



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

Processo nº 10920.002873/2004-61
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2102-003.145 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de novembro de 2014
Matéria IRPF - Depósitos bancários
Recorrente ANAIR CONTI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2001, 2002

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. REGULARIDADE.

É legal o procedimento fiscal embasado em documentação obtida mediante quebra do sigilo bancário, quando efetuada com base e estrita obediência ao disposto na Lei Complementar nº 105 e Decreto nº 3.724, ambos de 2001.

EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF nº 2, publicada no DOU, Seção 1, de 22/12/2009)

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. IRRETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174, DE 2001.

O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente. (Súmula CARF nº 35 - Portaria MF nº 383 DOU de 14/07/2010)

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. TITULARIDADE.

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, Portaria MF nº 383 DOU de 14/07/2010)

MULTA QUALIFICADA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. (Súmula CARF nº 25, Portaria MF nº 383 DOU de 14/07/2010)

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso, para reduzir o percentual da multa de ofício de 150% para 75%.

Assinado digitalmente

JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS – Presidente.

Assinado digitalmente

NÚBIA MATOS MOURA – Relatora.

EDITADO EM: 10/11/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alice Grecchi, Bernardo Schmidt, Carlos André Rodrigues Pereira Lima, José Raimundo Tosta Santos e Núbia Matos Moura. Ausente momentaneamente a Conselheira Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti.

Relatório

Contra ANAIR CONTI foi lavrado Auto de Infração, fls. 953/959, para formalização de exigência de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (IRPF), relativa aos anos-calendário 2000 e 2001, exercícios 2001 e 2002, no valor total de R\$ 1.240.330,22, incluindo multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, e juros de mora, estes últimos calculados até 31/03/2005.

A infração apurada pela autoridade fiscal, detalhada no Auto de Infração e no Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal, fls. 962/1000, foi omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada.

A infração decorreu, no ano-calendário 2000, de créditos efetivados em contas bancárias mantidas em conjunto com seu esposo, Antonio Conti (Banespa 0159-01-002566-5, Banco Safra 000.338-3 e Unibanco 150030-2) e de uma conta individual, mantida no Banco Itaú (0154 532220-0).

Durante um período do procedimento fiscal, compreendido entre 04/02/2004 e 10/08/2004, a contribuinte buscou comprovar que a origem dos valores creditados na conta mantida junto ao Banco Itaú seriam provenientes de distribuição de lucros. Contudo, em 10/08/2004 informou que houve erro na prestação dos esclarecimentos anteriores e que os créditos da referida conta-corrente não eram de sua propriedade e sim da empresa Delmonego & Cia Ltda, da qual é sócia. Nesse contexto, a autoridade fiscal solicitou da contribuinte a comprovação da nova alegação e diante dos documentos apresentados terminou por excluir da tributação os valores de R\$ 35.711,66 e R\$ 2.710,89, nos anos-calendário 2000 e 2001, respectivamente, conforme discriminado na Tabela 14 do Termo Verificação e Encerramento de Ação Fiscal.

A multa de ofício foi aplicada na sua forma qualificada, no percentual de 150%, em razão de a autoridade fiscal ter concluído pelo evidente intuito de fraude.

Inconformada com a exigência, a contribuinte apresentou impugnação, e a autoridade julgadora de primeira instância julgou procedente o lançamento, conforme Acórdão DRJ/SPOII nº 07-14.781, de 05/12/2008, fls. 1044/1055.

Cientificada da decisão de primeira instância, por via postal, em 12/01/2009, Aviso de Recebimento (AR), fls. 1058, a contribuinte apresentou, em 02/02/2009, recurso voluntário, fls. 1064/1044, no qual traz as alegações a seguir resumidas:

Erro de sujeição passiva – Após afirmar em sua impugnação que Anair Conti é casada com Antonio Conti e que é funcionária administrativa na empresa do seu marido Delmonego & Cia Ltda, disse que os valores depositados em suas contas bancárias não tinham outra origem senão cheques e numerário originários das atividades da referida empresa.

Para corrigir o erro, a Delmonego retificou sua declaração de rendimentos e incluiu referida movimentação bancária da recorrente, em suas receitas, pagando o respectivo imposto.

Convicta da verdade, mas sem o tempo necessário para prová-lo, requereu na impugnação uma perícia, justamente para garantir à recorrente o amplo direito de defesa.

Nulidade do lançamento. Irretroatividade da norma e o direito à intimidade - Em hipótese alguma poderia a autoridade fiscal, como fez, mesmo que amparado em lei, exigir informações e dados relativos à pessoa da recorrente sem a sua expressa autorização ou de uma autoridade judicial.

Primeiro, porque a vigência da LC 105, de 10 de janeiro de 2001, como fundamento para a obtenção da movimentação financeira do contribuinte, sem sua autorização e sem a autorização do Judiciário, é posterior aos fatos geradores relativos ao ano de 2000 objeto do Auto de Infração.

Segundo, porque a Constituição só admite o acesso a dados do cidadão com ordem judicial e ainda assim somente para investigação criminal ou instrução processual penal.

Portanto, a partir do momento que a autoridade fiscal obteve da instituição financeira a movimentação bancária da contribuinte, mesmo se valendo da LC

105/2001, fraudou de forma grotesca, a Constituição e o direito sagrado do contribuinte.

Multa agravada. Intuito de fraude – A recorrente esclareceu que os depósitos tiveram origem na empresa Delmonego e foram sacados para pagamentos de contas da mesma empresa, cujos valores foram objeto de retificação de sua declaração e pagamento dos tributos devidos.

As provas obtidas pelo Fisco o foram ao arrepio da Constituição, portanto são ilícitas, e eventual ação ou omissão delas decorrentes não se sujeitam a nenhuma penalidade, muito menos agravada.

Portanto não há que se falar em pena agravada por intuito de fraude.

Conforme Despacho, de 05/09/2012, fls. 1076/1077, o julgamento do recurso voluntário apresentado pela contribuinte foi sobrestado em razão do disposto no art. 62-A, *caput* e parágrafo 1º, do Anexo II, do RICARF. Todavia, referido parágrafo 1º foi revogado pela Portaria MF nº 545, de 18 de novembro de 2013, de sorte que retoma-se o julgamento do recurso voluntário.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Núbia Matos Moura, relatora

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

De imediato, deve-se apreciar a alegação da contribuinte de nulidade do lançamento. Segundo entende a defesa, a quebra do sigilo bancário somente é possível mediante ordem judicial e a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, como fundamento para a obtenção da movimentação financeira do contribuinte, sem sua autorização e sem a autorização do Judiciário, não se aplica aos fatos geradores relativos ao ano de 2000.

Impõe-se registrar que a utilização dos dados da Contribuição Provisória da Movimentação Financeira (CPMF), bem como a utilização dos extratos bancários, obtidos junto às instituições financeiras, nas quais a contribuinte possuía movimentação financeira, nos exercícios sob fiscalização, se fez com supedâneo no § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, alterado pela Lei nº 10.174, de 9 de janeiro de 2001 e no art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, da mesma data.

Não se vislumbra, portanto, qualquer irregularidade no ato administrativo adotado, mas em um procedimento legal que objetivou viabilizar o ato fiscalizatório, estando devidamente amparado pela legislação em vigor.

Por outro lado, importa dizer que não há previsão expressa na Constituição Federal quanto ao sigilo bancário, advindo tal tese da interpretação doutrinária e jurisprudencial dada à matéria. Uma vez existente o comando expresso, em lei ordinária e complementar, autorizando o exame de informações bancárias, deve ser acatado e utilizado pelo Fisco, pois não cabe aos agentes públicos, questionarem a constitucionalidade da lei vigente mediante juízos subjetivos, dado o Princípio da Legalidade que vincula a atividade administrativa.

Cite-se, por oportuno, a Súmula CARF nº 2, abaixo transcrita, cujo enunciado registra o entendimento de que este colegiado está impedido de examinar a constitucionalidade de leis tributárias:

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

Já no que concerne à irretroatividade, embora a defesa se refira ao art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, há de se concluir que sua insurgência seja contra a irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001, que autorizou o uso das informações bancárias, para fins de apuração do imposto de renda devido.

Contudo, tal dispositivo legal (Lei nº 10.174, de 2001) não criou ou instituiu nova hipótese de incidência tributária, mas, de fato, apenas ampliou os critérios de investigação, possibilitando a instauração de procedimento administrativo e lançamento com

base em informações prestadas por instituições financeiras. Ao suprimir a vedação existente no art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, a Lei nº 10.174, de 2001, apenas concedeu novos poderes de investigação ao Fisco, sendo certo que essa legislação aplica-se aos fatos ocorridos anteriormente ao início de sua vigência, por força do que dispõe o § 1º do art. 144 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN).

Outrossim, importa observar que este é entendimento exarado na Súmula CARF nº 35, a seguir transcrita:

Súmula CARF nº 35: O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente (Portaria MF nº 383 DOU de 14/07/2010)

Nestes termos, afasta-se as alegações da defesa, no que concerne à quebra do sigilo bancário e à irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001.

Prosseguindo-se, deve-se apreciar a alegação da defesa de que os valores movimentados em suas contas bancárias seriam recursos pertencentes à pessoa jurídica Delmonego & Cia Ltda, da qual seu esposo é sócio.

Nesse sentido, importante ressaltar que o parágrafo 5º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, introduzido pelo art. 58 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, somente admite a mudança da sujeição passiva para pessoa não titular da conta bancária quando devidamente provado que os valores creditados pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa.

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

Por oportuno, traz-se a Súmula CARF nº 32, que traduz o entendimento deste Colegiado sobre o tema:

Súmula CARF nº 32: 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.

Assim, a simples alegação da contribuinte de que os valores movimentados em suas contas-correntes pertenciam à pessoa jurídica Delmonego & Cia Ltda não basta. Determinada a inversão do ônus da prova pelo art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, é de responsabilidade exclusiva da contribuinte comprovar suas alegações.

A contribuinte afirma no recurso que referida empresa teria procedido à retificação de suas declarações para incluir a movimentação bancária da recorrente, em suas receitas, pagando o respectivo imposto. Todavia, tal alegação carece de comprovação, posto que não consta dos autos nenhum elemento de prova da existência das alegadas retificações, tampouco, há nos autos cópias de DARF de pagamentos realizados em decorrência das

aeventadas retificações.

Nesse ponto, importante esclarecer que somente a retificação das declarações da pessoa jurídica, desacompanhadas de provas inequívocas de que os créditos efetivados nas contas bancárias de titularidade da contribuinte tenham como origem recursos pertencentes à pessoa jurídica Delmonego & Cia Ltda, não seriam suficientes para o cancelamento do lançamento. Ou seja, para elidir o lançamento é imprescindível que se demonstre a origem dos créditos havidos nas contas bancárias examinadas. Sem tal comprovação deve o lançamento ser mantido, nos termos em que consubstanciado no Auto de Infração.

Diga-se, ainda, que labora contra a contribuinte o fato de durante o procedimento fiscal ter inicialmente afirmado que a origem dos créditos ocorridos em suas contas seriam provenientes de lucros distribuídos e depois modificado sua versão para imputar a titularidade das contas bancárias investigadas para a Delmonego, sendo certo que ambas as alegações não foram devidamente comprovadas.

Nesse aspecto, destaque-se que o pedido de perícia, formulado pela contribuinte, com o objetivo de demonstrar sua alegação de uso de suas contas pela pessoa jurídica, não pode ser concedido, posto que o ônus da prova no caso da presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, é da contribuinte. Por oportuno, deve-se dizer que o procedimento fiscal, que culminou com o lançamento, de que ora se cuida, iniciou-se em 04/02/2004 e até a presente data, novembro de 2014, a contribuinte não foi capaz de produzir as provas de suas alegações, sendo certo que não pode proceder a alegação de exíguo prazo para demonstração da origem dos recursos investigados.

No que se refere à qualificação da multa de ofício, contra a qual a contribuinte se insurge, deve-se aplicar o disposto na Súmula CARF nº 25, abaixo transcrita:

Súmula CARF nº 25 - A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64

Nestes termos, incabível a qualificação da multa de ofício, mormente quando se observa que a autoridade fiscal não esclareceu no Auto de Infração ou no Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal de forma direta e objetiva quais as razões que conduziram à qualificação da multa de ofício, limitando-se a afirmar que houve o evidente intuito de fraude.

Ante o exposto, voto por afastar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, DAR PARCIAL provimento ao recurso, para reduzir o percentual da multa de ofício de 150% para 75%.

Assinado digitalmente

Núbia Matos Moura - Relatora

Processo nº 10920.002873/2004-61
Acórdão n.º **2102-003.145**

S2-C1T2
Fl. 1.085

CÓPIA