



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

Processo n° 13982.001100/2010-79
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.890 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de dezembro de 2014
Matéria IRPF
Recorrente REGINALDO ROVARIS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2006, 2007, 2008, 2009

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001.

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.

NULIDADE - CARÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL - INEXISTÊNCIA

As hipóteses de nulidade do procedimento são as elencadas no artigo 59 do Decreto 70.235, de 1972, não havendo que se falar em nulidade por outras razões, ainda mais quando o fundamento argüido pelo contribuinte a título de preliminar se confundir com o próprio mérito da questão.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO FISCAL

Se foi concedida, durante a fase de defesa, ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos, bem como se o sujeito passivo revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante extensa e substancial defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - ARTIGO 42, DA LEI Nº. 9.430, de 1996

Caracteriza omissão de rendimentos a existência de 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.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS - DO ÔNUS DA PROVA

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada. (Súmula CARF nº 26).

MULTA QUALIFICADA

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 nº 14).

JUROS - TAXA SELIC

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula CARF nº 4).

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

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

Rejeitar as preliminares

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, QUANTO A PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA POR QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO: Pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar. Vencidos os Conselheiros RAFAEL PANDOLFO, PEDRO ANAN JÚNIOR e FÁBIO BRUN GOLDSCHMIDT, que acolhem a preliminar. QUANTO A PRELIMINAR DE NULIDADE: Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar. QUANTO AO MÉRITO: Por unanimidade de votos, dar provimento parcial para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Presidente e Relator

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, Rafael Pandolfo, Marcio de Lacerda Martins (Suplente Convocado), Fabio Brun Goldschmidt, Pedro Anan Junior e Antonio Lopo Martinez.

Relatório

Em desfavor do contribuinte, REGINALDO ROVARIS, foi lavrado o Auto de Infração no qual exige se do contribuinte acima identificado a importância de R\$ 1.622.076,27, acrescida de multa de ofício de 150% (R\$ 2.433.114,39) e juros de mora calculados até 30/12/2010 (R\$ 393.782,94), relativos a fatos geradores verificados nos anos calendário 2005 a 2008.

Os dispositivos legais infringidos constam do respectivo auto de infração. Em consulta à Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is) (fls. 5 a 8 do processo digital – v.1) e do Termo de Verificação e de Encerramento do Procedimento Fiscal (fls. 115 a 123 – v.3 do processo digital), verifica se que a autuação deu se em razão da apuração **de omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em conta(s) de depósito ou de investimento, mantida(s) em instituição(ões) financeira(s), em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.**

De acordo com o Termo de Verificação e de Encerramento de Procedimento Fiscal, a fiscalização transcorreu da seguinte forma:

Através do Termo de Início do Procedimento Fiscal TIPF (fls. 016 e 017), cientificado pessoalmente o contribuinte em 22/03/2010, aquele foi instado a apresentar os extratos das contas correntes de depósito, poupança e investimentos mantidas em seu nome junto às instituições financeiras ali mencionadas, dos períodos de 01/01/2005 a 31/12/2008.

Por expediente juntado às fls. 018, recebido pela Fiscalização em 07/04/2010, o contribuinte informou que NÃO tinha recebido das instituições bancárias os extratos intimados no TIAF, e solicitou prorrogação de prazo para entrega dos mesmos Anexou nessa oportunidade, cópias de seus documentos pessoais e de certidão de registro de imóveis (fls. 019 a 025).

Transcorridos mais de 30 dias da ciência do TIAF, diante da inércia do contribuinte em apresentar os extratos bancários intimados, a Fiscalização promoveu em 27/04/2010 a solicitação de emissão de requisição de informação sobre a movimentação financeira (RMF), conforme documentos juntados às fls. 030 e 031, objetivando o recebimento dos extratos bancários não apresentados pelo contribuinte.

Apesar da emissão da RMF, a Fiscalização, em observância ao pleito do contribuinte de prorrogação de prazo de entrega dos extratos bancários, em sua correspondência de 07/04/2010, emitiu os Termos de Reintimações Fiscais nº 0001 e nº 0002, em 05/05/2010 e 02/06/2010, respectivamente, conforme documentos juntados as fls. 152, 153, 154 e 157, com envio por via postal, contudo, SEM sucesso de entrega.

Observa se que o contribuinte, mesmo tendo ciência da ação fiscal em curso, NÃO facilitou à Fiscalização a entrega dos Termos, razão pela qual, promoveuse a ciência mediante publicação em Edital nº013/2010 (fls. 156).

Após a desafixação do Edital nº 013/2010 (fls. 039) em 01/07/2010, a Fiscalização aguardou o prazo de 10 dias concedido para entrega dos extratos, conforme Termo de Reintimação Fiscal nº 0002 (fls. 157), e assim, em 09/07/2010, emitiu o Termo de Intimação Fiscal —TIF nº 0001 (fls. 159 a 172), desta feita, inexplicavelmente, o contribuinte recebeu o no endereço de seu cadastro (fls. 158).

Esse TIF no 0001 traz em seu bojo, a planilha de apurações realizadas a partir dos extratos bancários (fls.032 a 149) entregues pelas instituições bancárias frente à Requisição de Movimentação Financeira RMF (fls. 026 a 029), diante da inércia do contribuinte, para que esta pudesse apresentar documentos comprobatórios da "origem" de valores que foram depositados em sua conta bancária.

Importante destacar que, caso a RMF não tivesse sido promovida, o contribuinte, conforme se verificou durante TODA a ação fiscal, NÃO teria entregue a sua movimentação bancária, e a Fiscalização ficaria sem os dados para o exercício de suas atribuições fiscais.

Em 02/08/2010, o contribuinte protocolizou na Inspetoria da Receita Federal do Brasil em São Miguel d'Oeste — SC (fls. 173 a 175), citando que não autorizou o que ele atribui como "quebra de sigilo fiscal unilateral", bem como, que não dispõe de tempo hábil para comprovação da origem dos recursos que transitaram em suas contas bancárias.

As fls. 177 a 192, a Fiscalização emitindo o Termo de Intimação Fiscal —TIF nº 0002, com recebimento por AR assinado pelo próprio contribuinte (fls. 176), em 30/08/2010, concedeu prazo extra de 20 (vinte) dias, e destacou que o início do procedimento fiscal deu se em 22/03/2010, ou seja, visível a intenção do contribuinte em NÃO prestar informações ou apresentar os documentos intimados, em especial, sua movimentação bancária e a origem dos recursos financeiros nela verificados. Importante destacar que a Fiscalização, nesse TIF nº 0002, fez chegar às mãos do contribuinte TODOS os extratos bancários em cópias autênticas dos documentos recebidos das instituições bancárias, além, das planilhas de apurações dos depósitos identificados.

Assim, o contribuinte tinha em suas mãos AMPLAS condições de prestar documentalmente os esclarecimentos e comprovações a seu favor, o que NÃO o fez.

As fls. 194 consta uma declaração firmada em 06/09/2010 pelo contribuinte indicando que o seu endereço é aquele ali mencionado, diferente daquele de seu cadastro (fls.150).

Em 20/09/2010, o contribuinte protocolizou novo expediente em que argumenta que os valores transitados em suas contas bancárias NÃO são de sua propriedade, pois que era apenas COMPRADOR COMISSIONADO de algumas empresas, recebendo e repassando os valores (compras e venda casadas), sem contudo, juntar um único documento comprobatório. Questionou o contribuinte acerca do acesso desta Fiscalização à sua movimentação bancária, entendendo tratar se de quebra de sigilo bancário sem a autorização judicial, o que só reforça a tese de que o mesmo NUNCA prestaria ao Fisco Federal as informações anteriores e repetidamente intimadas. Neste

expediente, o contribuinte apresentou cópia do inquérito policial, que a Fiscalização NÃO detinha em seu poder, que apenas reforçaram a tese do crime contra a ordem tributária, nas investigações chamada "Operação Fumo" (fls. 196 a 474).

Por fim, o contribuinte solicitou que a Fiscalização fizesse papel de seu "advogado", ao que fosse diligenciado ao Juízo da Vara Criminal da Comarca de União da Vitória — PR, com vistas a obtenção de documentos, que segundo o contribuinte estão de posse daquele juízo, para que pudesse facilitar a defesa dele mesmo, do contribuinte.

Juntou nessa petição, vasta documentação do inquérito policial nº 006/2007 do Núcleo de Repressão a Crimes Econômicos — NURCE (fls. 202 a 474).

A Fiscalização, obviamente, não acatou a solicitação do contribuinte, entendendo ser meramente protelatória e descabida, frente ao absurdo requerido.

A movimentação bancária verificada decorrem de informações prestadas pelas seguinte instituições bancárias: BANCO DO BRASIL S/A e BANCO BRADESCOS/A, período intimado de 2005 e 2008, apurando os valores significativos em TODOS os anos calendários sob ação fiscal, 2005 a 2008.

Destacamos que o Mandado de Procedimento Fiscal nº 09.2.03.002010001224 com vencimento inicial programado para 09/07/2010 foi prorrogado com novo vencimento dado na data de 06/03/2011 (fls. 015).

Destarte, frente às considerações suso mencionadas, impende concluir que o contribuinte REGINALDO ROVARIS, CPF no. 008.613.30986, podem ser atribuídas práticas ofensivas à legislação tributária.

As autoridades lançadoras também motivam a aplicação da multa de ofício de 150% nos seguintes termos:

A conduta do contribuinte de omitir receitas referentes a depósitos bancários efetuados em conta corrente de sua titularidade teve por desiderato impedir o conhecimento por parte da administração tributária do total das receitas auferidas pelo autuado.

Relevante notar que a conduta adotada pelo contribuinte se materializa por TODOS os meses dos anos calendários de 2005 a 2008 (até o mês 08/2008 — perfazendo 44 meses consecutivos), o que demonstra que não houve um mero erro de fato, mas sim, uma conduta dolosa.

Ademais, o montante das receitas omitidas pelo contribuinte, e consideradas na presente autuação, perfazem o valor de R\$ 5.958.404,88 (fls. 508), que excede em cerca de 80 VEZES o total de rendimentos declarados pelo autuado nos anos calendários de 2005 a 2008 (R\$ 74.750,00 fls. 476/479/488/494), o que demonstra sua real intenção de omitir aquelas receitas do conhecimento da Administração Tributária Federal.

(...)

Relembramos que o contribuinte, em 20/09/2010, entregou à Fiscalização uma vasta documentação do inquérito policial nº 006/2007 do Núcleo de Repressão a Crimes Econômicos — NURCE (fls. 202 a 474), que conclui, em tese, pela prática de crime contra a ordem tributária.

(...)

Encerrando os trabalhos fiscais, foi elaborada Representação Fiscal Para Fins Penais, formalizada no processo no 13982.001101/201013.

O contribuinte apresenta a impugnação de folhas 126 a 196 (v.3processo digital) Após uma breve descrição dos fatos, assim se pronunciou, em resumo:

Preliminares:

a) Omissão de rendimentos – depósitos bancários: Nesse tópico, o contribuinte requer a nulidade do auto de infração, aduzindo que o fisco se baseou em meras presunções para o lançamento, sem justificar o procedimento de ofício.

Afirma que o fiscal não esclareceu qual a causa do lançamento de ofício, se foi por ter deixado de prestar esclarecimentos, por ter se recusado a prestá los ou porque não foram satisfatórios.

Alega que os agentes fiscais desconsideraram por completo a informação de que os valores foram depositados por duas empresas para que o contribuinte pudesse efetuar a compra e venda de "fumo em folha" para estas; que é "COMPRADOR COMMISSIONADO" das empresas ARISTEU DA SILVA CONSTANCIO, CNPJ 09171433/000184 e da empresa LÍRIO & OLIVEIRA LTDA, CNPJ 07995704/000190, e, ainda, que a fiscalização não atendeu aos reiterados requerimentos durante a ação fiscal para que o Fisco oficiasse à MM.

Juíza titular da Vara Criminal da Comarca de União da Vitória, PR, autos n. 200800008955, para que fornecesse à fiscalização todos os documentos dessas empresas (ARISTEU DA SILVA CONSTANCIO e LÍRIO & OLIVEIRA LTDA), bem como do impugnante em especial, eis que foram apreendidos pelo NURCE do Paraná, sem os quais não poderia se defender, pedido que sequer foi apreciado.

Relata que teria alegado à fiscalização, ainda, que os depósitos para a compra de fumo eram feitos em sua conta bancária e que recebia como comissionado, que apenas sacava o dinheiro depositado, pagava aos fornecedores (AGRICULTORES) pela compra do fumo para as empresas acima aludidas (ARISTEU DA SILVA CONSTANCIO e LÍRIO & OLIVEIRA LTDA), devolvendo os valores quando as negociações não eram efetivadas, e que, portanto, a movimentação de tais contas correntes jamais foi uma forma de receita, mas sim, uma mera movimentação do dinheiro do cliente para o fornecedor, tratando se de contas transitórias, e, ainda, que o contribuinte somente poderia ser fiscalizado sobre suas receitas, ou seja, sobre as comissões recebidas.

Narra que também uma das peculiaridades deste tipo de atividade, em razão do número elevado de transações comerciais, é que os cheques de terceiros, mais precisamente das empresas para os fornecedores, são repassados aos compradores, comissionados e estes, na seqüência, os repassem

aos fornecedores, tudo no intuito de fiscalizar o pagamento e receber a comissão sobre venda, que via de regra é descontada quando do repasse do pagamento ao fornecedor, e, para controlar a eficiência desse sistema de repasse de pagamentos e recebimentos, o contribuinte teve que trabalhar com as denominadas “contas transitórias”, onde toda essa movimentação financeira era para o pagamento de fornecedores.

Expõe que, no entanto, todas essas teses foram sequer analisadas pelos Fiscais, ocorrendo o cerceamento do direito de defesa e a falta de motivação no lançamento de ofício, além da falta de apreciação de tese defensiva, o que se constitui em nulidade absoluta e insanável.

Cita que o exercício de comprador de fumo comissionado contempla esse tipo de depósito em conta corrente com posterior remessa, sendo inerente à atividade e que ficou comprovado o exercício da representação comercial e o repasse dos valores.

Conclui que a autuação não sobreviverá, porque, primeiro, o fiscal não construiu o arcabouço de provas que legitimassem a manutenção da presunção embasando a dita omissão de receita; segundo; o contribuinte deu explicações e comprovou que era efetivamente um representante comercial e/ou um comprador de fumo comissionado e que estes valores entraram e saíram das contas correntes constituindo se um mero repasse e não uma decorrência de uma operação de circulação de mercadorias; porque o ora impugnante não tinha inscrição estadual e, portanto, nunca fez compra e venda que justificasse como entradas e saídas os valores transitados pelas contas correntes, e, por fim, que o processo fiscal deve homenagear o princípio da verdade material.

Invocando precedente do Supremo Tribunal Federal, questiona o uso da presunção legal no tocante à pessoa física.

No corpo dessa explanação, cita precedentes jurisprudenciais administrativos e doutrina sobre o tema.

b) Quebra de sigilo fiscal e bancário – sem autorização judicial:

Nesse tópico, defende a nulidade o Auto de Infração, porque a autoridade fiscal determinou a quebra do sigilo fiscal e bancário do impugnante sem qualquer autorização judicial.

Tece alegações no sentido de que é nula de pleno direito a quebra do sigilo fiscal e bancário, quando ausente a indispensável fundamentação, estabelecida a partir de fatos tidos, em tese, como ilícitos ou ilegais, sendo indispensável a demonstração cabal de um nexo de causalidade entre o exercício da atividade e a movimentação bancária/fiscal produto de ilícito, sendo insuficiente partir se de saldos de movimentações bancárias para se justificar a quebra do respectivo sigilo por parte da autoridade administrativa, sob pena de produzir prova ilícita (art. 5º, LVI, da CF).

Refere que a ausência de fundamentação é suficiente para invalidar as quebras dos sigilos bancário e fiscal, conforme jurisprudência do STF, e que os poderes previstos no texto da Lei Complementar nº 105/2001 devem ser cautelosamente

utilizados pela administração. Aduz que os preceitos constitucionais da segurança jurídica e o respeito aos direitos fundamentais são feridos quando a investigação administrativa é transformada em um conjunto de arbitrariedades, objetivando denegrir a imagem do contribuinte investigado.

Lembra que o próprio STF modificou seu entendimento, em recente decisão na qual ordenou e entendeu que a Secretaria da Receita Federal só pode ter acesso a dados bancários sigilosos de contribuintes investigados com a devida autorização judicial.

Ressalta que “O entendimento do STF é de forma favorável aos contribuintes, os extratos bancários fornecidos sem ordem judicial constituirão prova ilícita, desprovidos de validade jurídica, a teor do que dispõe o art. 5º, LVI da CF/88, pelo qual ‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’. Também são aplicáveis o art. 332 do Código de Processo Civil e o art. 157 do Código de Processo Penal, já que tais dispositivos regulam em nível infraconstitucional aquela cláusula pétrea”, e que afirmou que a Lei Complementar nº 105 não é válida.

Prossegue aduzindo que o comando do art. 42 e o seu parágrafo 5º, da Lei nº 9.430/96, ao determinarem a inversão do ônus da prova, ferem o art. 142 do CTN e o art. 146, III, “b”, da Constituição Federal. E, como o art. 142 do CTN possui eficácia de lei complementar, por força da sua recepção pelo art. 146, III, “b” da CF/88, o art. 42 da Lei nº 9.430/96 não poderia criar esta presunção, uma vez que tal diploma é lei ordinária em seus aspectos formal e material.

Assevera que tem a firme convicção de que a inversão do ônus da prova em favor do Fisco somente pode ocorrer após o encerramento do procedimento administrativo de constituição do crédito tributário, com a notificação de lançamento que deve conter a prova do fato gerador, além disso, o trâmite desse processo deve observar a ampla defesa e o contraditório, e que no caso em tela foram ofendidos os direitos processuais do contribuinte, pois a autoridade lançadora não se manifestou sobre suas as justificativas e requerimentos.

Ainda com relação a aplicação do art. 42 da Lei 9.430/96, diz que no caso das pessoas físicas, por não serem obrigadas a uma escrituração contábil completa, normalmente há uma enorme dificuldade em demonstrar com precisão a origem dos créditos bancários, especialmente porque a fiscalização faz tal exigência em relação aos últimos cinco anos.

Que a Receita Federal, tendo a sua disposição as duas opções para efetuar o lançamento por arbitramento com base na movimentação bancária (art. 42 da Lei nº 9.430/96) ou com base nos sinais exteriores de riqueza (art. 6º da Lei nº 8.021/90) deverá levar a efeito aquela que mais favoreça o contribuinte, com o que cumprirá seu dever de aplicar o art. 6º, §6º da Lei nº 8.021/90, e, havendo, portanto, indícios que demonstrem que os valores nas contas bancárias pertencem a terceiros, será aplicável o §6º do art. 6º da Lei nº 8.021/90, face ao caráter vinculado do ato administrativo de lançamento tributário, inclusive sob pena de responsabilidade funcional (artigos 3º e 142 do CTN).

Discorre sobre a violação de diversos dispositivos constitucionais pela Secretaria da Receita Federal.

Alude que a Lei Complementar nº 105 é incompatível com a garantia constitucional do sigilo bancário, a qual resulta dos incisos I e XII do art. 5º da CF/88 e que os autos de infração que se basearam em extratos bancários fornecidos sem prévia autorização judicial deverão ser julgados nulos.

c) Do Cerceamento de Defesa — Afronta aos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa:

Invocando o art. 5º, LV da Constituição Federal, o art. 24 da Lei Estadual nº 303, de 22.12.2005, sustenta que o auto de infração que não contém a origem e a natureza do

crédito tributário, menciona o dispositivo legal em que se fundamenta e a descrição completa dos fatos que ensejaram a autuação, como no caso em tela, impossibilita o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Repisa que o auto infracional está apoiado única e exclusivamente na quebra de sigilo bancário, sem autorização judicial, e que os fiscais não permitiram ao contribuinte se defender, pois nem se manifestaram sobre os fatos de os depósitos serem tão somente transitórios, comprador de fumo comissionado, que pudesse pagar a outros fornecedores, e sobre o requerimento, feito por diversas vezes, para que oficiasse a Juíza da Vara Criminal de União da Vitória, nos autos n. 200800008955, para que enviasse os documentos que foram apreendidos, tanto das empresas que o contrataram, bem como dos autos em que está sendo processado.

c) Da afronta ao Devido processo legal e a ilicitude das provas

Nesse item, em síntese, reforça as alegações de que o processo administrativo se embasa em prova única obtida por meio ilícito, de forma unilateral, que não houve concordância ou discordância do impugnante, sem ater-se aos princípios constitucionais do devido processo legal e contraditório.

e) Da ilegitimidade passiva do impugnante:

Afirma que é parte ilegítima para figurar nesse procedimento administrativo fiscal, pois nenhuma prova, nenhum documento, nada faz crer ou presumir (por quaisquer meios de prova) que tenha omitido receitas.

f) Da falta de justa causa dos autos de infração:

Essa causa de nulidade trazida pelo impugnante está fundamentada no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, sendo ilegítima a lavratura do auto de infração, cuja irrogação de conduta ilícita não passa de equívocos e cujos dispositivos oferecidos não possibilitam o entendimento esposado na exação.

III – Ilegalidade por fixação de prévia tributação:

Nesse tópico o contribuinte reforça que a imposição da Fazenda fere os arts. 150, inciso I, 170 da Constituição Federal e 97 e 147 do CTN, criticando a conduta do Fisco de fixar impostos unilateralmente e antes da investigação fiscal com participação

do contribuinte, quando poderia obter a documentação necessária para constituir tributos por outros meios, havendo vulneração, também, aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, CF).

IV – Dos fundamentos jurídicos:

Defende novamente nesse ponto da impugnação a ilegalidade do lançamento, que diz estar à revelia da lei, é baseado em provas ilícitas, não permitiu o contraditório e a ampla defesa do contribuinte e relembrando as decisões do STF acerca do sigilo bancário, pelo que pede a sua nulidade.

V – Incompetência dos servidores para prorrogações de fiscalização

Alude que houve extrapolação do prazo para encerramento da fiscalização em função de que os termos de prorrogações da ação fiscal não foram autorizados pelo Gerente Regional da Secretaria da Fazenda Joaçaba– SC, sendo nulas, portanto, as prorrogações e todos os atos subseqüentes.

VI – Falta de indicação da legislação da atualização monetária, uma vez que não foram indicados os artigos correlatos à atualização monetária, a exemplo do art. 100 da Lei nº 10.297/96, requerendo o cancelamento da autuação.

VII – Falta de indicação da legislação da aplicação da multa de 150% Do mesmo modo, a autuação é nula posto que não há indicação dos dispositivos legais que autorizem o arbitramento de multa no patamar exorbitante de 150%.

VIII – do Excesso de exação

Citando doutrina, aponta que não se pode falar em violação da obrigação tributária sem que a mesma seja confirmada pelo judiciário, registrando que nenhum ato administrativo irregular ou viciado escapa da apreciação jurisdicional. Prossegue alegando que os motivos para a notificação são inexistentes e inidôneos, sendo nula, insanável e inconvaleável.

IX – DO MÉRITO

Assevera, no mérito, que é inocente das infrações que envolveram seu nome, e, mesmo que fossem válidos os atos de quebra de sigilo bancário (o que não são), não existe prova de que houve qualquer lucro nas operações das contas bancárias transitórias, repisando alegações anteriormente sintetizadas.

X – Responsabilidade Tributária

Discorre sobre a incidência da norma de responsabilidade, o art. 135 do CTN, distinguindo os possíveis sujeitos passivos da relação jurídico tributária (contribuinte e responsável) e o surgimento da responsabilidade tributária.

XI – Das provas contra o impugnante

Reafirma que as provas descritas pela autoridade fiscal são única e exclusivamente a existência de valores em sua conta corrente, e, mesmo que fossem válidos os extratos bancários obtidos de forma ilegal e abusiva, em nenhum deles há qualquer comprometimento do suplicante. Ao contrário, comprovam que nada deve ao Fisco, que as contas bancárias eram somente transitórias.

XI(sic) – Inconstitucionalidade da Taxa Selic

Nas páginas 49 a 62 da impugnação, o contribuinte trata da inconstitucionalidade da taxa Selic, da sua natureza jurídica e tratamento conferido pelos tribunais pátrios com relação à matéria. Ao final, menciona que apesar da autuação ser omissa sobre qual índice de correção e atualização monetária ou juros moratórios foi aplicado ao contribuinte, o que causa ao mesmo dúvidas, imprecisão, ferindo os basilares princípios Constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, entende, que, se foi a Taxa Selic, que é ilegal, deve ser afastada qualquer espécie de correção, multa, juros moratórios e outros.

XII – Da Multa Aplicada

Trata ainda da Multa aplicada, das discussões doutrinárias e no âmbito dos Tribunais quanto à sua natureza jurídica, aduzindo que as multas tributárias também se sujeitam aos limites do poder de tributar, insertos na Constituição Federal, dentre os quais destaca o nãoconfisco e a capacidade contributiva, além de outros princípios dispersos, mas com igual densidade normativa, como o da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação, da finalidade, do interesse público, da gradação, da subjetividade, da nãopropagação, da pessoalidade, da tipicidade e, como não poderia deixar de ser, da ampla defesa e do contraditório.

Cita ainda que a multa aplicada, de 105%, é ilegal e possui caráter confiscatório.

XIII – Novo prazo para recurso

Requer a dilação do prazo de defesa, alegando que: “Portanto, a fim de que se evite futuras alegações de nulidades e desrespeito aos princípios da igualdade das partes no processo administrativo, é que requer sejam concedidos, no mínimo, mais 30 (trinta) dias para que possa buscar documentos, provas, testemunhas e outras que o eximam de qualquer responsabilidade nesse sentido e efetuar seu pedido de IMPUGNAÇÃO”.

Ao final da peça impugnatória, o contribuinte deduziu os seguintes pleitos:

a) requer, liminarmente, seja recebida a presente IMPUGNAÇÃO e julgado improcedente os presentes procedimentos fiscais iniciado contra o ora notificado, declarando o nulo, por faltar lhe, no seu aspecto formal, Legitimidade desta para responder sob qualquer aspecto pelas infrações que lhe foram atribuídas e pelos atos infracionais, objeto do lançamento de ofício exarado em seu desfavor.

b) requer,

seja tornado nulo ou insubsistente o auto de infração que ora se ataca, tonando o sem efeito o imposto exigido, bem assim a multa pretendida, com a competente baixa dos seus registros nesse órgão, por não estar legitimada a pretensão do agente do fisco.

c) *Requer, outrossim, a realização diligências, aquelas necessárias à plena elucidação das questões ora suscitadas, inclusive a realização de perícias, para a qual protesta pela indicação do seu perito assistente, formulação de quesitos, e suplementando de provas; ou, ate mesmo, que o julgador, diante das circunstâncias, de oficio determine a diligencia ou perícia, que porventura julgar necessárias com referencias aos documentos acima aludidos.*

d) *requer, ante a falta de comprovação material o ilícito fiscal constante do auto de infração, o seu arquivamento com relação ao impugnante;*

e) *a imprevalência do crédito tributário pretendido, por inócurre e incomprovada a ilicitude indicada na autuação sob hostilidade;*

f) *a comprovada condição de ilegitimidade da autuação, através da qual o autuante quer receber tributos sem o fato gerador que justifique seu nascedouro;*

g) *a indevida instauração da ação fiscal, já que inexistente a obrigação principal, o apenamento não tem qualquer valor.*

h) *Requer seja oficiado a Vara Criminal da Comarca de União da Vitória, PR, autos n. 200800008955, para que forneça a esta fiscalização todos os documentos para qu forneça a esta fiscalização todos os documentos dessas empresas ARISTEU DA SILVA CONSTANCIO, CNPJ 09171433/000184 e da empresa LIRIO & OLIVEIRA LTDA, CNPJ 07995704/000190; e outras envolvidas outras envolvidas nesse procedimento, eis que foram apreendidos todos esses documentos pelo NURCE do Paraná e se encontram apreendidos nestes autos aludidos, sem os quais não poderá o notificado se defender.*

i) *REQUER seja concedido prazo de 30 (trinta) dias, pelos motivos acima aludidos, para que possa apresentar sua IMPUGNAÇÃO, pelos motivos acima alinhavados, o que, em caso de negativa, poderá ofender princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade das partes.*

Requer, finalmente, a nulidade de todo o processo, por ser ilegal a quebra de sigilo bancário do impugnante, se autorização judicial, e por faltar qualquer motivação a justificar respectivo imposto e multas, pelo fato de somente ter sido encontrados depósitos bancários em sua conta corrente transitória, sem qualquer outra prova em seu desfavor.

A DRJ julgou o impugnação improcedente, nos termo da ementa a seguir:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

SIGILO BANCÁRIO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.

O sigilo bancário frente à Administração Tributária não é absoluto, não se configurando, com a prestação das informações e o fornecimento de documentos por parte das instituições financeiras, em atendimento a requisições de autoridades fiscais competentes, quebra de sigilo, mas apenas sua transferência.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão somente,

a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. ONUS PROBANDI A CARGO DO CONTRIBUINTE.

A comprovação da origem dos depósitos bancários no âmbito do artigo 42 da Lei n.º 9.430/96 deve ser feita de forma individualizada (depósito a depósito), por via de documentação hábil e idônea.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA IRPF

Ano calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

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.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Aplicam se juros de mora por percentuais equivalentes à taxa Selic, por expressa previsão legal.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA. APLICABILIDADE.

É aplicável a multa de ofício agravada de 150%, naqueles casos em que, no procedimento de ofício, constatado resta que à conduta do contribuinte esteve associado o evidente intuito de fraude.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano calendário:

2005, 2006, 2007, 2008

PROCEDIMENTO FISCAL. AUSÊNCIA DE CAUSA DE NULIDADE.

Constatado que o procedimento fiscal foi realizado com estrita observância das normas de regência, não tendo sido praticado qualquer ato com preterição do direito de defesa e estando os elementos de que necessita o contribuinte para elaborar suas contrarrazões de mérito juntados aos autos, fica de todo afastada a hipótese de nulidade do procedimento fiscal.

PRELIMINAR DE NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE CLAREZA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA.

Constatada infração à legislação tributária e formalizada a respectiva exigência fiscal por meio de Auto de Infração, no qual estejam presentes o enquadramento legal e a minudente

descrição dos fatos, descabida resta a argüição de cerceamento do direito de defesa.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. OPORTUNIZAÇÃO DE MANIFESTAÇÃO DURANTE A FASE INQUISITÓRIA.

Não há que se falar em cerceamento de defesa na fase inquisitória do lançamento, quando ainda não existe processo. A oportunidade de se defender inicia se somente após a efetivação do lançamento, ocasião em que é constituído o crédito tributário.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado, o contribuinte, se mostrando irrequieto, apresentou o Recurso Voluntário, reiterando os argumentos da impugnação:

- que teria ocorrido cerceamento do direito de defesa, diante da ausência de provas aptas a demonstrar que os rendimentos eram do decorrente;
- da natureza das operações, que não refletem variação patrimonial do recorrente;
- da ilegalidade do lançamento baseado em depósitos bancários;
- das distorções na imposição da multa qualificada;
- da multa confiscatória;
- da taxa selic.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

Os recursos estão dotados dos pressupostos legais de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Da Preliminar de Nulidade por Quebra do Sigilo Bancário

O sigilo bancário sempre foi um tema cheio de contradições e de várias correntes. Antes da edição da Lei Complementar nº 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 5º e 6º do artigo 38, da Lei nº 4.595, de 1964 e no artigo 8º da Lei nº 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 nº. 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 n.º 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. 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.

Da Preliminar de Nulidade

Nos presentes autos, não ocorreu nenhum vício para que o procedimento seja anulado, como bem discorreu a autoridade recorrida, os vícios capazes de anular o processo são os descritos no artigo 59 do Decreto 70.235/1972 e só serão declarados se importarem em prejuízo para o sujeito passivo, de acordo com o artigo 60 do mesmo diploma legal. A autoridade fiscal ao constatar infração tributária tem o dever de ofício de constituir o lançamento.

Constatado que as infrações apuradas foram adequadamente descritas nas peças acusatórias e no correspondente Relatório de Procedimento Fiscal, e que o contribuinte, demonstrando ter perfeita compreensão delas, exerceu o seu direito de defesa, não há que se falar em nulidade do lançamento. As razões para não se aceitar os argumentos do recorrente estão claramente demonstrados tanto no Termo de Verificação do Auto de Infração como na Decisão recorrida.

Entendo que não procede a alegação de que a defesa teria sido prejudicada. Uma vez que isso não impediu que o contribuinte apresentasse ampla defesa suscitando vários pontos.

Na realidade no caso concreto não se percebe qualquer nulidade que comprometa a validade do procedimento adotado. Diante disso, é evidente que tal preliminar carece de sustentação fática, merecendo, portanto, a rejeição por parte deste Egrégio Colegiado.

Da presunção de omissão baseada em depósitos bancários

O lançamento fundamenta-se em depósitos bancários. A presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do sujeito passivo, em instituições financeiras, ou seja, pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, tem-se a autorização para considerar ocorrido o “fato gerador” quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não havendo a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova.

Via de regra, para alegar a ocorrência de “fato gerador”, a autoridade deve estar munida de provas. Mas, nas situações em que a lei presume a ocorrência do “fato gerador” (as chamadas presunções legais), a produção de tais provas é dispensada. Neste caso, ao Fisco cabe provar tão-somente o fato indiciário (depósitos bancários) e não o fato jurídico tributário (obtenção de rendimentos).

No texto abaixo reproduzido, extraído de “Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas” (Justec-RJ; 1979:806), José Luiz Bulhões Pedreira sintetiza com muita clareza essa questão:

O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que ao negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume - cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativa) provar que o fato presumido não existe no caso.

Assim, o comando estabelecido pelo art. 42 da Lei nº 9430/1996 cuida de presunção relativa (juris tantum) que admite a prova em contrário, cabendo, pois, ao sujeito passivo a sua produção. Nesse passo, como a natureza não-tributável dos depósitos não foi comprovada pelo contribuinte, estes foram presumidos como rendimentos. Assim, deve ser mantido o lançamento.

Antes de tudo cumpre salientar que a presunção não foi estabelecida pelo Fisco e sim pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Tal dispositivo outorgou ao Fisco o seguinte poder: se provar o fato indiciário (depósitos bancários não comprovados), restará demonstrado o fato jurídico tributário do imposto de renda (obtenção de rendimentos).

Assim, não cabe ao julgador discutir se tal presunção é equivocada ou não, pois se encontra totalmente vinculado aos ditames legais (art. 116, inc. III, da Lei nº 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN). Nesse passo, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal que, de modo inequívoco, estabelece a presunção legal de omissão de receita ou de rendimento sobre os valores creditados em conta de depósito 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 (art. 42, caput, da Lei nº 9.430/1996).

É inadmissível aceitar alegações quando desacompanhadas de provas. Assim, a ocorrência do fato gerador decorre, no presente caso, da presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Verificada a ocorrência de depósitos bancários cuja origem não foi devidamente comprovada pelo contribuinte, é certa também a ocorrência de omissão de rendimentos à tributação, cabendo ao contribuinte o ônus de provar a irrealidade das imputações feitas. Ausentes esses elementos de prova, resulta procedente o feito fiscal em nome do contribuinte.

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus acréscimos patrimoniais.

Súmula CARF nº 26: A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Incabível a alegação de ilegitimidade passiva, uma vez que está comprovado nos autos o uso de conta bancária em nome próprio, para efetuar a movimentação de valores tributáveis, situação que torna lícito o lançamento sobre o próprio titular da conta.

Sobre esse ponto o CARF já consolidou entendimento:

A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com

*documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros
(Súmula CARF No.32)*

É inadmissível aceitar alegações quando desacompanhadas de provas. Assim, a ocorrência do fato gerador decorre, no presente caso, da presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Verificada a ocorrência de depósitos bancários cuja origem não foi devidamente comprovada pelo contribuinte, é certa também a ocorrência de omissão de rendimentos à tributação, cabendo ao contribuinte o ônus de provar a irrealidade das imputações feitas. Ausentes esses elementos de prova, resulta procedente o feito fiscal em nome do contribuinte.

Das Provas nos Autos

É oportuno para o caso concreto, recordar a lição de MOACYR AMARAL DOS SANTOS:

“Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa.” Ainda, entende aquele mestre que, subjetivamente, prova “é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade deste fato”. Já no campo objetivo, as provas “são meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo.”

Assim, consoante MOACYR AMARAL DOS SANTOS, a prova teria:

- a) um objeto - são os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação;
- b) uma finalidade - a formação da convicção de alguém quanto à existência dos fatos da causa;
- c) um destinatário - o juiz. As afirmações de fatos, feitas pelos litigantes, dirigem-se ao juiz, que precisa e quer saber a verdade quanto aos mesmos. Para esse fim é que se produz a prova, na qual o juiz irá formar a sua convicção.

Pode-se então dizer que a prova jurídica é aquela produzida para fins de apresentar subsídios para uma tomada de decisão por quem de direito. Não basta, pois, apenas demonstrar os elementos que indicam a ocorrência de um fato nos moldes descritos pelo emissor da prova, é necessário que a pessoa que demonstre a prova apresente algo mais, que transmita sentimentos positivos a quem tem o poder de decidir, no sentido de enfatizar que a sua linguagem é a que mais aproxima do que efetivamente ocorreu.

O recorrente questiona o entendimento exarado pela autoridade fiscal. Entretanto, embora tenha se transcorrido um longo período desde que tomou conhecimento do relatório não demonstrou os seus argumentos.

Ademais, cabe a recorrente por força da presunção legal, compete a ela provar a natureza específica de cada depósitos, na medida em que, ninguém melhor do que ela própria trazer o comprovante de cada depósito. Dessa forma, cabe a máxima de que “allegatio et non probatio, quase non allegatio” (alegar e não provar é quase não alegar).

Da Inconstitucionalidade das Normas – Multa Confiscatória

No referente a suposta inconstitucionalidade das Normas aplicadas, que determinariam a aplicação de multas e juros de natureza confiscatória, acompanho a posição sumulada pelo CARF de que não compete à autoridade administrativa de qualquer instância o exame da legalidade/constitucionalidade da legislação tributária, tarefa exclusiva do poder judiciário

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

Cabe esclarecer o contribuinte que a falta de recolhimento do tributo ou declaração inexata, apurada em lançamento de ofício, enseja o lançamento da multa de 75%, prevista no art. 44, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não podendo a autoridade lançadora deixar de aplicá-la ou reduzir seu percentual ao seu livre arbítrio. Nestes termos, como a multa de ofício está prevista em disposições literais de lei e como as instâncias julgadoras não podem negar validade a estas disposições, não se pode aqui acatar a alegação da contribuinte. É de se manter, assim, a penalidade de 75%.

Da Inaplicabilidade da Selic como Taxa de Juros

Por fim, quanto à improcedência da aplicação da taxa Selic, como juros de mora, aplicável o conteúdo da Súmula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula CARF nº 4).

Assim, é de se negar provimento também nessa parte.

Da Multa Qualificada

Segundo a fiscalização a recorrente teria omitido rendimentos, adotando conduta no sentido de impedir o lançamento e retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária. A fundamentação no termo de verificação fiscal teria sido a movimentação incompatível com o rendimento declarado ao longo de um período de vários anos.

Inobstante respeitável entendimento da autoridade fiscalizadora, não vejo circunstâncias que caracterizem um evidente intuito de fraude.

No caso concreto não tenho como presumir que a conduta foi evitada de vício, mas tão somente de omitir do fisco com conhecimento de fato relevante.

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 nº 14)

Reconhece-se que o contribuinte teria sido selecionado a partir de investigações policiais na denominada “operação fumo”, entretanto isso não influencia a natureza da operação verificada, que decorre da omissão de rendimento de valores movimentados em sua conta corrente, aos quais o recorrente não foi capaz de apresentar uma justificativa.

Ante ao exposto, voto por rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial para desqualificar a multa de ofício reduzindo-a a 75%.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

Processo nº 13982.001100/2010-79
Acórdão n.º **2202-002.890**

S2-C2T2
Fl. 12

CÓPIA