



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

Processo n° 13884.002919/2004-13
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2301-004.716 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de junho de 2016
Matéria Depósito Bancário De Origem Não Comprovada
Recorrente CLOVIS FERREIRA DA SILVA
Recorrida União (Fazenda Nacional)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 1998

VÍCIOS DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO QUE AMPARA O LANÇAMENTO.

Súmula CARF 2 “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

Não se apresentando as causas elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade.

DECADÊNCIA.

Restando configurado o dolo, a regra aplicável na contagem do prazo decadencial é a contida no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, incidindo-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. TRIBUTAÇÃO. SÚMULA CARF 26.

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, aplicável a fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo e dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.DA

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. INTERPOSTAS PESSOAS.

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. (Súmula Carf 34 - vinculante).

QUALIFICAÇÃO DO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO

A responsabilidade passiva e solidária do responsável tributário foi legitimamente qualificada no auto de infração através do Termo de Declaração de Sujeição de Responsabilidade Tributária e Passiva Solidária.

SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA.

Comprovado, mediante provas documentais obtidas na ação fiscal, o interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, mantém-se a obrigação tributária solidária imputada.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ESPÓLIO.

Os créditos tributários, notificados ao *de cujus* antes da abertura da sucessão, ainda que neles incluídos encargos e penalidades, serão exigidos do espólio ou dos sucessores (RIR/99, art. 23, § 3º)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do Colegiado: (a) por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito (b) por maioria de votos, rejeitar a alegação de decadência; vencida, nesta questão, a conselheira Alice Grecchi, que aplicava, na espécie, Resp. 973.733, de 12/08/2009 (repetitivo); votaram pelas conclusões os conselheiros Julio Cesar Vieira Gomes e Andrea Brose Adolfo; (c) por unanimidade de votos, não reconhecer erro de identificação passiva no lançamento; (d) pelo voto de qualidade, não conhecer dos documentos trazidos no aditamento ao recurso voluntário realizada em 07/06/2016, em face de ser a tese nele carreada contraditória com as razões de defesa apresentadas até então; vencidos os conselheiros Alice Grecchi, Fabio Piovesan Bozza, Gisa Barbosa Gambogi Neves e Amílcar Barca Texeira Júnior; (e) por unanimidade de votos, considerar não caracterizado no caso concreto cerceamento do direito de defesa; (f) por maioria de votos, entender aplicável a multa de ofício como lançada (225%); vencidos os conselheiros Alice Grecchi, Fabio Piovesan Bozza e Gisa Barbosa Gambogi Neves, que votaram pela desqualificação da multa (para 112,5%), por entender que a multa qualificada não se transmite aos herdeiros; (g) por unanimidade de votos, considerar caracterizada a condição de responsável tributário do Sr. José Perci Ribeiro da Costa; (h) por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário nas demais questões. Fez sustentação oral o Dr. Daniel Borges Costa, OAB/SP 250118.

JOÃO BELLINI JÚNIOR – Presidente e Relator.

EDITADO EM: 28/06/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Bellini Júnior (Presidente), Júlio César Vieira Gomes (Presidente Substituto), Alice Grecchi, Andrea Brose Adolfo (suplente), Fabio Piovesan Bozza, Marcela Brasil de Araújo Nogueira (suplente), Gisa Barbosa Gambogi Neves e Amílcar Barca Teixeira Junior (suplente).

Relatório

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

Autenticado digitalmente em 28/06/2016 por JOAO BELLINI JUNIOR, Assinado digitalmente em 28/06/2016

por JOAO BELLINI JUNIOR

Impresso em 30/06/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(fls. 52/53), a fiscalização emitiu o Termo de Intimação Fiscal de fl. 895, ao qual anexou o Termo de Declaração de Sujeição de Responsabilidade Tributária e Passiva Solidária (fls. 896/897), com fulcro no artigo 128 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1996), dando ao Sr. José Percy a mesma Responsabilidade Tributária do fiscalizado, Sr. Clóvis Ferreira da Silva, além da Solidariedade definida no artigo 124, I, do CTN. Faz a ressalva de que o Sr. José Percy, ao tomar ciência do Termo de Intimação Fiscal recebeu, além do termo de fls. 896/897, cópia de todos os atos emitidos ao Sr. Clóvis Ferreira da Silva;

(...)

2.12. em 10/05/2004, foi expedido o ofício nº 548/2004-SC 01-J1240 (fl. 947), de ordem do MM Juiz de Direito, Dr. Miguel Thomaz Di Piero Júnior, referente à solicitação do Sr. Delegado da Receita Federal em São José dos Campos-SJC, e cujo atendimento resultou em cópias de Termos de Depoimento e de Depoimento da Testemunha de Acusação, os 2 (dois) primeiros às fls. 953/955 e 956/957, prestados à Polícia Federal de SJC, e o terceiro, às fls. 958/965, prestado ao MM Juiz de Direito da 1ª Vara da Justiça Federal de SJC, cujos teores são analisados no Auto de Infração;

2.13. em 26/05/2004, a procuradora do Sr. José Percy protocolizou petição (fls. 966/970), alegando basicamente que: a) todas as movimentações das contas investigadas em nome de Clóvis Ferreira da Silva eram promovidas pelo Sr. José Percy, através de procuração, mas tais valores foram transferidos de contas do Sr. Fernando José Leite da Costa, que as mantinha junto aos bancos BANESPA S/A e BCN S/A, fazendo ressalva de que tais contas, embora estivessem em nome de Fernando José Leite da Costa, recebiam depósitos advindos da empresa Cinelândia Telefones Ltda., que realizava operações de faturização; (...)

2.14. a fiscalização relata uma série de desencontros e a aparente tentativa do contribuinte (através de suas procuradoras) de criar embaraço à fiscalização...;

2.15. considerando que a procuradora do Sr. José Percy alegou que todos os valores movimentados em todas as contas foram tributados na DIRPJ da empresa Cinelândia Telefones Ltda., foram juntadas cópias (fls. 1000/1017) da DIRPJ da empresa Cinelândia Telefones Ltda., CNPJ nº 53.165.056/0001-62, e a fiscalização procedeu a uma análise de todas as informações prestadas pela procuradora e dos dados já conhecidos, chegando nos seguintes resultados:

2.15.1. a movimentação nas contas poupança viva e conta corrente, respectivamente, de nº 1.965.621-7 e 927.922-5, no ano-calendário 1998 foi, após a exclusão dos valores tributados na DIRPJ, de Clóvis Ferreira da Silva, através do processo administrativo nº 13884.000086/2001-94 (fis. 1045/1052), atingiu o montante de R\$ 43.472.503,43;

2.15.2. a empresa Cinelândia Telefones Ltda. declarou em sua DIRPJ do exercício 1999, ano calendário 1998, os seguintes valores a título de Receita Bruta (fl. 1.134):

a) 1º Trimestre (fl. 1001) - receita bruta a 32% R\$ 7.200,00

outras receitas e ganho de capital	R\$61.274,63
total do trimestre	R\$68.474,63

b) 2º Trimestre (fl. 1001 vº) -receita bruta a 32% R\$ 4.100,00

	<i>outras receitas e ganho de capital</i>	R\$ 777,69
	<i>total do trimestre</i>	R\$ 4.877,69
c)	3º Trimestre (fl. 1002) - receita bruta a 32%	R\$ 6.600,00
	<i>outras receitas e ganho de capital</i>	R\$ 1.888,17
	<i>total do trimestre</i>	R\$ 8.488,17
d)	4º Trimestre (fl. 1002 vº) - receita bruta a 32%	R\$5.100,00
	<i>outras receitas e ganho de capital</i>	R\$ 900,00
	<i>total do trimestre</i>	R\$ 6.000,00

2.16. pelo acima exposto e, considerando o valor dos rendimentos omitidos pelo Sr. Clóvis Ferreira da Silva (R\$43.472.503,43) e o montante anual proveniente de Outras Receitas e Ganhos de Capital (R\$ 64.840,49), informados pela empresa Cinelândia Telefones Ltda. em sua DIRPJ do exercício de 1999, ano-calendário 1998, pode-se concluir que os argumentos da procuradora do Sr. José Percy não procedem, pois, em nenhum momento a mencionada procuradora apresentou Livro Caixa e documentação de suporte das receitas auferidas;

2.17. reintimados em 28/05 e 27/05, respectivamente (fis. 1043/1044), para que prestassem os devidos esclarecimentos, o Sr. Clóvis não se manifestou. Quanto ao Sr. José Percy, manifestou-se à fls. 1053/1058, repetindo o teor do que já havia mencionado na manifestação de fls. 966/970, não acrescentando nenhum novo elemento àqueles já sobejamente repisados. A fiscalização ressaltou, ainda, que das fis. 252 a 872 encontram-se micro filmes dos cheques emitidos, mês a mês, de valores iguais ou superiores a R\$ 12.000,00, que demonstram o "modus operandi" do Sr. José Percy;

2.18. prossegue a fiscalização, "para caracterizar mais contundentemente o crime de falsidade ideológica, diligenciei junto ao escritório regional da Junta Comercial em São José dos Campos e obtive cópia da ficha cadastral da empresa Cinelândia Telefones Ltda. (fls. 1119/1123), cujo objeto - ramos de negócio - é a prestação de serviços de telecomunicações, objeto até a presente data não alterado";

Os fundamentos legislativos do auto de infração são: art. 42 da Lei 9.430, de 1996; art. 4º da Lei 9.481, de 1997 e art. 21 da Lei 9.532, de 1997.

O auto de infração foi cientificado ao contribuinte em 30/09/2004. Em 29/10/2004, o contribuinte apresentou a impugnação (fls. 83 a 100), alegando, em síntese:

1. a decadência do lançamento, face ao disposto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional;

2. que a sociedade Cinelândia tinha por objeto social a realização de operações de faturização, pelo que, de acordo com a Portaria SRF 563, de 27/03/1998, as fiscalizações que envolvem empresas de faturização devem ser feitas pela Delegacia Especial das Instituições Financeiras da 8ª Região Fiscal (arts. 1º e 2º);

3. o auto de infração foi expedido sem a correta obediência ao art. 10 do Decreto nº 70.235/72, uma vez que quanto ao Sr. Percy, há apenas a indicação: "OUTRO", devendo ser reconhecida sua nulidade, ao menos em face do Sr. Percy;

4. por diversas vezes, requereu que fosse realizado cruzamento das contas do Sr. Clóvis com as contas do Sr. Fernando José Leite (Banco Banespa e Banco BCN) e da Sra. Maria do Carmo, com o que pretendia demonstrar que os valores movimentados nas contas do contribuinte pertenciam à sociedade Cinelândia, não compondo o seu patrimônio; a diligência também serviria para demonstrar se houve qualquernexo entre a sua variação patrimonial e o montante depositado em sua conta; a variação patrimonial é o critério material para a imposição tributária, de modo que há a necessidade de demonstração do nexocausal entre os depósitos e o incremento patrimonial; a imputação do tributo na forma como lançada adota critério material diverso (depósito bancário) do que a legislação permite; lembra que tentou trazer aos autos parte da documentação que comprova que os valores pertenciam à Cinelândia e que se tratavam de operações de faturização, conforme Medida Cautelar de exibição de documentos (processo nº 1560/04) ingressada em 17/06/2004; o indeferimento da diligência tolheu seu direito de ampla defesa, de modo a eivar de nulidade o processo administrativo;

5. inconstitucionalidade e irregularidade na quebra de seu sigilo bancário;

6. depósito bancário não é hipótese suficiente para caracterizar renda do titular da conta de depósito; há que se apontar o nexode causalidade entre os depósitos bancários e a variação patrimonial do contribuinte; destaca que, a única variação patrimonial, alegada pelo auditor fiscal que realizou o lançamento, diz respeito apenas a dois imóveis que totalizam o montante de R\$ 55.000,00; ainda que os imóveis não tinham sido lançados, por mero equívoco, na DIRPF do Sr. Perci, ele possuía disponibilidade suficiente para comprá-los; há que se ter em conta que houve informação prestada pelo autuado de que os valores movimentados nas contas de sua titularidade pertenciam à empresa Cinelândia; solicitou por diversas vezes que fosse realizado o cruzamento de contas e também informou que os documentos que podem comprovar as alegações lançadas foram apreendidos pela Polícia Federal;

7. não há qualquer fato que justifique a aplicação da multa de 225%; a Constituição Federal, em seu art. 145, § 1º, estabelece como princípio geral o respeito à capacidade econômica do contribuinte; a aplicação de multa acaba transgredindo a vedação ao confisco, nos termos do art. 150, inciso IV, da CF;

8. quanto à solidariedade passiva tributária do sr. José Perci Ribeiro da Costa, que não se pode permitir que, o simples fato de uma pessoa figurar como procuradora de outra configure o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; há de se demonstrar o interesse comum, nos termos do art. 265 do CC, cuja prova é fundamental para a legalidade do ato que utiliza dos termos do art. 124 do Código Tributário Nacional (CTN);

9. a existência do dever de análise das questões constitucionais pela Administração.

Pedi a realização de prova pericial para comprovar que os valores movimentados nas contas bancárias pertencem à empresa Cinelândia; que os valores eram utilizados para realização de operações de faturização; e, principalmente, que não há qualquer nexo entre os depósitos bancários realizados na conta do Sr. Clóvis e a variação patrimonial do Sr. Perci (autuado), de modo que não houve fato jurídico tributário necessário para desencadear a relação jurídica tributária posta no auto de infração.

A DRJ julgou a impugnação improcedente em acórdão que recebeu as seguintes ementas:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA
- IRPF*

Ano-calendário: 1998

Ementa: NORMAS NULIDADE. PROCESSUAIS

Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.

DECADÊNCIA.

Afastadas as hipóteses de contagem segundo lançamento por homologação ou por declaração, a regra aplicável na contagem do prazo decadencial é a contida no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, incidindo-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

REGULARIDADE DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

O Mandado de Procedimento Fiscal foi emitido por autoridade competente, contendo todos os dados previstos na legislação de regência, em especial o tributo a ser fiscalizado e respectivo período de apuração.

COMPETÊNCIA DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

O procedimento fiscal foi regularmente instaurado pela Delegacia da Receita Federal em São José dos Campos, circunscrição que compreende o domicílio fiscal do fiscalizado, pessoa física, conforme Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal.

*QUALIFICAÇÃO DO TRIBUTÁRIO SOLIDÁRIO.
RESPONSÁVEL*

A responsabilidade passiva e solidária de José Perci Ribeiro da Costa foi legitimamente qualificada no Auto de Infração através do Termo de Declaração de Sujeição de Responsabilidade Tributária e Passiva Solidária.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Somente a partir da lavratura do auto de infração é que se instaura o litígio entre o fisco e o contribuinte, podendo-se, então, falar em ampla defesa ou cerceamento dela.

Sendo concedida, na fase impugnatória, ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos é improcedente a preliminar de cerceamento do direito de defesa.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. DESCABIMENTO.

Descabe o pedido de diligência quando presentes nos autos todos os elementos necessários para que a autoridade julgadora forme sua convicção. As perícias devem limitar-se ao aprofundamento de investigações sobre o conteúdo de provas já incluídas no processo, ou à confrontação de dois ou mais elementos de prova também já incluídos nos autos, não podendo ser utilizadas para reabrir, por via indireta, a ação fiscal.

Estando clara a identificação da matéria tributável na descrição dos fatos relatados no Auto de Infração, tendo o contribuinte tomado ciência de todos os valores lançados por meio de demonstrativos e constando dos autos os demais elementos que deram origem a autuação, descabe o pedido para que se realize perícias para levantar elementos que já se encontram no processo.

SIGILO BANCÁRIO.

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

REGULARIDADE NA REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA.

Todos os requisitos para expedição de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira, pela Delegacia da Receita Federal, foram observados no procedimento fiscal, conforme relatório circunstanciado, informando os motivos que exigiam a expedição da requisição e demonstrando a indispensabilidade do exame das informações acerca da movimentação financeira do contribuinte.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Com a edição da Lei n.º 9.430/96, a partir de 01/01/1997 passaram a ser caracterizados como omissão de rendimentos, sujeitos a lançamento de ofício, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais a pessoa física ou jurídica, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

MULTA. CARÁTER CONFISCATORIO.

A multa constitui penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, sendo

inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal.

SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA.

Comprovado, mediante provas documentais obtidas na ação fiscal, o interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal, mantém-se a obrigação tributária solidária imputada.

**ILEGALIDADE / INCONSTITUCIONALIDADE.
INCOMPETÊNCIA DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.**

A autoridade administrativa, de qualquer instância, é impedido o exame da ilegalidade e da inconstitucionalidade da legislação tributária, haja vista ser a matéria de análise reservada, exclusivamente, ao Poder Judiciário.

A ciência dessa decisão ocorreu, (a) para o responsável solidário, Sr. José Perci Ribeiro da Costa (doravante, José Perci), em 04/02/2005 (AR, fl. 2213) (b) para o contribuinte, em 25/03/2005, em face de edital afixado em 09/03/2005 (fl. 2016).

Em 04/03/2005, foi apresentado recurso voluntário pelo responsável tributário (e-fls. 2220 a 2248), sendo repetidos, em síntese, os argumentos apresentados por ocasião da impugnação.

Em 07/12/2005, a extinta 2ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, pela Resolução 102-02.253, determinou diligência com o seguinte teor (fls. 2565 a 2577):

(...)

Nesses termos, considerando que em 26 de maio de 2004, José Perci R da Costa informou sobre a necessidade de compor sua defesa com documentos da lide judicial, fls. 967 e 969, deve o julgamento ser convertido em diligência para que seja providenciado por funcionário competente da unidade de origem pesquisa sobre a existência da lide judicial e caso positivo, providenciado junto aos sujeitos passivos a identificação de quais documentos deverão compor como provas este processo, para que seja oficiado o correspondente órgão judicial no sentido da vinda de cópias para complementar sua instrução.

Deve compor também o procedimento investigatório complementar, a verificação junto à empresa Cinelândia Telefones Ltda para identificar a escrituração dos depósitos e créditos bancários que serviram de suporte à renda presumida neste lançamento e quanto aos correspondentes pagamentos de tributos.

Posteriormente, os sujeitos passivos devem ser informados sobre o procedimento, ter prazo legal para manifestação e, uma vez extinto este último, devolvido o processo a esta Câmara para julgamento da lide.

Realizada a diligência fiscal (fls. 2581 a 3125), o contribuinte foi intimado de suas conclusões (fls. 3126 a 3132), as quais contestou em 24/06/2011 (fls. 3133 a 3137), alegando, em síntese, que a sua impossibilidade de reaver as informações contidas (a) nos computadores apreendidos pela Delegacia da Polícia Federal de São José dos Campos e (b) nos autos do processo judicial 1999.61.03.002067-8 torna inviável a demonstração de que os valores que embasaram o auto de infração se referem a valores decorrentes da atividade de factoring pela sociedade Cinelândia Telefones Ltda (doravante nominada de Cinelândia).

Em 06/03/2012, a extinta 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Segunda Seção do Carf decidiu sobrestar o processo (fls. 3188 a 3190).

Em 19/08/2015, o espólio do Sr. José Perci Ribeiro da Costa informou o falecimento do responsável solidário, solicitou a retificação dos autos, para que conste como sujeito passivo o espólio do Sr. José Perci, representado por sua inventariante. Solicitou, outrossim, a exclusão da multa de 225% aplicada ao Sr. José Perci.

O processo foi distribuído para este relator em 09/12/2015 (fl. 3294).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator João Bellini Júnior

Por primeiro, consigno que o contribuinte, Sr. Clóvis Ferreira da Silva, não apresentou recurso voluntário, restando definitiva, quanto a ele, a constituição do crédito tributário.

O recurso voluntário do responsável tributário é tempestivo e aborda matéria de competência desta Turma. Portanto, dele tomo conhecimento.

DAS NULIDADES

Segundo o responsável tributário, teria ocorrido a nulidade auto de infração, que foi expedido sem a correta obediência ao art. 10 do Decreto nº 70.235/72, uma vez que, quanto ao Sr. Perci, há apenas a indicação: "OUTRO", devendo ser reconhecida sua nulidade, ao menos em face do Sr. Perci.

Outra causa de nulidade decorreria de que, segundo alega, a sociedade Cinelândia tinha por objeto social a realização de operações de faturização, pelo que, de acordo com a Portaria SRF 563, de 27/03/1998, as fiscalizações que envolvem empresas de faturização devem ser feitas pela Delegacia Especial das Instituições Financeiras da 8ª Região Fiscal (arts. 1º e 2º).

Não lhe assiste razão.

É consabido que no processo administrativo fiscal as causas de nulidade se limitam às que estão elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235, de 1972:

Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Parágrafo acrescentado pela Lei 8.748, de 1993.)

A teor do art. 60 do mesmo diploma legislativo, as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das retromencionadas não configuram nulidade, devendo ser sanadas se “resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio”:

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Nesse sentido, a jurisprudência consolidada desde os tempos do 1º Conselho de Contribuintes:

PRELIMINAR DE NULIDADE – Não se configurando nenhuma das hipóteses arroladas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72 que rege o processo administrativo fiscal, não se pode admitir pedido de nulidade, mormente quando fica demonstrado à saciedade que a recorrente teve oportunidade e exerceu o mais amplo direito de defesa. (1º CC – Ac. 101-93.381 – 1ª C. – Rel. Kazuki Shiobara – DOU 29.06.2001 – p. 103)

NULIDADE DO LANÇAMENTO – As causas de nulidade do processo administrativo estão elencadas no art. 59, incs. I e II do Decreto nº 70.235/72. (1º CC – Ac. 103-19.982 – 3ª C. – Rel. Neicyr de Almeida – DOU 22.06.1999 – p. 6)

NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO – As causas de nulidade no processo administrativo fiscal estão elencadas no art. 59, incisos I e II, do Decreto n.º 70.235/72. Não pode ser inquinado de nulo o lançamento efetuado em acordo com as disposições legais de regência. (1º CC – Ac. 105-12.292 – 5ª C – DOU 05.05.1998 – p. 14)

NULIDADE DO PROCESSO FISCAL – O Auto de Infração e demais termos do processo fiscal só são nulos nos casos previstos no art. 59 do Decreto nº 70.235/72 (Processo Administrativo Fiscal). (1º CC – Ac. 106-09.632 – 6ª C – Rel. Adonias dos Reis Santiago – DOU 17.12.1998)

NULIDADE – Não é nulo o Auto de Infração que contém todos os elementos necessários à compreensão inequívoca pelo contribuinte das exigências e dos fatos que o motivaram. Somente serão nulos os atos e termos processuais se lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa (Art. 59 do Decreto nº 70.235/72). (1º CC – Proc. 10245.000092/99-12 – Rec. 133570 – (Ac. 107-07028) – 2ª C. – Rel. Natanael Martins – DOU 07.07.2003 – p. 31)

PAF – NULIDADE DO LANÇAMENTO – As causas de nulidade no processo administrativo estão elencadas no art. 59, incisos I e II do Decreto nº 70.235/72 (Ac. 108-06.897) – 3ª C. – Relª Marcia Maria Loria Meira – DOU 07.06.2002 – p. 47)

NULIDADE. No caso de o enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento e estando os atos administrativos motivados de forma explícita, clara e congruente, não há que se falar em nulidade dos atos em litígio. (processo 11075.900013/2008-99, Acórdão 1801-001.499, Relator(a) Carmen Ferreira Saraiva)

Mais recentemente, tal jurisprudência vem sendo confirmada pelas Turmas que integram a 2ª Seção do CARF:

NULIDADE CARÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL INEXISTÊNCIA As hipóteses de nulidade do procedimento são as elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235, de 1972, não havendo que se falar em nulidade por outras razões, ainda mais quando o fundamento argüido pelo contribuinte a título de preliminar se confundir com o próprio mérito da questão. (processo: 11634.000552/200681, Acórdão: 2202-002.892, relator: Antonio Lopo Martinez)

Preliminar. Nulidade.

Não se apresentando as causas elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade. (processo: 10680.015093/2005-31, Acórdão: 2801-00.790, redatora-designada Amarylles Reinaldi e Henriques Resende)

Não estão apontadas quaisquer atos ou termos lavrados por pessoa incompetente ou despacho ou decisão proferidos por autoridade incompetente (art. 59, I), nem despachos ou decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa (art. 59, II). Friso que o responsável exerce a sua ampla defesa participando deste processo administrativo fiscal, no qual participa ativamente, apresentando impugnação, recurso voluntário, petições, solicitação de diligência, as quais comprovam o exercício de seu direito de defesa.

Por outro lado, não restou comprovado nestes autos que os depósitos bancários decorreriam de operações da sociedade Cinelândia, pelo que não há falar em fiscalização pela Delegacia Especial das Instituições Financeiras.

Da mesma forma, não seria causa de nulidade constar no auto de infração a expressão “Outro”, para designar o responsável tributário, uma vez que o art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972 não obriga à qualificação do responsável, apenas do autuado. A responsabilidade passiva e solidária do responsável tributário foi legitimamente qualificada no

auto de infração através do Termo de Declaração de Sujeição de Responsabilidade Tributária e Passiva Solidária (e-fls. 1702 e 1703).

Logo, não há qualquer nulidade do auto de infração.

DO SIGILO BANCÁRIO – LEI COMPLEMENTAR 105, DE 2001 E DECRETO 3724, DE 2001

É alegada a quebra ilegal e inconstitucional de seu sigilo bancário, fundamentada na Lei Complementar 105, de 2001 e no Decreto 3724, de 2001.

Não assiste razão ao contribuinte.

Não há qualquer ilegalidade, nulidade ou irregularidade na requisição e obtenção de documentos bancários pela Receita Federal do Brasil junto às instituições financeiras, pois, para tanto há suporte jurídico na Lei Complementar 105, de 2001, regulamentada pelo Decreto 3.724, de 2001, e na Lei 10.174, de 2001.

No que tange às alegações de inconstitucionalidade dessas e de quaisquer normas, cumpre esclarecer que tanto o Decreto 70.235, de 1972, em seu artigo 26-A, quanto a própria jurisprudência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), plasmada em sua Súmula 02, são claros ao impedirem o controle repressivo de constitucionalidade por parte deste do CARF (com a ressalva das exceções a seguir descritas):

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

Decreto 70.235, de 1972

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 6 O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II - que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Ademais, em 24/02/2016, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento das ADI 2859, 2390, 2386 e 2397 e do Recurso Extraordinário 601.314, que questionavam dispositivos da Lei Complementar (LC) 105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial, concluindo pela constitucionalidade da norma. Como os acórdãos ainda não foram formalizados, trago a notícia do sítio eletrônico do STF:

STF garante ao Fisco acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu na sessão desta quarta-feira (24) o julgamento conjunto de cinco processos que questionavam dispositivos da Lei Complementar (LC) 105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial. Por maioria de votos – 9 a 2 –, 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.

Na semana passada, foram proferidos seis votos pela constitucionalidade da lei, e um em sentido contrário, prolatado pelo ministro Marco Aurélio. Na decisão, foi enfatizado que estados e municípios devem estabelecer em regulamento, assim como fez a União no Decreto 3.724/2001, a necessidade de haver processo administrativo instaurado para a obtenção das informações bancárias dos contribuintes, devendo-se adotar sistemas certificados de segurança e registro de acesso do agente público para evitar a manipulação indevida dos dados e desvio de finalidade, garantindo-se ao contribuinte a prévia notificação de abertura do processo e amplo acesso aos autos, inclusive com possibilidade de obter cópia das peças.

Na sessão desta tarde, o ministro Luiz Fux proferiu o sétimo voto pela constitucionalidade da norma. O ministro somou-se às preocupações apresentadas pelo ministro Luís Roberto Barroso quanto às providências a serem adotadas por estados e municípios para a salvaguarda dos direitos dos contribuintes. O ministro Gilmar Mendes também acompanhou a maioria, mas proferiu voto apenas no Recurso Extraordinário (RE) 601314, de relatoria do ministro Edson Fachin, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2859, uma vez que estava impedido de participar do julgamento das ADIs 2390, 2386 e 2397, em decorrência de sua atuação como advogado-geral da União.

O ministro afirmou que os instrumentos previstos na lei impugnada conferem efetividade ao dever geral de pagar impostos, não sendo medidas isoladas no contexto da atuação fazendária, que tem poderes e prerrogativas específicas para fazer valer esse dever. Gilmar Mendes lembrou que a inspeção

de bagagens em aeroportos não é contestada, embora seja um procedimento bastante invasivo, mas é medida necessária e indispensável para que as autoridades alfandegárias possam fiscalizar e cobrar tributos.

O decano do STF, ministro Celso de Mello, acompanhou a divergência aberta na semana passada pelo ministro Marco Aurélio, votando pela indispensabilidade de ordem judicial para que a Receita Federal tenha acesso aos dados bancários dos contribuintes. Para ele, embora o direito fundamental à intimidade e à privacidade não tenha caráter absoluto, isso não significa que possa ser desrespeitado por qualquer órgão do Estado. Nesse contexto, em sua opinião, o sigilo bancário não está sujeito a intervenções estatais e a intrusões do poder público destituídas de base jurídica idônea.

“A administração tributária, embora podendo muito, não pode tudo”, asseverou. O decano afirmou que a quebra de sigilo deve se submeter ao postulado da reserva de jurisdição, só podendo ser decretada pelo Poder Judiciário, que é terceiro desinteressado, devendo sempre ser concedida em caráter de absoluta excepcionalidade. “Não faz sentido que uma das partes diretamente envolvida na relação litigiosa seja o órgão competente para solucionar essa litigiosidade”, afirmou.

O presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, último a votar na sessão desta quarta, modificou o entendimento que havia adotado em 2010, no julgamento do RE 389808, quando a Corte entendeu que o acesso ao sigilo bancário dependia de prévia autorização judicial. “Tendo em conta os intensos, sólidos e profundos debates que ocorreram nas três sessões em que a matéria foi debatida, me convenci de que estava na senda errada, não apenas pelos argumentos veiculados por aqueles que adotaram a posição vencedora, mas sobretudo porque, de lá pra cá, o mundo evoluiu e ficou evidenciada a efetiva necessidade de repressão aos crimes como narcotráfico, lavagem de dinheiro e terrorismo, delitos que exigem uma ação mais eficaz do Estado, que precisa ter instrumentos para acessar o sigilo para evitar ações ilícitas”, afirmou.

O relator das ADIs, ministro Dias Toffoli, adotou observações dos demais ministros para explicitar o entendimento da Corte sobre a aplicação da lei: “Os estados e municípios somente poderão obter as informações previstas no artigo 6º da LC 105/2001, uma vez regulamentada a matéria, de forma análoga ao Decreto Federal 3.724/2001, tal regulamentação deve conter as seguintes garantias: pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; a prévia notificação do contribuinte quanto a instauração do processo e a todos os demais atos; sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso; estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de desvios.”

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670&caixaBusca=N>, acessado em 09/06/2016)

DO MÉRITO

DA DECADÊNCIA DO PODER-DEVER DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO

É alegada a decadência do poder-dever de constituir o crédito tributário, face ao disposto no art. 150, §4º, do CTN.

Não lhe assiste razão.

De acordo com a Súmula CARF 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”.

Assim, em relação ao ano-calendário 1998, o fato gerador ocorreu dia 31/12/1998. Como trata-se de caso envolvendo dolo de sonegar, com a utilização de interposta pessoa (vide depoimentos do Sr. Clóvis Ferreira da Silva às fls. 1768 a 1780 e termo de constatação à fl. 07), justifica-se, inclusive, a imposição de multa qualificada, a teor da Súmula Carf 34 (vinculante):

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.*

Gize-se que, de acordo com documentação acostada aos autos pelo inventariante do responsável solidário, o Sr. José Perci Ribeiro da Costa foi condenado, no processo judicial 0002067-74-1999.4036103 (1999.61.03.002167-8) pelo crimes de formação de quadrilha, lavagem de capitais e usura (este com prescrição da pretensão punitiva) (fls. 3138 a 3184).

Desse modo, são aplicáveis as regras do art. 173, I, do CTN, pelo que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A omissão de receitas somente pode ser verificada após a entrega da declaração de ajuste anual (DAA), referente ao ano-calendário 1998 (DAA 1999), fato que ocorreu tão somente em 29/04/1999 (fl. 1724). Assim, o lançamento somente poderia ser efetuado a partir de 30/04/1999. Dessa forma, o termo inicial do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte, ou seja, 1º/01/2000, sendo 31/12/2004 o seu termo final.

Ressalta-se que a Súmula CARF nº 101 dispõe que “na hipótese de aplicação do art. 173, inciso I, do CTN, o termo inicial do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Como a ciência ocorreu em 30/09/2004 (fl. 1995), não correu a decadência do crédito tributário.

O entendimento aqui manifestado é idêntico ao que lastreou o acórdão 2201-002, de 12/02/2015 (processo 13884.003132/2005-93), em que é contribuinte o Sr. José Perci. Daquele processo extraio:

A matéria já é de conhecimento deste Colegiado, tendo sido consolidado o entendimento de que nos casos de ocorrência de dolo, fraude ou simulação deve-se aplicar a regra do artigo 173, inciso I do CTN segundo a qual o início do prazo decadencial se verifica no primeiro dia do exercício seguinte ao fato gerador, conforme Súmula 101 a seguir transcrita:

(...)

Deve-se ressaltar, ainda que o fato gerador do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física ocorre em 31 de dezembro e tem como base de cálculo a soma anual dos valores apurados mensalmente, conforme se verifica da súmula CARF nº 38, aprovada em sessão de 08/12/2009 (conforme Portaria MF 383 de julho de 2010), in verbis:

(...)

Assim, verifica-se que de fato não ocorreu a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 1999 (fato gerador ocorrido em 31/12/1999), na medida em que nos termos do artigo 173, inciso I do CTN, não transcorreu período superior a 5 (cinco) anos entre o primeiro dia seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado (1º/1/2001) e a data de ciência do lançamento (09/09/2005) (Grifou-se.)

SOLIDARIEDADE PASSIVA TRIBUTÁRIA

Quanto à solidariedade passiva tributária do sr. José Perci Ribeiro da Costa, foi alegado que não se pode permitir que, o simples fato de uma pessoa figurar como procuradora de outra configure o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; há de se demonstrar o interesse comum, nos termos do art. 265 do CC, cuja prova é fundamental para a legalidade do ato que utiliza dos termos do art. 124 do CTN.

Ocorre que as normas de solidariedade aplicáveis ao direito tributário são específicas, não sendo aplicável o art. 265 do Código Civil. Quanto à solidariedade passiva, dispõe o art. 124, I, do CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem."

Convém trazer à balha a lição de Bernardo Ribeiro de Moraes a respeito da solidariedade tributária (Compêndio de direito tributário, 2º vol., 3ª ed., 1995, p. 303):

No direito tributário toda dívida será solidária, desde que alcance duas ou mais pessoas, como consequência do pressuposto de fato que dá origem à respectiva obrigação. Isto resulta da própria natureza ex lege da obrigação tributária. Esta solidariedade se estabelece sem a necessidade de que a lei o diga expressamente (...)

Assim, não há necessidade de previsão em lei ou no contrato para caracterização da solidariedade passiva de que trata o art. 124, inciso I, do CTN. No entanto, o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária deve restar demonstrado nos autos para que se estabeleça a solidariedade passiva, ou seja, a prova do interesse comum cabe à autoridade administrativa.

Assim, no caso em apreço, é evidente o interesse direto que o Sr. José Perci nas receitas que originaram o lançamento, não tratando de “simples fato de uma pessoa figurar como procuradora de outra”.

Em primeiro lugar, analisemos a relação do Sr. Clóvis Ferreira da Silva com o sr. José Perci Ribeiro da Costa.

O sr. Clóvis Ferreira da Silva, titular da conta bancária objeto da autuação, é analfabeto (comprovado pela aposição de sua digital no termo de início da ação fiscal, e-fl. 06 e na procuração pública da e-fl. 11 e por seu depoimento à Polícia Federal, no qual assim se declarou, e-fls. 1768 a 1770) e trabalhou por dezoito anos como peão e capataz na Fazenda Rancho Alegre, de propriedade do Sr. José Perci (ver depoimento à Polícia Federal, e-fl. 1768). Sua declaração de ajuste anual (DAA), entregue em 16/05/2001, após o início da ação fiscal (23/03/2001) (e-fls. 14 a 16), evidencia rendimentos tributáveis de R\$10.000,00; porém, o Sr. Clóvis, em depoimento à Polícia Federal, em 21/12/2001, alegou desconhecer a existência da referida DAA (e-fls. 1768 a 1770); ademais, no mesmo depoimento, expressa o desejo de retificar na íntegra sua declaração em depoimento anterior, “pois na ocasião praticamente não pôde se manifestar, sendo que tudo que foi consignado em seu Termo de Declarações foi ditado pelo Advogado Dr. Aarão M. Pinto Neto e pelo seu patrão, José Perci Ribeiro da Costa”; ademais, o Sr. Clóvis relatou que, após a prisão do Sr. Perci, foi despedido e pressionado por sua filha a deixar a cidade, lhe sendo oferecido dinheiro para que fosse morar em outro Estado, “... até a poeira baixar”; foi afirmado, outrossim que sr. Clóvis, a pedido do Sr. Perci, lhe outorgou procuração em 05/09/1991, conferindo a esse amplos poderes para movimentar contas bancárias, poupança e qualquer outra operação bancária, sendo que desconhece de conta bancária aberta em seu nome, bem como dos recibos bancários correlatos; afirmou ainda que o Sr. Perci, como é do conhecimento de todos, é um dos maiores agiotas da região e que teme por sua vida, em razão do referido depoimento.

Por outro lado, o Sr. José Perci, alegou que o numerário que transitou pela conta corrente (e de investimento, a ela vinculada) pertencia à pessoa jurídica Cinelândia Telefones Ltda. (doravante, Cinelândia), da qual é sócio administrador.

Ora, a referida conta foi aberta em nome do Sr. Clóvis Ferreira da Silva e movimentada pelo Sr. José Perci; a simples alegação de que tais valores pertencem à pessoa jurídica Cinelândia não possui o condão de descaracterizar a omissão de rendimentos por parte daqueles que a movimentaram.

Ou seja, há confissão de sua ligação com a movimentação financeira, não havendo como alegar falta de interesse comum em relação aos valores depositados nas referidas contas.

Com o objetivo de investigar se a movimentação financeira em causa seria resultado da atividade mantida por Cinelândia, a fiscalização, na fase investigatória, juntou sua DIPJ 1999 (e-fls. 1815 a 1849) e elaborou análise comparativa entre os valores declarados pela pessoa jurídica e os valores aqui discutidos, chegando à conclusão de que os valores relativos a movimentação, no ano-calendário de 1998, nas contas poupança viva e conta-corrente, respectivamente, nºs 1.965.621-7 e 927.922-5, após a exclusão dos valores tributados na DAA do Sr. Clóvis Ferreira da Silva, atingiu o montante de R\$43.472.503,43 (e-fl. 1981) enquanto o montante anual proveniente de Outras Receitas e Ganhos de Capital (R\$64.840,49) somado ao da Receita Bruta (R\$23.000,00) declarados pela Cinelândia na DIPJ 1999, ano-calendário 1998, foi de R\$87.840,49.

Cumprе ressaltar que não há nos autos qualquer prova de que a movimentação financeira pertencia à Cinelândia. O resultado da diligência que teve como finalidade propiciar ao responsável solidário produzir prova nesse sentido será analisado no próximo tópico.

Se não restou comprovado que se tratava de movimentação decorrente da atividade mantida pela pessoa jurídica Cinelândia, foi comprovado que o Sr. Perci participou ativamente do referido fluxo financeiro, revestido de interesse pessoal, haja vista a extensa documentação juntada aos autos, quais sejam, as cópias de cheques emitidos pelo Sr. Perci, anexadas às e-fls. 446 a 1618.

DA OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA

A tributação em exame tem como base legal o artigo 42 da Lei 9.430, de 1996, a seguir transcrito:

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 individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-

calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). (Vide Medida Provisória nº 1.563-7, de 1997) (Vide Lei nº 9.481, de 1997)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)

Pelo citado dispositivo legal, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento presumem omissão de rendimentos, desde que a pessoa física ou jurídica, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados na operação. É o que ocorre no presente caso.

A partir da vigência do artigo 42 da Lei 9.430, de 1996, os depósitos bancários deixaram de ser modalidade de arbitramento – que exigia da fiscalização a demonstração de gastos incompatíveis com a renda declarada (aquisição de patrimônio a descoberto e sinais exteriores de riqueza), conforme interpretação consagrada pelo Poder Judiciário (Súmula TFR 182), pelo Primeiro Conselho de Contribuintes e artigo 9º, inciso VII, do Decreto-Lei 2.471, de 1988 (que determinava o cancelamento dos lançamentos do imposto sobre a renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários) – para se constituir na própria omissão de rendimento (art. 43 do CTN), decorrente de presunção legal, que inverte o ônus da prova em favor da Fazenda Nacional.

No âmbito do contencioso administrativo fiscal, foi editada a Súmula CARF 26, a fim de consolidar tal entendimento:

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.

Quanto à prova de que os valores movimentados nas contas do contribuinte, Sr. Clóvis Ferreira da Silva pertenciam à sociedade Cinelândia, como relatado, o antigo Conselho de Contribuintes solicitou diligência específica nesse sentido. Cumprindo a diligência, a unidade preparadora solicitou ao recorrente que indicasse as provas pelas quais pretendia demonstrar suas alegações.

Esse afirmou impossibilidade de indicar as provas por estarem apreendidas pela Delegacia da Polícia Federal de São José dos Campos ou nos autos do processo judicial 1999.61.03.002067-8; porém, (a) a Delegacia da Polícia Federal de São José dos Campos informou que não recebeu qualquer pedido de acesso às citadas provas, apesar de estar de posse da documentação de 12/03/2004 a 17/08/2010 (fl. 2583), e, (b) não obstante tenha sido deferido o seu acesso aos autos do processo judicial, o contribuinte não conseguiu demonstrar sequer que buscou acessar tais documentos.

Reproduzo do termo de Constatação Fiscal que se seguiu à diligência (e-fls. 3126 a 3132):

Informar se requereu junto a Secretaria da 6ª Vara Criminal da Justiça Federal em São Paulo para ter acesso aos autos do processo 1999.61.03.002067-8, e em caso afirmativo, apresentar comprovação da solicitação; Caso não tenha obtido acesso a tais documentos, apresentar a documentação que comprove tal fato;

Resposta: Em 02/09/2010, alega que requereu acesso conforme petições anexas (fl.2234 a 2239) tanto aos autos do processo 1999.61.03.002067-08, quanto aos documentos apreendidos pela Policia Federal (fl.2117 a 2129).

No entanto, da análise das duas petições constatou-se que ambas se referiam, exclusivamente, ao pleito de acessar aos documentos e bens apreendidos que em tese, estariam na posse da Delegacia da Polícia Federal. Desta forma, o contribuinte não comprovou que buscou consultar os 22 (vinte e dois) apensos da Ação Penal 1999.61.03.002067-8, acautelados na Secretaria da Sexta Vara Federal Criminal em São Paulo, aos quais foi deferido o acesso pelo prazo de 05 (cinco) dias pelo juiz federal substituto Márcio Rached Millani (fl.1967 e 1968); Vale ressaltar que as referidas petições estão datadas de 2007 enquanto a ciência da decisão judicial foi em 17-04-2006, com prazo de 5 dias para acesso a documentação, ou seja, não comprovou a petição a Policia Federal dentro do prazo estabelecido pelo juízo.

(...)

I – Pesquisar a existência de lide judicial e caso positivo, providenciado junto aos sujeitos passivos a identificação de quais documentos deverão compor como provas este processo, para que seja oficiado o correspondente órgão judicial no sentido da vinda de cópias para complementar sua instrução.

Resposta: Em atendimento a este item da solicitação foi feita a diligência na pessoa do senhor José Perci Ribeiro da Costa e verificada a existência do processo judicial 1999.61.03.002067-8, além de oficial-se a Policia Federal e a Justiça Federal. Também se intimou o contribuinte sobre quais documentos ele entenderia necessários para compor sua defesa. Obtêm-se como resposta a este item as manifestações do contribuinte e resposta aos os ofícios, de acordo com a exposição dos fatos acima relacionados no item II.

Com relação a alegação do contribuinte de que os equipamentos eletrônicos em posse da Polícia Federal estavam avariados e com impossibilidade de uso, tem um ponto duvidoso, já que no prosseguimento desta informação, ele faz a seguinte citação "... uma vez que os documentos - consubstanciados basicamente em equipamentos eletrônicos - estavam avariados, não possuindo a Delegacia, meios para que a representante legal pudesse testá-los" (fl.2123).

Desta forma, fica realçada a possibilidade do dano nos equipamentos ser apenas físico, e não das informações, o que representaria uma recusa do contribuinte em se obter provas por ele procuradas;

Em resposta a ofício deste Serviço de Fiscalização, a Delegacia da Polícia Federal em São José dos Campos informou que os materiais objeto das apreensões realizadas, com base nos IPL's n.ºs 19-0036/2001 e 19-0131/2004, foram encaminhados ao Juízo da 6ª Vara Criminal Federal em 17/08/2010 (fls. 1.697), materiais, estes, que não eram apenas compostos de hardwares e demais mídias eletrônicas, tendo no seu bojo diversos documentos em papel, verificando-se que o contribuinte recusou-se a receber equipamentos eletrônicos, no entanto, não ficou comprovada a tentativa de retirada do restante da documentação apreendida, que poderia fazer prova a alegação da contribuinte, tais como contratos de faturização, notas fiscais, recibos de pagamentos, etc, restando nítido que estes documentos ficaram à disposição do contribuinte;

Portanto, a comprovação efetiva dar-se-ia com a apresentação de documentos físicos como: Notas Fiscais de Faturização, Contratos de Faturização e outros, que o contribuinte alega ter sido apreendido, mas se mostrou incapaz de indicar em quais itens dos diversos termos de apreensão eles estariam relacionados, se limitando a informar que os elementos necessários para o deslinde da situação estavam nas mídias eletrônicas. Como se vê, além do controle eletrônico mantido pelo contribuinte (por exemplo, planilhas, relações de clientes, etc), a prova do alegado se dá basicamente por documentação em papel, a qual teria sido supostamente apreendida, mas em nenhum momento, houve prova de tentativa de sua retirada perante a Polícia ou a Justiça Federal;

2- Deve compor também o procedimento investigatório complementar, a verificação junto à empresa Cinelândia Telefones Ltda para identificar a escrituração dos depósitos e créditos bancários que serviram de suporte à renda presumida neste lançamento e quanto aos correspondentes pagamentos de tributos.

Resposta: Em atendimento a este item da solicitação foi feita a diligência na empresa Cinelândia Telefones Ltda, a qual apresentou apenas o livro caixa de 1998 (fl. 1768 a 1955), alegando para os demais documentos comprobatórios os fatos explicitados no item II do presente relatório e os acima expostos. Da análise do livro caixa de 1998 conclui-se que os valores escriturados no livro Caixa de 1998 são incompatíveis com a

movimentação financeira mantida em conta corrente pelo contribuinte. (Grifou-se.)

Em sua manifestação do resultado da diligência, o responsável solidário asseverou que todas as provas de que os depósitos bancários constituíam receita da Cinelândia, decorrentes de operações de faturização estavam registrados nos computadores dessa sociedade, os quais, segundo alega, não lhe teriam sido disponibilizados.

No entanto, em ofício encaminhado pela Polícia Federal (e-fl. 2583) é afirmado que o recorrente “não protocolizou nenhuma requisição para acesso dos documentos apreendidos”.

Em outro momento processual (resposta à intimação, e-fls. 3003 a 3015) alega que compareceu à Delegacia da Polícia Federal em São José dos Campos e verificou que os equipamentos eletrônicos estavam avariados, “conforme comprova anexa certidão”. Pois tal certidão não foi localizada por este relator. Em sentido contrário, porém, foi possível localizar laudo pericial no equipamento eletrônico, elaborado por Peritos Criminais Federais, que atestam a integridade das mídias analisadas (e-fls. 2602 a 2608).

Ademais, na sentença penal, julgada em 26/10/2010, em que foi réu o Sr. José Perci, restou reconhecido que a Cinelândia era utilizada para mascarar os crimes de usura, lavagem de dinheiro e de quadrilha, pelos quais o recorrente restou condenado (e-fls. 3138 a 3184):

Segundo o laudo de exame econômico-financeiro, foram constatados créditos de quase R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) e faturamento de menos de R\$70.000,00 (setenta mil reais), de modo que “os peritos descartam qualquer operação regular que possa justificar tal fato” (fl. 3292) (e-fl. 3167)

(...)

Realmente, de todo o conjunto probatório produzido no presente processo, tem-se por bastante claro o modus operandi da quadrilha. O crime a ser praticado era o de usura, consubstanciado na cobrança de juros extorsivos, mediante meios coercitivos de cobrança. A liderança da quadrilha era exercida por JOSÉ PERCI, responsável pela maioria dos negócios, com a participação de seus filhos MARIA DO CARMO, MARIA APARECIDA E FERNANDO. Para ocultar a origem dos valores obtidos das vítimas, ficou claro que, ao menos, JOSÉ PERCI, MARIA DO CARMO E FERNANDO exigiam que os pagamentos fossem feitos em nome de terceiros – como o laranja CLÓVIS e os demais membros da família, ou, como era curial, fossem-lhe outorgadas procurações para a transmissão de imóveis pertencentes as vítimas. (...) (e-fl. 3169)

Além disso, o responsável solidário, em sua manifestação em decorrência da diligência (e-fl. 3136, item 16), cita outros processos administrativos fiscais, os quais analisam outras contas bancárias, outros contribuintes e outros anos-calendário, mas, tendo o Sr. José Perci como responsável tributário, também procurou-se relacionar as respectivas receitas à Cinelândia.

Processo 13884.004171/2003-11, em que é contribuinte Maria do Carmo, filha do recorrente. Sendo a contribuinte, também parte do esquema criminoso, foi acolhida a ilegitimidade passiva do recorrente, pela falta de investigação complementar quanto a pertencer as respectivas receitas à pessoa jurídica Cinelândia. O procedimento naquele processo difere, na espécie, do presente, pela oportunização de prova ao contribuinte de que as receitas pertenciam à pessoa jurídica, como já analisado. Do voto do relator no processo 13884.004171/2003-11 extraio:

(b) Titularidade da empresa Cinelândia Telefones Ltda.

Compõe também o conjunto probatório indiciário, a participação do pai na empresa Cinelândia Telefones Ltda, praticamente de sua titularidade, porque em montante equivalente a 95% no capital social, enquanto a composição deste com sua esposa, com quem era casado sob regime de comunhão universal de bens.

Conhecido esse detalhe, a ligação com o uso das contas-correntes bancárias sob procuração e com movimentação elevada poderia permitir a conclusão por uma ilegalidade caracterizada vulgarmente como "caixa 2" da empresa de sua titularidade.

(c) Mudança de atividade da empresa Cinelândia Telefones Ltda.

A transformação da empresa Cinelândia Telefones Ltda em Cinelândia Factoring Fomento Mercantil Ltda ou a criação dessa nova empresa conduz ao raciocínio de que a atividade de troca de cheques, compra de títulos com deságio, inerentes àquela de factoring já estava sendo desenvolvida havia algum tempo pelo próprio titular com uso das instalações da pessoa jurídica, mas disfarçada porque não constante da escrituração desta.

Essa afirmativa é reforçada também pelo confronto das conclusões possíveis de extrair dos processos indicados no Relatório, evidência de que José Percy participou em diversos períodos como "responsável solidário" em função de movimentar contas bancárias de significativa expressão financeira sem que externasse a terceiros essa autoria

(...)

h) Julgado em que José Percy R da Costa era parte responsável.

(...)

Nesta situação, foi informado à autoridade fiscal, ainda durante o procedimento investigatório, em 10 de outubro de 2003, sobre a efetiva titularidade dos depósitos e créditos bancários como pertencentes à empresa Cinelândia Telefones Ltda, fls. 734 e 735, v-IV, embora afirmação não fundada em documentos de prova direta desse conteúdo.

A autoridade fiscal interpretou essa informação como de efeitos não significativos para resolução da situação fática e decidiu pela estruturação da exigência com base na dita presunção e nas provas disponíveis. Essa atitude, no entender deste que escreve,

contrária à formalização correta do crédito tributário por meio dessa prova indiciária.

Em face do conjunto probatório indireto posto, tenho por mim que o dever funcional era de investigar a referida indicação, não apenas por força do dito parágrafo 3º, mas também pela determinação daquela do artigo 845, § 1º, do Decreto nº 3.000, de 1999, Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99, citada.

Frente a esse conjunto de elementos probatórios indiciários e em razão da falta do aprofundamento da investigação durante o procedimento fiscal, bem assim, no procedimento complementar de diligência, permanece a dúvida quanto à titularidade e adequação da base presuntiva decorrente das contas-correntes em que José Percy R. da Costa detinha outorga de poderes. Essa dúvida permite invalidar a correspondente parcela da exigência em razão da conformação obrigatória aos requisitos da legalidade e certeza para permanência e eficácia.

Processo 13884.004578/2003-30, em que é contribuinte Fernando José Leite da Costa, filho do recorrente: reconhecida, por maioria, a decadência do crédito tributário. Sem análise de outras questões de mérito.

Processo 13884.003881/2004-04, em que é contribuinte Cinelândia telefones Ltda. Foi dado provimento ao recurso voluntário, uma vez que comprovada a origem dos depósitos mantidos em conta corrente a margem da escrituração.

Processo 13884.003882/2004-41, em que é contribuinte Cinelândia telefones Ltda. Sendo reflexo do processo 13884.003881/2004-04, também foi dado provimento ao recurso voluntário, pelas mesmas razões.

Desse modo, o recorrente, mesmo com a diligência específica para este fim, não conseguiu provar que as receitas em apreço seriam da titularidade de pessoa jurídica.

Competia ao recorrente provar a veracidade do que afirma, segundo o disposto na referida Súmula CARF 32, no art. 42 da Lei 9.430, de 1996 e, ainda no art. 36 da Lei 9.784, de 1999 (texto legal que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal):

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

Corroborando tal tese, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais. (Habeas Corpus nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada. (Intervenção Federal Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

DA IMPOSIÇÃO DE MULTA

O recorrente afirmou que a imposição da multa (225%) não pode prosperar, pois a Constituição Federal, em seu art. 145, § Iº, estabelece como princípio geral o respeito à capacidade econômica do contribuinte e a aplicação de multa acaba transgredindo a vedação ao confisco, nos termos do art. 150, inciso IV, da CF.

Em petição protocolada em 20/08/2015, peticiona o espólio do Sr. José Perci, representado pela inventariante, Gicélia Moreira da Costa (e-fls. 3247 a 3277), no qual solicita, em face do falecimento do responsável tributário, que seja excluída a multa, e repisa o seu caráter inconstitucional.

Como já exposto, questões envolvendo o controle repressivo de constitucionalidade não podem ser conhecidas pelo Carf (Súmula 02).

Quanto à imposição da multa, é aplicável ao caso o art. 23, § 3º, do Decreto 3.000, de 1999 (RIR 99), pelo qual “Os créditos tributários, notificados ao *de cujus* antes da abertura da sucessão, ainda que neles incluídos encargos e penalidades, serão exigidos do espólio ou dos sucessores” (Grifou-se.):

Art. 23. São pessoalmente responsáveis (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 50, e Lei nº 5.172, de 1966, art. 131, incisos II e III):

I - o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelo tributo devido pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão, do legado, da herança ou da meação;

II - o espólio, pelo tributo devido pelo de cujus até a data da abertura da sucessão.

(...)

§ 3º Os créditos tributários, notificados ao de cujus antes da abertura da sucessão, ainda que neles incluídos encargos e penalidades, serão exigidos do espólio ou dos sucessores, observado o disposto no inciso I.

Assim, descabe o cancelamento da multa aplicada.

DO ADITAMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO

Em 07/06/2016, Foi realizado aditamento ao recurso voluntário, pelo qual o espólio do Sr. José Perci, representado pela inventariante, Gicélia Moreira da Costa (e-fls. 3296 a 3313), solicita que seja reconhecido vício material, decorrente de erro de sujeição passiva, desta vez porque o Sr. José Perci deveria ser qualificado como “contribuinte” e não como mero “responsável solidário”, em violação ao art. 121 do CTN e ao art. 42, § 5º da Lei 9430, de 1996.

Tal aditamento não merece ser conhecido, uma vez que não há previsão no Decreto nº 70.235, de 1972 ou no Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela

Portaria MF 343, de 2015 (Ricarf) que permita tal aditamento, uma vez ocorridas as preclusões temporal e consumativa.

Ademais, suas razões estão em contradição com toda a sua defesa até o presente momento, no qual sustentou, em sede de impugnação e de recurso voluntário que as receitas seriam pertencentes à Cinelândia, tendo inclusive solicitado diligência nesse sentido deferida pela Turma que por primeiro apreciou seu recurso voluntário.

O ordenamento jurídico proíbe comportamento contraditório, sintetizado na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, fundamentados nos princípios da boa-fé objetiva, no princípio constitucional da solidariedade social (CF, art. 3º, I, parte final) e nos princípios da lealdade processual e da segurança jurídica. Não é possível ao recorrente se beneficiar de situação de era por ele negada até o presente momento.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF:

(...)

4. “No sistema das invalidades processuais[,] deve-se observar a necessária vedação ao comportamento contraditório, cuja rejeição jurídica está bem equacionada na teoria do *venire contra factum proprium*, em abono aos princípios da boa-fé e lealdade processuais” (HC nº104.185/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 5/9/11). 5. Assim, “ninguém pode se opor a fato a que [tenha dado] causa; é esta a essência do brocardo latino *nemo potest venire contra factum proprium*” (ACO nº 652/PI, Pleno, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 30/10/14)(...) (HC 121285 / RJ)

Conclusão

Voto, portanto, por não conhecer das questões acerca das inconstitucionalidades de lei, rejeitar as preliminares, e, no mérito, por NEGAR provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)
João Bellini Júnior
Relator