



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

Processo nº 15504.009502/2010-82
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-003.021 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de março de 2015
Matéria IRPF
Recorrente ILDEU DA CUNHA PEREIRA SOBRINHO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2006, 2007

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 AGRAVADA

O agravamento da multa de ofício em razão do não atendimento à intimação para prestar esclarecimentos não se aplica nos casos em que a omissão do contribuinte já tenha consequências específicas previstas na legislação.

MULTA QUALIFICADA - DEPÓSITOS BANCÁRIOS

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).

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

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

Rejeitar as preliminares

Recurso provido em parte.

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 JIMIR DONIAK JUNIOR (Suplente convocado). QUANTO AS DEMAIS PRELIMINARES: Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares. QUANTO AO MÉRITO: Por unanimidade de votos, dar provimento parcial para desagrarar e 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, Dayse Fernandes Leite (Suplente Convocada), Jimir Doniak Junior (Suplente Convocado), Pedro Anan Junior, Antonio Lopo Martinez.

Relatório

Em desfavor do contribuinte, Ildeu da Cunha Pereira Sobrinho, CPF no 392.194.536-49 foi lavrado Auto de Infração relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física (fls. 03/36), exercícios 2006 e 2007, anos-calendário 2005 e 2006, formalizando a exigência fiscal, assim discriminada:

Imposto de Renda Pessoa Física Suplementar	571.058,75
Multa de ofício	1.284.882,16
Juros de mora calculados até 04/2010	194.681,36
Valor do crédito tributário apurado	2.050.622,29

Imposto de Renda Pessoa Física Suplementar	571.058,75
Multa de ofício	1.284.882,16
Juros de mora calculados até 04/2010	194.681,36
Valor do crédito tributário apurado	2.050.622,29

Consta da Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 05/07) que houve omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou investimento, mantidas em instituição financeira, em relação As quais a contribuinte, regularmente intimada não comprovou mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo (fls. 12/31) e que é parte integrante do Auto.

O contribuinte apresentou impugnação ao lançamento em fls. 227/257, alegando, em síntese, que:

- *O lançamento padece de vícios formais e o reconhecimento de vício em qualquer dos seus elementos ou pressupostos é suficiente para que se declare a sua nulidade, conforme a seguir:*
- *No curso do procedimento de fiscalização, os auditores-fiscais requisitaram administrativamente informações referentes a operações e serviços prestados por instituição financeira, vale dizer, procederam A quebra de seu sigilo bancário sem prévia autorização judicial;*
- *A fiscalização não se preocupou, em nenhum momento, em demonstrar ou mesmo por em relevo qualquer nexos causal entre os depósitos por ela tributados e a sua renda, muito embora fosse facultado A fiscalização realizar a auditoria de toda e qualquer documentação em poder de contribuinte e dos demais agentes que tenham relação direta ou indireta com os fatos geradores dos tributos, de forma a obter a verdade real acerca sua renda e do seu patrimônio;*
- *O seu patrimônio permaneceu estático, apesar da conclusões da fiscalização de que teria obtido uma mega renda cuja tributação foi' sonegada.*

- Não fez qualquer compra de bens ou dispêndio de valores absurdos, nem se preocupou a fiscalização em prová-los; a simples existência dos depósitos feitos em sua conta já foi, por si só, suficiente para que a fiscalização o tributasse;
- Recentemente se estabeleceu nos Tribunais Superiores divergência jurisprudencial acerca da (im)possibilidade de quebra do sigilo bancário independentemente de autorização judicial, notadamente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, o que se pode notar pelos acórdãos citados em fls. 231/232 e 234/235;
- Haja vista que a autuação fundou-se exclusivamente em seus extratos bancários obtidos sem prévia determinação judicial, a hipótese atrai a aplicação da Súmula nº 182 do extinto TRF;
- Os extratos bancários em questão constituem prova francamente ilícita, inidônea a embasar o lançamento fiscal, forte na jurisprudência do egrégio TRF da 1ª Região Fiscal e das Cortes Superiores;
- Tendo em vista o exposto nos subitens anteriores, é nulo o lançamento por vício de forma, o que requer, desde já, seja declarado, ainda na fase de impugnação;
- A legislação determinou, com extrema clareza e precisão, a ocorrência mensal do fato gerador do imposto de renda das pessoas físicas;
- Na hipótese de lançamento com base em depósitos bancários cuja origem não restou comprovada pela pessoa física (abstraindo-se da legitimidade da imposição legal), a Lei 9.430/96 também determinou a tributação mensal dos rendimentos conforme seu art. 42, § 40;
- Tratando-se de depósitos bancários é a próprio texto da lei que determina seja considerado o mês em que o crédito foi efetuado pela instituição financeira como momento da ocorrência do fato gerado;
- Assim, o lançamento de ofício que considera a apuração do imposto devido em base anual afronta o texto legal e dá causa a sua nulidade;
- Não se alegue que a situação anteriormente descrita não se ajusta aos artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72 eis que tais dispositivos não enumeram taxativamente as hipóteses; trata-se, na verdade, de vício insanável na constituição do crédito tributário;
- Conforme depoimento prestado à fiscalização, nunca prestou Serviços de advocacia como pessoa física, fazendo-o sempre na qualidade de advogado sócio da sociedade de advogados Cunha Pereira Advogados Associados;
- Para comprovar o alegado no item anterior é bastante verificar que o endereço da citada sociedade se confunde com o seu atual domicílio fiscal;
- Os depósitos feitos em suas contas correntes, mantidas junto ao bancos listados pela fiscalização, foram, realizados por clientes diversos e demais contratantes, que procuravam não a pessoa física do contribuinte, mas a pessoa jurídica, uma vez existir nela

um corpo de advogados especializados nos diversos ramos do direito;

• Os recursos que foram entregues à sua pessoa física em pagamentos aos serviços prestados foram imediatamente entregues pessoa jurídica pois a ela pertenciam; i • Assim, estabelecia-se uma sistemática usualmente praticada na advocacia, qual seja, a consistente em existirem diversos pagamentos feitos direta ou indiretamente A pessoa jurídica, seja pelo fato de o cheque ser emitido em seu nome ou em nome da pessoa física do contribuinte;

• Tal sistemática não descaracteriza o fato de que os pagamentos feitos tinham como beneficiário sempre a pessoa jurídica e nunca a pessoa física do contribuinte ou de qualquer outro advogado da sociedade;

• Além disso, a sistemática anteriormente descrita, longe de retratar uma situação anômala ou mesmo extraordinária, é absolutamente normal e usual no exercício da advocacia, podendo-se afirmar que praticamente todos os profissionais dela se utilizam na condução de seus negócios;

• Tivessem os fiscais aprofundado a fiscalização, chegariam certamente A conclusão de que os recursos movimentados em sua conta não que lhe pertencem, na realidade o que lhe pertence são apenas os lucros distribuídos pela sociedade A qual pertence, não podendo ser considerada como renda tributável na pessoa física os depósitos feitos em suas contas bancárias.

• Pelo menos um aspecto da auditoria fiscal realizada deve ser mencionado como capaz de tornar nulas as conclusões feitas pela fiscalização, que, por razões , ao que parece, de menor esforço, deixaram de realizar urna diligência fiscal na empresa Cunha Pereira e Advogados Associados, apesar de todas as evidências apontarem naquela direção e na necessidade de serem trazidos mais elementos aos autos, uma vez juntadas as notas fiscais e recibos emitidos pelo estabelecimento;

• Pecou a autoridade fiscal por não trazer provas suficientes aos autos, apesar de ter cumprido a sua parte como pessoa física, esclarecendo a origem dos recursos;

• Uma vez examinado o faturamento da Cunha Pereira e Advogados Associados, estaria certamente comprovada a origem dos recursos que lhe pertenciam depositados na sua conta corrente. Afinal, a empresa citada existe, está em pleno funcionamento e tem o autor como sócio majoritário;

• Um exame, ainda que perfunctório, das suas declarações de rendimentos apresentadas nos outros exercícios, seguido de uma auditoria em seu patrimônio seria o suficiente para demonstrar que a trilha perseguida pelos fiscais (que parecem desconhecer, de propósito, a sistemática de apuração de receitas na advocacia) só poderia conduzi-los a erro e ao seu cerceamento do direito de defesa;

• Existe acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes no sentido do menciona no item anterior;

- *Uma vez examinados os depósitos das suas contas-corrente e as notas fiscais e recibos emitidos pela Cunha Pereira e Advogados Associados poderia ter sido facilmente provada pela fiscalização a origem dos recursos em suas contas-correntes, bastasse ela realizar a diligência fiscal que se requer desde já por absolutamente necessária. Sem ela, peca o lançamento pela falta de elementos que o credenciem e o justifiquem do ponto de vista legal;*
- *Uma vez provada a origem dos recursos, não há que se falar mais em presunção legal de omissão de receitas, mas em outros ilícitos de natureza tributária, os quais, é bom que se frise, também não foram cometidos por ele;*
- *A respeito da metodologia adotada é importante lembrar que os valores tributados inicialmente devem ser deduzidos dos valores apurados nos meses seguintes, uma vez que, um determinado depósito bancário pode corresponder aos mesmos recursos movimentados em um depósito anterior; assim estaria resguardada a possibilidade de se cometerem um erro e uma injustiça, tributando-se o mesmo recurso por mais de uma vez;*
- *Na situação dos autos, é claríssima a ocorrência dessa indevida dupla tributação, eis que a fiscalização nada diz a respeito do fato de que a pessoa jurídica é a verdadeira contribuinte, à vista das notas fiscais por ela emitidas (cópias anexas);*
- *Na pior das hipóteses, deveria a fiscalização ter deduzido do imposto de renda a pagar na pessoa física, o imposto devido na pessoa jurídica. Ora, se a fiscalização entende que os rendimentos foram percebidos integralmente pela pessoa física, e não pela pessoa jurídica, deveria ela deduzir do imposto lançado na pessoa física o imposto devido pela pessoa jurídica;*
- *O depósito bancário, embora possa demonstrar movimentação de riqueza em nome do contribuinte, não pode ser aceito, por si só, como produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos nem como acréscimo patrimonial por não ser capaz de medir o patrimônio em dois momentos distintos (no início e no final do período de apuração) E sabido que nem tudo que passa na conta corrente configura renda, pois existem casos de troca de cheques, recebimento de valores pertencentes a terceiros em função do exercício profissional;*
- *Não há como eleger o total dos depósitos como se renda líquida fossem, por afronta aos arts. 3º e 43 do CTN. A lei autoriza a tributar a renda real, presumida ou arbitrada, mas ela nunca será igual à própria movimentação bancária;*
- *Ademais não está obrigado por lei a manter escrituração de sua movimentação financeira o que impede a fiscalização, do ponto de vista legal exigir do contribuinte documentação coincidente em data e valor quanto aos seus depósitos;*
- *As pessoas físicas por estarem desobrigadas de escrituração não possuem "documentos de transferência" ou "comprovantes de depósitos" até porque, muitas vezes, são terceiros que efetuam tais créditos.*
- *Adite-se o fato de que os Tribunais , quando fazem o pagamento dos honorários de sucumbência o fazem sempre As*

peças físicas dos advogados e nunca em nome das sociedades de advogados a que pertencem;

• Está juntando A impugnação como prova de seus argumentos, cópia de Escritura Pública de Cessão de Direitos, documento este datado de 03 de novembro de 2006, no qual estão explicitados a origem e destinação de honorários no valor de R\$7.500.000,00, podendo-se verificar que os citados honorários foram partilhados com inúmeras pessoas. Tal valor nada mais representa que os recursos mencionados em fls. 06 do Termo de Verificação Fiscal que acompanha o auto de infração;

• Para que não reste mais quaisquer dúvidas acerca do que foi aqui alegado, junta-se A presente impugnação declaração fornecida por banco, na qual se esclarece que os honorários depositados na conta corrente do impugnante tiveram origem bancária na conta da pessoa jurídica a qual ele pertence;

• Para aplicação da multa qualificada prevista pela Lei nº 9.430/96 é imprescindível a comprovação do dolo do contribuinte e o simples fato da tributação basear-se na presunção de omissão de receitas já é suficiente para afastar a existência de dolo;

• A impossibilidade do agravamento da multa de ofício em matéria de omissão de receitas pautada em presunção legal foi objeto da Súmula 1º CC nº 14, do 1º Conselho de Contribuintes;

• As suas atitudes que motivaram a aplicação da multa de 225% podem ser todas elas justificadas A vista da documentação que junta impugnação;

• Pelos motivos expostos em fls. 254/256 não pôde atender A fiscalização, na época oportuna;

• Pretende a fiscalização exigir tributo sobre base acumuladas, ou seja, tributa os depósitos mês a mês sem atentar para o fato de que os depósitos tributados como omissão de rendimentos em um mês são suficientes para comprovar e justificar os depósitos dos meses seguintes, conforme expõe em fls. 256/257.

Ao final, requer que:

1. seja a impugnação julgada totalmente procedente para declarar a nulidade formal do ato de lançamento ou a inexistência da suposta obrigação que lhe dá supedâneo, anular o ato administrativo que constitui o crédito tributário em questão, tornando-o, assim, inexigível;

2. em atenção ao princípio da eventualidade, não sendo deferido o pedido anterior, requer a minoração do valor do crédito lançado, declarando-se a ilegalidade da aplicação da multa majorada de 150% e da multa exasperada pelo não atendimento A fiscalização, além da adoção da sistemática de apuração do imposto devido com base na tributação sobre bases acumuladas.

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

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2006, 2007

DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

A Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, no seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário.

EXTRATOS BANCÁRIOS. OBTENÇÃO.

Válida é a prova consistente em informações bancárias requisitadas em absoluta observância das normas de regência e ao amparo da lei, sendo desnecessária prévia autorização judicial.

MULTA QUALIFICADA.

Caracterizada a omissão intencional de informação sobre rendimentos, com o fim de se eximir- de pagar tributos, é cabível a aplicação da multa de 150%.

MULTA AGRAVADA. INTIMAÇÕES. NÃO ATENDIMENTO.

Comprovado nos autos que o contribuinte não atendeu as intimações para prestar esclarecimentos, aplica-se a multa agravada de 225%.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

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

- Do vícios formais do lançamento;
- Da não caracterização da incidência do fato gerador do IRPF, tendo em vista o lançamento baseado em depósitos bancários;
- Da quebra do sigilo bancário;
- Da inconstitucionalidade da multa aplicada.

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 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.

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 apresente-se 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 comprova, 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.

Apreciando as razões de votar da autoridade recorrida às fls. 309 (do e-processo), não encontro qualquer reparo a ser realizado, de modo que o acompanhamento na íntegra:

O contribuinte argumenta que a comprovação da origem dos depósitos lhe é difícil, pois não tem como ter acesso à documentação relativa a depósitos feitos por terceiros em suas contas bancárias, pois os comprovantes ficam em poder dos terceiros.

Ora, terceiros não fazem depósitos na conta bancária do contribuinte sem que haja uma explicação para tal. Assim, por exemplo, se o interessado aliena bem (carro, moto, imóvel...) e o comprador (terceiro) faz o respectivo pagamento por meio de depósitos bancários, ao ser intimado a esclarecer a origem dos depósitos efetuados, o contribuinte tem que esclarecer que é decorrente de venda efetuada e apresentar os documentos probatórios da operação, dos valores recebidos e das datas dos

recebimentos. A posse e guarda de todos esses documentos é ônus do contribuinte. Ou seja, diferentemente do que quer argumentar o contribuinte, a exigência que se lhe faz não é que apresente as cópias dos cheques emitidos por terceiro ou documentos que não deveria ter em seu poder.

Registre-se que o art. 3º do Decreto-lei nº 4.657/42 — Lei de Introdução ao Código Civil, é claro ao dispor que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando seu desconhecimento (Pills et jure). Isto significa que a contribuinte tinha a obrigação legal de se preparar para cumprir a Lei nº 9.430, de 1996, caso não quisesse assumir os riscos decorrentes de seu descumprimento. Assim, deveria ter adotado as medidas necessárias para atender os ditames da Lei, mantendo em seu poder anotações que permitissem identificar perfeitamente a correlação entre os depósitos e os recursos e as correspondentes provas documentais e individualizadas da vinculação entre depósitos e recursos até que se operasse a decadência do direito de a Fazenda Pública de constituir os créditos tributários relativos ao exercício em questão.

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 irreabilidade das imputações feitas. Ausentes esses elementos de prova, resulta procedente o feito fiscal em nome do contribuinte.

No que toca a data de ocorrência do fato gerador:

Súmula CARF nº 38: O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário.

Das Provas nos Autos

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

“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 Multa Agravada

Constata-se que o não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos é uma das hipóteses previstas para a incidência da multa de ofício na sua forma agravada.

Segundo o Termo de verificação fiscal o recorrente não atendeu alguns Termos. Entretanto, ao assim proceder atuou contra si próprio.

Ressalte-se que a não apresentação de documentos que respaldassem suas justificativas para a origem dos recursos depositados em suas contas bancárias não obsta a atividade fiscal, pelo contrário, a facilita, pois tal conduta tem como consequência direta a caracterização da infração de omissão de rendimentos por presunção legal.

Nessa conformidade, deve o percentual da multa de ofício ser desagravado.

Da Multa Qualificada

Segundo a fiscalização a recorrente teria omitido receitas, adotando conduta no sentido de impedir o lançamento e retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária de montante muito significativo.

Inobstante respeitável entendimento da autoridade fiscalizadora, não vejo circunstâncias que caracterizem um evidente intuito de fraude. Entendo que configura-se como simulação, o comportamento do contribuinte em que se detecta uma inadequação ou inequivalência entre a forma jurídica sob a qual o negócio se apresenta e a substância ou natureza do fato gerador efetivamente realizado, ou seja, dá-se pela discrepância entre a vontade querida pelo agente e o ato por ele praticado para exteriorização dessa vontade.

Cabe lembrar que no caso de depósitos bancário, entendo razoável a qualificação quando da utilização de pessoa interposta, mas não é o caso nos autos

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

MULTA QUALIFICADA - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - 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)

Nestes termos, posiciono-me no sentido de rejeitar as preliminares, e no mérito, dar provimento parcial ao recurso de voluntário para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

Da Inconstitucionalidade das Normas

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%.

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

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

CÓPIA