RESOLUÇÃO GERADA NO PGD-CARF PROCESSO 13884.003058/2004-91

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

Processo nº	13884.003058/2004-91
Recurso nº	Voluntário
Resolução nº	**2201-000.257 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data	05 de abril de 2017
Assunto	CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA
Recorrente	PAULO ROBERTO NEVES FERNANDES
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência para que a unidade preparadora se pronuncie, comprovadamente, sobre a intimação dos co-titulares.

Assinado digitalmente.

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Presidente.

Assinado digitalmente.

ANA CECÍLIA LUSTOSA DA CRUZ - Relatora.

EDITADO EM: 07/05/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Dione Jesabel Wasilewski, José Alfredo Duarte Filho, Marcelo Milton da Silva Risso, Carlos Alberto do Amaral Azeredo e Daniel Melo Mendes Bezerra.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão primeira instância que julgou procedente em parte a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Nesta oportunidade, utilizo-me do relatório produzido em assentada anterior, eis que aborda de maneira elucidativa os fatos objeto dos presentes autos, nos termos seguintes:

Contra o contribuinte acima identificado foi lavrado auto de infração de fls. 517 a 529. Os demonstrativos estão nas fls. 530 a 532, relativo ao imposto sobre a renda das pessoas físicas ano calendário de 1.999 e 2.000, por meio do qual foi apurado crédito tributário no montante de R$ 3.851.065,02, dos quais, R$ 1.575.638,85 são referentes a imposto, R$ 1.181.729,13 são cobrados a título de multa proporcional e R$ 1.093.697,04 correspondem a juros calculados até 31/08/2004 Conforme descrição dos fatos no Auto de infração, a exigência decorreu da seguinte infração:

Omissão de rendimentos provenientes de depósitos bancários, para o ano calendário de 1.999 e 2000,. com o seguinte enquadramento legal: Art. 42 da Lei n° 9430/96; art. 40 da Lei n° 9481/97, art. 21 da Lei n° 9532/97 e Art. 849 do RIR199. Cientificado, do Auto de Infração, em 19/10/2004, (AR na fl. 535) por via Postal (AR), o contribuinte apresentou, através de procurador (procuração na ft 560), a impugnação de fls. 538 a 558, em 18/11/2004.

Posteriormente em 20/12/2005, o impugnante apresentou novos documentos acostados nas fls. de n° 569 a 7619, na qual, após breve relato dos fatos, alega, em síntese, que:

DA INVIABILIDADE DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Alega que até o ano de 2001, o dispositivo legal que dispunha sobre o uso das informações prestadas, com base na CPMF, nos § 2° e 3° do art. 11 da lei n° 9311/96, vedava a sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, sendo que somente foram efetuadas alterações quando da promulgação da lei n° 10.174/01.

Tratando-se de operações bancárias realizadas no período de 1999 a 2001, não podem tais informações, que foram repassadas pelas instituições financeiras tendo como fonte o pagamento da CPMF, serem utilizadas para viabilizar o lançamento de qualquer tributo, sob pena de ofender um dos princípios básicos do Estado de Direito, que garante estabilidade e segurança nas relações jurídicas.

Cita o art. 5 0, inciso XXXV, da CF, e legislação infraconstitucional, assim como a Lei de introdução ao Código Civil e CTN, para ressaltar que há proibição expressa para a retroatividade da lei atingir fatos pretéritos.

Cita jurisprudência do CC sobre a não admissão do lançamento consubstanciado na redação atual da lei 9311/96.

DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO.

Restou, por outro lado, patente a quebra do sigilo bancário, sem qualquer autorização legal, isto porque, a lei permite apenas que sejam utilizadas as informações de que trata a lei 9311/96 (mesmo assim após 2001), para instaurar procedimento administrativo para veca - da existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições, não havendo qualquer permissão para que sejam os bancos notificados para prestarem informações sobre depósitos efetuados na conta corrente do contribuinte.

Desta forma, a determinação para que os bancos informem cada depósito efetuado enviando extrato da conta corrente, como fez a Receita Federal, viola a lei complementar 105/01, que determina às instituições financeiras a conservarem o sigilo das operações referentes aos serviços prestados. Por isso, é consistente e ilegal o ato, por utilizar de informações na qual a lei não autoriza, sendo a prova utilizada para lavrar o auto de infração obtida de forma ilegal, por isso, sendo ele nulo.

DA INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE SE TER DESCRIÇÃO DETALHADA DE TODA A MOVIMENTAÇÃO.

A pessoa física, diferentemente da jurídica, não têm a obrigação de manter escrituração detalhada de todos os fatores que envolvem sua vida, não é obrigada a ter livro fiscal ou contábil para apresentar ao fisco quando exigido.

O inciso II, do art. 5 0, da CF, deixa claro que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Destarte, se não há exigência legal para que o contribuinte tenha detalhada a escrituração de sua movimentação financeira, como pode ser dele exigida a sua apresentação,.

DA AUSÊNCIA DE ELEMENTO PROBATÓRIO PARA A IMPOSIÇÃO DO LANÇAMENTO.

Ora, parece óbvio que o recorrente, com seu padrão de vida convencional, não tenha o lucro na ordem dos valores depositados em sua conta corrente. O fisco se ateve ao que entrou em sua conta, mas ignorou oportunamente o que saiu.

Historicamente, nunca se admitiu o depósito bancário como apto a impor exigência tributária. Basta para isto, simples leitura da Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos — TRF.

A publicação da Súmula, deu azo à edição do Decreto-lei n° 2471/88, que, em seu art. 90, cancelou os débitos originados exclusivamente em valores retirados de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários.

Por outro lado, a lei 8021/90, autorizava apenas o uso dos depósitos como início de uma investigação mais profunda, não podendo ele ser utilizado como único documento hábil para impor a obrigação tributária.

Cita acórdãos do CC sobre lançamento com base em depósito bancário.

DA CONDUTA DO CONTRIBUINTE.

A lei deve ser respeitada, sobretudo quando não se verifica qualquer indicio de ilicitude praticada pelo contribuinte quanto aos depósitos mantidos em sua conta corrente.

Como se sabe, o recorrente é empresário que se ativa tanto no comércio quanto no ramo da construção civil.

O recorrente é pessoa idônea e, na condição de empresário, movimenta valores tanto em sua conta pessoa física como também na pessoa jurídica, sendo certo que, no início de cada ano, procede a declaração do imposto de renda, atribuindo o que pertence à empresa e á pessoa física, pagando corretamente os impostos, tudo em obediência à legislação aplicável.

DA SEGURANÇA JURÍDICA.

O contribuinte agiu em conformidade com as regras existentes à época dos fatos, pois não podia imaginar que, cinco anos depois, tivesse que comprovar cada depósito efetuado em sua conta corrente, sob o risco de ter que pagar imposto de renda do que não ganhou.

Ora, no presente caso, o recorrente é um empreendedor que leva a sério suas atividades, operando licitamente, declarando corretamente seu imposto de renda tanto da pessoa jurídica quanto da física, tudo sob a égide das regras existentes, não podendo imaginar que cinco anos depois, seria exigido comprovante de cada centavo que circulou em sua conta corrente.

DO FATO GERADOR E DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA.

Cita o art. 153 da CF, o art. 43 do CTN e decisões do STJ, para concluir que o imposto de renda somente pode incidir sobre o acréscimo patrimonial, não se admitindo que a movimentação financeira oriunda de depósitos bancários, seja considerada acréscimo patrimonial.

O Decreto 3000/99 define, mesmo com algumas inconsistências legais, o que é considerado tributável a título de IR, e nele não se verifica e nem foi citado no AI, qual a subsunção legal pelo qual restou considerada a movimentação financeira como FG apto incidir o imposto ora exigido.

Mas não é só isso! Duas questões ainda saltam aos olhos: a primeira diz respeito à impossibilidade de incidirem, sobre o mesmo FG, dois tributos distintos; já a segunda, trata da ausência de elementos probatórios para caracterização de omissão de receita.

DA INCIDÊNCIA DE DUPLA TRIBUTAÇÃO SOBRE O MESMO FG E BASE DE CÁLCULO.

A movimentação financeira é FG apto a configurar a exigibilidade da CPMF.

Assim, do resultado do que se deposita ou do que é sacado da conta corrente do contribuinte, surge a obrigação tributária.

Este é o único tributo que se pode exigir desta operação, não podendo o fisco utilizar o mesmo FG e a mesma base de cálculo para arbitrar o IR- primeiro porque, como acima já se esgotou, tal tributo somente incide sobre a alteração patrimonial, e segundo, porque sobre a movimentação, incide a CPMF.

DA INCONSISTÊNCIA DOS ELEMENTOS UTILIZADOS PARA APURAÇÃO.

A ausência de elementos que pudessem formar o convencimento para a imposição da exação fiscal e a utilização de uma única fonte — depósitos bancários- para a caracterização 'omissão, com certeza torna frágil o Auto de Infração. Isto porque, ao observar os elementos constantes nos autos, especialmente as contas correntes, verifica-se que nem todas são do recorrente.

Veja que a conta corrente 2473, do Banco Bradesco, em 1999, pertencia apenas a Oscar Constantino, não sendo ela, nesta época, conjunta com o recorrente, o que leva a crer que o agente fiscal não se ateve a uma apuração consistente, apta a gerar o arbitramento levado a efeito.

E mais, como se tratam de depósitos, o agente fiscal utilizou corno critério para apurar a base de cálculo os resgates da conta poupança e não os depósitos efetuados, sendo certo ainda que desconsiderou o que fora informado na declaração do imposto de renda.

DO EFEITO CONFISCATÓRIO DA EXAÇÃO FISCAL.

A considerar o depósito bancário como único elemento a ensejar a exigência do tributo, se chegará a injustiça tão absurda, que obrigará o contribuinte a dispor de todo seu patrimônio para pagar o Estado o que este entende que lhe é devido, caracterizando com isto, não só o confisco, mas uma injustiça que não encontra liame no ordenamento jurídico, ofendendo o direito de propriedade, a capacidade contributiva e até mesmo a livre iniciativa.

DA PRESCRIÇÃO.

O contribuinte somente foi notificado do Auto de Infração em 10/2004, exigindo o pagamento de imposto de renda, a partir de jan/99, o que implica dizer que, retroagindo aos últimos cinco anos, encontram-se prescritas as exigências tributárias de janeiro até outubro deste mesmo ano.

DA JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS EM 20/12/2005.

Com fundamento no inciso VIII, do art. 149, do CTN, vêm complementar a IMPUGNAÇÃO, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos, descrevendo que o Impugnante, na condição de gerente administrativo e financeiro, movimentava em contas-correntes especialmente abertas em seu nome, os recursos financeiros para pagamentos das obrigações das seguintes empresas: Oscar Calçados Ltda, Fernandes, Constantino & Cia. Ltda, Oscar Calçados Jacareí Ltda, PRNeves Fernandes & Cia Ltda ME, R. Constantino Calçados Ltda, RACSO Calçados Ltda, RCPR Comercial de Calçados Ltda.

(...).

Cita o art. 59 do PAF, para alegar que não foi atendido o amplo direito de defesa do impugnante, pois o Auditor-Fiscal, entendeu que a documentação não estava individualizada tanto em relação a valores, como em relação a datas, resolveu considerar os depósitos como de

origem não comprovadas, não dando oportunidade para que o contribuinte fizesse tal detalhamento tempestivamente.

Cita o inciso VIII, do art. 149 do CTN, como base legal para ser efetuada a revisão de ofício, do lançamento consubstanciado no presente Auto de Infração, e, acórdãos do CC no mesmo sentido.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de São Paulo II julgou procedente em parte a impugnação, restando mantida parcialmente a notificação de lançamento, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: -IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF Ano-calendário: 1999, 2000 PRELIMINAR. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO.

Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

PRELIMINAR. SIGILO BANCÁRIO.

É lícito ao Fisco examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem indispensáveis, independentemente de autorização judicial.

PRELIMINAR. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Comprovado, nos autos, que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando as causas apontadas no art. 59 do Decreto n° 70.235/72, afastam-se as alegações de nulidade processual ou nulidade do lançamento.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

A Lei n° 9.430/1.996, no seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EXTENSÃO.

As decisões administrativas, inclusive as proferidas pelo Conselho de Contribuintes, e as judiciais, a exceção daquelas proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade de normas legais, não têm caráter de norma geral, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência senão àquela objeto da decisão.

INTERPOSIÇÃO DE PESSOA.

Os extratos da movimentação bancária, estavam em nome do fiscalizado, e, somente com provas de que ocorreu a "Interposição de

Pessoa", é que poderia haver a transferência dessa responsabilidade tributária para outra pessoa.

Lançamento Procedente em Parte Posteriormente, dentro do lapso temporal legal, foi interposto recurso voluntário, no qual a contribuinte sustentou, em síntese, fls. 15.294 e seguintes:

a) a ilegitimidade do sujeito passivo, em razão de o recorrente não ser titular de fato das referidas contas;

b) a aplicação retroativa da Lei n.º 10.147/01 para fins de constituição de crédito tributário referente ao Imposto de Renda Pessoa Física, anos-calendário 1999 e 2000 viola o direito adquirido do contribuinte, viciando o auto de infração;

c) a quebra de sigilo bancário;

d) a impossibilidade de constituição do crédito tributário consubstanciado somente em extratos de depósitos bancários das contas correntes, sem ter o auditor fiscal comprovado o nexo causal entre cada depósito e o fato que represente a referida omissão, não servindo de material probatório que justifique o auto de infração;

e) a comprovação da supramencionada interposição de pessoa, enseja o cancelamento da exigência referente a algumas contas bancárias;

f) a existência de multa confiscatória;

g) a inconstitucionalidade da taxa selic.

Em 20/09/2012, foi realizado protocolo de Aditamento ao Recurso Voluntário, no qual o contribuinte aduziu a aplicação do Enunciado de Súmula CARF n.º 29, tendo em vista que *alguns depósitos identificados pelo nobre auditor fiscal restaram desacobertados por documentação de suporte, sendo que tal fato somente ocorreu devido a* ***falta de regular intimação dos demais titulares das contas correntes*** *por meio de Mandado de Procedimento Fiscal Extensivo, conforme preceitua a legislação que rege a matéria.*

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz

Conheço do recurso, pois se encontra tempestivo e com condições de admissibilidade.

Trata-se de autuação bom base em depósitos bancários sem identificação de origem, conforme o art. 42 da Lei 9.430, de 1996.

Sustenta o recorrente que foi intimado isoladamente a apresentar os extratos bancários, bem como comprovar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, a origem dos recursos depositados nas contas bancárias abaixo relacionadas:

a) Banco real (conta corrente n.º 3713999-8, agência 1733, titularidade conjunta com Rosemere Constantino Fernandes;

> *b) Banco Itaú (conta corrente 1801-7, agência 0250; e 22361-8, agência 3790, titularidade conjunta com Rosemere Constantino Fernandes;*
>
> *c) Banco do Brasil (conta corrente n.º 1013-8, agência 3060, titularidade conjunta com Rosemere Constantino Fernandes;*
>
> *d) Banco Bradesco (conta corrente n.º 2473-2, agência 1960, titularidade conjunta com José Oscar Constantino; conta 1000-6, agência 2858, titularidade conjunta com José Oscar Constantino, Paulo Pinto Cunha e Glaucinei Câmara);*
>
> *e) Banco Bandeirantes (conta corrente n.º 001031742-3, agência 0195, titularidade conjunta com Sônia Maria Constantino).*

Conforme destaca o contribuinte, as contas acima discriminadas são de titularidade conjunta e passíveis de movimentação por qualquer um de seus co-titulares indistintamente.

Segundo as alegações do contribuinte, alguns dos co-titulares foram intimados um dia antes da lavratura do auto de infração, outros foram intimados para prestar esclarecimentos a respeito apenas de um ano-calendário e outros sequer foram intimados.

De fato, pelos extratos anexos aos autos, fls. 407 e seguintes, e fls. 15.418 e seguintes, há co-titularidade das contas bancárias em análise, contudo não foi possível identificar a existência de intimação de todos os co-titulares, sendo possível que tenham sido intimados, mas a intimação não esteja juntada aos autos.

Considerando a aplicação vinculante do Enunciado de Súmula CARF n.º 29, bem como o entendimento adotado pela Câmara Superior, a ausência de intimação dos co-titulares, na fase que precede a lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, enseja a nulidade do lançamento (exclusão da base de cálculo dos depósitos bancários da totalidade dos valores depositados nas contas-correntes conjuntas), como se extrai da ementa abaixo transcrita (Acórdão n.º 9202-003.742):

> *ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF Exercício: 2002, 2003 OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM IDENTIFICAÇÃO DE ORIGEM. CONTA CONJUNTA. FALTA DE INTIMAÇÃO DE CO-TITULAR.*
>
> *Todos os co-titulares da conta bancária, que não apresentem declaração em conjunto, devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos, na fase que precede à lavratura do Auto de Infração com base na presunção legal de omissão de rendimentos, sob pena de exclusão dos respectivos valores da base de cálculo da exigência (Súmula CARF Vinculante nº 29, de 2009).*
>
> *Recurso Especial do Procurador negado Nesse contexto, como a questão envolve inclusive matéria a ser conhecida de ofício, por atingir a base de cálculo do tributo, conheço dos argumentos expendidos no Aditamento ao Recurso Voluntário interposto fora do prazo legal para apresentação de defesa.*

Assim, voto no sentido de converter o julgamento em diligência para que a autoridade lançadora se pronuncie sobre existência ou não de intimação dos co-titulares das contas bancárias objeto da autuação; e, caso tenham sido realizadas as intimações, que elas sejam juntadas aos autos para a observância das suas datas.

Assinado digitalmente.

Ana Cecília Lustosa da Cruz - Relatora