



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

Processo n° 13896.004346/2008-57
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.701 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de julho de 2014
Matéria IRPF
Recorrente GAMAL CASTRO ABDO SATER
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2004, 2005

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTAR N105/2001.

A Lei Complementar nº 105/2001 permite a quebra do sigilo por parte das autoridades e dos agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

DECADÊNCIA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. A teor do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 973.733 SC, sujeito ao regime dos Recursos Representativos da Controvérsia (art. 543C do Código de Processo Civil), nos casos em que há a antecipação do tributo devido, o prazo decadencial é regido pelo art. 150, § 4º, do CTN. Precedentes.

DECADÊNCIA. GANHO DE CAPITAL. A decadência de IRPF relativo ao ganho de capital, quando existente pagamento antecipado relacionado ao ganho de capital em específico, é regida pelo prazo do art. 1 art. 150, § 4º, do CTN. Precedentes.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - CONTA CONJUNTA. FALTA DE INTIMAÇÃO. NULIDADE. Em caso de conta conjunta, é obrigatória a intimação de todos os correntistas ainda em fase de fiscalização para informarem a origem e a titularidade dos depósitos bancários, sob pena de nulidade da autuação. Súmula 29 CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Autenticado digitalmente em 05/09/2014 por FABIO BRUN GOLDSCHMIDT, Assinado digitalmente em 05/09/20

14 por FABIO BRUN GOLDSCHMIDT, Assinado digitalmente em 06/09/2014 por ANTONIO LOPO MARTINEZ

Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Acordam os membros do colegiado, QUANTO A PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA POR QUEBRA DE SIGILOBANCÁRIO: Pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar. Vencidos os Conselheiros FÁBIO BRUN GOLDSCHMIDT (Relator), JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado) e VINÍCIUS MAGNI VERÇOZA (Suplente convocado), que acolhem a preliminar. Designado para redigir o voto vencedor nessa parte o Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ. QUANTO A PRELIMINAR DE DECADÊNCIA: Por unanimidade de votos, acolher a preliminar de decadência no ano calendário 2002, para o item 01 do Auto de Infração, omissão de ganho de capital. QUANTO AO MÉRITO: por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir da omissão apurada o valor de R\$197.607,82, R\$59.500,00 e R\$ 123.134,66, relativos aos anos calendários 2003, 2004 e 2005, respectivamente

(Assinado Digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ – Presidente e redator designado.

(Assinado Digitalmente)

RELATOR FABIO BRUN GOLDSCHMIDT - Relator.

EDITADO EM: 05/09/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Lopo Martinez (Presidente), Vinicius Magni Vercoza, Marcio de Lacerda Martins, Jimir Doniak Junior, Dayse Fernandes Leite e Fabio Brun Goldschmidt.

Relatório

Trata-se de auto de infração (fl. 100/106), no qual foi averiguado o Imposto de renda Pessoa Física – IRPF correspondente ao ano calendário de 2003 e 2004, constituído em razão de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada; e omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos adquiridos nos anos-calendário de 2003 e 2004, exigindo o crédito tributário no valor de R\$ 590.915,48, já incluídos juros de mora e multa.

Na ocasião foi relatado - em Termo de Verificação Fiscal - que o contribuinte apresentou regularmente as Declarações de Ajuste Anual - DAA do Imposto de Renda relativas ao período verificado, nas quais o principal rendimento consignado é o decorrente da atividade de servidor público estadual e, ainda, das inúmeras operações imobiliárias e transações bancárias, em que se verificou ganho de capital.

Da apreciação das informações prestadas e da documentação apresentada pelo recorrente, entendeu a administração pública (fls. 92/94), literalmente:

“Análise:

Operações imobiliárias: Consta no ano de 2002 o registro da seguinte transação imobiliária:

Lote 02, quadra 34 do loteamento Parque Residencial Aquarius, em S. José dos Campos-SP. Conforme escritura apresentada pelo fiscalizado, o imóvel acima, adquirido em 03/03/99 por R\$ 44.314,25, foi vendido em 19/12/02 a Selym Leime Filho — CPF 351.367.826/68 por R\$280.000,00.

Foi alegado um gasto em benfeitorias feitas no imóvel no total de R\$ 220.685,75, valor este que, acrescido ao valor de aquisição de R\$ 44.314,25, resultou em um valor de custo de R\$ 265.000,00 para fins de apuração do lucro imobiliário, sendo calculado um ganho de capital de R\$ 15.000,00. Entretanto, não foi feita comprovação dos gastos alegados e, conforme se verificado no supracitado documento, não há benfeitorias averbadas por ocasião da venda. Assim sendo, tal valor foi desconsiderado por falta de comprovação, com a conseqüente reconstituição do ganho de capital e o lançamento da diferença de imposto de renda das pessoas físicas incidente na transação. Na reconstituição, foi considerado o pagamento de R\$ 1.275,97 – código de receita 4600, constante dos arquivos magnéticos deste Órgão. As datas de recebimento e os valores recebidos foram os constantes do documento de compra e venda, a saber:

Em 19/12/02: valor recebido = R\$ 159.000,00 Em 28/02/03: valor recebido = R\$ 121.000,00 Os dados refeitos constam dos demonstrativos de Apuração dos Ganhos de Capital n.ºs 1 e 2, integrantes deste Termo.

Depósitos bancários

Foi analisada a movimentação bancária do fiscalizado no período de 2003-2005, com base nos extratos de contas fornecidos por ele e pelos bancos em atendimento as Requisições de Movimentação Financeira – RMF enviadas.

Foi feita a conciliação de débitos e créditos entre contas e excluídos os créditos/depósitos identificados como decorrentes de rendimentos do trabalho, resgate de aplicações financeiras, estorno de lançamentos, cheques devolvidos, empréstimos e transferência entre contas.

Os valores creditados remanescentes após a conciliação foram apresentadas ao fiscalizado, com intimação para comprovação da origem mediante documentação hábil e idônea, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430 de, de 27/12/1996. Da análise da documentação encaminhada em resposta conclui-se pela não comprovação da origem/motivação dos créditos especificados no Demonstrativo nº 3.

Caracterização dos rendimentos omitidos, especificados no Demonstrativo nº 3:

BANCO DO BRASIL - conta 27.441-0 Todos os depósitos: alegação não comprovada de rendimentos da atividade de produtor rural.

BANCO DO BRASIL— conta 6.318-15 Todos os depósitos: alegação não comprovada de rendimentos da atividade de produtor rural.

BANCO DO BRASIL— conta 15.419-9 Depósito de R\$ 36.000,00 em 13.02.03: alegação não comprovada de empréstimo tomado da empresa Fanex Comércio de Vestuário Ltda.

Demais depósitos desta conta: alegação não comprovada de rendimentos da atividade de produtor rural.

BANESPA - conta 010505582 Depósito de R\$ 20.000,00 em 03.11.05: alegação não comprovada de empréstimo tomado da empresa Avanti Carpet Indústria Têxtil Ltda.

Demais depósitos desta conta: alegação não comprovada de rendimentos da atividade de produtor rural.

AC 2.003		AC 2.004		AC 2.005	
Janeiro	40.500,00	Janeiro	35.000,00	Março	25.3000,00
Fevereiro	52.289,93	Março	84.000,00	Abril	45.000,00
Março	2.000,00	Julho	10.000,00	Maio	28.864,01
Maio	24.350,00			Junho	77.255,33
Junho	30.000,00			Julho	20.000,00
Julho	70.000,00			Agosto	4.000,00
Agosto	70.865,64			Setembro	12.000,00
Setembro	1110.5000,00			Outubro	3.350,00
				Novembro	20.000,00
				Dezembro	10.5000,00

Conclusão:

Demonstrada assim a omissão de rendimentos representados pelos valores relacionados, bem como justificada a glosa do valor referente a benfeitorias no imóvel vendido em 19/12/02, cabe neste ato o lançamento de ofício do imposto de renda das pessoas físicas que deixou de ser lançado, calculado conforme os Demonstrativos anexos integrantes do presente Termo.

A inclusão de valores a título de benfeitorias feitas no imóvel objeto de venda sem a comprovação de sua efetiva realização revela a intenção de reduzir indevidamente o montante do imposto de renda incidente na transação e evidencia, em tese, a ocorrência de crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º, inciso I, e no art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, pelo que será formalizada a Representação Fiscal para Fins Penais, nos termos da Portaria SRF nº 665, de 24/03/08, observado o disposto em seu art. 3º e § único.

Em razão dos valores envolvidos, caberá ainda a formalização de processo de Arrolamento de Bens, nos termos da Lei nº 9.532, de 10/12/97 e IN/SRF nº 264, de 20/12/02.

Obs: O contribuinte encaminhou em 16/10/08 pedido de concessão de prazo para apresentação de documentação adicional, o qual foi desconsiderado, tendo em vista o tempo transcorrido da data de início da presente ação fiscal, os prazos já concedidos e por se tratar de solicitação intempestiva.”

O Termo de Verificação Fiscal veio acompanhado da seguinte documentação: **a)** demonstrativo de apuração do IRPF (fl. 95/98); e **b)** demonstrativo de multa e juros de mora (fl. 99).

Procedimento de Fiscalização

O recorrente foi intimado, em 27/09/2007, para apresentar os seguintes documentos exigidos pela SRF:

- “a) Cópia autenticada do documento de identidade.
b) Comprovantes relativos às Declarações de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física (DIRPF): elementos comprobatórios das alterações patrimoniais registradas na DIRPF do exercício de 2003, a saber:
- Planilha de cálculo da apuração dos ganhos de capital, demonstrando os valores de alienação e os componentes do custo de aquisição dos bens móveis e imóveis alienados no ano-calendário de 2002;
- Documentação comprobatória dos valores supramencionados, tais como recibos e notas-fiscais de compra de materiais e de prestação de serviços.
- c) Extratos bancários demonstrativos da movimentação financeira do contribuinte nos anos-calendário 2003, 2004 e 2005.”*

O recorrente requereu a prorrogação do prazo, a qual foi deferida. A seguir respondeu à intimação fiscal apresentando: a) quadro de demonstrativo do ganho de capital, auferido nas alienações de imóveis realizadas em 2002 (fl. 11); b) histórico de origens de recursos datada de 31/12/02 (fls. 12/13); c) Escritura de Compra e Venda (fl. 14), d) matrícula do imóvel nº 123.500 (fl. 18/19; 22/23); e) guia de recolhimento do ITBI (fl.20); f) certidão do registro de imóveis (fl. 21).

Em novo Termo de Intimação Fiscal (fl. 22), ficou o contribuinte intimado em 07/04/2008, para comprovar, com documentação hábil, idônea e coincidentes em datas e valores, a origem dos recursos utilizados nas operações bancárias relacionadas na planilha anexa às fls. 30/31.

Em resposta, em 02/06/2008, o recorrente apresentou informações - detalhando a origem dos valores (fls. 33/34) - acostando documentação¹ (fls. 35/46).

Não satisfeita, a Fazenda (fl. 47) intimou o contribuinte para que prestasse esclarecimentos adicionais, *ipsis litteris*:

- “Ref: Depósitos efetuados no Banco do Brasil a) conta 27.441-0; período: 22.03.05 a 07.12.05:
- Comprovar documentalmente a natureza das importâncias de R\$ 10.000,00 e R\$45.000,00, alegadas como provenientes da empresa Bahiana Agropecuária Ltda.
b) conta 6.318-15; período: 21.02.03 a 22.07.04:
- Comprovar documentalmente a natureza das importâncias de R\$ 5.289,93 e R\$ 10.000,00, alegadas como provenientes da empresa Bahiana Agropecuária Ltda.
c) conta 15.419-9; período: 08.01.03 a 18.09.03:
- Comprovar documentalmente a operação de empréstimo de R\$ 36.000,00, declarado como obtido da empresa Fanex Comércio de Vestuário Ltda;
- Comprovar documentalmente o recebimento de R\$ 100.000,00 relativo à transação imobiliária mencionada (venda da Fazenda Renata);
- Comprovar documentalmente o recebimento de R\$ 84.072,15 relativo à transação imobiliária mencionada (venda do imóvel de São José dos Campos);
- Comprovar documentalmente o resultado da atividade de produtor rural mencionada como a origem de diversos valores depositados;*

¹ informe de compensação de cheque; comprovante de depósito em conta corrente em cheque; transferências bancárias; extrato do banco Banespa (dez/2005)01

Ref: Depósitos efetuados no Banespa d) conta 010505582; período: 13.02.03 a 14.12.05:

- Comprovar documentalmente os recebimentos de R\$ 280.000,00 e R\$ 300.000,00 relativos à transação imobiliária mencionada (venda do imóvel de Santana de Parnaíba);
- Comprovar documentalmente a operação de empréstimo de R\$ 20.000,00 em 3.11.05;
- Comprovar documentalmente o recebimento de R\$ 215.000,00 relativo à transação imobiliária mencionada (venda do imóvel de São Paulo)."

Cumprindo com o exigido, o recorrente peticionou (fls. 52/53), trazendo documentação² (fls.54/81). Disse literalmente:

“ITEM a - BANCO DO BRASIL - conta 27.441-0

Os depósitos indicados no item acima, efetuados no período de 22.03.05 a 07.12.05, no montante geral de R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais), são provenientes da empresa BAHIANA AGROPECUÁRIA LTDA., CNPJ (MF) 05.458.470/0001-17, a saber:

1 - O depósito de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) foi realizado via TED, conforme cópia do Banco do Brasil (doc. 1, anexo - transferência da conta da BAHIANA para a conta do requerente)

2 - O depósito de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), na realidade é a somatória de vários depósitos menores, sendo (a) 12 deles de R\$ 2.500,00; (b) 2 de R\$ 2.000,00; (c) 2 de R\$ 3.000,00 e (d) 1 de R\$ 5.000,00; foram em moeda corrente nacional.

ITEM b - BANCO DO BRASIL - conta 6.318-15

Os depósitos indicados no item acima, efetuados no dia 21.02.03, no valor de R\$ 5.289,93 (cinco mil e duzentos e oitenta e nove reais e noventa e três centavos), e no dia 22.07.04, no montante geral de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), também são provenientes da empresa BAHIANA AGROPECUÁRIA LTDA., CNPJ (MF) 05.458.470/0001-17, em moeda corrente nacional.

ITEM c - BANCO DO BRASIL - conta 15.419-9

13.02.03 — R\$ 36.000,00 — Empréstimo da Fanex Comércio de Vestuário Ltda., empresa do cônjuge do declarante, conforme cópia da TED do Banco do Brasil, encaminhado no atendimento da intimação anterior;

30.04.03 — R\$ 100.000,00 — Parcela recebida de Lauro Dieringf referente venda feita a ele da Fazenda Renata, transação também informada em sua declaração. O comprador depositou na conta do declarante n. 3426-6, na agência do Banco do Brasil em Dourados, MS, que por sua vez transferiu dito valor para a conta deste item. O esclarecimento a este item e o documento probatório foi encaminhado atendimento da intimação anterior (doc. Anexo);

10.06.03 — R\$ 84.072,15 — Recebido de Selym Leimef Filho parcela do imóvel de São José dos Campos que lhe foi feita, transação essa também informada em sua declaração. O comprador efetuou o depósito na conta do declarante n. 3426-6, na agência do Banco do Brasil em Dourados, MS, que por sua vez transferiu dito valor para a conta deste item. Este esclarecimento também foi feito no atendimento à intimação anterior e bem assim juntando o documento correspondente (doc. Anexo).

Ref: Depósitos efetuados no Banespa

ITEM d - BANESPA - conta 010505582

05.06.05 — R\$ 280.000,00 — Valor referente à venda do imóvel sito em Santana de Parnaíba, SP, feita a Nicolau Antonio Marmo, transação esta informada em sua declaração do I. de Renda, conforme TED do Banespa (doc. anexo); 01.07.05 — R\$ 300.000,00— Valor referente à venda do imóvel sito em Santana de Parnaíba, SP, feita a Nicolau Antonio Marmo, transação esta informada em sua declaração do I. de Renda, conforme TED do Banespa (doc. anexo);

03.11.05 — R\$ 20.000,00 — Empréstimo tomado junto ao Sr. Luiz Carlos de Carvalho Braga, feito ao declarante via empresa do mutuante, conforme TED do Banespa (doc. anexo);

14.12.05 — R\$ 215.000,00— Parcela recebida de Joaquim Antonio dos Santos, referente venda do imóvel de São Paulo, SP, transação esta informada em sua declaração do I Renda, conforme TED do Banespa (doc. anexo).”.

² Transferência bancária; escritura de venda e compra do imóvel Parque residencial Aquarius; comprovantes de depósitos em conta corrente em dinheiro; DAA's (2003/2006)

Às fls. 82/83, em Termo de Constatação e Notificação, o Auditor Fiscal da RFB, em análise a documentação acostada, conclui que as transações bancárias: **a)** Banco do Brasil - conta 27.441-0 - Depósitos de R\$ 10.000,00 e R\$ 45.000,00, alegados como provenientes da empresa *Bahiana Agropecuária Ltda*; **b)** Banco do Brasil - conta 6.318-15; período: 21.02.03 a 22.07.04: - Depósitos de R\$ 5.289,93 e R\$ 10.000,00, alegados como provenientes da empresa *Bahiana Agropecuária Ltda*; **c)** Banco do Brasil – conta 15.419-9: - Depósito de R\$ 36.000,00, declarado como empréstimo obtido de empresa *Fanex Comércio de Vestuário Ltda*; **d)** Banespa – conta 010505582: - Depósito de R\$20.000,00, declarado como empréstimo obtido da empresa *Avanti Carpet Indústria Têxtil Ltda*; **e)** Resultado da atividade de produtor rural mencionada como a origem de diversos valores depositados; **f)** valores das benfeitorias alegadas como realizadas no imóvel situado no lote 02, quadra 34 do loteamento Parque Residencial Aquarius, em S. José dos Campos – SP, vendido em 19/02/2002, **não tiveram sua origem e/ou motivação suficientemente esclarecidas.**

Diante disso, não tendo o recorrente comprovado documentalmente as suas alegações, lavrou-se auto de infração, justificando seus motivos em Termo de Verificação Fiscal (fls. 92/94).

Impugnação

Notificado do lançamento fiscal em 07/11/2008 (fl. 114), o contribuinte apresentou impugnação (fls. 117/249), juntando vasta documentação. Aduziu em síntese:

- a) a nulidade do auto de infração, pois o autuante não teria observado que o crédito tributário em discussão (rendimentos decorrentes de depósito bancário de origem não comprovada), deve ser apurado mensalmente nos termos do art. 42 e parágrafos da Lei n. 9.430, de 27/12/96;**
- b) a decadência do crédito tributário constituído em razão da omissão de rendimentos decorrentes de depósitos bancários apurado nos meses de Janeiro à Setembro, já que a ciência do auto de infração lavrado em 04/11/ 2008 se deu em 07/11/2008, conforme o expresso no § 1º do art. 42, da Lei 9.430/96;**
- c) a decadência do crédito tributário sobre o ganho de capital apurado em 19 de dezembro de 2002 e 28 de fevereiro de 2003, em obediência ao art. 21, §§ 1º e 2º (Seção IV do Capítulo II) da Lei nº 8.981/95,**
- d) a ilegalidade da quebra de sigilo bancário por parte do fisco, em vista a afronta do seu direito fundamental ao sigilo;**
- e) a ilegalidade do lançamento com base exclusiva em depósitos bancários;**
- f) que o auto de infração não deixa dúvida que o arbitramento não fez o comparativo de cálculos entre a renda comprovadamente consumida (investigação comprobatória de sinais exteriores de riqueza através de gastos comprovados levados a efeito pelo sujeito passivo) e o arbitramento com base nos valores de depósitos bancários tomados para o lançamento, devendo ser declarada a improcedência do auto de infração no que cerca a omissão de rendimentos decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada, referente aos Anos-Calendarário de 2003, 2004 e 2005, visto não restarem comprovadas as supostas omissões de receita, e, inclusive, por ter ficado**

evidenciado que os ditos depósitos não tiveram qualquer reflexo na composição de seu patrimônio pessoal;

- g) que no curso da auditoria fiscal foram cabalmente demonstradas e comprovadas às origens dos recursos movimentados em suas contas bancárias, devendo ser afastada a exigência fiscal que constituiu o crédito tributário por omissão de rendimentos decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada;
- h) que a omissão de rendimentos decorre de depósitos bancários das contas conjuntas que mantém com a sua cônjuge, Sra. Edinoeme dos Santos Sater, sendo que em nenhum momento sua esposa foi chamada a esclarecer os supostos valores omitidos, tendo sido desrespeitado o dispositivo do art. 42, § 6º da Lei 9.430/96. A respeito do ponto colacionou decisões das DRJ's, bem como do extinto Conselho dos Contribuintes;
- i) que conforme comprovado na fase instrutória do procedimento administrativo fiscal, afora os rendimentos provenientes da sua atividade funcional junto a SEFAZ/SP, obteve proventos oriundos da atividade rural, segundo suas declarações de ajuste anual. Por esse motivo, os valores no montante de R\$ 473.4593,48 e 495.332,84, referentes aos anos calendários 2002 e 2003, respectivamente, integram a sua movimentação bancária;
- j) que a fiscalização imputou ao impugnante multa agravada de 150% sem qualquer justificativa plausível e fundamentada, podendo verificar as alegações no TVF;
- k) a respeito dos juros moratórios, da suspensão de sua incidência e exigibilidade no curso do contencioso administrativo fiscal, sustenta serem inconcebíveis os juros cobrados com bases na SELIC, posto que o artigo 161 do CTN estipula que o crédito tributário não pago no vencimento será acrescido de juros de mora de 1% ao mês, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis. Portanto, a SELIC assume caráter manifestamente confiscatório.

Decisão da DRJ

A 7ª Turma da DRJ-SPO - II, por maioria de votos, rejeitou a preliminar de decadência do lançamento de ganho de capital; por unanimidade de votos, rejeitou as demais preliminares suscitadas e, no mérito, julgou parcialmente procedente o lançamento, tão somente, para dividir o valor da autuação referente à omissão decorrente de depósitos bancários com origem não comprovada, em vista da titularidade conjunta das contas correntes do autuado com a sua cônjuge. (fls. 325/363). O referido vem bem elucidado na ementa que segue:

*“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA
FÍSICA - IRPF
Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005*

*NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.
Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59, do Decreto n.º 70.235/72, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.*

IRPF. APURAÇÃO MENSAL. OBRIGATORIEDADE DE AJUSTE ANUAL. A partir do ano-calendário de 1989, o imposto de renda das pessoas físicas passou a ser exigido, mensalmente, à medida que os rendimentos forem sendo auferidos. O imposto assim apurado, contudo, desde a edição da Lei nº 8.134, de 1990, não é definitivo, sendo mera antecipação, tendo em vista a obrigatoriedade de ser procedido ao ajuste anual, pelo qual será determinado o imposto efetivamente devido pelo contribuinte no ano-calendário, razão pela qual o fato gerador somente se perfaz em 31 de dezembro de cada ano-calendário.

DECADÊNCIA.

Como regra geral, o direito de a Fazenda Pública da União constituir crédito tributário extingue-se em cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme o disposto no art. 173, I, do CTN. Nos casos de lançamento por homologação, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário expira após cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

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.

PROVAS ILÍCITAS. O acesso às informações obtidas junto às instituições financeiras pela autoridade fiscal independe de autorização judicial, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Invocando uma presunção legal de omissão de rendimentos, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova ao contribuinte. Somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida. Comprovado que a conta bancária é de titularidade conjunta, fato não considerado quando do lançamento, os valores cuja origem não foi justificada devem ser divididos pelo número de titulares.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PERÍODO-BASE DE INCIDÊNCIA. APURAÇÃO MENSAL. TRIBUTAÇÃO NO AJUSTE ANUAL. Os valores dos depósitos bancários não justificados, a partir de 1º de janeiro de 1997, são apurados, mensalmente, à medida que forem creditados em conta bancária, e tributados como rendimentos sujeitos ao ajuste anual.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. Configurada a existência de dolo, impõe-se ao infrator a aplicação da multa qualificada prevista na legislação de regência.

TAXA SELIC. Devidos os juros de mora calculados com base na taxa SELIC na forma da legislação vigente. Eventual inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da norma legal deve ser apreciada pelo Poder Judiciário.

LEGALIDADE / CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. À 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.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS. As decisões administrativas, mesmo as proferidas por Conselhos de Contribuintes, e as judiciais, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade da legislação e daquelas objeto de Súmula vinculante, nos termos da Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.”

Recurso Voluntário

O recorrente foi notificado do resultado do julgamento de sua impugnação em 14/05/2009, tendo interposto recurso voluntário em 10/06/2009 (fls. 372/436), repisando os argumentos anteriormente esgrimados, requerendo, *in verbis*:

- a) se acolha a preliminar de nulidade do Auto de Infração por não ter sido observado pela autoridade fiscal autuante, que a apuração do imposto de renda devido em decorrência de suposta omissão de rendimentos decorrente de depósito bancário de origem não comprovada, deve ser mensal e não anual conforme consta na autuação ora recorrida;**
- b) se acolha a preliminar de decadência tornando insubsistente a exigência do crédito tributário constituído com base nos fatos gerador e socorridos nos meses de Dezembro de 2002 e Fevereiro de 2003, no que se refere ao suposto ganho de capital e Janeiro, Fevereiro, Março, Maio, Junho, Julho, Agosto e Setembro de 2003, no que pertine à suposta omissão de rendimentos decorrente de depósito bancário de origem não comprovada itens 001 e 002 do Auto de Infração;**
- c) seja afastada a multa qualificada imposta sobre crédito tributário constituído com base em suposto ganho de capital nos meses de Dezembro de 2002 e Fevereiro de 2003, se acolha, no mérito, todas as razões de fato e de direito expendidas nesta exordial recursal e se declare a improcedência dos valores mantidos pela autoridade julgadora de 1ª Instância, por estar fundado em bases inconsistentes e insustentáveis, conforme provado;**
- d) se afaste a imputação dos juros moratórios incidentes calculados com base na Taxa SELIC, ou se mantido,**
- e) não incida os juros moratórios durante o trâmite do processo administrativo fiscal, desde a data da protocolização da impugnação até decisão final deste contencioso na esfera administrativa**

Sobrestamento

O processo em análise foi sobrestado em decorrência da regra do § 1º do art. 62-A do RICARF, que permitia o sobrestamento dos julgamentos dos recursos que versam sobre matéria cuja repercussão geral tenha sido admitida no STF, sendo que a questão pertinente à obtenção de informações financeiras junto às instituições, caso dos autos, é objeto de Recurso Extraordinário nº 601.314 nessa condição.

Na Resolução em que se determinou o sobrestamento do feito, referiu-se que a administração tributária se valeu de RMF, como ela própria admite (fl. 93): “*Foi analisada a movimentação bancária do fiscalizado no período de 2003/2005, com base nos extratos de contas fornecidos por ele e pelos bancos em atendimento as Requisições de Movimentação Financeira – RMF enviadas.*”.

Todavia, em 18 de novembro de 2013, foi revogada a regra do § 1º do art. 62-A da Portaria MF nº 256/09, pela Portaria MF nº 545/2013, extinguindo a possibilidade de sobrestamento dos julgamentos nas condições antes referidas. Diante disso, e, tendo em vista o retorno dos autos à minha relatoria, é que passo à análise dos pontos levantados no recurso voluntário.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Relator FABIO BRUN GOLDSCHMIDT

Obtenção de Provas - RMF

O recorrente insurgiu-se quanto à quebra de sigilo bancário pela fiscalização, requerendo a nulidade do auto de infração. Diante disso, passa-se à análise do ponto.

O sigilo bancário tem sido tratado pelo STF e pelo STJ como assunto sujeito à proteção da vida privada dos indivíduos³.

Corroborando, veja-se o julgado do STF (RE 219.780), em que o sigilo bancário foi considerado garantia constitucionalmente estabelecida. Do referido precedente, leia-se: “*O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, art. 5º, X)*”.

Mais especificamente, o assento constitucional da garantia de sigilo bancário se encontra nos incisos X e XII da CF, segundo os quais “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*” e “*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”. De fato, sua interpretação conjunta

Documento assinado por ³Mendes, Gilmar. Curso de Direito constitucional, 2011, ed. 6ª, pg. 323

Autenticado digitalmente em 05/09/2014 por FABIO BRUN GOLDSCHMIDT, Assinado digitalmente em 05/09/20

14 por FABIO BRUN GOLDSCHMIDT, Assinado digitalmente em 06/09/2014 por ANTONIO LOPO MARTINEZ

Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

conduz à conclusão de que o sigilo dos dados bancários está sujeito à proteção da vida privada dos indivíduos⁴.

Em sendo assim, temos que o sigilo bancário, a par de possuir assento constitucional, é entendido como um direito e garantia fundamental, o que impõe a adoção de exegética que lhe outorgue a maior eficácia possível, conforme bem ensina Canotilho⁵ quando, ao tratar sobre a correlação entre o princípio da máxima efetividade e os direitos fundamentais, assevera: “*Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)*”.

A hermenêutica da LC nº105, art. 6º, portanto, deve se dar à luz destas normas que lhe são hierarquicamente superiores, para o efeito de se verificar sua compatibilidade ou incompatibilidade com a Carta.

No ponto, a tradição doutrinária e jurisprudencial da hermenêutica constitucional determina que a declaração de inconstitucionalidade seja reservada às situações extremas, em que seja impossível compatibilizar-se o texto legislativo com as garantias postas na Carta. As leis, ordinariamente, presumem-se constitucionais e devem ser aplicadas e respeitadas por todos. A inconstitucionalidade é exceção, já que induz à insegurança e à instabilidade do sistema, além da própria perda de credibilidade dos atos do Poder Legislativo.

É o entendimento que se percebe ao ler a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Veja-se:

*Uma lei não deve ser declarada nula se for possível interpretá-la de forma compatível com a constituição, pois deve-se pressupor não somente que uma lei seja compatível com a constituição mas também que essa presunção expressa o princípio segundo o qual, em caso de dúvida, deve ser feita uma interpretação conforme a constituição.*⁶

Justamente por esta circunstância é que se desenvolveu o princípio da interpretação conforme, que objetiva “salvar” da inconstitucionalidade todo e qualquer texto legal, sempre que se possa vislumbrar no mesmo um sentido possível, compatível com a Constituição. Canotilho bem demonstra que “*diante das normas plurissignificativas ou polissêmicas, deve-se preferir a interpretação que mais se aproxime das diretrizes constitucionais, e, portanto não seja contrária ao texto constitucional, de onde surgem várias dimensões a serem consideradas, seja pela doutrina ou jurisprudência*”.

Em tais circunstâncias, o autor⁷ aponta as dimensões a serem consideradas no âmbito da interpretação conforme:

- a) *prevalência da constituição*: deve-se preferir a interpretação não contrária à Constituição;

⁴ Mendes, Gilmar. Curso de Direito Constitucional, 2011, ed. 6ª, pg. 323-4.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 162

⁶ Bverfge 2, 266 (282) – Tradução livre

⁷ J. J. G. Canotilho. Direito Constitucional e teoria da Constituição., 6., ed. p. 229-230, *apud* Pedro Lenza. Direito

- b) *conservação de normas*: percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a constituição, ele deve assim aplicá-la para evitar a sua não continuidade;
- c) *exclusão da interpretação contra legem*: o intérprete não pode contrariar o texto literal e sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição;
- d) *espaço de interpretação*: só se admite a interpretação conforme a Constituição se existir um espaço de decisão e, dentre as várias que se chegar, deverá ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição;
- e) *rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais*: uma vez realizada a interpretação da norma, pelos vários métodos, se o juiz chegar a um resultado contrário à constituição, em realidade, deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, proibindo a sua correção contra a Constituição;
- f) *o intérprete não pode atuar como legislador positivo*: não se aceita a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo hermenêutico, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador e com ela contraditória, seja em seu sentido literal ou objetivo. Deve-se, portanto afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador.

Adentrando à análise do art. 6º da LC nº105, temos que o mesmo dispõe:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Ao interpretar o texto do art. 6º da LC nº105, assim como a lei nº 9.311/96 e o D. nº3724/01, o Min. Marco Aurélio entendeu por conferir-lhes *interpretação conforme*, com o intento de outorgar aos dispositivos o ÚNICO sentido que os compatibilizasse com a Constituição. Nesse sentido, deixou claro que nenhum dos textos citados dispensa a obtenção de autorização judicial para a quebra de sigilo bancário:

*“Assentado que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários hão de merecer, sempre e sempre, interpretação, por mais que potencialize o objetivo, harmônico com a Carta da República, provejo o recurso extraordinário interposto para conceder a segurança. Defiro a ordem para agastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da recorrente. **Com isso confiro à legislação de regência** – Lei nº 9.311/96, Lei Complementar nº 105/01 e Decreto nº 3.724/01 – **interpretação conforme** à Carta Federal,*

tendo como conflitante com essa a que implique afastamento do sigilo bancário do cidadão, da pessoa natural ou jurídica, sem ordem emanada do Judiciário".

De fato, a suspensão de direitos constitucionais, mormente de direitos e garantias individuais não pode ser suposta ou subentendida. No silêncio, sua observância se impõe.

Leia-se a lição do Ministro Celso de Mello, citado e endossado pelo Ministro Marco Aurélio: *"a quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico-constitucional brasileiro, necessita apoiar-se em decisão revestida de fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fático idôneo, sob pena de inviabilidade do ato estatal que a decreta. A ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa – quando ausente a hipótese configuradora de causa provável – revela-se incompatível com o modelo consagrado na constituição da república, pois a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes"*.

No mesmo sentido é o entendimento do Ministro Carlos Velloso, ao analisar a quebra de sigilo bancário, no RE 389.808, referindo a necessidade de apreciação do tema pelo Judiciário quando da verificação das restrições às liberdades individuais. Veja-se:

"A mais recente doutrina norte-americana fez do "due process of law" uma forma de controle constitucional que examina a necessidade de razoabilidade e justificação das restrições à liberdade individual, não admitindo que a lei ordinária despreze a constituição, considerando que as restrições ou exceções estabelecidas pelo legislador ordinário devem ter uma fundamentação razoável e conforme o Poder Judiciário (...). A exigência de preservação do sigilo bancário enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade – impõe ao Estado o dever de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. A ruptura desse círculo de imunidade só se justificará desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos de nosso estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, excepcional e motivadamente, a eficácia do princípio da reserva de informações bancárias"

Partilhamos do mesmo entendimento. Não vemos motivo – e nem poderíamos, no contexto do processo administrativo – para declarar a inconstitucionalidade do referido art. 6º. Preferimos lê-lo à luz das diretrizes constitucionais que garantem a reserva de foro ao Poder Judiciário de todas as pretensões que possam implicar o comprometimento de direitos e garantias individuais.

É o que brilhantemente conclui o Min. Celso de Mello ao julgar MS nº 23.452, ao dizer que *"o postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais'. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do*

Estado.”:

No que toca ao conceito de reserva de jurisdição, Canotilho diz que:

“A idéia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última palavra, mas também a primeira palavra”.

O STJ possui julgado exatamente neste sentido, assim ementado:

“O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (art. 5º, inciso X)”. Por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente a movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados. Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e inscritas por autoridade administrativa competente. **Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei. Interpretação integrada e sistemática dos artigos 3º, par. 5º, da Lei nº 4.595/64 e 197, inciso II e par. 1º do CTN. Recurso improvido, sem discrepância.” (Resp 37.566-5/RS-93)**

Dentro do Sistema Constitucional Tributário, o próprio art. 145, §1º, além de assegurar a observância à capacidade contributiva, ainda evidencia ser “facultado à Administração, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, RESPEITADOS OS DIREITOS INDIVIDUAIS e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. No caso da quebra de sigilo bancário, a reserva de foro judicial é condição para validar o ato administrativo, assegurando o respeito aos direitos individuais de privacidade e inviolabilidade, albergados na CF.

Na hipótese dos autos, só foi possível a constituição do crédito tributário com base no art. 42 da Lei nº 9.430/95, através das provas obtidas junto às instituições financeiras por meio de quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial. Isto é, se a fiscalização não tivesse expedido a RMF, não teria concluído pela omissão de rendimentos, e, conseqüentemente, não teria lavrado o auto de infração sob esse argumento.

Destarte, já que a prova carreada no processo administrativo foi obtida por meio de RMF sem prévia autorização judicial, entendo pelo cancelamento do auto de infração lavrado, outorgando interpretação conforme ao art. 6º da LC nº105/01 para o fim de entender válida a quebra de sigilo bancário em procedimento fiscal sempre que acompanhado da imprescindível autorização judicial para tanto.

No entanto, caso seja considerada lícita a prova decorrente da quebra de sigilo bancário sem prévia autorização judicial, é que se analisa os argumentos remanescentes postos no recurso voluntário.

Decadência – Omissão de rendimentos decorrente de depósitos bancários e Ganho de Capital

Em sua defesa, o recorrente suscita a ocorrência de decadência:

- (i) em relação aos meses de janeiro a setembro de 2003, quanto ao crédito tributário referente à omissão de rendimentos, sustentando que o IRPF tem apuração mensal;
- (ii) em relação aos meses de dezembro/2002 e fevereiro/2003 quanto ao crédito tributário referente ao ganho de capital.

Iniciando-se pelo ponto “i” acerca da decadência em relação ao IRPF quanto à omissão de rendimentos decorrentes de depósitos bancários com origem não comprovada, entendo que não assiste direito ao contribuinte ao afirmar que o aspecto temporal do imposto de renda tem base mensal e não anual. Explico.

Em que pese a determinação do artigo 2º da Lei 7.713/88 quanto à apuração do IR no sistema de bases correntes (apuração mensal do imposto devido), não podemos deixar de dar a devida atenção à Lei 8.134/90, que, também no seu art. 2º, deixa clara a necessidade de ajuste anual, situação na qual o saldo de imposto a pagar ou a restituir será verificado.

Sendo assim, a regra é de que o imposto é apurado **anualmente**, mesmo que haja a antecipação mensal, porquanto as antecipações realizadas durante o ano (mês a mês) não são definitivas, a não ser nos casos expressamente previstos em lei que não se sujeitam ao ajuste anual, como, por exemplo, o ganho de capital na alienação de bens e direitos.

Ainda, para que não parem dúvidas, ao analisar o RIR/99, referente às pessoas físicas, confere-se que o artigo 88, que cuida do imposto a pagar, situa-se no Capítulo I, intitulado “**Apuração Anual do Imposto**”. Portanto é inquestionável que o aspecto temporal do Imposto de Renda das Pessoas Físicas se verifica em 31 de dezembro do ano-calendário, devendo ser ajustado até 30 de abril do ano subsequente, verificando o imposto e os proventos efetivamente devidos, compensando-se o montante já adiantado (carnê-leão ou retenções), apurando-se, então o saldo a restituir ou a pagar. A propósito leia-se:

ASPECTO TEMPORAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA CONSUMADO EM 31/12 DO ANO-CALENDÁRIO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 42, §4º, DA LEI 9430/96. Sendo certo que o aspecto temporal do IRPF é anual, afigura-se equivocada a interpretação conferida pelo Recorrente ao art. 42, §4º, da Lei n.º 9.430/96. O disposto pelo artigo citado, ao contrário, apenas corrobora o sistema de apuração do IRPF existente desde a edição da Lei n.º 7.713/88, de bases correntes, impondo o dever de antecipar-se o recolhimento do imposto em conformidade com a percepção dos rendimentos ao longo do ano-calendário. Nesse sentido, é preciso lembrar que os rendimentos sujeitos à tabela progressiva obrigatoriamente são colacionados no ajuste anual, quando, então, apura-se o imposto devido, a partir do confronto entre os fatos-acrécimos e os fatos-decrécimos. O fato, portanto, de a legislação determinar a sujeição dos depósitos à tabela progressiva, portanto, poderia no máximo ensejar uma eventual autuação do contribuinte para cobrança de multa isolada, nas hipóteses em que inexistissem tributos devidos ao final do ano-calendário. (CARF 19515.001109/2007-77, ACO 2101-00.416)

Ultrapassada a questão pertinente ao aspecto temporal do Imposto de Renda e sua forma de apuração, como se sabe, o IRPF é tributo cujo lançamento se dá por homologação, conforme dispõe o artigo 150⁸ do CTN, gozando a autoridade fiscal, nos termos do § 4^o do referido artigo, de cinco anos para efetuar o lançamento do crédito tributário.

No que diz respeito ao prazo decadencial para constituição do crédito tributário, o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 973.733/SC, de 12/08/2009, recurso este representativo da controvérsia (art. 543-C do CPC e da Resolução nº 8/08 do STJ), que “*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 incorre*” (grifo nosso):

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL **REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA**. ARTIGO 543-C, 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 incorre, 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", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impondível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do *Codex Tributário*, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico

⁸ Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

⁹ § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. *In casu*, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação *ex lege* de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

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

Como visto, entendeu o STJ que, para as hipóteses de tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que não houve qualquer antecipação de pagamento, aplica-se o art. 173, I, do CTN. A contrário *sensu*, nos casos em que houver qualquer antecipação de pagamento, a regra a ser aplicada é a do art. 150, § 4º, do CTN, contando-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador, que, em relação ao IRPF, ocorre em 31 de dezembro do respectivo ano-calendário.

Diante do advento da Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010, que alterou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, os julgados no âmbito deste Tribunal deverão observar o disposto nas decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, devido à inclusão do art. 62-A¹⁰.

Sendo assim, a partir do julgamento do RESP nº 973.733/SC, a orientação por ele dada passou a ser de observância obrigatória também por esse Conselho e apenas confirmou o entendimento que já vinha sendo adotado pela Egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais, como se verifica no julgado abaixo:

Ementa: DECADÊNCIA – LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – TERMO INICIAL – PRAZO – No caso de lançamento por homologação, o direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados da data de ocorrência do fato gerador que, em se tratando de Imposto de Renda Pessoa Física apurado no ajuste anual, considerasse ocorrido em 31 de dezembro do ano calendário. Recurso especial provido. Acórdão: CSRF/0400.586. (Relatora: Maria Helena Cotta Cardozo, Sessão de 19/06/2007, CSRF).

No mesmo sentido, aplicando a orientação agora pacificada pelo STJ, já vinha assim se manifestando a 1ª Turma da 2ª Câmara:

Ementa: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF Ano-calendário: 1999 DECADÊNCIA. TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO. MATÉRIA DECIDIDA NO STJ NA SISTEMÁTICA DO ART. 543C DO CPC. EXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. REGRA DO ART. 150, §4º, DO CTN. O art. 62A do RICARF obriga a utilização da regra do REsp nº 973.733 SC, decidido na sistemática do art. 543C do Código de Processo Civil, o que faz com a ordem do art. 150, §4o, do CTN, só deva ser adotada

¹⁰ Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

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

Autenticado digitalmente em 05/09/2014 por FABIO BRUN GOLDSCHMIDT, Assinado digitalmente em 05/09/20

14 por FABIO BRUN GOLDSCHMIDT, Assinado digitalmente em 06/09/2014 por ANTONIO LOPO MARTINEZ

Impresso em 09/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

nos casos em que o sujeito passivo antecipar o pagamento e não for comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, prevalecendo os ditames do art. 173, nas demais situações. No presente caso, houve pagamento antecipado na forma de imposto Retido na Fonte e saldo a restituir apurado na declaração de ajuste do exercício de 1999, valor compensado no auto de infração, e não houve a imputação de existência de dolo, fraude ou simulação, sendo obrigatória a utilização da regra de decadência do art. 150, §4o, do CTN, que fixa o marco inicial na ocorrência do fato gerador. Como o fato gerador do imposto de renda é complexo anual, ele só se aperfeiçoa em 31 de dezembro do ano calendário, o que fez com que o prazo decadencial tenha se iniciado em 31/12/1999 e terminado em 31/12/2004. Como a notificação do lançamento se deu apenas em 30/08/2005, o crédito tributário já havia sido fulminado pela decadência. Acórdão 2201-001.859. (Relator Rodrigo Santos Masset Lacombe, Sessão de 16/10/2012, 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária).

No caso dos autos, conforme se constata na Declaração de Ajuste Anual – DAA relativa ao exercício de 2004 (ano-calendário 2003), houve antecipação de imposto devido (fl. 58). Assim a regra aplicável no caso é a do art. 150, § 4º, do CTN.

Uma vez que a notificação do contribuinte foi em 07/12/2008, não há, portanto a ocorrência da decadência, pois que o prazo para lançamento do ano-calendário de 2003 iniciaria em 31/12/2003 finalizando em 31/12/2008.

Nesse sentido, afasto a preliminar de decadência arguida, pertinente à omissão de rendimentos decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada referente ao ano-calendário de 2003.

Passa-se à análise da decadência em relação ao ganho de capital que, como bem se sabe, é sujeito à tributação exclusiva (até o último dia do mês seguinte à data do recebimento do ganho de capital), em regime separado dos demais rendimentos oferecidos ao ajuste anual.

O pagamento do Ganho de Capital decorrente da venda do bem imóvel foi relatado no Termo de Verificação Fiscal (fl. 92/93), ao referir: *“Foi alegado um gasto em benfeitorias feitas no imóvel no total de R\$ 220.685,75, valor este que, acrescido ao valor de aquisição de R\$ 44.314,25, resultou em um valor de custo de R\$ 265.000,00 para fins de apuração do lucro imobiliário, sendo calculado um ganho de capital de R\$ 15.000,00. Entretanto, não foi feita comprovação dos gastos alegados e, conforme se verifica, no supracitado documento, não há benfeitorias averbadas por ocasião da venda. Assim sendo, tal valor foi desconsiderado por falta de comprovação, com a conseqüente reconstituição do ganho de capital e o lançamento da diferença de imposto de renda das pessoas físicas incidente na transação. **Na reconstituição, foi considerado o pagamento de R\$ 1.275,97 — código de receita 4600, constante dos arquivos magnéticos deste Órgão.**”* O pagamento do referido ganho de capital no valor R\$ 1.275,97 foi utilizado na reconstituição do cálculo do imposto que embasou a autuação, conforme atesta o Demonstrativo de Apuração na fl. 95.

Disso, conclui-se que houve pagamento parcial do tributo devido a título de ganho de capital da venda do bem imóvel, o que por si só determina a aplicação da regra prevista no art. 150, § 4º, do CTN.

Esse é o entendimento deste Conselho, conforme se percebe da decisão abaixo transcrita:

DECADÊNCIA. GANHO DE CAPITAL. O fato gerador relativo ao ganho de capital ocorre no mês de sua apuração, não se deslocando para o final do ano calendário. Assim, havendo pagamento referente ao correspondente ganho de capital, aplica-se a regra de decadência prevista no art. 150, §4º, do CTN. Para os ganhos de capital omitidos, em que não houve pagamento algum a esse título, aplica-se a regra do art. 173, inciso I, do CTN, iniciando-se a contagem do prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. (CARF. 1ª Turma Especial. Segunda Seção de Julgamento. Acórdão 280102.958. Rel. Conselheiro Marcelo Vasconcelos de Almeida. Julg. 13/03/13)

Todavia, a DRJ entendeu pela aplicação da regra prevista no art. 173, I, do CTN, em vista da suposta conduta dolosa do contribuinte, conforme trecho que segue (fl. 347):

“No caso concreto , em face da absoluta falta de comprovação dos gastos com as benfeitorias lançadas nas DIRPF, anos-calendário 1996, 1997, 1999 e 2002, torna-se obrigatória à conclusão de que o aumento artificial do custo do imóvel, revelando intenção de reduzir indevidamente o montante do imposto de renda incidente na transação, evidencia inquestionável ação dolosa, de modo a reduzir o montante do imposto devido em 31/12/2002 e 28/02/2003, relativamente ao Ganho de Capital.

(...)

Ou seja, a intenção dolosa de reduzir artificialmente a base de cálculo de ganho de capital, deslocou o termo inicial para a contagem do prazo de decadência para o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ser efetuado (após a efetiva entrega da Declaração de Ajuste Anual, ou, após o prazo à ela destinado) — regra geral, conforme prescreve o art. 173, I, do CTN. Considerando que o autuado tomou ciência do lançamento em 07/11/2008, não há de se falar em ter decaído o direito de lançar, uma vez que se trata de anos-calendário 2002 e 2003.”

Da análise dos autos, verifica-se que o auditor fiscal limitou-se a alegar a conduta dolosa do recorrente, em vista da falta de comprovação por parte do contribuinte das benfeitorias realizadas no imóvel (que causou na redução de ganho de capital), ensejando o deslocamento da contagem do prazo decadencial para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Entendo, no entanto, que não merece prosperar o entendimento da DRJ quanto à aplicação do art. 173, I, do CTN para contagem do prazo decadencial, isso porque, como se sabe, quanto à qualificação da multa, nos termos do art. 44, § 1º, da Lei 9.430/96, a falta de apresentação de comprovação dos fatos alegados pelo recorrente, quando desacompanhada de outros indícios que demonstrem a intenção do contribuinte em retardar/dificultar o conhecimento do fato gerador pelo Fisco, não comprova sua conduta dolosa.

É nesse sentido o entendimento deste Conselho a respeito da necessidade da comprovação cabal da ocorrência da conduta dolosa para fins de qualificação da multa, que

justificaria a mudança de critério para a contagem do prazo prescricional, como se percebe da inteligência dos enunciados das Súmulas CARF¹¹ n.º 14 e 25.

Portanto, já que não comprovada cabalmente a conduta dolosa do recorrente, pela autoridade fiscal, impõe-se a aplicação da regra prevista no art. 150, § 4º, do CTN para fins de verificação da decadência.

Ultrapassadas estas questões “preliminares”, insta referir que o pagamento do ganho de capital foi feito a prazo, o que em nada muda para fins de verificação da decadência, já que o fato gerador é apurado como se a venda fosse efetuada à vista, consoante determina o art. 31 da IN n.º 84/2001:

Art. 31. Nas alienações a prazo, o ganho de capital é apurado como se a venda fosse efetuada à vista e o imposto é pago periodicamente, na proporção da parcela do preço recebida, até o último dia útil do mês subsequente ao do recebimento.

Parágrafo único. O imposto devido relativo a cada parcela recebida, é apurado aplicando-se:

I- o percentual resultante da relação entre o ganho de capital total e valor total da alienação sobre o valor da parcela recebida;

II - a alíquota de quinze por cento sobre o valor apurado na forma do inciso I. (grifei)

Este também é o entendimento deste Órgão Administrativo, conforme ementa que segue:

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

CARF - Segunda Seção

MATÉRIA: IRPF

ACÓRDÃO: 2201-002.130

Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF Exercício: 2007, 2008, 2009, 2010

IRPF. GANHO DE CAPITAL ALIENAÇÃO DE IMÓVEL A PRAZO. FATO GERADOR. DATA DA OCORRÊNCIA. O fato gerador do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital auferido na venda a prazo de bens imóveis ocorre no dia da alienação. A data do fato gerador deve ser a mesma tanto para efeitos de contagem do prazo decadencial como para apuração do imposto devido.

Ademais, é forçoso destacar que não é diferente o entendimento da própria RFB, conforme a Solução de Consulta emitida pela SRRF da 10ª Região Fiscal, em que se analisou o caso das alienações de imóveis por financiamento, constatando que o fato gerador ocorre na data da venda, *in verbis*:

SOLUÇÃO DE CONSULTA N.º 209 de 14 de Novembro de 2003

ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

¹¹ Súmula CARF n.º 14: A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo. Súmula CARF n.º 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64.

EMENTA: ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS. IMÓVEL FINANCIADO. Para a Legislação Tributária ocorre alienação e aquisição de imóveis em qualquer operação que importe a transmissão ou promessa de transmissão de imóveis, a qual quer título, ou a cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, ainda que efetuadas por meio de instrumento particular não inscrito em registro público. No caso de imóvel financiado, considera-se consumada a sua alienação, para efeitos tributários, na data da assinatura do documento particular de cessão dos direitos sobre ele.

Diante disso, como o ganho de capital, *in casu* foi apurado em 19/12/2002 (data da alienação), o lançamento poderia ter sido realizado até 19/12/2007. Haja vista que a notificação do lançamento se deu em 07/12/2008, o crédito tributário no que tange ao ganho de capital encontra-se decaído.

Isso posto, entendo pela decadência, tão somente, do ganho de capital do bem imóvel, pelas razões já expostas.

Da Nulidade da Autuação por Ausência de Intimação dos Titulares das Contas Correntes

Dada a decorrência da decadência do ganho de capital do ano-calendário de 2002, só sobra para análise a omissão de rendimentos decorrentes de depósitos bancários não identificados.

É cediço que o art. 42, da Lei no 9.430/96 permitiu à Fazenda Nacional lançar Imposto sobre a Renda com base em depósitos bancários, quando, **após intimação do contribuinte**, não seja comprovada a origem destes rendimentos. Tal disposição criou presunção de renda omitida quando a verdadeira origem dos rendimentos não é elucidada.

*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.*

Para as hipóteses de conta conjunta, no que tange à presunção de omissão de receita em relação aos depósitos não justificados, preceitua o § 6º do mesmo art. 42 que, quando a “*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”*

Ocorre que, interpretando-se sistematicamente a legislação, a regra da “*divisão entre o total dos rendimentos e receitas pela quantidade de titulares*”, somente será aplicada na hipótese de **todos** os titulares terem sido “*regularmente intimados*” previamente à lavratura da autuação, nos termos do *caput* do dispositivo em questão.

Da análise dos autos, verifica-se, como muito bem retratado pela DRJ, que as contas correntes em análise são de titularidade do autuado e de sua cónyuge Sra. Edinome dos Santos Sater, sendo que essa não foi intimada para prestar esclarecimentos, conforme trecho que segue (fls. 357/359): “*Ocorre que, a Sra.: EDINOEME DOS SANTOS SATER, CPF 818.417.598-68, no período de 2002 a 2008, **apresentou DIRPF em separado**, estando com sua situação fiscal plenamente regular, não apresentou nenhuma pendência junto a Secretaria da receita federal do Brasil, conforme atesta a certidão negativa de débitos relativos aos tributos federais e à*

*dívida ativa da união e demais documentos constantes do Anexo IX. **Registra o impugnante, ainda, que, nos autos não consta que a contribuinte EDINOEME DOS SANTOS SATER tenha sido intimada a esclarecer a origem dos depósitos de que trata o Termo de Intimação Fiscal, de 13/03/2008 e nem as informações adicionais requeridas posteriormente. Também não foi intimada a esclarecer a origem dos depósitos bancários de origem não comprovada relacionados no Termo de Constatação e Notificação lavrado em 29/09/2008. Por decorrência, os valores depositados/sacados nas contas retro-mencionadas são de interesse comum de todos os titulares e, portanto, não poderiam ser atribuídos unicamente ao impugnante, do disposto § 6º do art. 42, da Lei 9.430/1996; os valores dos depósitos ali relacionados devem ser rateados entre os diversos titulares, na forma demonstrada em fls. 213. Estando confirmado que as contas apontadas eram solidárias, neste item dá-se provimento à impugnação, devendo-se atribuir ao contribuinte 50% do rendimentos considerados omitidos. No demonstrativo anexo ao Auto de Infração, os valores dos depósitos foram considerados em sua totalidade. (...)De acordo com o dispositivo acima, a tributação, no caso em que os titulares de contas conjuntas apresentem declaração de rendimentos em separado, deve incidir somente sobre 50% (no caso de dois titulares) dos depósitos cuja origem não houver sido comprovada. Na declaração do impugnante (fls. 52 a 71) não consta a assinalação de que é em conjunto com o cônjuge. Consulta ao sistema IRPF, da RFB, confirma as declarações apresentadas pelo cônjuge do contribuinte, para os anos-calendário objeto de autuação, concluindo-se que as declarações do autuado foram apresentadas em separado. Assim, os valores considerados rendimentos omitidos que remanescem, para as três contas comprovadamente mantidas em conjunto pelo impugnante e sua cônjuge, devem ser divididos proporcionalmente, ou seja, considerar apenas 50% do montante. (...).***

Uma vez que, conforme já referido pela própria DRJ, a co-titular (cônjuge do contribuinte) das contas correntes, em momento algum foi chamada aos autos para justificar ou informar a respeito da movimentação que lhe cabia em cada uma das contas bancárias, o procedimento fiscal resta maculado quanto à omissão de rendimento decorrente de depósitos bancários não identificados, conforme já pacificado no âmbito deste Conselho, através do Enunciado da Súmula CARF nº 29:

Súmula CARF nº 29: Todos os co-titulares da conta bancária devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, sob pena de nulidade do lançamento.

Em caso como o dos autos, recentes julgados dessa C. Câmara vem assim aplicando a orientação da Súmula 29:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF Exercício: 2005, 2006 DEPÓSITOS BANCÁRIOS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, a Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção relativa de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Devendo-se excluir da tributação os rendimentos declarados pelo contribuinte por se tratarem de origem dos referidos depósitos bancários **CONTA BANCÁRIA EM CONJUNTA - FALTA DE INTIMAÇÃO - NULIDADE. Todos os co-titulares da conta bancária devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão**

de receitas ou rendimentos, sob pena de nulidade do lançamento. (Súmula CARF nº 29)

(Acórdão nº 2202-002.316; processo nº 10980.723574/2010-05; data de publicação: 04/09/2013; Relator(a): PEDRO ANAN JUNIOR)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF Ano-calendário: 2005, 2006, 2007 DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. ARTIGO 42 DA LEI Nº 9.430/1996. Por disposição legal, 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, de forma individualizada. Os depósitos cuja origem for demonstrada devem ser excluídos da base de cálculo do lançamento.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. CONTA CONJUNTA. FALTA DE INTIMAÇÃO DE UM DOS TITULARES. NULIDADE. SÚMULA Nº 29 DO CARF. Todos os co-titulares da conta bancária devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, sob pena de nulidade do lançamento.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS IGUAIS OU INFERIORES A R\$ 12.000,00. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS. SÚMULA Nº 61 DO CARF. 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.

(Acórdão nº 2202-002.32; processo nº 11516.002777/2009-61; data da publicação: 13/08/2013; Relator: RAFAEL PANDOLFO)

Sendo assim, conforme referido pela Decisão da DRJ (fls. 359), as seguintes contas da Recorrente eram mantidas em conjunto com sua cônjuge: BB 27.441-0 , BB 15.419-9 e BANESPA 010505582. Por sua vez, a conta BB 6.318-15, era de titularidade única do recorrente.

Logo, entendo que em relação aos valores elencados nas contas correntes mantidos com sua cônjuge, não tem como subsistir o lançamento, por desrespeito ao comando cogente do parágrafo 6º do artigo 42 da Lei nº 9.430/96 (o qual deve ser interpretado em harmonia com *caput* do mesmo dispositivo) e o enunciado da Súmula nº 29, do CARF, supratranscrito, eis que as contas correntes cujos depósitos foram tidos como não comprovados são de titularidade conjunta, hipótese em que a co-titular deveria ter sido intimada ainda em fase de fiscalização para se manifestar, não bastando, apenas, dividir o montante tributável pelo número dos titulares e excluir a parte da co-titular não intimada, na esteira do enunciado da Súmula nº 29 do CARF e jurisprudência desse Conselho, devendo, por isso, ser desconstituído o auto de infração no ponto.

Reconstituindo a base de cálculo devem ser excluídas da base de cálculo os seguintes valores, referente aos 50%:

2003	2004	2005
19.607,82	59.500,00	95.634,66

	(CC 010505582)	(CC 010505582)	(CC 010505582)
	178.000,00		27.500,00
	(CC15419-9)		(CC 27.441-0)
TOTAL	197.607,82	59.500,00	123.134,66

Cumpra ressaltar que a exclusão só se deu no remanescente, isto é, nos 50% que ficaram atribuídos ao recorrente, haja vista o parcial provimento da impugnação pela DRJ que excluiu 50% dos valores das contas correntes referidas, por haver co-titularidade com a sua esposa.

Quanto à omissão de rendimentos decorrentes de depósitos bancários da conta corrente do Banco do Brasil 6318-15 de titularidade individual do recorrente, mantenho o lançamento por falta de comprovação.

Conclusão

Isso posto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, para cancelar o auto de infração em decorrência da ilicitude das provas que o embasaram.

Subsidiariamente, voto pelo PARCIAL PROVIMENTO do recurso voluntário, para declarar a decadência do crédito tributário constituído em razão do ganho de capital apurado no ano-calendário de 2002 e, pela nulidade da autuação por ausência de intimação da co-titular das contas correntes Banco do Brasil n.ºs 27.441-0 e 15.419-9 e Banespa n.º 010505582, nos termos do enunciado da Súmula n.º 29 do CARF, excluindo da base de cálculo o total de depósitos na monta de R\$ 380.197,49, conforme detalhamento que segue:

Banespa conta corrente n.º 010505582, ano-calendário 2003: R\$ 19.607,82

Banco do Brasil, conta corrente n.º 15419-9, ano-calendário 2003: R\$ 178.000,00

Banespa conta corrente n.º 010505582, ano-calendário 2004: R\$ 59.500,00

Banespa conta corrente n.º 010505582, ano-calendário 2005: R\$ 95.634,67

Banco do Brasil, conta corrente 27.441-0, ano calendário 2005: R\$ 27.500,00

Especifica-se, ainda, que a exclusão só se deu no remanescente, isto é, nos 50% que ficaram atribuídos ao recorrente, haja vista o parcial provimento da impugnação pela DRJ que excluiu 50% dos valores das contas correntes referidas, por haver co-titularidade com a sua esposa.

Quanto à omissão de rendimentos decorrentes de depósitos bancários da conta corrente do Banco do Brasil 6318-15 de titularidade individual do recorrente, mantenho o lançamento por falta de comprovação nos seguintes valores:

Banco do Brasil, conta corrente n° 6318-15, ano-calendário 2003: R\$ 5.289,93

Banco do Brasil, conta corrente n° 6318-15, ano-calendário 2004: R\$ 10.000,00

(Assinado digitalmente)

Relator FABIO BRUN GOLDSCHMIDT - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro **ANTONIO LOPO MARTINEZ**. Redator designado

Este voto direciona-se exclusivamente a preliminar de prova ilícita por quebra do sigilo bancário, ponto na qual diverjo do Conselheiro Relator.

Inobstante o bem fundamentado voto do Relator, entendo que ao apreciar a questão da licitude da prova estamos essencialmente enfrentando uma questão preliminar.

O sigilo bancário sempre foi um tema cheio de contradições e de várias correntes. Antes da edição da Lei Complementar n° 105, de 2001, os Tribunais Superiores tinham a forte tendência de albergar a tese da inclusão do sigilo bancário na esfera do direito à privacidade, na forma da nossa Constituição Federal, sob o argumento que não é cabível a sua quebra com base em procedimento administrativo, amparado no entendimento de que as previsões nesse sentido, inscritas nos parágrafos 5° e 6° do artigo 38, da Lei n° 4.595, de 1964 e no artigo 8° da Lei n° 8.021, de 1990, perdem eficácia, por interpretação sistemática, diante da vedação do parágrafo único do artigo 197, do CTN, norma hierarquicamente superior.

Pessoalmente, não me restam dúvidas, que o direito ao sigilo bancário não pode ser utilizado para acobertar ilegalidades. Por outro lado, preserva-se a intimidade enquanto ela não atingir a esfera de direitos de outrem. Todos têm direito à privacidade, mas ninguém tem o direito de invocá-la para abster-se de cumprir a lei ou para fugir de seu alcance. Tenho para mim, que o sigilo bancário não foi instituído para que se possam praticar crimes impunemente.

Desta forma, é indiscutível que o sigilo bancário, no Brasil, para fins tributários, é relativo e não absoluto, já que a quebra de informações pode ocorrer nas hipóteses previstas em lei. No comando da Lei Complementar n°. 105, de 10 de janeiro de 2001, nota-se o seguinte:

“Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco,

observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas às normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V - a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

(...)

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

(...)

Art. Revoga-se o art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.”.

Se antes existiam dúvidas sobre a possibilidade da quebra do sigilo bancário via administrativa (autoridade fiscal), agora estas não mais existem, já que é claro na lei complementar, acima transcrita, a tese de que a Secretaria da Receita Federal tem permissão legal para acessar os dados bancários dos contribuintes, está expressamente autorizado pelo artigo 6º da mencionada lei complementar. O texto autorizou, expressamente, as autoridades e agentes fiscais tributários a obter informações de contas de depósitos e aplicações financeiras, desde que haja processo administrativo instaurado.

Assim, estaria afastada a pretensa quebra de sigilo bancário de forma ilícita, já que há permissão legal para que o Estado através de seus agentes fazendários, com fins públicos (arrecadação de tributos), visando o bem comum, possa ter acesso aos dados

protegidos, originariamente, pelo sigilo bancário. Ficam o Estado e seus agentes responsáveis, por outro lado, pela manutenção do sigilo bancário e pela observância do sigilo fiscal.

Desta forma, dentro dos limites estabelecidos pelos textos legais que tratam o assunto, os Auditores-Fiscais da Receita Federal poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, desde que houver processo fiscal administrativo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. Devendo ser observado que os documentos e informações fornecidos, bem como seus exames, devem ser conservados em sigilo, cabendo a sua utilização apenas de forma reservada, cumprido as normas a prestação de informações e o exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, a que alude a lei, não constitui, portanto, quebra de sigilo bancário.

Sempre é bom lembrar que o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais constitui um dos requisitos do exercício da atividade administrativa tributária, cuja inobservância só se consubstancia mediante a verificação material do evento da quebra do sigilo funcional, quando, então, o agente envolvido sofrerá a devida sanção.

Requisições de Movimentação Financeira – RMF emitidas seguiram rigorosamente as exigências previstas pelo Decreto nº 3.724/2001, que regulamentou o art. 6º da Lei Complementar 105/2001, inclusive quanto às hipóteses de indispensabilidade previstas no art. 3º, que também estão claramente presentes nos autos. Em verdade, verifica-se que o contribuinte foi intimada a fornecer seus extratos bancários, no entanto não os apresentou, razão pela qual não restou opção à fiscalização senão a emissão da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF.

Desse modo, ausente qualquer ilicitude na prova decorrente da transferência de sigilo bancário para a Receita Federal do Brasil, posto que a Lei Complementar 105, de 2001 confere às autoridades administrativas tributárias a possibilidade de acesso aos dados bancários, sem autorização judicial, desde que haja processo administrativo e justificativa para tanto. E é este o caso nos autos.

Ademais, a tese de ilicitude da prova obtida não está sendo acolhida pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme a jurisprudência já consolidada.

Rejeito, portanto, o questionamento preliminar argüido quanto ilicitude da prova por quebra do sigilo bancário.

(Assinado Digitalmente)

ANTONIO LOPO MARTINEZ – Redator Designado