



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

Processo nº	12898.000525/2010-57
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	2202-003.756 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de	04 de abril de 2017
Matéria	IRPF
Recorrente	NESTOR SILVIO SOARES MAGANINHO
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2005, 2006, 2007

NULIDADE DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade a autuação que seja lavrada por autoridade competente, com observância ao art. 142, do CTN, e arts. 10 e 59, do Decreto nº 70.235/72, contendo a descrição dos fatos e enquadramentos legais, permitindo ao contribuinte o pleno exercício do direito de defesa, mormente quanto se constata que o mesmo conhece a matéria fática e legal e exerceu, com lógica e nos prazos devidos, o seu direito.

Não há requisitos de forma que impliquem nulidade de modo automático e objetivo. Alegada eventual irregularidade cabe à autoridade julgadora verificar se tal implicou efetivo prejuízo à defesa do contribuinte. Daí falar-se do princípio da informalidade do processo administrativo.

LEI COMPLEMENTAR Nº 105 de 2001. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS AO FISCO. PROCEDIMENTO FISCAL.

A Constituição Federal de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitessem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu, na sessão de 24.02.2016, o julgamento conjunto de cinco processos (ADIs 2397, 2386, 2389, 2390, 2397 e 2406) que questionavam dispositivos da Lei Complementar nº 105 de 2001, entendendo que a Receita Federal pode receber dados bancários de contribuintes, fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial.

IRPF. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

O prazo decadencial conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre, inexistindo declaração prévia do débito, ou ainda quando se verifica a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Esse é o entendimento do STJ, no Recurso Especial nº 973.733/SC (2007/01769940), julgado em 12 de agosto de 2009, que teve o acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC de 1973.

MULTA QUALIFICADA. APLICAÇÃO.

Súmula CARF nº 34 (VINCULANTE): Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430, DE 1996.

Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO. TITULARIDADE. DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. RENDIMENTOS TRIBUTÁVEIS DECLARADOS. LIMITES. PESSOAS FÍSICA.

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.

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.

Súmula CARF nº 38 (VINCULANTE): 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.

O montante de rendimentos tributados na declaração de ajuste anual somente deve ser excluído dos valores creditados em conta de depósito e tributados a título de presunção para o respectivo ano calendário quando plausível admitir que transitaram pela referida conta, estando assim abrangidos nos depósitos objetos de tributação (Acórdão CSRF 9202-004.286, de 19/07/2016).

Súmula CARF nº 61: Os depósitos bancários iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), cujo somatório não ultrapasse R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) no ano-calendário, não podem ser considerados na

presunção da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, no caso de pessoa física.

Não se pode considerar que esses limites sejam tomados em cada conta corrente do contribuinte, ou, no caso, na conta corrente de sua titularidade e na conta corrente em que se constatou a interposição de terceiro, separadamente. Mantendo-se o lançamento em relação à conta corrente que estava em nome de terceiro, o somatório dos valores anuais relativos aos créditos inferiores a R\$ 12.000,00, ultrapassa R\$ 80.000,00.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa – Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcio Henrique Sales Parada - Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Dílson Jatahy Fonseca Neto, Martin da Silva Gesto, Cecília Dutra Pillar e Marcio Henrique Sales Parada.

Relatório

Adoto como relatório, em parte, aquele elaborado pela Autoridade Julgadora de 1^a instância (fl. 384), complementando-o ao final:

Trata o presente processo de crédito tributário constituído por meio do Auto de Infração de fls. 255 a 265, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, exercícios 2005 a 2007, anos calendário 2004 a 2006, no valor total de R\$ 2.276.407,39 (dois milhões, duzentos e setenta e seis mil, quatrocentos e sete reais e trinta e nove centavos), sendo:

Imposto R\$ 783.988,80

Juros de Mora (calculados até 31/03/2010) R\$ 316.435,40

Multa proporcional R\$ 1.175.983,19

A Fiscalização apurou omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada. O enquadramento legal se encontra à fl. 259.

A ação fiscal está descrita no Termo de Verificação Fiscal de fls. 199 a 254, no qual a Fiscalização informa, em apertada síntese:

- a presente auditoria complementa a fiscalização realizada inicialmente em Ademir Souza Santos, em razão de demanda externa, no interesse do Ministério Público Federal e Delegacia de Repressão aos Crimes Fazendários, que solicitou a fiscalização dos sócios da empresa Space Games Participações e Empreendimentos Ltda, sob investigação por estar supostamente sendo utilizada como fachada para lavagem de dinheiro de jogos de azar no bairro de Bangu;*
- constatou-se que o Sr. Ademir de Souza Santos foi utilizado como interposta pessoa na titularidade da conta corrente nº 1733/102102-8 do Unibanco, não tendo o efetivo controle dessa conta bancária, nem o controle da empresa Space Games;*
- o Sr. Ademir, ao ser questionado sobre a referida movimentação financeira declarou por escrito, em resposta a termo de intimação, que os depósitos feitos em sua conta bancária pertenciam ao Sr. Carlos Frederico D'Avilla Portella, o qual utilizava a conta para compensar seus cheques;*
- foi aberta diligência no Sr. Carlos Frederico, encerrada com a constatação de que ele já havia falecido;*
- o Sr. Ademir foi intimado a prestar esclarecimentos sobre a declaração apresentada por escrito, no qual ele também incluiu a participação do Sr. Ilton do Nascimento;*
- inicialmente o Sr. Ilton do Nascimento não foi localizado pela Fiscalização; mais tarde o contribuinte Nestor informou seu falecimento também;*
- em levantamentos junto à conta bancária do Unibanco de titularidade do Sr. Ademir, a Fiscalização chegou ao Sr. Nestor ao constatar entre vários documentos do cadastro de abertura dessa conta um Termo de Procuração, no qual o Sr. Ademir nomeia e constitui o Sr. Nestor como seu procurador, outorgando-lhe poderes para gerir a conta bancária e também uma empresa, não nomeada;*
- após respostas enviadas pelo Unibanco, a Fiscalização constatou que o Sr. Ademir foi titular da conta 0396/119271-4, aberta inicialmente em Bangu, ligada a uma multi-conta, e que essas contas migraram, em 05/09/2003, para a agência Downtown, gerando outra numeração, 1733/102120-8 e outra multi-conta; essa mudança de agência também ocorreu com o Sr. Nestor, que era titular de conta bancária e multi-conta na agência de Bangu e depois mudou para a agência do Recreio dos Bandeirantes;*
- os procedimentos de auditoria fiscal junto a Ademir de Souza Santos e Nestor Silvio Soares Maganinho estão descritos no item 3 do TVF (fls. 204 a 236);*

- os fatos apurados estão descritos no item 4 do Termo de Verificação Fiscal (fls. 236 a 241);
- as planilhas de valores omitidas da conta bancária da interpresa pessoa estão às fls. 242 a 244; as planilhas de valores omitidos da conta do Interessado estão às fls. 244 a 246;
- as inúmeras tentativas empreendidas junto ao Unibanco no sentido de identificar a origem dos depósitos acabaram revelando um "esquema" na conta da interpresa pessoa que dificultou a identificação e cruzamento de valores entre a conta da interpresa pessoa e do autuado;
- os cheques foram assinados na frente e no verso pelo Interessado, quase sempre em valores exatos, limitados a R\$ 5.000,00 cada cheque;
- os saques foram realizados em média três a quatro vezes por mês;
- os pagamentos desses cheques eram realizados após rubrica de autorização do funcionário da agência e sacados através da operação bancária "cheque pago — caixa da agencia%" tornando-se impossível a identificação do beneficiário dos valores sacados, pois os cheques eram emitidos para pagamento, na maioria das vezes, em nome de Ademir ou, alguns deles, em nome do próprio Nestor;
- desse "esquema" montado para saques de valores na conta de titularidade da interpresa pessoa, há a comprovação da participação de Nestor como beneficiário, em alguns cheques, ou como emitente dos cheques para saque, com a sua assinatura em todos os cheques, o que demonstra, em tese, a sua presença constante na movimentação bancária da conta da interpresa pessoa, como se fosse um gerente;
- somente dois cheques foram emitidos em desacordo com o esquema acima, nominais para Maria Chistina Soares Maganinho e Ponto 15 Elétrica Ltda;
- o Interessado foi intimado diversas vezes a esclarecer a movimentação financeira na conta da interpresa pessoa, mas suas respostas eram sempre negativas;
- com base no termo de procuração outorgando poderes para o Interessado movimentar a conta da interpresa pessoa e nos fatos descritos acima que comprovam a sua participação, quer como beneficiário, em alguns cheques, ou como emitente, em todos os cheques emitidos para saque, não há como aceitar os argumentos de que jamais se beneficiou de qualquer valor que tenha circulado pela conta ou de que não pode comprovar algo que não lhe diz respeito;
- conforme determinado pelo parágrafo 5º do art. 58 da Lei nº 10.637/2002, o Interessado, como procurador da conta bancária

aberta em nome de interposta pessoa, passou a condição de efetivo titular dessa conta bancária;

- assim, os recursos depositados nas contas correntes de titularidade de Ademir, interposta pessoa, e na conta bancária do Interessado, cuja origem e natureza não foram comprovadas, caracterizam-se como omissão de rendimentos, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/96;

- a multa de ofício foi qualificada nos termos do art. 44, II,-da Lei nº 9.430/96, tendo em vista os fatos descritos, considerando sobretudo a intenção do Interessado em deixar de recolher o imposto devido, omitindo de maneira contumaz rendimentos que deveriam constar em sua declaração de ajuste anual - DAA;

(...)

Cientificado em 30/04/2010, o Interessado apresentou, em 26/05/2010, a impugnação de fls. 280 a 333, na qual alega, em síntese:

- preliminarmente, a eleição indevida do sujeito passivo;

- os senhores Carlos Frederico D'Avilla Mello Portela e Ilton do Nascimento são os reais e verdadeiros beneficiários das verbas movimentadas na conta de titularidade do Sr. Ademir de Souza Santos mantida no Unibanco, e realizavam negócios em uma comunidade de baixa renda da zona oeste do Rio de Janeiro, tais como transportes, pequenos comércios informais e troca de cheque dos moradores e comerciantes locais;

- com a finalidade de viabilizar seus negócios, os senhores Carlos Frederico D'Avilla Mello Portela e Ilton do Nascimento solicitaram ao Sr. Ademir que abrisse uma conta bancária em seu nome para compensar os cheques recebidos decorrentes de suas atividades, fato este corroborado pelas respostas às intimações e depoimento à Fiscalização prestado pelo próprio Sr. Ademir;

- dando continuidade em suas operações, os Srs. Carlos e Ilton contrataram o Impugnante, ex-policial civil, para prestar serviços de consultoria em segurança na área penal e patrimonial, isto é, não só quanto aos serviços prestados na própria comunidade pelos Srs. Carlos e Ilton, como também e principalmente em relação ao transporte de valores;

- é óbvio que para a execução dos serviços referentes a transporte de valores era necessária a autorização para movimentar a conta bancária em nome do Sr. Ademir;

- assim, os titulares de fato da conta nº 102120-8, agência 1733, do Unibanco, eram os Srs. Carlos Frederico e Ilton, que utilizaram o Sr. Ademir como interposta pessoa, sendo o Impugnante mero procurador para movimentar os recursos desta conta sem nenhum outro proveito próprio além da

remuneração pela prestação dos serviços efetivamente contratados;

- não contesta o fato de o Sr. Ademir tratar-se de interposta pessoa, mas não pode concordar em ser considerado como titular de fato da citada conta;

- jamais teve a intenção de mudar qualquer foco de investigação, muito pelo contrário, sempre se colocou à disposição para oferecer todos os esclarecimentos e jamais prestou qualquer tipo de informação inverídica com intuito de dificultar ou confundir a ação fiscal;

- respondendo a questionamento da Fiscalização no TVF, recebeu poderes para gerir a conta bancária da interposta pessoa porque dentre os serviços por ele prestado estava incluído o de transporte de valores e, assim, os poderes atribuídos serviam para que pudesse sacar os recursos e entregá-los aos titulares de fato, Srs. Carlos e Ilton, quando vivos, e aos seus dependentes após seus falecimentos, ou, se fosse o caso, efetuar algum tipo de pagamento;

- possuía um contrato de caráter verbal, perfeitamente aceitável e previsto em lei para exercer a função que lhe foi proposta de consultor de segurança;

- respondendo a questionamento da Fiscalização no TVF, não informou o nome da empresa que constava da procuração porque realmente não se lembrava, já que nunca utilizou a procuração para fins de gerência;

- a assinatura dos cheques era, de fato, atribuição do Impugnante, pois por questões unicamente de segurança tinha acesso a esta atividade (sacar os valores);

- o depoimento do Sr. Ademir deixa claro que o mesmo se trata de interposta pessoa e que os Srs. Carlos e Ilton são os titulares de fato da conta;

- não é possível acreditar que o Impugnante tenha conseguido fazer com que o Sr. Ademir, uma pessoa extremamente humilde e despreparada, prestasse um depoimento, atribuindo responsabilidades aos Srs. Carlos e Ilton, com objetivo de inocentá-lo;

- sendo o depoimento do Sr. Ademir verdadeiro, como de fato é, o Impugnante jamais poderia ter sido considerado como titular de fato da conta bancária de titularidade desta pessoa;

- tanto o Sr. Ilton como o Sr. Carlos eram pessoas de excelentes condições financeiras, perfeitamente condizentes com a movimentação financeira da conta bancária em nome do Sr. Ademir;

- em momento algum a Fiscalização comprovou suas alegações de que o Impugnante seria o titular de fato da conta bancária em nome do Sr. Ademir;

- a comprovação de interposta pessoa, bem como de quem efetivamente é o titular da conta bancária cabe a quem alega, no caso ao Fisco;
- os fatos apontados pela Fiscalização no item 4.3 do TVF não tem relação com a responsabilidade atribuída ao Impugnante pela conta bancária em nome do Sr. Ademir;
- em relação ao item 5.1 do TVF, aponta a irresponsabilidade do autuante ao afirmar categoricamente a existência de um esquema para dificultar a identificação e cruzamento dos valores entre contas, sem qualquer tipo de prova que fundamente suas acusações;
- a própria Fiscalização afirma que não conseguiu identificar e cruzar os valores entre a conta do Sr. Ademir e do Impugnante e, consequentemente, jamais conseguiu provar que o Impugnante foi o beneficiário dos valores sacados;
- a lei confere a obrigação de pagar tributo à pessoa que tenha estado em relação econômica com a situação que constitua o fato gerador respectivo, ou seja, a pessoa que dela auferiu uma vantagem econômica;
- constata-se que o Impugnante não foi o verdadeiro beneficiário dos valores movimentados na conta bancária em nome do Sr. Ademir, restando ao Fisco exigir o tributo devido, se fosse o caso, na pessoa que efetivamente movimentou as contas bancárias, e não na pessoa do Impugnante, uma vez que, consoante determina a legislação tributária, somente figura no pólo negativo da relação jurídica tributária o sujeito que participa diretamente dos fatos econômicos subsumidos à hipótese de incidência do tributo e deles extrai benefícios;
- assim, propugna pelo cancelamento integral do lançamento tendo em vista o flagrante erro na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, porquanto não devidamente identificado, conforme dispõe o art. 142 do CTN e art. 10 do Decreto nº 70.235/72, representando, desta forma, vício insanável do ato administrativo de lançamento;
- toda a tributação efetuada relativa aos fatos geradores do período de 01/01/2004 a 31/03/2005 do Auto de Infração em epígrafe, na data de sua edição, ou seja, 30/04/2010, já se encontra alcançada pela decadência, uma vez que o imposto de renda das pessoas físicas é apurado mensalmente, ocorrendo aí o seu fato gerador, sendo o lançamento por homologação;
- o próprio Conselho de Contribuintes pacificou entendimento contrário ao da Fiscalização;
- o Fiscal autuante, no curso da ação fiscal, providenciou a quebra do sigilo bancário do Impugnante, agindo de forma ilegal, como pode ser facilmente observado no artigo 5º inciso X, da Constituição Federal, que garante direito à intimidade e privacidade;

-
- defende a *inconstitucionalidade da Lei Complementar no 105/2001*;
 - sobre o tema, cita doutrina e precedentes judiciais;
 - a *Fiscalização incorreu em outro equívoco insuperável*, vez que não anexou à intimação para comprovar a origem dos valores creditados na conta corrente de titularidade do Sr. Ademir os extratos que serviram de base para o preenchimento da planilha;
 - assim, mesmo que o Impugnante tivesse o maior interesse, não conseguiria atender às exigências, posto que não teve acesso aos extratos obtidos pela Fiscalização diretamente das instituições financeiras, que poderiam confirmar ou não os valores ali discriminados;
 - com o obscuro procedimento adotado, fica impossível ao Impugnante compreender de que forma a Fiscalização chegou aos valores apurados como base de cálculo para a imposição tributária, dificultando sobremaneira qualquer tentativa de justificativa ou defesa, o que vem preterir de forma contundente o seu direito de defesa;
 - entende-se disponibilidade econômica, nos termos do art. 43 do CTN, o incremento de valor produzido no patrimônio da pessoa em um dado momento ou em um determinado espaço de tempo e do qual tem a referida disponibilidade;
 - se os depósitos em cheque ainda não foram compensados, obviamente se encontram bloqueados (não disponíveis) e, assim, não se pode concluir que ocorreu a disponibilidade econômica e consequentemente o fato gerador do imposto de renda;
 - no caso, verifica-se claramente o deslocamento do fato gerador em diversos meses, uma vez que os depósitos em cheque somente estão disponíveis após a compensação do crédito, o que geralmente ocorre em um ou dois dias após o crédito;
 - a *Fiscalização não poderia ter agido como agiu, pois no mínimo, à sua conveniência, deslocou ilegalmente a ocorrência do fato gerador*;
 - se forem desconsiderados os valores superiores a R\$12.000,00, como efetivamente deve ser feito, bem como os valores referentes à conta nº 102120-8 do Unibanco, levando-se em consideração que o Impugnante efetivamente não é o titular de fato desta conta, constata-se que nos anos calendários 2004 e 2005 o valor dos créditos inferiores não ultrapassa o total de R\$80.000,00;
 - a *Fiscalização não excluiu dos valores a tributar as disponibilidades e os rendimentos declarados pelo Impugnante*;
 - a descrição dos fatos constante do item 6 do Termo de Verificação Fiscal, por ser um tanto quanto genérica, não deixou claro para o Impugnante qual foi a atitude dolosa efetivamente cometida que justificasse a aplicação da multa;

- em relação à hipótese de que a Fiscalização tenha considerado como ação dolosa o uso de interpresa pessoa, o Impugnante se insurge veementemente, tendo em vista que verdadeiramente não é o titular de fato da conta nº 102120-8 do Unibanco;
- o dolo tem que ser provado de forma inquestionável e infrações que foram determinadas em função de presunção legal, bem como equívocos na DIRPF, não se coadunam com a caracterização da ocorrência da fraude;
- o adjetivo "evidente", previsto no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96, denota a necessidade de certeza absoluta, de total inexistência de qualquer dúvida;
- a tributação por meio de depósitos bancários é presuntiva;
- cita a Súmula nº 14 e precedentes do antigo 1º Conselho de Contribuintes;
- mais absurdo ainda é a aplicação da multa qualificada sobre os valores considerados como de origem não comprovada creditados na conta bancária de titularidade do próprio Impugnante, em relação a qual não há que se falar em interpresa pessoa.

Posteriormente, em 08/07/2010, o Interessado apresentou a petição de fls. 340 a 343, na qual solicita retificação do Termo de Arrolamento de Bens e Direitos.

Apresentada a Impugnação ao lançamento, assim, em suma, manifestou-se a DRJ, ao decidir pela manutenção da exigência, considerando **improcedentes as razões do contribuinte** (fl. 382/3):

INTERPOSTA PESSOA.

A procuraçāo para gerir a conta corrente em nome de interpresa pessoa e o fato do procurador assinar todos os inúmeros cheques emitidos demonstram a titularidade de fato da conta.

Quando provado que os valores creditados na conta de depósito 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.

DECADÊNCIA. IRPF. DEPÓSITO BANCÁRIO. FATO GERADOR.

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.

Configurado o dolo, o direito de o Fisco constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado.

SIGILO BANCÁRIO.

A utilização de informações de movimentação financeira obtidas regularmente não caracteriza violação de sigilo bancário, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.

Não deve ser decretada a nulidade do ato se não restou configurado o cerceamento do direito de defesa.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. MÊS DO CRÉDITO.

No caso de lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada, o valor dos rendimentos omitidos será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira, por expressa previsão legal.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. DISPONIBILIDADES DECLARADAS.

A sistemática de apuração de omissão de rendimentos por meio de depósitos bancários determinada pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 prevê que os créditos sejam analisados individualmente.

Não é possível a utilização genérica das disponibilidades declaradas para justificar os créditos verificados em conta corrente.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Aplica-se, nos casos de lançamento de ofício, quando for constatado evidente intuito de fraude, a multa de 150% (cento e cinqüenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo.

Disse ainda que (fl. 395):

De fato os créditos de valor igual ou inferior a R\$12.000,00 (doze mil reais), cujo somatório não ultrapasse R\$80.000,00 (oitenta mil reais) no ano calendário, não podem ser considerados na presunção da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, no caso de pessoa física.

Ocorre que o somatório inclui todas as contas do contribuinte, inclusive aquelas em nome de interpistas pessoas.

Desta forma, no presente caso não incide a regra do art. 42, §3º, II, da Lei nº 9.430/96, com os valores determinados pelo art. 4º da Lei nº 9.481/97, não havendo qualquer reparo a ser feito no ponto.

Cientificado dessa decisão em 19/01/2011, conforme AR na fl. 400, o contribuinte apresentou recurso voluntário em 16/02/2011, com protocolo na fl. 405. Em sede de recurso, em suma, assim se manifesta:

1- Eleição indevida do sujeito passivo - interpista pessoa: quem tinha o dever de provar que o Recorrente era o real beneficiário da movimentação da conta bancária

era a autoridade fiscal, tendo-se notado uma clara tentativa de inversão do ônus da prova. Ser procurador de uma conta bancária não significa ser o proprietário dela. Destaca que "*o recorrente não é o titular de fato da conta em questão*", apontando para Carlos Frederico D'Avila Mello Portela e Ilton do Nascimento. Conta novamente como era a relação entre eles e sua contratação como prestador de serviços de segurança, como já descrito na impugnação. Questiona várias disposições do Termo de Verificação Fiscal e do Acórdão de 1^a instância, dentre elas a interpretação dada ao depoimento do Sr. Ademir.

2 - Em relação ao depoimento de Ademir, diz que a fiscalização "fez confusão", pois não existe nenhuma empresa de *factoring* e não existe procuração para gerir nenhuma empresa de *factoring*.

3 - **Decadência:** em nenhum momento agiu de forma que evidenciasse a ocorrência de intuito fraudulento, dolo ou simulação, que decorrem de meras interpretações dos agentes fiscais. Entende que toda a tributação relativa a fatos geradores ocorridos entre 01/01/2004 e 31/03/2005, considerando que o Auto de Infração só foi aperfeiçoado em 30/04/2010, estaria alcançada pela decadência, citando os artigos 144 e 150 do CTN. Defende que o regime de tributação das pessoas físicas é de **apurações mensais**.

4 - **Quebra indevida do sigilo bancário:** vem reiterar todos os seus argumentos expostos na peça impugnatória que demonstram a total inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001. A quebra de sigilo bancário viola uma garantia constitucional.

5 - **Falta de entrega dos extratos bancários ao contribuinte:** a fiscalização tinha o dever de entregar cópia dos extratos bancários juntamente com a intimação onde exigiu a comprovação da origem dos depósitos listados. O contribuinte tinha o direito de conferir se todos os valores, datas e históricos estão realmente corretos.

6 - **Depósitos em cheques:** somente na data em que os depósitos em cheque se tornam disponíveis é que acontece o crédito efetivo dos recursos e consequentemente o **fato gerador** do imposto de renda. A fiscalização "*deslocou ilegalmente a ocorrência do fato gerador*", pois alguns cheques, depositados no último dia de cada mês (31/08, 31/05, 31/03) só foram compensados, tornando-se disponíveis, no mês seguinte.

7 - **Depósitos de valor igual ou inferior a R\$ 12.000,00:** se forem desconsiderados os valores superiores a R\$ 12.000,00, como efetivamente deve ser feito, bem como os valores referentes à conta nº. 102120-8, Agência 1733, do UNIBANCO, levando-se em consideração que o Recorrente efetivamente não é o titular de fato desta conta, constata-se que nos anos-calendários de 2004 e 2005 o valor dos créditos inferiores não ultrapassa o total de R\$ 80.000,00 e, por conseguinte, referidos valores devem ser subtraídos do suposta presunção de omissão de receita.

8 - **Dos rendimentos e disponibilidades declarados:** é pacífico que os recursos com origem comprovada bem como os rendimentos declarados e já tributados, servem sim, sem a menor sombra de dúvida, para justificar os valores depositados posteriormente em contas bancárias, Independentemente de coincidência de datas e valores. Por conseguinte, devem ser excluídos da base de cálculo caracterizada por depósitos considerados como supostamente sem justificativa de origem os rendimentos já regularmente declarados.

9 - **Da multa qualificada:** como se não bastasse admitir como válida a aplicação da absurda multa de 150% em relação aos valores depositados na conta nº. 102120- ,

agência 1733 do ~BANCO, em nome do Sr. Ademir, surpreendentemente a autoridade julgadora de 1º grau considerou procedente a aplicação da multa qualificada também em relação aos valores depositados na conta corrente de titularidade do Recorrente, o que se trata de um clamoroso absurdo.

PEDE, então, o provimento integral, cancelando-se o Auto de infração.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada, Relator.

O recurso é tempestivo, conforme relatado, e atendidas as demais formalidades legais, dele tomo conhecimento.

A numeração de folhas a que me refiro a seguir é aquela existente após a digitalização do processo, transformado em arquivo magnético, em seqüência que inclui os vários anexos (*arquivo .pdf*).

TRANSFERÊNCIA DE SIGILO BANCÁRIO.

A base do lançamento foram extratos bancários fornecidos diretamente por instituições financeiras (Unibanco), sobre contas correntes mantidas junto a elas. As Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) estão nas fl. 602 (conta em nome de Ademir de Souza Santos) e fl. 2002 (conta em nome de Nestor Silvio Soares Maganinho).

Observa-se nos autos que houve intimações prévias para que fossem apresentados os referidos extratos (fl. 19, Nestor e fl. 467, Ademir) e sucessivos pedidos de prorrogação de prazo (fl. 50, por exemplo, "*tendo em vista a vasta documentação que está sendo providenciada*") e negativa de disponibilidade dos documentos (fl. 85, "*no que tange à solicitação de apresentação dos extratos bancários do conta mantida em meu nome, cabe esclarecer que não tenho por hábito guardar os extratos da conta corrente da qual sou titular nº 054412065669 do UNIBANCO. Entretanto, após exaustivas buscas em meus arquivos consegui localizar alguns extratos de parte do período solicitado, cujas cópias estou anexando*". destaquei)

Foram apresentados extratos de apenas alguns meses, que o contribuinte encontrou guardados, não se dispondo a ir ao banco solicitar os extratos completos, do período fiscalizado. Certamente que a instituição financeira os possuía e poderia fornecê-los.

Havia procedimento fiscal em curso, como se observa nas fl. 14 (Termo de Diligência Fiscal) e no Termo de Início de Fiscalização (fl. 19), e o contribuinte fora intimado a apresentar documentação comprobatória da origem dos recursos depositados em sua conta bancária.

Assim, entendo que a emissão das RMF foi regular.

Quanto a questionamentos sobre a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105, de 2001:

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

Não obstante, a matéria relativa à utilização de informações bancárias por parte da RFB encontra-se pacificada no STJ, que decidiu, em sede de recurso repetitivo, que a autoridade fazendária pode ter acesso às operações bancárias do contribuinte até mesmo para constituição de créditos tributários anteriores à vigência da Lei Complementar nº 105 de 2001, ainda que sem o crivo do Poder Judiciário. A ementa do acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC de 1973 está assim redigida:

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN. (destaquei)

2. ...

4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. ...

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

...

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitessem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente

com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.(destaquei)

...

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.(REsp 1134665 SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

Ademais, ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu, na sessão de 24.02.2016, o julgamento conjunto de cinco processos (ADIs 2397, 2386, 2389, 2390, 2397 e 2406) que questionavam dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001, entendendo que a Receita Federal pode receber dados bancários de contribuintes, fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial.

No referido julgado, por maioria de votos, prevaleceu o entendimento de que a norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal.

Portanto, o Fisco pode ter acesso aos dados bancários do contribuinte nos termos do artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, e Lei nº 10.174, de 2001, não havendo, no caso, nenhum impedimento ao procedimento.

Outrossim, esclareço que conforme artigo 72 do Regimento Interno deste Conselho Administrativo, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, as "decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória" pelos seus membros. A utilização de súmulas, que também são aplicadas pelos Tribunais Judiciais, visa a conferir confiança, segurança e eficiência aos julgamentos administrativos, dentre outros princípios a serem observados pela Administração Pública. Em relação à tributação baseada em depósitos bancários existem várias delas em vigor.

SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO EM QUESTÃO.

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.(destaquei)

Em relação à conta que está em nome do próprio contribuinte Nestor, não há dúvidas, sendo obrigatório aplicar o entendimento da Súmula, acima transcrita. Os documentos e informações prestados pelo Unibanco que constam das folhas 2005 e ss. como documentos pessoais, ficha cadastral (fl. 2016) e extratos bancários são inquestionáveis e nenhum documento foi apresentado pelo recorrente para contradizê-los.

Em relação à conta que está em nome de Ademir de Souza Santos, também a instituição financeira forneceu informações e documentos (fls. 629 e ss.). Dentre eles, há dezenas de cópias de cheques que eram assinados em frente e verso pelo recorrente. No termo de verificação fiscal consta que (fl. 247):

Através dos documentos do Cadastro de Abertura de Conta observou-se que a conta bancária de titularidade de Ademir foi aberta em dezembro de 2001, que o Contribuinte Nestor Silvio Soares Maganinho assinou naquela data o Cartão de Autógrafos, com base num Termo de Procuração, datada de 05/02/2002, onde o Sr. Ademir outorgava poderes ao contribuinte Nestor para movimentar a conta bancária, como também, para gerir uma empresa não nomeada.

(...)

Todas as saídas de valores da conta bancária de titularidade do Sr. Ademir de nº 017331102120-8, foram realizadas através de saques com cheques assinados pelo Contribuinte Nestor informando os seguintes beneficiários: emitente, o próprio e uns poucos em nome de Nestor e Ademir. O Contribuinte Nestor assinava no verso desses cheques, e um funcionário do Unibanco rubricava autorizando o saque, ocorrendo a operação bancária denominada "CHEQUE PAGO- CAIXA DA AGÊNCIA".

Na conta em nome de Ademir, ainda, consta nos dados cadastrais (fl. 1864) que o mesmo era "auxiliar de escritório e assemelhados" na empresa Multiflor Serviços técnicos Ltda ME, com renda salarial de R\$ 1.500,00 (em 2002). Na abertura da conta, consta como referência pessoal o nome de Nestor Maganinho.

Na folha 1870, consta uma "solicitação de encerramento de conta", datada de 26/11/2007, onde constam como titulares Ademir e Nestor, e vai assinada apenas pelo segundo. Na folha 1871 consta o cartão de assinaturas da conta, com a assinatura de Nestor, com poderes para "emitir cheques, autorizar débitos, movimentar conta corrente,..." dentre vários outros.

Na folha 1873, consta uma procuração dada por Ademir a Nestor para representá-lo, "... movimentar e encerrar contas correntes... inclusive no Banco Unibanco S/A".

Assim, não há dúvidas que Ademir, seja pelos depoimentos que prestou, seja pela sua condição sócio-patrimonial, não era o titular dos valores movimentados na conta. Mas Nestor assinava todos os cheques, encerrou a conta e tinha procuração para realizar qualquer tipo de operação.

Repto a Súmula:

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. (destaquei)

A narrativa feita na impugnação, ratificada e acrescida no recurso, de que os beneficiários da conta eram Carlos Frederico e Ilton do Nascimento, porque entre eles existiam contratos verbais, sem que nenhum registro dessa participação dos dois tenha sido apresentado, não pode alterar a titularidade sobre os recursos. Ou seja, existem os dados cadastrais e documentos que demonstram a ingerência total e uso de Nestor sobre a conta aberta em nome de Ademir e **não existe nenhuma comprovação baseada em documentação hábil e idônea do uso da conta** por Carlos Frederico e Ilton do Nascimento.

Assim, entendo que Nestor deve responder pelos créditos constatados em ambas as contas correntes que aqui se discute.

DECADÊNCIA E MULTA QUALIFICADA

O prazo decadencial conta-se a partir da ocorrência do fato gerador, quando há antecipação do pagamento, conforme artigo 150, § 4º do CTN. Conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre, inexistindo declaração prévia do débito, ou ainda quando se verifica a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Esse, aliás, é o entendimento do STJ, no Recurso Especial nº 973.733/SC (2007/01769940), julgado em 12 de agosto de 2009, sendo relator o Ministro Luiz Fux, que teve o acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC de 1973 e da Resolução STJ 08/2008, e, portanto, de observância obrigatória neste julgamento administrativo, por força de disposição regimental interna, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL
REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543C,
DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A
LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO
PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO
ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO
CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL
ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS
PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do
CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, **nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte**, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp

276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3^a ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. (...)

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543 C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (destaquei)

A despeito das alegações de apuração mensal do imposto de renda e da contagem da prazo decadencial mês a mês proposta pelo Recorrente, temos que:

Súmula CARF nº 38 (VINCULANTE): *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. (destaquei)*

Assim, para o ano calendário de 2004, o fato gerador ocorreu em 31/12/2004, para o ano calendário de 2005, em 31/12/2005, e para o ano de 2006 em 31/12/2006, sendo os rendimentos apurados mensalmente, porém levados ao ajuste anual (fls. 270/ 272). O **contribuinte foi cientificado da autuação em 30/04/2010 (fl. 287).**

Temos ainda que:

Súmula CARF nº 34 (VINCULANTE): *Nos lançamentos em que se apura omissão de receita ou rendimentos, decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, é cabível a qualificação da multa de ofício, quando constatada a movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas. (destaquei)*

Ou seja, a Súmula considera que a movimentação de conta corrente bancária aberta em nome de interpostas pessoas é causa de qualificação da multa de ofício e, para tal, o artigo 44, §1º da Lei nº 9.430, de 1996, prevê a ocorrência das condutas definidas como "dolo, fraude ou simulação" pela Lei nº 4.502, de 1964 (arts. 71, 72 e 73).

Pelo que foi exposto no tópico anterior, abriu-se uma conta corrente bancária em nome de Ademir, para movimentação de recursos por Nestor, sendo que Ademir nunca teve ingerência ou real interesse nesses recursos.

Entendo que não é possível dissociar a movimentação feita por Nestor, na conta em nome de Ademir, da movimentação feita por Nestor na conta em seu próprio nome, no mesmo período, porque nenhuma prova disso há nos autos.

O lançamento é único, tem o mesmo enquadramento legal, a mesma matriz fática, o mesmo período. Não seria lógico, assim, dizer que para os depósitos feitos na conta em nome de Ademir, aplicar-se-ia a contagem do prazo decadencial na forma do artigo 173, I, do CTN, por ter se verificado movimentação de recursos em contas bancárias de interpostas pessoas, e para a movimentação na conta em nome de Nestor, aplicar-se-ia prazo diverso.

Vejamos que no Acórdão 108-09.286, de 25 de abril de 2007, um dos que serviram como paradigma para a edição da Súmula, expôs a Conselheira relatora Karem Jureidini Dias que:

Adiante-se que, a toda evidência, restou demonstrado o intuito de fraude, dolo ou simulação por parte da Recorrente, na medida em que esta utilizou conta bancária de interposta pessoa com nítido objetivo de acobertar a verdadeira origem dos recursos financeiros por ela movimentados. (destaquei)

Nessa esteira, é fato que esta Câmara tem se manifestado no sentido de que nos casos em que há movimentação financeira por intermédio de interposta pessoa resta caracterizado o intuito de fraude, dolo ou simulação, nos moldes em que estipula os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, resta preenchida a regra legal específica contida na parte final do § 40 do artigo 150, do Código Tributário Nacional (...)

Assim, aplicável a regra geral para a contagem do prazo decadencial, constante do artigo 173, inciso Ido Código Tributário Nacional. (...)

No presente caso, o suporte fático resta demonstrado já que o próprio contribuinte reconhece que movimentava recursos em nome de interposta pessoa. Daí decorre o nexo de causalidade entre o ato praticado (movimentação de recursos em nome de interposta pessoa) e a multa aplicada, já que tal fato é tipificado em legislação específica (artigo 44, inciso II do Lei nº 9.430/96). Por fim, verifica-se, também, a proporção entre o percentual da multa aplicada e o ato a que se busca reprimir com sua aplicação.

A análise da conduta não pode ser feita, portanto, conta a conta, mas única, para a movimentação perpetrada pelo contribuinte no período, onde foi constatada a utilização de conta corrente em nome de terceiros.

Entendo, portanto, que a utilização de conta bancária em nome de interposta pessoa é "suporte fático" para a qualificação da multa e deslocamento do prazo decadencial para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, no tributo sujeito a lançamento por homologação, que deve ser levado ao ajuste anual, cujo fato gerador ocorre em 31 de dezembro de cada ano.

Para o ano de 2004, o fato gerador ocorreu em 31 de dezembro e o lançamento poderia ser efetuado em 2005, contando-se a decadência a partir de 1º de janeiro de 2006.

Portanto, o lançamento do qual lhe foi dada ciência em 30/04/2010 não esteve alcançado pela decadência e é aplicável a multa de ofício qualificada, tanto para a conta movimentada em nome de Ademir (interposta pessoa) quanto para a conta movimentada em nome de Nestor, o próprio contribuinte autuado.

NULIDADE DO PROCEDIMENTO

O contribuinte pugna pela nulidade do procedimento fiscal porque juntamente com a intimação para comprovar a origem dos recursos representados pelos depósitos, o fiscalização não lhe enviou os extratos, que obtivera junto ao Unibanco.

Primeiro, o próprio contribuinte, se entendesse imprescindível conferir se a fiscalização estava corretamente listando os depósitos, poderia dirigir-se ao banco e solicitar os extratos, já que tinha amplos poderes sobre as duas contas, como aqui já tratado.

Segundo, teve oportunidade para impugnar e recorrer, no pleno exercício de seu direito de defesa. O extratos estão incluídos nestes autos, aos quais tem acesso. Em nenhum momento, na fase litigiosa do procedimento, apontou que houvesse qualquer erro na listagem dos depósitos.

De acordo com os artigos 14 e 15 do Decreto nº 70.235, de 1972, é a impugnação da exigência, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar que instaura a fase litigiosa do procedimento. E aí estava sua oportunidade ampla de demonstrar que a autuação não correspondia aos valores constantes dos extratos.

Não o fez, defendendo sempre que não tinha nenhum conhecimento sobre os valores depositados na conta em nome de Ademir e não justificando qualquer depósito realizado em conta de sua própria titularidade, considerado no auto de infração.

Essa linha de argumentação, aliás, não se coaduna com a preliminar de cerceamento de defesa porque a fiscalização não lhe enviou os extratos para poder conferir os lançamentos, um a um, com a listagem anexa ao termo de intimação. E se o tivesse feito? O contribuinte assumiria que a movimentação era sua e justificaria os depósitos?

Entendo no mesmo sentido em que leciona LEANDRO PAULSEN, de que o reconhecimento de vício formal depende de se observar eventual prejuízo à defesa. Vejamos:

“Não há requisitos de forma que impliquem nulidade de modo automático e objetivo. A nulidade não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente ao contribuinte já por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Isso porque as formalidades se justificam como garantidoras da defesa do contribuinte; não são um fim, em si mesmas, mas um instrumento para assegurar o exercício da ampla defesa. Alegada eventual irregularidade, cabe, à autoridade administrativa ou judicial, verificar, pois, se tal implicou efetivo prejuízo à defesa do contribuinte. Daí falar-

se do princípio da informalidade do processo administrativo.”
(PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário...15. ed. - Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, ESMAFE, 2013, p.1197)*

Não verifico nenhuma nulidade no Auto de Infração, do qual o contribuinte deveria defender-se. Não padece de nulidade a autuação que seja lavrada por autoridade competente, com observância ao art. 142, do CTN, e arts. 10 e 59, do Decreto nº 70.235/72, contendo a descrição dos fatos e enquadramentos legais, permitindo ao contribuinte o pleno exercício do direito de defesa, mormente quanto se constata que o mesmo conhece a matéria fática e legal e exerceu, com lógica razoável e nos prazos devidos, o seu direito de defesa.

MÉRITO

O lançamento foi lastreado no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com base na *omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários não comprovados*. A partir dos extratos bancários, o Auditor Fiscal intimou o contribuinte a justificar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados em conta de sua titularidade e em conta de titularidade de terceiro onde se verificou que ele, em realidade, efetuava movimentação de recursos, conforme aqui já tratado.

Não havendo resposta, foi feito o lançamento com base na presunção estabelecida no dispositivo legal.

Diz o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996:

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

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

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

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

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

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-

calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 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.

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.

Quanto a matéria relativa a autuação com base apenas em presunção de renda caracterizada pelos depósitos bancários, fundada exclusivamente nos extratos, destaco que já há entendimento pacificado no âmbito do CARF, com a seguinte Súmula:

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.

Assim, não é necessário, na hipótese legal, o Fisco efetuar demonstração de que os depósitos foram consumidos ou que são receitas novas para o contribuinte.

Isso porque existe, no caso, a inversão do ônus da prova, não necessitando o Fisco demonstrar que aquele depósito trata-se de ingresso patrimonial inédito na esfera de disponibilidade do contribuinte, portanto passível de tributação, cabendo ao sujeito passivo demonstrar o contrário. As presunções legais são admitidas em diversos casos para fins de tributação e isso não é inovação ou exclusividade da legislação brasileira.

Assim, os extratos bancários constantes dos autos são suficientes para a comprovação dos depósitos bancários e sobre estes é correta a aplicação da presunção de omissão de rendimentos, quando o contribuinte, regularmente intimado, não demonstra, com documentação hábil e idônea, a origem dos recursos.

A comprovação da origem dos recursos deve ser feita *"individualizadamente"*, como expressamente prescrito no § 3º do artigo 42, da Lei em comento. Alegações genéricas não podem ilidir a presunção legalmente estabelecida, bem como narrativa de fatos desacompanhadas de qualquer documentação ou registro.

Não se encontra no recurso um único documento ou uma única menção a depósito específico, como justificativa para sua origem.

Assim, deve ser mantida a autuação e é claro o artigo 42, acima transcrito, que repto bastar para fundamentar este entendimento.

Vejamos a recente jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

Acórdão 9202-003.823, de 08 de março de 2016.

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF
Exercício: 1999*

*LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS.
PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.
Quando da constatação de depósitos bancários cuja origem reste
não comprovada pelo sujeito passivo, de se aplicar o comando
constante do art. 42 da Lei no 9.430, de 1996, presumida, assim
a omissão de rendimentos.*

(...)

O recorrente alega ainda que para depósitos em cheques deveria ser considerada a data da compensação dos cheques e não a data do depósito do cheque, porque para alguns cheques depositados no último dia do mês, a disponibilidade econômica só teria ocorrido no mês seguinte, ferindo-se a real data de ocorrência do fato gerador.

Como se observa nas planilhas de fls. 251/2, que integram o TVF, os cheques devolvidos, ou seja, aqueles depositados para os quais não se verificou a efetiva compensação, foram descontados na apuração.

Em relação à data do fato gerador, transcrevemos novamente a Súmula:

*Súmula CARF nº 38 (VINCULANTE): 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. (destaquei)*

Como se pode observar nos demonstrativos de apuração do Auto de Infração, nas folhas 270/272, uma vez que deve ser levada ao ajuste anual a infração decorrente de depósitos bancários sem origem comprovada, tanto faz se a compensação do cheque deu-se no dia 31/05 ou 1º/06, sendo que o montante anual não sofre qualquer alteração e nada se modifica na apuração do imposto.

O fato gerador da obrigação em causa, diferentemente do que defende o contribuinte, somente ocorre em 31 de dezembro de cada ano.

Dentro de seu raciocínio, acerca de disponibilidade econômica, diferença ocorreria apenas para um cheque depositado no dia 31 de dezembro, que só fosse efetivamente liberado para o contribuinte no ano seguinte. Mas na listagem que se encontra nas fls. 132 a 139 (AGÊNCIA: 544 N° CONTA 206.566-9) e na outra de fls. 21 a 48 (AGÊNCIA: 1733 N° CONTA 102120-8), não verifiquei nenhum nessa situação, nem entre os exemplos que propôs em sua peça recursal (fl. 442).

Em relação aos rendimentos e disponibilidades declarados, diz ser "pacífico que os recursos com origem comprovada bem como os rendimentos declarados e já tributados, servem sim, para justificar os valores depositados posteriormente em contas bancárias, independentemente de coincidência de datas e valores". (sublinhei)

Não é pacífico, inclusive já havendo manifestação da Câmara Superior de Recursos Fiscais em sentido contrário, ou seja, de que é necessário que o contribuinte demonstre que os recursos que apontou em suas DIRPF efetivamente transitaram pelas contas correntes, no período sob análise, baseando-se principalmente na questão da plausibilidade. Vejamos:

Acórdão 9202-004.286, de 19/07/2016.

Exercício: 2003, 2006

*LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS.
PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.*

Quando da constatação de depósitos bancários cuja origem reste não comprovada pelo sujeito passivo, de se aplicar o comando constante do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, presumida, assim a omissão de rendimentos.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. RENDIMENTOS TRIBUTÁVEIS DECLARADOS.

O montante de rendimentos tributados na declaração de ajuste anual somente deve ser excluído dos valores creditados em conta de depósito e tributados a título de presunção para o respectivo ano calendário quando plausível admitir que transitaram pela referida conta, estando assim abrangidos nos depósitos objetos de tributação. (sublinhei)

Voto Vencido

(A) EXCLUSÃO DE VALORES EM DIRPF:

O acórdão recorrido interpretou que o valor oferecido à tributação na Declaração de Ajuste Anual – DAA pode ser considerado como prova de origem de depósitos bancários, independente de identificação entre as fontes e os depósitos.

Nesse tópico, a discussão fica por conta de considerar omitidos também aqueles depósitos cujos valores estejam englobados na declaração de imposto de renda pessoa física DIRPF.

(...)

Assim, os valores declarados nas DIRPF's deveriam ser excluídos da base de cálculo da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, já que tais rendimentos não foram objeto de glossa pela autoridade fiscal, ou seja, estes recursos foram tacitamente confirmados pelo Fisco.

Voto Vencedor

Quanto à possibilidade de exclusão de valores em DIRPF, com a devida vénia aos que se posicionam de forma diversa, cediço que, no caso específico de haver rendimentos tributáveis declarados pelo autuado, passa a depender a correta aplicação da presunção, caso se opte por tributar a totalidade dos depósitos não comprovados (ou seja, sem qualquer exclusão dos rendimentos já oferecidos a tributação), de pressuposto adicional, qual seja, de não estarem os rendimentos tributáveis declarados contidos em tais depósitos, ou, mais propriamente, dos rendimentos tributados constantes da Declaração de Ajuste Anual (DAA) não terem transitado por contas de depósito ou investimento.

É este também o entendimento majoritário em vigor neste CARF, muito bem exposto, de forma resumida, pelo seguinte excerto do Acórdão CARF 106-17.117, verbis:

"(...)

Antes de tudo, deve-se ter em mente que o art. 42 da Lei nº 9.430/96 criou uma presunção de omissão de rendimentos a partir dos depósitos de origem não comprovada. Ademais, o art.

42, § 3º, da Lei nº 9.430/96 determinou que os créditos na conta bancária serão objeto de uma análise individualizada, porém já excepcionando duas situações em que os valores não poderiam ser considerados, especificamente quando houver transferências entre contas da própria pessoa física, o que é óbvio, já que a mera transferência não poderia ser criadora de riqueza nova, e quando os valores estiverem abaixo de determinado teto.

Entretanto, como toda presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, a do art. 42 da Lei nº 9.430/96 deve ser utilizada cum grano salis. Ora, não parece plausível defender que os rendimentos ofertados à tributação não tenham transitado pelas contas bancárias do recorrente. (g.n.) Assim, por exemplo, na experiência judicante deste Primeiro Conselho de Contribuintes, tem-se observado que a própria fiscalização, às vezes, abate os rendimentos declarados do total de depósitos bancários de origem não comprovada. Como exemplo, veja-se o processo nº 10540.000250/00690, recurso nº 154.826, julgado na sessão de 11/09/2008, relator o Conselheiro Giovanni Christian Nunes Campos, Acórdão nº 10617.051 (vide fls. 17, 21, 26, 31 e 231).

(...)"

Referendando tal posicionamento, de se citar, ainda, os Acórdãos CARF Acórdãos nºs 2801-02.085, de 30 de janeiro de 2011, 2102-001.079, de 10 de fevereiro de 2011, 2102-02.220, de 14 de agosto de 2012, 2202-00.415, de 04 de fevereiro de 2010 e 2801-003.568, de 17 de julho de 2014.

Ainda que, como já tive oportunidade de me manifestar em outros feitos no âmbito desta mesma Turma, este Conselheiro aceda, na maior parte dos casos, ao posicionamento acima.

rejeito sua aplicação especificamente no caso em questão, justamente por sua falta de plausibilidade.(sublinhei)

Na conta bancária que era mantida em nome de interposta pessoa, Ademir, entendo não ser plausível que estivessem depositados valores que foram declarados em DIRPF. Para verificar a correspondência entre os valores declarados como recebidos de pessoas físicas e jurídicas dentro do procedimento fiscal tendente a apurar a origem dos depósitos, a fiscalização efetuou o seguinte registro, relatado no TVF (fls. 228/9):

Em 14/01/2010, através do Termo acima, intimou-se o contribuinte Nestor a apresentar os seguintes elementos solicitados, num prazo de vinte dias. 1 - Esclarecer e comprovar através de documentação hábil e idôneo, a natureza (a que título) foram recebidos os Rendimentos de pessoa física/exterior declarados nas Declarações de Ajuste Anual, dos períodos 01/01/2004 a 31/12/2006; 2 - Preencher a Planilha abaixo com os valores recebidos de pessoas físicas, mensalmente, informados nas Declarações de Ajuste Anual, dos períodos acima, de que trata o item um: (...) 3 - Apresentar os Darfs de recolhimento de Carnê-Leão referente ao recebimento dos valores acima;

(...)

Em resposta datada de 03/03/2010, aos Termos acima, apresentada pelo próprio, nesta Defis, em 03/03/2010, o Contribuinte respondeu: "... Em atendimento aos TERMOS DE INTIMAÇÃO FISCAL acima (nº 004 e 005) referenciados, tenho a informar o seguinte: 1. Os rendimentos de pessoas física/exterior declarados nas Declarações de Ajuste Anual relativas aos períodos em questão foram recebidos pela prestação de serviços de consultoria na área de segurança ; 2. Quanto aos valores recebidos mensalmente de pessoas físicas , lamento não poder informar precisamente, tendo em vista não possuir os comprovantes; 3. Para fins de comprovação de outros rendimentos depositados em minha conta corrente pessoal, estou anexando cópia dos Recibos de Quitação de Sinistro emitidos pelo itaú seguros, RELATIVOS À INDENIZAÇÃO INTEGRAL EM VIRTUDE DE COLISÃO DO VEÍCULO vw. passat PLACA Inb-6085, DATADO DE 21/10/05, NAS PARCELAS DE R\$25.000,00 E R\$31.703,01, perfazendo o total de R\$56.703,01.(destaquei)

Posteriormente, para cada documento que o contribuinte apresentou, em relação à quitação de sinistro e indenizações e recebimentos decorrentes de arrecadação de material pela Polícia Federal, a fiscalização excluiu o montante dos depósitos.

Enfim, o contribuinte teve a oportunidade de demonstrar que os recursos declarados como recebidos de pessoas físicas em sua DIRPF transitaram por suas contas. Não conseguiu. Não há mesmo nenhum registro se de fato recebeu esses valores, como contracheques ou comprovantes de retenção na fonte, recibos ou DARF de carnê leão.

Nesse cenário, entendo que não se possa excluir "em bloco" esses valores. Para que pudesse ser feito, deveria o contribuinte, dentro da presunção estabelecida legalmente,

apresentar comprovação de que ocorreram esses recebimentos e que os mesmos transitaram por sua conta bancária, individualizadamente.

Por fim, o contribuinte fala sobre os limites de R\$ 12.000,00 e R\$ 80.000,00, de que trata o § 3º do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996:

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

Temos também a seguinte Súmula:

Súmula CARF nº 61: *Os depósitos bancários iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), cujo somatório não ultrapasse R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) no ano-calendário, não podem ser considerados na presunção da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, no caso de pessoa física.*

Mas, como assentou o julgamento recorrido, não se pode considerar que esses limites sejam tomados em cada conta corrente do contribuinte, ou, no caso, na conta corrente de sua titularidade e na conta corrente em que se constatou a interposição de terceiro, separadamente. São limites tomados por cada "pessoa física".

Mantendo-se o lançamento em relação à conta corrente que estava em nome de Ademir, o somatório dos valores anuais relativos aos créditos inferiores a R\$ 12.000,00, em muito ultrapassa R\$ 80.000,00.

Conforme listagem da folha 22 e ss., todos os valores são inferiores a R\$ 12.000,00 e, só agosto, somaram R\$ 81.131,13, em 2004. O mesmo ocorreu em abril de 2005, totalizando só naquele mês R\$ 80.565,99 (fl. 28). E em fevereiro de 2006, totalizando R\$ 85.518,03 (fl. 38). Assim, nem é preciso estender a análise a todos os meses de cada ano fiscalizado para verificar que existe somatório de depósitos inferiores a R\$ 12.000,00 que ultrapassa R\$ 80.000,00 no ano calendário.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, VOTO por rejeitar as preliminares e, no mérito, por **negar provimento ao recurso.**

(assinado digitalmente)

Marcio Henrique Sales Parada

