se deu o depósito. Além desses, há mais um depósito a ser excluído, referente a crédito posteriormente estornado. É o depósito efetuado em 27/02/2004, no valor de R\$ 16.149,35. Assim, deve ser excluída da tributação no ano calendário 2004 a importância de R\$ 33.270,38, correspondente a 1/3 do somatório dos valores estornados na conta n.º 47.7890 (R\$ 99.811,15).

Quanto à conta n.º 14.0159, os valores discriminados na tabela de fls. 627/628, não estão incluídos no Demonstrativo de Valores (vide fls. 44 e 46 que incluem, respectivamente, os depósitos efetuados em 15/04/2003 e 12/05/2003), já tendo sido desconsiderados pela fiscalização como depósitos de origem não comprovada.

Em relação aos cheques devolvidos, temos que em relação à conta n.º 47.7890, dos depósitos cujos cheques foram devolvidos, dois valores não foram incluídos no Demonstrativo de Valores, quer sejam, o depósito no valor de R\$ 67,57 efetuado em 16/09/2003 e o depósito no valor de R\$ 1.000,00 efetuado em 23/01/2003. Todos os demais valores listados pelo contribuinte as fls. 628 e 629 devem ser excluídos da tributação, totalizando R\$ 1.280,21 no ano calendário 2003 (1/3 de R\$ 3.840,63) e R\$ 7.617,02 no ano calendário 2004 (1/3 de R\$ 22.851,06).

Já em relação à conta n.º 14.0159, os valores a serem a serem excluídos são os referentes aos depósitos efetuados em 30/05/2003, no valor de R\$ 45,33 (fl. 304), 30/06/2003, no valor de R\$ 4,94 (fl. 309) e em 31/03/2004, no valor de R\$ 45,71 (fl. 348).

Cabe esclarecer que o valor de R\$ 3.200,00 de 15/04/2003 não foi incluído pela fiscalização entre os depósitos tributados. Assim, deve ser excluída da tributação a importância de R\$ 16,76 (1/3 de R\$ 50,27) no ano calendário 2003 e R\$ 15,24 no ano calendário 2004 (1/3 de R\$ 45,71) e não os valores de R\$ 2.096,20, R\$ 30.431,70, R\$ 4.798,20 e R\$ 3.200,00 informados no quadro de fl. 418.

Por fim, com relação à conta n.º 4057, o contribuinte listou depósitos efetuados em 2004 e 2005. Aqui, somente serão apreciados os depósitos efetuados em 2004, uma vez que o ano calendário de 2005 não está sendo tributado nos presentes autos. Os valores que o contribuinte alega terem sido devolvidos em 21/01/2004, no valor de R\$ 348,71 e 26/01/2004, no valor de R\$ 348,71 não foram localizados no extrato de fl. 88. O depósito de 31/08/2004, no valor de R\$ 647,57 não foi incluído pela fiscalização no Demonstrativo de Valores. Assim, cabe excluir do lançamento os valores de R\$ 106,00 (datado de R\$ 19/01/2004), R\$ 106,00 (datado de 21/01/2004) e R\$ 400,00 (datado de R\$ 19/07/2004), totalizando R\$ 612,00, a razão de 50%, ou seja, não deve ser tributada no ano calendário 2004 a importância de R\$ 306,00.

Quanto à transferência entre contas do mesmo titular, listadas as fls. 630/631, o contribuinte alega que na conta n.º 4057 foram considerados como rendimentos omitidos valores que foram meras transferências da conta n.º 53.2504, de titularidade de Sílvia Regina Torres Donato, esposa do contribuinte. Uma vez que os depósitos referentes à conta n.º 53.2504 foram objeto de tributação no processo de n.º 10830.012128/200862, cabe rever o presente lançamento para excluir da tributação no ano calendário 2003 a importância de R\$ 1.155,00 (50% de R\$ 2.310,00) e no ano calendário 2004, a importância de R\$ 2.175,00 (50% de R\$ 4.350,00).

Insatisfeito, a contribuinte apresenta o recurso voluntário de fls.608, onde reitera os argumentos da impugnação. No recurso os seguintes pontos são destacados:

- Preliminarmente, da nulidade pelo quebra do sigilo bancário sob reserva do judiciário;
- Nulidade da ausência de motivação para o uso dos extratos;
- Do erro na determinação do momento de ocorrência do fato gerador;
- Do erro em relação do sujeito passivo – depósitos bancários relativos a pessoa jurídica previamente informada a fiscalização.
- Dos depósitos bancários que não sustenta a presunção legal de omissão de rendimentos;
- Da Desconsideração das sobras de recursos do mês anterior;

- 12.000,00.
- Da dispensa de comprovação de pequenos depósitos de valor inferior a R\$
 - Da selic no poder incidir sobre a multa de ofício.
- É o relatório.

CÓPIA

Voto Vencido

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Da Impossibilidade de 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.

Apesar de existir intermináveis discussões quanto à natureza do sigilo bancário, entendo que tal garantia, insere-se na esfera do direito à privacidade, traduzido no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Por outro lado, entendo que o direito à privacidade não é ilimitado, tendo em vista o princípio da convivência de liberdades. Assim, não se pode, sob o manto da privacidade, pretender acobertar indistintamente qualquer irregularidade que seja objeto de apuração pelo fisco, ou seja, os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal não se prestam a servir de manto protetor a comportamentos abusivos, e nem tampouco devem prevalecer diante de fatos que possam constituir crimes. Sejam eles crimes tributários ou não.

Não 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.

Da mesma forma, a quebra do sigilo bancário não afronta aos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

“Ementa: Inquérito. Agravo regimental. Sigilo bancário. Quebra. Afronta ao artigo 5º, X e XII, da CF: Inexistência. (...).

I - A quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal (Precedentes: PET. 577).

(...).

(Ac. Do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no AGRINQ-897/DF, rel. Min. Francisco Rezek, em 23.11.94).”

Ora, é cediço que o sigilo bancário não tem caráter incontestável nem absoluto, pois deve sempre estar submetido, como direito individual que é, aos interesses da sociedade em geral e, por conseguinte, ao interesse maior da preservação dos comandos estabelecidos pela lei.

Diz a Lei nº 4.595, de 1964:

“Art. 38 - As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestado pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso às partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames ser conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.”

Nos termos da lei, acima mencionada, o sigilo bancário será quebrado sempre que houver processo instaurado e a autoridade fiscalizadora considerar necessário, pois é sabido que os estabelecimentos vinculados ao sistema bancário não poderá eximir-se de fornecer à fiscalização, em cada caso especificado pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal, cópias das contas correntes de seus depositantes ou de outras pessoas que tenham relações com tais estabelecimentos, nem de prestar informações ou quaisquer esclarecimentos solicitados, se a autoridade fiscal assim o julgar necessário, tendo em vista a instrução de processo para qual essas informações são requeridas.

É evidente, que a possibilidade da quebra do sigilo bancário é de natureza excepcional, e o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, arrola as oportunidades em que terceiros tem acesso ao conhecimento de dados e informações de operações realizadas no mercado financeiro pelos seus investidores/clientes. Os parágrafos, do artigo anteriormente citado, estabelecem, de forma clara, quais são as autoridades que tem acesso a estas informações, ou

seja, Poder Judiciário (§ 1º); Poder Legislativo (§ 2º); Comissões Parlamentares de Inquérito (§ 3º) e os agentes fiscais do Ministério da Fazenda e dos Estados (§§ 5º e 6º).

O texto acima estabelece com clareza a obrigatoriedade que os bancos tinham de permitir aos agentes fiscais o exame dos registros de contas de depósitos. Para isto, bastaria demonstrar a existência de processo fiscal e declarar que tal documentação era indispensável à investigação em curso. Desta forma, entendo que fica demonstrado que, já em 1964, os bancos estavam obrigados a fornecer à fiscalização documentação a respeito de transações com seus clientes.

Não há como discordar que a expressão “processo instaurado” se refere ao “processo administrativo fiscal”, já que em caso contrário não haveria a necessidade de existirem os parágrafos 5º e 6º do referido diploma legal.

Assim, fica evidenciado que para a Administração Tributária Federal ter acesso a informações relativo às atividades e operações no mercado financeiro e de capitais realizadas pelos contribuintes pessoas físicas e/ou jurídicas, estaria condicionada a observância de certos requisitos, quais sejam: ter processo administrativo fiscal instaurado; que as informações a serem solicitadas fossem indispensáveis e que estas informações não poderiam ser reveladas a terceiros.

Já, por outro lado, em 1966, a Lei nº. 5.172 (Código Tributário Nacional) promoveu alterações no dispositivo acima transcrito, eliminando a exigência de prévia existência de processo. No art. 197 o Código Tributário Nacional dispõe:

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

...

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

Após a edição do Código Tributário Nacional, o Decreto nº. 1.718, de 1979 reforçou a obrigatoriedade que têm as Instituições Financeiras de prestar informações às autoridades fiscais. No art. 2º daquele ato legal foi estabelecido:

“Continuam obrigados a auxiliar a fiscalização dos tributos sob administração do Ministério da Fazenda, ou quando solicitados a prestar informações, os estabelecimentos bancários, inclusive as Caixas Econômicas, os Tabeliães e Oficiais de registro, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, as Juntas Comerciais ou as repartições e autoridades que as substituírem, as Bolsas de Valores e as empresas corretoras, as Caixas de Assistência, as Associações e Organizações Sindicais, as Companhias de Seguros, e demais entidades ou empresas que possam, por qualquer forma, esclarecer situações para a mesma fiscalização.”

Já no comando da Lei nº. 8.021, de 1990, esta obrigatoriedade é mais abrangente incluindo Bolsa de Valores e Assemelhadas, além das Instituições Financeiras, cuja redação diz o seguinte:

“Art. 7º - A autoridade fiscal do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento poderá proceder a exames de documentos, livros e registros das bolsas de valores, de

mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como solicitar a prestação de esclarecimentos e informações a respeito de operações por elas praticadas, inclusive em relação a terceiros.

Art. 8º - Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único - As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º."

Evidente está, diante das normas legais acima transcritas, que as instituições financeiras não podem invocar o dever de sigilo bancário quando da efetivação, por parte da Fazenda Pública, de pedido de informações acerca de um terceiro, existindo processo administrativo fiscal que permita tal solicitação. Não há que se falar, portanto, em quebra do sigilo bancário, uma vez que a autoridade fazendária encontra-se legalmente obrigada a manter os dados recebidos sob sigilo, conforme impõe o parágrafo 6º do artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964.

Os dispositivos legais acima citados, não foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, dão respaldo ao procedimento da fiscalização. Por esta razão, rejeita-se o argumento de que os documentos foram obtidos de forma ilícita. O sigilo bancário, face à farta legislação existente, não pode ser argüido com a finalidade de negar informações ao fisco.

A Lei nº. 8.021, de 1990 revoga, para fins fiscais, a obrigatoriedade das instituições financeiras a conservar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, estabelecido no art. 38 da Lei nº. 4.595, de 1964. Este último dispositivo legal já estabelecia em seus parágrafos 5º e 6º que:

"5º - Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

6º - O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames ser conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente."

Resta claro, portanto, a possibilidade de a administração fazendária solicitar aos estabelecimentos bancários às informações que esses detenham em relação aos contribuintes para os quais exista procedimento fiscal em andamento, sem que seja necessário demonstrar os motivos que conduziram a tal requisição.

Agora sob o comando da Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, esta condição é indiscutível, cuja redação diz o seguinte:

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/10/2012 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 18/10/2012 por NELSON MALLMANN, Assinado digitalmente em 18/10/2012 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 18/10/2012 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA

Impresso em 22/10/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

§ 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.”.

A edição desse dispositivo de lei complementar se fez indispensável, em virtude de divergência interpretativa que havia sido estabelecida acerca do tema, especialmente em face de decisão de uma das Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no qual ficou assentado que o termo “processo”, empregado no artigo 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, se referia a processo judicial e não processo administrativo, que a expressão autoridade competente se referia à autoridade judiciária, não a autoridade administrativo-fiscal.

Cuidou, assim, o preceptivo legal em questão - que revogou expressamente, em seu artigo 13, o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964 -, de cancelar uma exceção à regra do sigilo bancário já prevista na lei anterior, agora com toda a clareza, sem deixar margem à interpretação equivocada ou distorcida, ao declarar expressamente que o processo mencionado é o administrativo; que a autoridade competente, para fins da lei, é a administrativa.

Ora, 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.

Nesse sentido, leia-se a opinião de Bernardo Ribeiro de Moraes, contido no *Compêndio de Direito Tributário*, Ed. Forense, 1a. Edição, 1984, pág. 746:

"O sigilo dessas informações, inclusive o sigilo bancário, não é absoluto. Ninguém pode se eximir de prestar informações, no interesse público, para o esclarecimento dos fatos essenciais e indispensáveis à aplicação da lei tributária. O sigilo, em verdade, não é estabelecido para ocultar fatos, mas sim, para revestir a revelação deles de um caráter de excepcionalidade. Assim, compete à autoridade administrativa, ao fazer a intimação escrita, conforme determina o Código Tributário Nacional, estar diante de processos administrativos já instaurados, onde as respectivas informações sejam indispensáveis."

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.

Da ausência de motivação para uso do extratos

Tal como afirmado pela autoridade recorrida, no caso em tela, não houve qualquer procedimento fiscal executado pela Auditoria Fiscal junto a qualquer instituição financeira. Os extratos bancários que serviram de base para o lançamento foram solicitados pela Fiscalização diretamente ao Contribuinte e por este foram apresentados.

Tratam-se de documentos do próprio sujeito passivo, tornando-se inaplicáveis a este caso concreto, portanto, as normas contidas nos artigos 2º e 3º do Decreto nº 3.724/2001.

Os dados da CPF/M indicaram movimentação financeira acima de R\$ 2.000.000,00 nos anos calendários 2003 e 2004 (fl. 11), motivando o encaminhamento de intimação ao contribuinte para a apresentação de extratos bancários e da comprovação da origem dos depósitos efetuados em suas contas correntes.

Da Ilegitimidade Passiva

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 irreabilidade das imputações feitas. Ausentes esses elementos de prova, resulta procedente o feito fiscal em nome do contribuinte.

Da Presunção 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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (art. 42, caput, da Lei n.º 9.430/1996).

Dos Limites previstos no Art. 42 da Lei. 9.430/96

No que toca aos limites percebe-se da análise dos autos, após já excluído o que foi afastado pelo DRJ que os valores movimentados na conta bancária da recorrente, e que embasaram o lançamento, foram de R\$ 675.990,65 e R\$ 905.803,71, respectivamente nos anos calendários de 2002 e 2003. Desta forma, resta verificar se o procedimento fiscal atentou ao limites disposto na legislação vigente. Para uma correta elucidação acerca deste ponto cabe transcrever os excertos legais pertinentes:

***Art. 42.** Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

*§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, **observado que não serão considerados:***

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). (Alterado pela Lei nº 9.481, de 13.8.97) (grifos postos)

Depreende-se do excerto transcrito que não se pode considerar, para efeitos de determinação da receita omitida, os depósitos individuais iguais e inferiores a quantia de R\$ 12.000,00, desde que o somatório destes não ultrapassem o valor de R\$ 80.000,00.

Com base no quadro de fls. 25 a 83, excluindo-se o valores que a autoridade de primeira instância considerou comprovados, apura-se os valores lançados como omissão depósitos bancários por ano, segregando entre aqueles quais são iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00 e os que são superiores.

Do computo dos mesmos, o depósitos com valores inferiores a R\$12.000,00 são muito maiores do que R\$ 80.000,00 (ou mais do que R\$ 240.000,00, sem o computo do 1/3). Na verdade observa-se que a maioria absoluta dos depósitos é realizado em valores iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00.

Refazendo-se os cálculos, constata-se que ficaram mantidos depósitos no valor de R\$ 199.056,49 e R\$ 296.257,28, respectivamente em 2003 e 2004, que tem valores superiores a R\$ 12.000,00. Tendo em vista que o percentual de participação foi de 1/3, naquelas contas, restou para o contribuinte os valores de R\$ 66.352,16 e R\$ 98.752,43, respectivamente nos anos 2003 e 2004, em depósitos com valores superiores a R\$ 12.000,00. Em suma, do confronto desses valores, com o total de depósitos mantidos após a decisão da DRJ, não resta dúvida que o limite de R\$ 80.000,00 (ou de R\$ 240.000, sem o computo do 1/3) foi superado com folga.

Deste modo não é de se excluir do lançamento os valores de depósitos iguais menores de R\$12.000,00.

Da Inconstitucionalidade das Normas

No referente a suposta inconstitucionalidade das Normas aplicadas, que determinariam a aplicação de multas e juros de natureza confiscatória, acompanho a posição sumulada pelo CARF de que não compete à autoridade administrativa de qualquer instância o exame da legalidade/constitucionalidade da legislação tributária, tarefa exclusiva do poder judiciário.

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

Cabe esclarecer o contribuinte que a falta de recolhimento do tributo ou declaração inexata, apurada em lançamento de ofício, enseja o lançamento da multa de 75%, prevista no art. 44, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não podendo a autoridade lançadora deixar de aplicá-la ou reduzir seu percentual ao seu livre arbítrio. Nestes termos, como a multa de ofício está prevista em disposições literais de lei e como as instâncias julgadoras não podem negar validade a estas disposições, não se pode aqui acatar a alegação da contribuinte. É de se manter, assim, a penalidade de 75%.

Da Inaplicabilidade da Selic como Taxa de Juros

Por fim, quanto à improcedência da aplicação da taxa Selic, como juros de mora, aplicável o conteúdo da Súmula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).

Assim, é de se negar provimento também nessa parte.

No que toca ao questionamento do juros selic sobre a multa de ofício, não acompanho aqueles que entendem oportuno o seu afastamento.

Ante ao exposto, voto por rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

CÓPIA

Voto Vencedor

Conselheira Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Redatora Designada

Em que pese o merecido respeito a que faz jus o Ilustre Relator, peço vênia para dele discordar quanto à incidência da Taxa Selic sobre a multa de ofício.

A incidência dos juros de mora está prevista no art. 61 do Código Tributário Nacional – CTN, *in verbis* (grifei):

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.

Para a devida interpretação do dispositivo acima transcrito é necessário buscar o conceito de “crédito” a partir de outros artigos do mesmo código.

Assim dispõe o art. 113 do CTN:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Depreende do artigo acima transcrito que a obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador que pode ter dois objetos: pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, esta última decorrente da inobservância de uma obrigação acessória. Infere-se, assim, que o conceito de obrigação principal não inclui a multa de ofício vinculada, mas tão somente a multa pelo descumprimento da obrigação acessória.

Dessa forma, uma vez que “O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.” (art. 139 do CTN), este também não abrange a multa de ofício proporcional exigida junto com o tributo ou contribuição. Reforçando nosso entendimento, o art. 161 do CTN deixa claro que os juros serão exigidos “*sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis*”

Entendo, assim, que a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício não encontra amparo na lei complementar.

Resta agora analisar a legislação ordinária que prevê a aplicação da Taxa Selic, transcrevendo-se, inicialmente, o art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996:

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.

O dispositivo acima prevê os acréscimo moratórios (multa e juros de mora) incidentes sobre os débitos decorrentes de tributos e contribuições não pagos nos prazos, ou seja, sobre o valor do principal, que não se confunde com a multa de ofício vinculada. Caso a multa de ofício estivesse incluída no conceito de “débito” estar-se-ia defendendo a incidência de multa de mora sobre multa de ofício, o que não se admite. É cediço que a multa de mora é aplicada tão somente em recolhimentos de tributos e contribuições pagos após o vencimento, efetuados espontaneamente pelo sujeito passivo, enquanto que a multa de ofício é aplicada nos de falta de pagamento apurada em procedimento de ofício. Ademais, a aplicação concomitante das duas multas (de mora e de ofício) é vedada pelo art. 950, §3º, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – RIR/99.

A incidência cumulativa da Taxa Selic está prevista apenas nos casos de lançamento isolado de multa ou juros de mora, nos termos do art. 43 da Lei nº 9.430, de 1996:

Art.43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a 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 do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Conclui-se, assim, que também na legislação ordinária não existe previsão para a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Pelos fundamentos expostos, voto por DAR provimento PARCIAL ao recurso voluntário para excluir a aplicação da Taxa Selic sobre a multa de ofício.

(Assinado digitalmente)

Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/10/2012 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 18/10/2012

por NELSON MALLMANN, Assinado digitalmente em 18/10/2012 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 18/10/2012 por MARIA LUCIA MONIZ DE ARAGAO CALOMINO ASTORGA

Impresso em 22/10/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 10830.012128/2008-62
Acórdão n.º **2202-001.962**

S2-C2T2
Fl. 14

CÓPIA