ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10909.004527/2009-80
CÓPIA

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

Processo nº	10909.004527/2009-80
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2202-003.036 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	12 de março de 2015
Matéria	IRPF
Recorrente	SALEZIO DA SILVA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2007

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTARNº105/2001.

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

NULIDADE - CARÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL - INEXISTÊNCIA

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

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO FISCAL

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

ILEGITIMIDADE PASSIVA

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/201
5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

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

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS - DO ÔNUS DA PROVA

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada (Súmula CARF nº.26).

Rejeitar as preliminares

Recurso negado.

CÓPIA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, QUANTO A PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA POR QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO: Pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar. Vencidos os conselheiros RAFAEL PANDOLFO, PEDRO ANAN JUNIOR e JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado) que acolhiam a preliminar. QUANTO AS DEMAIS PRELIMINARES: Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares. QUANTO AO MÉRITO: Por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Presidente e Relator

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, Rafael Pandolfo, Dayse Fernandes Leite (Suplente Convocada), Jimir Doniak Junior (Suplente Convocado), Pedro Anan Junior, Antonio Lopo Martinez.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/201
5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

Em desfavor do contribuinte, SALEZIO DA SILVA, foi lavrado Auto de Infração decorrente de ação fiscal levada a efeito contra o contribuinte, no qual foi apurado imposto de renda pessoa física no valor de R$ 593.508,42 (quinhentos e noventa e três mil quinhentos e oito reais e quarenta e dois centavos), acrescido de multa de oficio de 75% e juros de mora, referente ao ano-calendário 2006, conforme Auto de Infração e Demonstrativos às fls. 01 e 403 a 410.

Mostra o Auto de Infração e Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal de fls. 330 a 410, que o lançamento fiscal decorreu da constatação de **omissão de rendimentos provenientes de depósitos bancários de origem não comprovada** no valor de R$ 2.161.921,02 (dois milhões cento e sessenta e um mil novecentos e vinte e um reais e dois centavos).

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal:

> *Relata a autoridade fiscal que o contribuinte foi intimado a apresentar os extratos bancários de conta-corrente, aplicações financeiras e cadernetas de poupança, referente a todas as contas, inclusive do Banco HSBC e Banco do Estado do Rio Grande do Sul, de sua • titularidade ou de seus dependentes, mantidas em instituições financeiras situadas no Brasil e no exterior, referente ao ano-calendário 2006.*
>
> *Posteriormente emitiu termo de comparecimento, ocasião em que o contribuinte apresentou cópia de parte de extrato do Banco Banrisul conta n° 35.850174.0-1 e parte do extrato do Banco HSBC conta n° 0139-16740-38, e informou que não tinha como fornecer o restante dos extratos.*
>
> *Por força disso, foi solicitado ao Sr. Delegado da Receita Federal do Brasil em Itajai-SC, a emissão de Requisição de informação sobre a movimentação financeira do fiscalizado, especificamente no ano fiscalizado e que, de posse dos extratos completos, intimou o contribuinte para os termos seguintes, conforme planilha que elaborou, cujos dados constam do Termo de Verificação Fiscal:*
>
> *1. Comprovar, com documentos hábeis e idôneos, a origem dos VALORES CREDITADOS/DEPOSITADOS em sua conta corrente n'39.8501 7.9-8, do Banrisul, Agência 0810, relacionados na tabela 01 abaixo, onde se encontram os 206 créditos relacionados individualizadamente, num total de R$ 442.025,59;*
>
> *2. Comprovar,, com documentos hábeis e idôneos, a origem dos VALORES CREDITADOS/DEPOSITADOS em sua conta corrente n° 16740-38, do HSBC, Agéncia 0139, relacionados na tabela 02 abaixo, onde se encontram os 1093 créditos relacionados índividualizadamente, num total de RS 2.266.815, 99.*
>
> *Assim, com base nos documentos apresentados apurou omissão de rendimentos por depósitos bancários com origem não*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/201
5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

comprovada, citando o art. 42 da Lei n° 9.430, de 27/12/1996, que trata da caracterização da omissão de receita.

Fala que o dispositivo legal autoriza o lançamento do imposto correspondente quando a pessoa física ou jurídica, regularmente intimada. não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Diz que se trata de presunção legal, cujo efeito principal é a inversão do

• ônus da prova no procedimento fiscal, cabendo ao contribuinte o ônus de afastá-la, e que a omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram na conta-corrente, consoante previsão do 42 da Lei n.° 9.430/1996, e se considera ocorrido o fato gerador quando o contribuinte não conseguir comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não havendo, pois, a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova.

Relata que no caso concreto. o § 3° do art. 42 da Lei n° 9.430/1996 estabelece que, para efeito de determinação da receita omitida, os créditos deverão ser analisados individualizadamente, ou seja, cada depósito de origem não comprovada será considerado como receita omitida, de tal sorte que a omissão de rendimentos, em determinado período, deve corresponder à soma de todos os depósitos de origem não comprovada.

Narra que foi solicitado ao contribuinte, através do Termo de Intimação 001 1 comprovar com documentos hábeis e idôneos a origem dos créditos relacionados individualizadamente nas tabelas 01 e 02 daquele Termo, tendo apresentado declaração e cópias dos seguintes documentos: Declaração de firma individual, cartão do CNPJ e DIRPJ • ano-calendário 2006, da empresa Salézio da Silva Pescados; Protestos, renegociação de dívidas (UNIBANCO) e extrato do processo de execução com devedor solvente, todos em nome da empresa Salézio da Silva Pescados; e Extrato da conta corrente do ano de 2006 dos bancos HSBC e Barinsul da pessoa jurídica de Salézio da Silva Pescados.

Cita que, dos documentos apresentados, em especial os extratos do ano de 2006 da conta corrente n° 16255-25 do Banco HSBC da pessoa jurídica de Salézio Silva Pescados, identificou algumas transferências para a conta n° 16740-38 (HBSC) da pessoa física, cujos dados constam da Tabela 001 do Termo de Verificação Fiscal, que se reproduz:

Tabela 001 - Transferência entre contas da PJ para PF

BANCO	CONTA	DATA	DOC	DESCRIÇÃO	VALOR	D/C
HSBC	16740-38	02/02/06	1	TRANSF DISPONIV IMF/0013919	1.500,00	C
HSBC	1625525	02/02/06	1	TRANSF DISPONIV IMF/0013919	-1.500,00	D
HSBC	16740-38	06/02/06	11599	DEP DINHEIRO 011599SCA	1.000,00	C
HSBC	1625525	06/02/06		SAQUE CAIXA AUTOMATICO	-1.000,00	D
HSBC	16740-38	21/02/06	8429	DP BLQ01 HSBC 002462SCA	2.515,00	C
HSBC	1625525	21/02/06		CHEQUE 0003514/554829	-2.515,00	D
HSBC	16740-38	27/03/06	11080	DEP DINHEIRO 011080SCA	1.000,00	C
HSBC	1625525	27/03/06		SAQUE CAIXA AUTOMATICO	-1.000,00	D
HSBC	16740-38	11/05/06	7413	DP BLQ01 HSBC 002462SCA	1.800,00	C
HSBC	1625525	11/05/06		CHEQUE 0003514/690460	-1.800,00	D
HSBC	16740-38	29/08/06	8	TRANSF DISPONIV IMF/0013919	3.000,00	C
HSBC	1625525	29/08/06	1	TRANSF DISPONIV IMF/0013919	-3.000,00	D

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/201
5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Apresentou também tabela com lançamentos a crédito que foram possíveis identificar com transferências entre contas da pessoa física analisadas, dos bancos Banrisul e HSBC, abaixo reproduzida:

Tabela 002 - Transferência entre contas da Pessoa Física - PF

BANCO	CONTA	DATA	DOC	DESCRIÇÃO	VALOR (R$)	D/C
Banrisul	3985017498	09/02/2006	1150	0076-DEP.EM CHEQUE	1.000,00	C
HSBC	16740-38	09/02/2006	5518950	CHEQUE 551895SBC	-1.000,00	D
HSBC	16740-38	14/02/2006	8710	DP BLQ01 BCOS 002462SCA	3.800,00	C
Banrisul	3985017498	14/02/2006	649108	0475-CH.COMPENSADO	-3.800,00	D
HSBC	16740-38	07/04/2006	13872	DP BLQ01 BCOS 002462SCA	4.300,00	C
Banrisul	3985017498	07/04/2006	533550	0475-CH .COMPENSADO	-4.300,00	D
Banrisul	3985017498	01/08/2006	1184	0076-DEP.EM CHEQUE	3.500,00	C
HSBC	16740-38	01/08/2006	6151200	CHEQUE 615120SBC	-3.500,00	D
Banrisul	3985017498	17/10/2006	1104	0076-DEP.EM CHEQUE	3.000,00	C
HSBC	16740-38	17/10/2006	8253680	CHEQUE 825368SBC	-3.000,00	D

Relata os argumentos apresentados pelo contribuinte, no qual diz ser o proprietário da Empresa Salézio Pescados Ltda; que foi alvo de crise financeira nos anos 2003 a 2006 e para evitar penhora de seus recursos financeiros da empresa, passou a movimentar os recursos desta na sua conta de pessoa física; que os valores de R$ 442.025,59 e R$ 2.266.815,99 correspondem a receita bruta da operação de comércio varejista de pescado, na condição de empresário individual; que deve prevalecer a verdade material e se considerar como receita omitida da pessoa jurídica.

Refutou os argumentos do contribuinte, aduzindo que entre os documentos apresentados somente nos extratos da pessoa jurídica foi possível identificar algumas transferências e que a simples alegação de se tratar de receita da pessoa jurídica, não permite que sejam excluídos, uma vez que devem ser comprovados com documentação hábil e idônea, fato não ocorrido.

Elaborou planilha relacionando os créditos não comprovados da conta corrente n° 39.85017.9-8 do Banrisul, Agência 0810, e conta corrente 16740-38 do HSBC, Agência 0139, que correspondem à caracterização da omissão de rendimentos, consoante • disposição do § 4°, art. 42, da Lei n° 9.430 /96, que totaliza o valor de R$ 2.161.921,02 (fls. 363 a 398).

Pelo fato da conduta caracterizar, em tese, crime contra a ordem tributária, houve Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP).

O contribuinte tempestivamente apresentou impugnação de fls. 41 3 a 425. Alega que é empresário individual, titular do estabelecimento SALEZIO DA SILVA PESCADOS ME, com nome fantasia "Comércio de Pescados Silva", Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) n° 00.305.831/0001-71, tendo como atividade econômica principal à exploração do comércio varejista de pescados.

Entende que o lançamento do crédito tributário efetuado não merece prosperar, uma vez que deveria ser tributada a pessoa jurídica e que a conta bancária da pessoa física foi utilizada para movimentar recursos provenientes da sua Firma Individual (SALEZIO DA SILVA PESCADOS ME).

Diz que o lançamento é nulo por erro na identificação do sujeito passivo, posto que deveria a tributação ser na pessoa jurídica.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/201
5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Aduz que não exerce paralelamente exploração de qualquer outra atividade econômica ou profissional, nem tampouco figura como sócio de outra sociedade empresária, tendo por única fonte de rendimentos sua e de sua família a exploração do comércio varejista de pescados.

Fala que a empresa foi alvo de uma grave crise financeira nos anos de 2003 a 2006, levando-a quase que inteiramente à ruína, fazendo-a suportar inúmeras ações de execução e protesto e que, diante da negativação temporária do crédito da pessoa jurídica, passou a utilizar a sua conta particular para fins de controle, recebimento e pagamento de toda as operações de compra e venda de pescados realizados através de sua firma individual.

Desta feita, considera que os valores creditados/depositados em sua conta corrente n° 39.85017.9-8(R$ 442.025,59) do Banrisul, Agência 0810, e, conta corrente no 16740-38 (R$ 2.266.815,99) do HSBC, Agência 0139, correspondem à receita bruta proveniente da exploração, pelo fiscalizado, na condição de empresário individual, cujos depósitos, de origem não comprovada, devem ser tomados como omissão de receitas imputável à empresa individual.

Colaciona julgados do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda , que trata de omissão de receitas de pessoa física, que deveria ser tributada na pessoa jurídica.

Cita que, consoante a verdade material orientadora do processo administrativo fiscal, no princípio da razoabilidade, proporcionalidade e capacidade contributiva, os valores creditados/depositados em sua conta corrente, cujas origens não restaram comprovadas mediante documentação hábil e idônea, deveriam ter sido consideradas como receita omitida da firma individual

Narra que, ainda que se faça vistas grossas para o inequívoco fato de que a ação fiscal foi patrocinada pela irregular quebra do sigilo bancário da empresa-autuada, o lançamento efetuado tomou como único e exclusivo elemento de convicção as cópias dos extratos bancários, que, por si só, não constituem fato presuntivo de riqueza configurador da hipótese de incidência do IRPF, e não se constituem elementos seguros de convicção ou começo de prova razoável, à medida que podem corresponder a meros ingressos financeiros a título precário, temporariamente no caixa da empresa, sem trazer-lhe qualquer incremento patrimonial.

Apresenta jurisprudência do Conselho de contribuintes do Ministério da Fazenda, tratando de depósitos ou movimentação bancária, que afastam a caracterização da omissão.

Diz que não pode prosperar a pretensa inversão do ônus da prova nos moldes pretendidos pelo Fisco, uma vez que sua atividade é plenamente vinculada, consoante disposto nos arts. 3° e 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (CTN), situação em que o lançamento requer prova segura da ocorrência da hipótese de incidência do IRPF, cumprindo à fiscalização o dever de realizar as inspeções necessárias à obtenção dos elementos de convicção e certeza, indispensáveis à constituição do crédito tributário e que, em caso dúvida sobre os elementos em que se baseou o lançamento,. qual seja, tributação

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

na pessoa física ou jurídica, a exigência fiscal não pode prosperar, por ser mais gravosa, sendo o caso da aplicação do disposto no art. 112 do CTN.

Reforça a insubsistência do lançamento, tomado por base exclusiva em extratos ou depósito bancários, desacompanhados de concreto e seguro elemento de convicção da comprovação do nexo causal entre os depósitos e o fato que represente omissão de rendimentos.

Aduz, ainda, que a autoridade administrativa não fez prova da efetiva utilização de tais numerários como renda efetivamente consumida pelo contribuinte e o conseqüente incremento patrimonial apto a justificar a incidência do IRPF.

Por fim requer o provimento da impugnação, para afastar o lançamento face à nulidade por erro de sujeito passivo, falta de comprovação do nexo causal entre os depósitos bancários de origem não comprovada e quaisquer fatos estereótipos de riqueza do contribuinte, capazes de indicar, ainda que presumidamente, que houve a disponibilidade jurídica e econômica dos rendimentos tidos como omitidos, indispensáveis à configuração da hipótese de incidência do Imposto de Renda, tal como disposto no art. 43 do CTN.

A DRJ julgou o impugnação improcedente, nos termo da ementa a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

Ano-calendário: 2006

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. CARACTERIZAÇÃO.

Caracterizam omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, quando a contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, e de forma individualizadas, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

TRIBUTAÇÃO PESSOA JURÍDICA E FÍSICA. ERRO DE SUJEITO PASSIVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. FALTA DE PROVA. NULIDADE AUSENTE.

Não padece de nulidade o lançamento do imposto de renda feito na pessoa física, quando o contribuinte, não comprova, com documentação hábil e idônea, ser a receita pertencente à pessoa jurídica da qual é titular.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado, o contribuinte, se mostrando irresignado, apresentou o Recurso Voluntário, reiterando os argumentos da impugnação:

- Preliminarmente da universalidade de direitos e obrigações que constitui o patrimônio da pessoa física e jurídica;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/201
5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- Da nulidade do lançamento – Erro na identificação do Sujeito Passivo

- Da natureza das operações, que não refletem variação patrimonial;

- Dos depósitos bancários em conta de titular de firma individual irrazoabilidade de se presumir não decorrentes da exploração da atividade econômica desempenhada pelo empresário individual.

Esta Turma de Julgamento em Julho de 2013, converteu o processo em diligência. No caso concreto inferiu-se conforme documentos de fls. 47 a 81, que a conta bancária do HSBC Agência 0139/ Itajai , Conta corrente 16.740-38, seriam conta conjunta com a Sra. RUTE ARCENO DA SILVA. Razão pela qual voto no sentido de ser convertido em diligência para que a repartição de origem tome as seguintes providencias:

1) Para que a autoridade fiscal se manifeste se a conta do HSBC / Ag. 0139/ CC. 16740-38 seria conta conjunta do Recorrente com a Sra. RUTE ARCENO DA SILVA ao longo de todo o ano calendário de 2006;

2) Propicie-se vista ao recorrente dessa manifestação da autoridade fiscal, para se pronunciar, com prazo de 10 dias, querendo. Após vencido o prazo, os autos deverão retornar a esta Câmara para inclusão em pauta de julgamento.

Em informação fiscal, a autoridade administrativa se pronuncia indicando não existir qualquer elemento que respalde o argumento de que a conta seria conjunta.

Ao ser cientificado do resultado, o contribuinte não se pronuncia do resultado da diligência.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/201
5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

CÓPIA

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 n° 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. 1 ° 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;*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/201
5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 6° 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,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/201
5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 Ilegimidade 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 n° 9.430/1996. Verificada a ocorrência de depósitos bancários cuja origem não foi devidamente comprovada pelo contribuinte, é certa também a ocorrência de omissão de rendimentos à tributação, cabendo ao contribuinte o ônus de provar a irrealidade das imputações feitas. Ausentes esses elementos de prova, resulta procedente o feito fiscal em nome do contribuinte.

Da Preliminar de Nulidade

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

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

Entendo que não procede a alegação de que a defesa teria sido prejudicada. Uma vez que isso não impediu que o contribuinte apresenta-se ampla defesa suscitando vários pontos.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/201
5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

Da presunção de omissão baseada em depósitos bancários

O lançamento fundamenta-se em depósitos bancários. A presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do sujeito passivo, em instituições financeiras, ou seja, pelo artigo 42 da Lei n° 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 n° 9.430/1996. Tal dispositivo outorgou ao Fisco o seguinte poder: se provar o fato indiciário (depósitos bancários não comprovados), restará demonstrado o fato jurídico tributário do imposto de renda (obtenção de rendimentos).

Assim, não cabe ao julgador discutir se tal presunção é equivocada ou não, pois se encontra totalmente vinculado aos ditames legais (art. 116, inc. III, da Lei n.º 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN). Nesse passo, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal que, de modo inequívoco, estabelece a presunção legal de omissão de receita ou de rendimento sobre os valores creditados em conta de depósito mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (art. 42, caput, da Lei n.º 9.430/1996).

É inadmissível aceitar alegações quando desacompanhadas de provas. Assim, a ocorrência do fato gerador decorre, no presente caso, da presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei n° 9.430/1996. Verificada a ocorrência de depósitos bancários cuja origem não foi

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/201
5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

Apreciando as razões de votar da autoridade recorrida às fls. 562 (do e-processo), não encontro qualquer reparo a ser realizado, de modo que o acompanho na integra:

> *No caso dos autos em apreço, os depósitos bancários pertencem à conta da pessoa física do contribuinte, a quem cabe fazer a prova de sua origem, com documentos hábeis e idôneos, conforme mandamento legal e, sendo assim, não há como afastá-los da tributação na pessoa física, quando instada a comprová-los, não o faz.*
>
> ***Em que pese a alegação de ter a empresa passado por situação financeira grave, fato que segundo diz, movimentou os valores da pessoa jurídica em sua conta bancária de pessoa física, deve ser revestida da prova individualizada das entradas/saídas de tais recursos, não provado, como já relatado pela autoridade fiscal.***

Complementa a autoridade fiscal de primeira instância fls 567:

> *Não cabe à autoridade administrativa fazer prova da efetiva utilização de dos numerários como renda efetivamente consumida e o conseqüente incremento patrimonial apto a justificar a incidência do IRPF, como pretendeu o impugnante. O que se tem aqui é a previsão legal da omissão de rendimentos, apontados em depósitos bancários, e não cabe perquirir, por desnecessário, qual rumo ou fim o contribuinte deu aos valores, uma vez que a lei não determina tal proceder para caracterizar a ocorrência do fato gerador do imposto de renda.*
>
> *Ainda, no tocante à pretendida aplicação ao caso, das disposições do art. 112 do CTN, tenho por inaplicáveis. O dispositivo legal em comento trata da aplicação da norma para os casos duvidosos. Nos presentes autos o lançamento fiscal não se ressente de temeridade na imputação da exigência à pessoa física, notadamente na expressa disposição da Lei n° 9.430/96 alhures colacionada.*

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.*

Das Contas Conjuntas

No que toca ao argumento de que a conta seria conjunta, não há como acolher os argumentos da recorrente, uma vez que não há provas de que as mesma tenham mais que um titular. Nos documentos fornecidos pelas Instituição Financeira, não indica a existência de conta conjunta. Inclusive o extrato com ficha cadastral e o extrato completo.

Veja o que indica a autoridade lançadora, não tendo sido questionado pelo recorrente:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/201
5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

1) Conforme consta no Termo de Verificação fiscal (Fl.356) o contribuinte apresentou parte dos extratos do banco HSBC (fls. 48 a 82), em razão disto foi solicitado Requisição de informação sobre a movimentação financeira do fiscalizado – RMF (0920600/2009.00028-9), ao banco HSBC, solicitando, além dos extratos bancários completos, os dados cadastrais da conta do contribuinte e instrumento de procuração outorgando poderes para terceiros movimentar a conta-corrente (Fl. 149).

2) Na resposta enviada pelo banco (fl. 152) informou que no ano-calendário de 2006 consta a conta nº 0139/16740-38 em nome do contribuinte. Informado ainda em não existe procuração outorgando poderes para terceiros movimentarem a sua conta corrente.

3) Entre os documentos enviados pelo banco consta a ficha cadastral, onde não faz qualquer menção a trata-se de conta conjunta, e muito menos informa o nome de um possível segundo titular, pelo contrário, informa apenas o contribuinte como responsável pela conta (fl.153).

4) Por fim, o extrato completo da conta corrente (fls. 154 a 199), enviado pelo banco, consta apenas o nome do contribuinte.

Das Provas nos Autos

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/201
5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 questiona o entendimento exarado pela autoridade fiscal. Entretanto, embora tenha se transcorrido um longo período desde que tomou conhecimento do relatório não demonstrou os seus argumentos.

Ademais, cabe a recorrente por força da presunção legal, compete a ela provar a natureza especifica 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).

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

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 07/04/2015 por ANTONIO LOPO MARTINEZ, Assinado digitalmente em 07/04/201
5 por ANTONIO LOPO MARTINEZ
Impresso em 10/04/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA