

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

Processo nº 10980.723652/2009-20
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-002.563 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de outubro de 2014
Matéria IRPF
Recorrente SANDIR FRANCISCO BEZERRA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2004, 2005, 2006

IRPF. DEPÓSITO BANCÁRIO. FATO GERADOR. SÚMULA CARF Nº 38.

O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário.

DECADÊNCIA.

Nas hipóteses de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, por expressa ressalva legal disposta no § 4º do art. 150 do CTN, a regra para contagem do prazo decadencial será aquela estabelecida pelo art. 173, inciso I.

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATRIBUIÇÃO DO JUDICIÁRIO. SÚMULA Nº 02 DO CARF.

O controle da constitucionalidade das leis pertence ao Poder Judiciário, de forma difusa ou concentrada, não cabendo ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) negar vigência à norma emanada do Poder Legislativo sob pena de invasão indevida de um poder na esfera de competência exclusiva do outro.

SIGILO BANCÁRIO. ACESSO A INFORMAÇÕES FINANCEIRAS. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

A Autoridade Tributária pode, com base na Lei Complementar nº 105/01, à vista de procedimento fiscal instaurado e presente a indispensabilidade do exame de informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, solicitar destas referidas informações, prescindindo-se da intervenção do Poder Judiciário.

IRPF. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracteriza omissão de rendimentos a existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação a qual o titular, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Não ilide a omissão de rendimentos a simples indicação da origem sem a comprovação de que o valor não configura uma disponibilidade econômica para fins de IRPF, ou que a disponibilidade econômica dos depósitos já fora oferecida à tributação, seja na Declaração de Ajuste Anual correspondente, seja exclusivamente na fonte, ou ainda de que estar amparada por isenção.

IRPF. OPERAÇÃO EM BOLSA DE VALORES. RENDA VARIÁVEL.

Os ganhos auferidos em operações praticadas em bolsas de valores não são tributados com base na sistemática do ganho de capital.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. SÚMULA Nº 2 DO CARF.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar as multas nos moldes que a legislação as instituiu.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Assinado Digitalmente

MARIA HELENA COTTA CARDOZO - Presidente.

Assinado Digitalmente

NATHÁLIA MESQUITA CEIA - Relatora.

EDITADO EM: 27/10/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARIA HELENA COTTA CARDOZO (Presidente), GERMAN ALEJANDRO SAN MARTÍN FERNÁNDEZ, GUILHERME BARRANCO DE SOUZA (Suplente convocado), FRANCISCO MARCONI DE OLIVEIRA, NATHALIA MESQUITA CEIA, EDUARDO TADEU FARAH. Ausente, justificadamente, o Conselheiro GUSTAVO LIAN HADDAD.

Relatório

Por meio do Auto de Infração (de fls. 1.600 e seguintes) lavrado em 09/12/2009 exige-se do Contribuinte - **SANDIR FRANCISCO BEZERRA** - o montante de R\$ 2.206.880,72 de imposto sobre a renda da pessoa física (IRPF), R\$ 1.157.966,06 de juros de

mora e R\$ 3.310.321,02 de multa de ofício qualificada, totalizando um crédito tributário de R\$ 6.675.167,80 (atualizado até a data da autuação) referente aos anos calendário 2004, 2005 e 2006 decorrente de: **(i)** Omissão de Ganhos Líquidos no Mercado de Renda Variável – Operações Comuns e **(ii)** Omissão de Rendimentos Caracterizada por Depósito Bancário com Origem não Comprovada.

O Relatório Fiscal (fls. 1.574 e seguintes) relata:

- O Contribuinte em resposta ao Termo de Intimação Fiscal que questionou os valores transitados em sua conta bancária informou que exercia atividade de “corretor autônomo de investimentos”, onde recebia os valores em sua conta corrente e, posteriormente, efetuava a compra de ações, por conta e ordem de terceiros que eram, efetivamente, os investidores e, por conseguinte, proprietários dos numerários que estavam depositados em sua conta corrente. O Contribuinte informou nomes de alguns remetentes dos valores creditados em suas contas bancárias, porém sem comprovar essa afirmação. Também não comprovou que esses valores pertencem às pessoas informadas, tendo sido, pois, a elas devolvidos, inclusive com os acréscimos decorrentes de aplicações financeiras intermediadas pelo Contribuinte.
- A fiscalização solicitou que o Contribuinte apresentasse prova do alegado em resposta à intimação. A fiscalização de posse da documentação bancária, obtida por meio de Requisição de Movimentação Financeira (RMF) encaminhou-se aos remetentes e/ou beneficiários que puderam ser identificados Termo de Intimações para que esclarecessem e comprovassem a que título efetuaram os depósitos e/ou receberam os pagamentos ao Contribuinte.
- O Sr. Farnezio Surrage respondeu às intimações (fls. 1.463/1.467 e 1.469/ 1.472) declarando que os “clientes” do Contribuinte autorizavam-no a depositar em sua conta corrente os pagamentos de suas operações, os quais, posteriormente, eram transferidos pelo Sr. Farnezio para a conta bancária do Sr. Sandir (fls. 1.468 e 1.473).
- A Sra. Elisângela Mireider respondeu à intimação declarando que dos valores constantes na planilha reconhece apenas quatro transferências. Declarou também que essas transações são devolução de valores que o Contribuinte depositou em sua conta corrente para seu próprio benefício, pois apenas emprestou sua conta corrente e fez aplicações que o Contribuinte solicitou.
- Os demais intimados responderam que não conhecem o Contribuinte e que, muitas vezes, permitiram que conhecidos, em dificuldades financeiras, movimentassem valores em suas contas bancárias (fls. 1.505, 1.535, 1.539, 1.543, 1.547/1.548, 1.555/1.560).
- O Contribuinte informou que: **(i)** as transações financeiras (aplicações) eram realizadas exclusivamente em nome de terceiros, **(ii)** não possui registro dessas operações, uma vez que nenhuma das partes fornecia recibos, **(iii)** recebia comissão de 0,5% a 1% sobre os valores negociados para aquisição das ações, **(iv)** inexistem operações aplicadas com contas corrente de terceiros e **(v)** não exerceu outra atividade profissional no período. Ainda, apresentou planilhas com informação adicionais sobre as remessas e destino dos numerários e seus respectivos titulares, e cópia do RGA.
- A CVM informou que o Contribuinte está desde 31/08/2002 impedido de distribuir e intermediar quaisquer valores mobiliários, atividade que própria do Agente Autônomo de Investimentos (fls. 636/645).

- O Contribuinte intimado a apresentar os resumos de apuração de ganhos de renda variável, demonstrativos de corretagem e comprovantes de pagamentos do imposto incidentes sobre os ganhos obtidos nos anos de calendário de 2004 e 2005. O Contribuinte não atendeu à intimação.

- A fiscalização requisitou à Petra – Personal Trader CTVM todos os documentos relacionados à movimentação financeira do Contribuinte na corretora, cuja resposta encontra-se às fls. 1.049/1201. Da análise dos documentos relativos à conta 6561-3, mantida pelo Contribuinte na corretora Petra em nome de Sra. Elisângela Mireider, encaminhou-se ao Contribuinte Termo de Constatação e de Intimação Fiscal de fls. 1.373 que demonstra que este utilizou de contas bancárias e conta de investimento mantidas em nome da pessoa física da Sra. Elisângela Mireider para realizar depósitos e aplicações financeira de valores de sua titularidade e em seu benefício. Assim, uma vez que o Contribuinte era o verdadeiro titular da conta, os valores dos ganhos de renda variável pela venda de ações apurados pela fiscalização lhe foram atribuídos, e conjuntamente intimou-o a comprovar a origem dos depósitos, que uma vez não comprovados também lhe foram imputados tendo em vista ser o efetivo titular e único beneficiário dos valores recebidos.

- No tocante à apuração de Ganhos em Renda Variável, a fiscalização efetuou, individualmente, para cada ativo o cálculo dos ganhos para depois efetuar a consolidação desses dados, compensando-se os prejuízos obtidos em um mês com os ganhos obtidos nos meses seguintes (fls. 1.452/1.453). Verificou-se inconsistência nos dados da corretora uma vez que utiliza para a apuração dos resultados o regime de competência, assim utiliza-se a data do pregão. A fiscalização utilizou a data da liquidação (regime de caixa). A fiscalização considerou que a conta que a Sra. Elisângela Mireider junto a corretora é de efetiva titularidade do Contribuinte e, por isso, considerou a movimentação dessa conta como sendo do Contribuinte (efetivo titular e beneficiário).

- Em relação à apuração da Omissão de Rendimentos por Depósito Bancário Sem Origem Comprovada, o Contribuinte não comprovou a origem dos depósitos efetuados em suas contas, nas contas de suas empresas e nas contas da Sra. Elisângela Mireider, cujos depósitos foram imputados como seus.

- A fiscalização qualificou a multa de ofício com base no art. 71 da Lei nº 4.502/64 diante do evidente intuito de sonegação. O dolo, como todo elemento subjetivo, é insuscetível de comprovação material, devendo ser afirmado ou negado a partir da observação das circunstâncias do fato. O pensamento pode ser manifestado e, até confessado, mas, é da exteriorização que se infere a natureza interna da conduta. Já que não se pode devassar o foro interno, deduz-se a intenção dolosa do agente quando as circunstâncias externas (meios empregados, relação entre o resultado e a ação, motivos averiguados, conduta do agente antes, durante e depois do fato etc) indicarem que esse (o Contribuinte) não podia ter deixado de querer o resultado, que, no caso presente, é a redução ou exclusão dos tributos. Assim, tendo a conduta reiterada do Contribuinte, desde 2004, no sentido de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, uma vez que se utilizou de conta bancária de terceiros, inclusive conta de investimentos, para realizar movimentações financeiras, à margem da tributação, as quais não foram declaradas em suas declarações de imposto de renda dos exercícios 2005, 2006 e 2007.

O Contribuinte tomou ciência no próprio corpo do Auto de Infração em 10/12/2009 (fls. 1.601), tendo apresentado Impugnação (de fls. 1.615 e seguintes) em 11/01/2010, na qual trouxe as seguintes alegações:

• Informa que exercia atividade de “corretor autônomo de investimentos”, com registro na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, que consiste na “*distribuição e mediação de valores mobiliários, conforme definição estabelecida pela Instrução 255 e 356, ambas da CVM, em vigor na época do exercício da profissão pelo contribuinte*” e “*atuava no chamado ‘Mercado de Balcão’ como agente autônomo de investimentos (pessoa física), que nada mais é do que um ‘intermediário financeiro’, que possui conhecimentos de economia, do próprio mercado financeiro, de ativos e títulos mobiliários, entre outros, ou seja, profissional capacitado para atuar no ramo*”. Recebia, “*pelos serviços prestados, comissão pela negociação destas ações, e que girava, em média, para cada uma delas, no pagamento do percentual de 0,5% (meio por cento) 1% (um por cento) do valor global negociado*”. Informa que “*a compra de ações ou debêntures era realizada através da conta-corrente do contribuinte, pois esta a emprestava ao investidor que, por sua vez, realizava a remessa de dinheiro para a conta do recorrente que, na melhor ocasião (depois da análise de índices do mercado, realizava as compras dos títulos em nome destes terceiros, mas jamais em seu próprio nome*”. Muitas vezes, esses recursos de terceiros eram mantidos em aplicações financeiras, à espera do melhor momento para aquisição dos ativos. Acrescenta que não houve registro dessas operações “*porque, nesta espécie de transação, os terceiros adquirentes (investidores) dificilmente fornecem ou apanham recibo da negociação, muitas vezes por medo de sofrerem, eventualmente, qualquer espécie de fiscalização*”.

• Aduz “*que as informações relativas às contas-correntes já fornecidas (instituição financeira, agência, número de conta), entre outros dados foram devidamente repassadas a esta fiscalização. Contudo, até o presente momento, nenhuma instituição financeira tratou de fornecer as informações solicitadas, sendo certo que a fiscalização poderia ter aguardado esta produção da prova em favor do ora contribuinte-recorrente. Além disso, seguiram em anexo planilhas com informações adicionais a respeito das remessas e destino dos numerários e seus respectivos titulares, lembrando que tais informações concentram-se, num primeiro momento, na movimentação relativa somente ao ano de 2003*”. Esclarece que “*muitas das informações a respeito das remessas e/ou devolução de dinheiro feitas a terceiros (investidores) foram solicitadas às instituições financeiras onde o contribuinte possuía conta-corrente, pois não há condições de detectar, sem informação do próprio banco, que destino (titularidade) tiveram algumas operações realizadas por meio de cheque, por exemplo*”, e não houve oportunidade para a produção dessas provas, “*pois dependia de informações prestadas por terceiros, especialmente instituições financeiras*”, tendo protocolado junto a elas “*requerimentos de informações a respeito das transações bancárias realizadas no período fiscalizado, de modo que com a greve dos bancários que atingiu todo o país no último semestre de 2008, tais informações estavam para serem fornecidas pelos bancos ao contribuinte*”. Explica que “*até a presente data, mesmo instadas as instituições financeiras a fornecer referidas informações, o contribuinte não as obteve para que fossem fornecidas à fiscalização*”.

• Alega que a quebra do sigilo bancário prevista na Lei Complementar nº 105/01 é inconstitucional, pois a Constituição “*deixa clara a necessidade de prévia ordem judicial*”. Agrega que a “*constituição sopesou os princípios do interesse público, dever de solidariedade, capacidade contributiva, igualdade, privacidade, reserva jurisdicional e segurança jurídica de maneira extremamente ponderada, motivo pelo qual a Lei Complementar 105/2001 que fere cabalmente o artigo 5º, sendo estes pois, os sucintos motivos que autorizam, portanto, a imediata reforma do auto de infração impugnado, devendo ser reconhecida a completa ilegalidade da quebra do sigilo bancário do contribuinte-recorrente*”.

- Aduz a decadência “sobre todas as exigências anteriores a dezembro de 2004”, seja pelo artigo 150, §4º, ou pelo artigo 173, ambos dispositivos do Código Tributário Nacional (CTN).

- Contesta a multa de ofício aplicada, por ser abusiva e ferir os princípios constitucionais da capacidade contributiva, da não utilização de tributo com efeito de confisco e o princípio da legalidade tributária. Aduz que a aplicação de multa em percentual acima do “*permitido pelo artigo 61, da Lei nº 9.430, de 27.12.96, por si só já fere explicitamente, dentre outros, o princípio da legalidade*”. Esse limite seria de 20% e o valor cobrado de 75% corresponde a “*praticamente o dobro da exigência fiscal*” em evidente efeito de confisco, devendo ser anulado o auto de infração.

- Em referência à apuração dos ganhos em renda variável, discorre sobre o mercado de renda variável e os vários tipos de ativos e operações que lhe são próprios e afirma que a autuação está equivocada, “*pois o ganho líquido obtido com a venda das ações em mercado de balcão deve ser tratado como ganhos de capital para efeitos fiscais, o que, por si só, já anula, de pleno direito, o auto de infração*”. Afirma que “*a fiscalização não demonstrou, no auto de infração lavrado, como utilizou a realização deste cálculo, pois consignou que teria se baseado, para apuração do ganho líquido, a diferença positiva entre o valor da alienação do ativo e seu custo de aquisição, segundo a média ponderada dos custos unitários. Contudo, não fundamentou se este cálculo teria sido baseado dentro do período de um mês, conforme estabelece a IN SRF n. 25*”. Acrescenta que também não teria constado a alíquota utilizada como base para a autuação, que deveria ser a aplicável a ganhos de capital e não de ganhos em renda variável. Aduz que a partir de 01/01/2005 há retenção de imposto na fonte de 0,005% (cinco milésimos por cento), que pode ser compensado com o imposto devido sobre o ganho de capital, e isso sequer foi mencionado no auto de infração. Conclui que “*os ganhos obtidos pelo contribuinte com as operações realizadas exclusivamente no mercado de balcão, como de fato ocorreram todas, jamais poderiam ter sido tratadas na qualidade de apuração de ganhos em renda variável, mas, sim, como ganhos de capital, conforme defendido, o que anula, por completo, o auto de infração ora impugnado*”.

- Alega que a informação fornecida pela Corretora PETRA de que contas de terceiros eram de fato administradas pelo Contribuinte não deve prevalecer. Complementa que não mantinha qualquer ingerência sobre a referida conta mantida pela Sra. Elizângela Mireider perante a Corretora PETRA e como tais contas são individuais e personalíssimas, argumenta que não haveria como ele administrá-las. Assim, pede que o ganho líquido apurado nas contas da Sra. Elizângela Mireider não lhe seja atribuído.

A 4ª Turma da DRJ/CTA na sessão de 13/04/2010 pelo Acórdão 06-16.134, de fls. 1.647 e seguintes, julgou parcialmente procedente a Impugnação, para excluir do crédito tributário os valores de imposto de renda retido dos ganhos de renda variável (à alíquota de 0,005%) , nos seguintes termos:

DECADÊNCIA. GANHOS DE RENDA VARIÁVEL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Não havendo o contribuinte pago o imposto devido, nem declarado os ganhos de renda variável, no lançamento de ofício o termo inicial do prazo decadencial é contado do primeiro dia do exercício seguinte ao que poderia o fisco ter feito o lançamento (CTN, art. 173, I).

DECADÊNCIA. RENDIMENTOS SUJEITOS À DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL.

O fato gerador do imposto de renda em relação aos rendimentos sujeitos à declaração de ajuste anual ocorre em 31 de dezembro; quando não declarados, para efeito de lançamento de ofício, o termo inicial do prazo decadencial é contado do primeiro dia do exercício seguinte ao que poderia o fisco ter feito o lançamento (CTN, art. 173, I).

MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. OBTENÇÃO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

A autoridade administrativa pode requisitar informações sobre a movimentação financeira do contribuinte, diretamente à instituição bancária, independentemente de autorização judicial, quando haja procedimento fiscal em curso e os exames se mostrem imprescindíveis à atividade de fiscalização.

OMISSÃO DE RENDIMENTO. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430 de 1996.

A presunção legal de omissão de receitas, prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo, excluindo-se os valores comprovados.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. GANHOS LÍQUIDOS NO MERCADO DE RENDA VARIÁVEL.

Incide o imposto de renda mensal sobre os ganhos líquidos auferidos na compra e venda de ações em Bolsa de Valores.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. DOLO.

É dolosa a conduta reiterada de omitir rendimentos tributáveis em montante muito superior aos submetidos ao ajuste anual, ocultando movimentação financeira e operações em bolsas de valores mediante a utilização de contas em nome de interposta pessoa.

SUSTENTAÇÃO ORAL. PRIMEIRA INSTÂNCIA DE JULGAMENTO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

O rito estabelecido em lei para o julgamento do lançamento impugnado, em primeira instância, não prevê a sustentação oral.

O Contribuinte foi notificado do Acórdão pelo AR de fls. 1.670 em 23/06/2010, vindo apresentar Recurso Voluntário em 30/07/2010, reafirmando os termos expostos na Impugnação.

Pela Resolução nº 2202-000.359, de 17/10/2012, às fls. 1.708, a 2ª Turma Ordinária/2ª Câmara da Segunda Seção do CARF decidiu sobrestar o Processo Administrativo Tributário com base no art. 62-A, §1º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, uma vez que o presente tema encontra-se em sede de Recurso Repetitivo no Supremo Tribunal Federal (STF) através do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, de 22/10/2009, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral, nos termos do art. 543-A, §1º, do CPC, combinado com art. 323, §1º, do Regimento Interno do STF, no que diz respeito à constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, no tocante ao fornecimento de informações sobre a movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial, assim como a aplicação retroativa da Lei nº 10.174/01, que alterou o art. 11, §3º da Lei nº 9.311/96, e possibilitou que as informações obtidas, referentes à CPMF, também pudessem ser utilizadas para apurar eventuais créditos relativos a outros tributos, no tocante a exercícios anteriores a sua vigência.

Posteriormente a Portaria MF nº 545/13 revogou os dispositivos que determinavam o sobrestamento dos autos nos termos já referidos possibilitando o prosseguimento do feito.

É o relatório.

Voto

Conselheira Nathália Mesquita Ceia.

O recurso é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

I. DAS PRELIMINARES

I.1. Da Decadência

O Contribuinte aduz a decadência “*sobre todas as exigências anteriores a dezembro de 2004*”, seja pelo artigo 150, §4º, ou pelo artigo 173, ambos dispositivos do Código Tributário Nacional (CTN).

A análise acerca da decadência deve ser apreciada sob 02 (dois) aspectos, tendo em vista que há lançamento com fundamento em omissão de rendimentos em face de depósitos bancários de origem não identificada e também, lançamento com base em imposto de renda devido sobre ganhos líquidos no mercado de renda variável.

I.1.1. Omissão de Rendimentos - Depósitos de Origem não Identificada

O imposto lançado em razão de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada é considerado antecipação do imposto de renda devido, cujo fato gerador se aperfeiçoa em 31 de dezembro de cada ano.

O referido entendimento já se encontra pacificado na Súmula do CARF nº 38:

Súmula CARF nº 38: O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário.

No caso em questão verifica-se que o primeiro período apurado no lançamento refere-se ao ano calendário de 2004 (01/01/2004 a 31/12/2004) e o Contribuinte pleiteia justamente a decadência dos períodos lançados anteriormente a dezembro de 2004, por entender que o fato gerador do imposto de renda é mensal.

Entendo que o pleito do Contribuinte em relação à preliminar de decadência do lançamento com fundamento na omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada deve ser rejeitada, pois o fato gerador do imposto de renda referente ao ano calendário de 2004 ocorreu em 31/12/2004. Logo, considerando a norma mais benéfica da decadência para o Contribuinte, que seria o art. 150, § 4º do CTN, o termo para contagem do prazo decadencial se inicia em 01/01/2005, em que contados 05 (cinco) anos, tem-se que o término do prazo decadencial se opera em 31/12/2009. Assim, como o Contribuinte foi cientificado do lançamento em 10/12/2009, não restou configurada a decadência.

I.1.2. Ganhos Líquidos no Mercado de Renda Variável

Em relação ao lançamento do imposto com fundamento nos ganhos líquidos no mercado de renda variável, aqui, se verifica uma forma distinta de apuração do imposto de renda. Isso porque o imposto devido sobre os ganhos líquidos no mercado de renda variável não representa antecipação do imposto, sujeita ao ajuste na Declaração do Imposto de Renda da Pessoa Física, mas representa sim, pagamento do imposto de forma definitiva, sem sujeição ao ajuste anual.

Nessas situações, conforme se pode observar no § 2º do art. 3º da Lei nº 7.713/88, o fato gerador só se completa ao término de cada mês, ou seja, tem-se um fato gerador periódico. Contudo, o que se modifica, em relação aos rendimentos sujeitos ao ajuste anual, é o intervalo de tempo, que no caso da tributação definitiva, é mensal.

Desta feita, como o primeiro período apurado no lançamento refere-se ao ano calendário de 2004 (01/01/2004 a 31/12/2004) e tendo em vista que o Contribuinte foi notificado da autuação em 10/12/2004, o Contribuinte pleiteia a decadência do lançamento referente aos meses anteriores a dezembro de 2004.

Pois bem. Para fins de aplicação da contagem do prazo decadencial disposta no art. 150, § 4º do CTN é necessário que: **(i)** tenha ocorrido pagamento do imposto na modalidade autuada e **(ii)** não haja qualificação da multa de ofício.

Compulsando os autos, verifica-se que o houve recolhimento a título de 0,005% sobre os ganhos líquidos de renda variável auferidos pelo Contribuinte, recolhimentos inclusive reconhecidos pelo Acórdão recorrido. Desta feita, resta comprovado o pagamento de imposto sobre os ganhos de renda variável para o ano calendário de 2004.

Desta feita, em princípio, o requisito de pagamento de imposto para fins de aplicação do disposto no art. 150, § 4º do CTN restaria atendido. Entretanto, no presente lançamento houve qualificação da multa de ofício, fato que atrai a aplicação do art. 173, I do CTN.

Tendo em vista que o Contribuinte não se insurge quanto à qualificação da multa de ofício, esta resta mantida, devendo ser aplicado, para fins de cálculo da decadência o art. 173, I do CTN.

Assim, entendo que o pleito do Contribuinte não deve ser acolhido, pois a contagem do prazo decadencial deve se iniciar a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, tendo em vista que não restou comprovado pagamento de imposto da modalidade autuada para o ano calendário de 2004.

Logo, como os fatos geradores autuados ocorreram nos meses de janeiro a dezembro de 2004, o primeiro dia do exercício seguinte é 01/01/2005, tendo o término do prazo decadencial ocorrido em 01/01/2010.

Preliminar rejeitada.

I.2. Quebra do Sigilo Bancário - LC nº 105/01

O Contribuinte alega que a quebra do sigilo bancário prevista na Lei Complementar nº 105/01 é inconstitucional, pois a Constituição “*deixa clara a necessidade de prévia ordem judicial*”. Agrega que a “*constituição sopesou os princípios do interesse público, dever de solidariedade, capacidade contributiva, igualdade, privacidade, reserva jurisdicional e segurança jurídica de maneira extremamente ponderada, motivo pelo qual a Lei Complementar 105/2001 que fere cabalmente o artigo 5º, sendo estes pois, os sucintos motivos que autorizam, portanto, a imediata reforma do auto de infração impugnado, devendo ser reconhecida a completa ilegalidade da quebra do sigilo bancário do contribuinte-recorrente*”.

Em que pese a argumentação do Contribuinte, já é posição consolidada nos tribunais administrativos o entendimento de que a arguição de inconstitucionalidade de lei não deve ser objeto de apreciação na esfera administrativa, a menos que já exista manifestação do Supremo Tribunal Federal, uniformizando a matéria questionada.

No Processo Administrativo Federal tal matéria já foi pacificada pelo Enunciado nº 02 da Súmula do CARF:

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

A referida Súmula decorreu das reiteradas decisões da presente Corte administrativa com base imediata no parágrafo único do art. 4º do Decreto nº 2.346/97:

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

- I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;
- II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;
- III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;
- IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O fundamento constitucional está na atribuição, com exclusividade, conferida pela Constitucional da República ao STF de guarda da Constituição, através do controle concentrado e difuso previstos no art. 102 da CRFB/88:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Na criação do controle difuso da constitucionalidade das leis a Carta Magna, no Capítulo pertinente ao Poder Judiciário, estabelece no art. 97, a reserva de plenário para matéria constitucional, possibilitando, assim, a apreciação, pelos demais órgãos judiciais (outros que não o STF) a matéria constitucional. Dispositivo semelhante não se encontra seja no capítulo pertinente ao Poder Executivo seja no Capítulo pertinente à Administração Pública:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Neste diapasão resta esclarecido que o controle da constitucionalidade das leis pertence ao Poder Judiciário, de forma difusa ou concentrada, não cabendo ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) negar vigência à norma emanada do Poder Legislativo sob pena de invasão indevida de um poder na esfera de competência exclusiva do outro.

Isso posto, diante da atividade plenamente vinculada a qual está jungida a Administração Tributária, seja quanto a cobrança do tributo (art. 3º do CTN), seja quanto procedimento de lançamento do fato gerador (art. 142 do CTN), é poder dever da presente Corte Administrativa aplicar a legislação vigente ao tempo do fato gerador sob pena de responsabilidade funcional.

Por decorrência, a Autoridade Tributária não só pode, como deve, com base no art. 6º da LC nº 105/01, à vista de procedimento fiscal instaurado e presente a indispensabilidade do exame de informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, solicitar destas referidas informações, prescindindo-se da intervenção do Poder Judiciário:

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 os referentes 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.”

Neste contexto, havendo previsão legal e procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelo órgão fiscal tributário não constitui quebra do sigilo bancário, mas de mera transferência de dados protegidos às autoridades obrigadas a mantê-los no âmbito do sigilo fiscal.

Preliminar rejeitada.

II. DO MÉRITO

II.1. Depósitos Bancários – Comprovação da Origem

O Contribuinte informa que exercia atividade de “corretor autônomo de investimentos”, com registro na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, que consiste na “distribuição e mediação de valores mobiliários, conforme definição estabelecida pela Instrução 255 e 356, ambas da CVM, em vigor na época do exercício da profissão pelo contribuinte” e “atuava no chamado ‘Mercado de Balcão’ como agente autônomo de investimentos (pessoa física), que nada mais é do que um ‘intermediário financeiro’, que possui conhecimentos de economia, do próprio mercado financeiro, de ativos e títulos mobiliários, entre outros, ou seja, profissional capacitado para atuar no ramo”. Pondera que recebia, “pelos serviços prestados, comissão pela negociação destas ações, e que girava, em média, para cada uma delas, no pagamento do percentual de 0,5% (meio por cento) 1% (um por cento) do valor global negociado”. Informa que “a compra de ações ou debêntures era realizada através da conta-corrente do contribuinte, pois esta a emprestava ao investidor que, por sua vez, realizava a remessa de dinheiro para a conta do recorrente que, na melhor ocasião (depois da análise de índices do mercado, realizava as compras dos títulos em nome destes terceiros, mas jamais em seu próprio nome”. Muitas vezes, esses recursos de terceiros eram mantidos em aplicações financeiras, à espera do melhor momento para aquisição dos ativos. Acrescenta que não houve registro dessas operações “porque, nesta espécie de transação, os terceiros adquirentes (investidores) dificilmente fornecem ou apanham recibo da negociação, muitas vezes por medo de sofrerem, eventualmente, qualquer espécie de fiscalização”.

Aduz ainda “que as informações relativas às contas-correntes já fornecidas (instituição financeira, agência, número de conta), entre outros dados foram devidamente repassadas a esta fiscalização. Contudo, até o presente momento, nenhuma instituição financeira tratou de fornecer as informações solicitadas, sendo certo que a fiscalização poderia ter aguardado esta produção da prova em favor do ora contribuinte-recorrente. Além disso, seguiram em anexo planilhas com informações adicionais a respeito das remessas e destino dos numerários e seus respectivos titulares, lembrando que tais informações concentram-se, num primeiro momento, na movimentação relativa somente ao ano de 2003”. Esclarece que “muitas das informações a respeito das remessas e/ou devolução de dinheiro feitas a terceiros (investidores) foram solicitadas às instituições financeiras onde o contribuinte possuía conta-corrente, pois não há condições de detectar, sem informação do próprio banco, que destino (titularidade) tiveram algumas operações realizadas por meio de cheque, por exemplo”, e não houve oportunidade para a produção dessas provas, “pois dependia de informações prestadas por terceiros, especialmente instituições financeiras”, tendo protocolado junto a elas “requerimentos de informações a respeito das transações bancárias realizadas no período fiscalizado, de modo que com a greve dos bancários que atingiu todo o país no último semestre de 2008, tais informações estavam para serem fornecidas pelos bancos ao contribuinte”. Explica que “até a presente data, mesmo instadas as instituições financeiras a fornecer referidas informações, o contribuinte não as obteve para que fossem fornecidas à fiscalização”.

Conforme se verifica da defesa do Contribuinte, há explicação da origem dos recursos, porém até o presente momento o Contribuinte não logrou êxito em comprovar que os valores auferidos (depósitos) decorrem da atividade de corretor autônomo e são pertencentes a terceiros. A prova cabe a quem a alega. Assim, com vistas a ter a origem dos depósitos comprovada é necessário que o Contribuinte apresente prova hábil e idônea, não sendo suficientes meras alegações.

Cabe destacar que para o presente processo não é relevante a comprovação ou não do exercício da atividade de corretor autônomo de investimentos pelo Contribuinte. Isso porque a autuação questiona a origem dos depósitos em contas bancárias do Contribuinte.

Assim, se tais depósitos tiveram como origem negócios/relações relativos à atividade de corretor autônomo de investimentos, o Contribuinte tem por obrigação comprovar por meio de documentação hábil e idônea a natureza dos depósitos. Ou seja, se são relacionados à corretagem, repasses a clientes, resgates, dentre outros.

Ou melhor, não se pretende que o Contribuinte prove o exercício da atividade de corretor autônomo de investimentos, se espera que o Contribuinte comprove por meio de documentação hábil e idônea que os depósitos efetuados em sua conta bancária tiveram origem, podendo ser essa origem negócios/relações inerentes à atividade de corretor autônomo de investimentos ou não.

Ademais, o próprio Contribuinte como corretor autônomo de investimentos deveria manter em sua guarda todos os comprovantes das operações praticadas em nome de terceiros com vistas a aferir a margem que lhe seria assegurada pela prestação dos serviços de corretor.

Portanto, mesmo que comprovado o exercício da atividade de corretor autônomo de investimentos pelo Contribuinte, tal fato não é o bastante para afastar o lançamento, tendo em vista que resta necessária a comprovação da origem dos depósitos efetuados em suas contas bancárias com correlação de datas e valores.

Ademais, as argumentações quanto à escassez de tempo para produção das referidas provas, bem como o fato de as mesmas já terem sido solicitadas às instituições financeiras e que a greve do setor bancário acabou por prejudicar a produção das mesmas, não socorrem o Contribuinte diante do lapso temporal já decorrido. Isso significa que desde a autuação em dezembro de 2009 até a data de hoje (outubro de 2014), passados 05 (cinco) anos, a prova não conseguiu ser produzida.

Assim, entendo que não cabe amparo ao pleito do Contribuinte.

II.2. Dos Ganhos de Renda Variável – Base de Cálculo

O Contribuinte alega que em referência à apuração dos ganhos em renda variável, a autuação está equivocada, *“pois o ganho líquido obtido com a venda das ações em mercado de balcão deve ser tratado como ganhos de capital para efeitos fiscais, o que, por si só, já anula, de pleno direito, o auto de infração”*. Afirma que *“a fiscalização não demonstrou, no auto de infração lavrado, como utilizou a realização deste cálculo, pois consignou que teria se baseado, para apuração do ganho líquido, a diferença positiva entre o valor da alienação do ativo e seu custo de aquisição, segundo a média ponderada dos custos unitários. Contudo, não fundamentou se este cálculo teria sido baseado dentro do período de um mês, conforme estabelece a IN SRF n. 25”*. Acrescenta que também não teria constado a alíquota utilizada como base para a autuação, que deveria ser a aplicável a ganhos de capital e não de ganhos em renda variável. Conclui que *“os ganhos obtidos pelo contribuinte com as operações realizadas exclusivamente no mercado de balcão, como de fato ocorreram todas, jamais poderiam ter sido tratadas na qualidade de apuração de ganhos em renda variável, mas, sim, como ganhos de capital, conforme defendido, o que anula, por completo, o auto de infração ora impugnado”*.

De acordo com o Contribuinte os ganhos obtidos pelas operações realizadas junto a CTVM Petra referem-se à venda de ações em mercado de balcão e como tal devem ser tributados como ganho de capital e não como ganhos renda variável. Entretanto, a fiscalização entendeu que as ganhos obtidos pelas operações realizadas pelo Contribuinte tratam-se de operações praticadas no mercado à vista e no mercado a termo e representam ganhos de renda variável, devendo ser tributados como tal.

Assim, verifica-se que a discordância entre a fiscalização e o Contribuinte reside na natureza da operação que está sendo praticada, se em mercado de balcão ou se operações no mercado à vista e a termo.

Mercado de balcão compreende todas as distribuições, compra e venda de ações realizadas fora da bolsa de valores. É onde são fechadas operações de compra e venda de títulos, valores mobiliários, *commodities* e contratos de liquidação futura, diretamente entre as partes ou com a intermediação de instituições financeiras, mas tudo fora das bolsas. Nesse tipo de operação somente os participantes conhecem os termos do contrato, que podem ser completamente adequados às necessidades específicas de cada parte. As particularidades de cada contrato dificultam sua negociação posterior, sendo comum os participantes manterem essas posições em suas carteiras até o vencimento. Outro problema é a liquidez. O fato das negociações serem realizadas fora das bolsas torna mais difícil a revenda dos papéis.

Pois bem. Conforme se verifica da definição acima, o mercado de balcão compreende as operações realizadas fora da bolsa de valores. Contudo, de acordo com os extratos de corretagem apresentados pela PETRA – Personal Trader CTVM Ltda. (fls. 1.051 a 1.202), bem como pela carta apresentada pelo responsável da PETRA (Sr. Edilberto Pereira – fl. 1051), verifica-se que o Contribuinte realizou operações em bolsas de valores e não no mercado de balcão.

Assim, acertado o enquadramento da fiscalização da tributação com base nos ganhos líquidos de renda variável, não havendo que se cogitar a aplicação da tributação do mercado de balcão (ganho de capital).

Da alegação do Contribuinte no sentido de que a fiscalização não demonstrou, no Auto de Infração, como realizou o cálculo do tributo, entendo que a mesma não deve prevalecer. Isso porque, conforme se depreende das fls. 1579, 1580 e 1581 há o detalhamento da forma que o ganho foi apurado para cada modalidade de mercado. Além disso, a fiscalização anexou planilhas demonstrativas dos cálculos efetuados (fl. 1.585).

Em relação à argumentação do Contribuinte acerca da ausência de explicitação da alíquota aplicável, também entendo que não merece prosperar, pois o Auto de Infração (fl. 1.592) demonstra a alíquota de 20% autuada sobre os ganhos apurados para o ano calendário de 2004 e de 15% para os anos calendário de 2005 e 2006 (fls. 1.595 e 1.597).

II.3. Dos Ganhos de Renda Variável – Movimentação de Contas de Terceiros

O Contribuinte alega que a informação fornecida pela Corretora PETRA de que contas de terceiros eram de fato administradas pelo Contribuinte não deve prevalecer. Complementa que não mantinha qualquer ingerência sobre a referida conta mantida pela Sra. Elizângela Mireider perante a Corretora PETRA e como tais contas são individuais e personalíssimas, argumenta que não haveria como ele administrá-las. Assim, pede que o ganho líquido apurado nas contas da Sra. Elizângela Mireider não lhe seja atribuído.

Compulsando-se os autos, verifica-se que não apenas a Corretora PETRA admitiu que o Contribuinte administrava a conta da Sra. Elizângela Mireider, mas a própria também relatou à fiscalização que “emprestou” sua conta corrente para utilização em benefício próprio do Contribuinte e fez aplicações que o Contribuinte solicitou. A Sra. Elizângela Mireider também informou que mantém andamento judicial em face do Contribuinte acerca das quantias que o mesmo depositava em sua conta bancária (fls. 1.577).

Desta feita, considerando a prova produzida nos autos, entendo que há indícios para concluir que a conta em nome da Sra. Elizângela Mireider mantida na Corretora PETRA de fato era administrada pelo Contribuinte e que o mesmo se beneficiava dos rendimentos e investimentos ali mantidos. Logo, os ganhos auferidos em razão das operações mantidas nessa conta devem ser imputados ao Contribuinte.

II.4. Da Multa de Ofício

O Contribuinte se insurge contra o percentual de 75% referente à multa de ofício, compreendendo que a exigência de uma penalidade em percentual tão alto equivale a confisco. Complementa que neste aspecto, é de se analisar que ainda que tal penalidade seja prevista em lei vigente, o fato desta norma opor-se a CRFB, que veda o confisco, já é motivo bastante para impedir sua validade. Acrescenta que a referida norma fere também os princípios constitucionais da capacidade contributiva, da não utilização de tributo com efeito de confisco e o princípio da legalidade.

Inicialmente, cabe destacar, como já havia apontado o Acórdão recorrido, a multa de ofício que é de 75%, foi qualificada passando para o percentual de 150%. Entretanto, o Contribuinte apenas se insurge quanto ao percentual de 75% da multa de ofício, não impugnando a sua qualificação.

A análise do art. 44 da Lei nº 9.430/96 perpassa pela ponderação da constitucionalidade dos referidos dispositivos em face do art. 150, IV da CRFB e do princípio constitucional implícito da razoabilidade:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;
(...)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

Conforme já destacado acima, em observância à Súmula do CARF nº 2, a presente Corte não possui atribuição para análise da constitucionalidade da legislação.

Neste contexto, diante da atividade plenamente vinculada a qual está jungida a Administração Tributária, seja quanto a cobrança do tributo (art. 3º do CTN), seja quanto ao procedimento de lançamento do fato gerador (art. 142 do CTN), é poder dever da presente Corte administrativa aplicar a legislação vigente ao tempo do fato gerador sob pena de responsabilidade funcional.

Neste sentido, em face de norma expressa que indica a aplicação da multa de ofício no percentual de 75% e de 150% em caso de qualificação, a multa de ofício lançada deve ser mantida.

Conclusão

Diante do exposto, oriento meu voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente
Nathália Mesquita Ceia