



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

Processo nº 15983.000052/2006-31
Recurso nº 178.009 Voluntário
Acórdão nº 2202-01.091 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de abril de 2011
Matéria IRPF
Recorrente JORGE DOS SANTOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2002, 2003, 2004

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL - NORMA PROCESSUAL - NÃO CONHECIMENTO - Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial (Súmula CARF nº. 1).

APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 10.174 DE 2001 E LEI COMPLEMENTAR 105 DE 2001 - POSSIBILIDADE - ART - 144, § 1º - Pode ser aplicada, de forma retroativa, ao lançamento, a legislação que tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ÔNUS DA PROVA. 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.

PROVAS - A simples alegação em razões defensórias, por si só, é irrelevante como elemento de prova, necessitando para tanto seja acompanhada de documentação hábil e idônea para tanto.

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).

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso no tocante a requisição das informações bancárias, tendo em vista a opção pela via judicial e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann – Presidente

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Relator

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Antonio Lopo Martinez, Ewan Teles Aguiar, Pedro Anan Júnior e Nelson Mallmann. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Helenilson Cunha Pontes.

Relatório

Em desfavor do contribuinte, JORGE DOS SANTOS, foi lavrado o presente auto de infração de fls. 04/11, para cobrança de crédito tributário relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física Exercícios de 2002, 2003 e 2004, anos-calendário de 2001, 2002 e 2003, no valor de R\$ 810.020,96 (oitocentos e dez mil, vinte reais e noventa e seis centavos), acrescidos de multa de ofício de 75% e juros de mora, calculados de acordo com a legislação pertinente.

A autuação decorreu de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo, tendo sido constatada a infração de OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA, APÓS REGULAR INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE.

Cabe registrar que segundo o Termo de Verificação Fiscal de fls. 12:

1. Em 01.10.2004 através do Mandado de Procedimento Fiscal nº081060000268 2 foi expedido o Termo de Início de Fiscalização datado de 13.10.2004 recepcionado por via postal em 18.10.2004 através de Aviso de Recebimento, tendo sido o fiscalizado instado a, no prazo de 20 (vinte) dias, apresentar os extratos das contas bancárias que traduzem a movimentação financeira realizada no correr dos anos calendários de 2.000 a 2003 junto aos Bancos Bradesco S/A, nau S/A, Nossa Caixa S/A, Banespa S/A e Banco Schahim S/AI , bem como comprovar, por documentação hábil e idônea, a origem dos recursos internados nestas contas,

2. Em 13.10.2004 foi protocolizada resposta do contribuinte na qual consta solicitação de prorrogação de prazo para a apresentação dos documentos solicitados,

3. A ausência de manifestação do fiscalizado e/ou procurador motivou a lavratura em 29.11.2004 do Termo de Intimação, recebido em 02.12.2004 por via postal, para reiterar as solicitações objeto do Termo de Início de Fiscalização, dando mais 05 (cinco) dias para o atendimento e alertando-o de que a negativa não justificada na exibição dos elementos solicitados, permitiria o acesso às informações relacionadas com operações e serviços das instituições financeiras, nos termos previsto do inciso VII do artigo 3º do Decreto 3724/2001,

4. Não havendo atendimento no prazo previsto e por ser o acesso às informações sobre movimentação financeira do fiscalizado indispensável à continuidade do procedimento, o Sr. Delegado da Receita Federal, por solicitação desta fiscalização, emitiu em 23.12.2004, nos termos do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, regulamentado pelo Decreto nº3724/2001, Requisições de Movimentação Financeira (RMF) de nºs. 00062-0, 00063-9, 00064-7, 00065-5 e 00066-3. As requisições foram recepcionadas respectivamente pelo Banco Bradesco S/A,

Banespa S/A, Itau S/A, Banco Schahim S/A e Banco Nossa Caixa S/A em 23.12.2004. As instituições encaminharam os extratos e demais informações em papel e disquete, sendo que apenas o Banco Banespa S/A não encaminhou em meio magnético,

5. Em 17.01.2005 foi concedida liminar nos autos do Mandado de Segurança nº2005.61.04.000003-4, informada a esta Delegacia da Receita Federal através de ofício datado de 18.01.2005 da 4ª Vara Federal em Santos. Como citado no item anterior as requisições já haviam sido encaminhadas às instituições financeira também já respondidas, com exceção do Banco Itati S/A (respondida em 28.01.2005). As informações foram lacradas e entregues à Chefia da Fiscalização até o trânsito em julgado, razão pela qual a ação fiscal foi encerrada sem exame,

6. Em 18.06.2005, como a decisão judicial não mais subsistiu, novo MPF foi expedido (nº 088810600 2005 00199 0). Na data de 06.07.2005, encaminhei por via postal, novo Termo de Início de Fiscalização, solicitando a apresentação de documentos hábeis que comprovassem a movimentação financeira feita pelo fiscalizado constante de 206 (duzentos e seis) folhas anexas ao Termo, recebido em 11.07.2005. Nesse Anexo procedi à computação dos créditos/depósitos ocorridos no período fiscalizado, os estornos de depósitos/créditos e cheques devolvidos, excluindo lançamentos tais como tarifas, cheques pagos ou compensados, cpmf, taxas e transferências entre contas,

Segundo a Descrição dos Fatos de fls. 5, o contribuinte, regularmente intimado a apresentar justificativa sobre a origem de depósitos especificados, omitiu-se quanto aos depósitos listados às fls. 15/93, com as exclusão dos comprovados e devoluções.

Cientificado em 23/02/2006, fls. 04 e 98, o contribuinte apresenta impugnação à exigência tributária em 23/03/2006, às fls. 467/498, de onde se extraem os seguintes argumentos, em resumo:

a) A base de cálculo considerada pela Fiscalização não condiz com a realidade financeira do impugnante, isto é, o total dos valores lançados a crédito junto às instituições financeiras não correspondem integralmente a receitas auferidas, mas sim, e principalmente, a adiantamento de valores para fins de pagamento de despesas ou, ainda, simples trânsito em caixa para a restituição a terceiros.

b) O impugnante realizava à época dos fatos, de maneira habitual, pagamentos direcionados ao Detran para fins de regularização documental de veículos automotores, tal como comprovam as declarações anexadas, as quais foram fornecidas à Fiscalização. As contas correntes eram utilizadas para a prestação de serviços e despachante policial, sendo que o agente devidamente habilitado era o Sr. Eduardo Henrique Pereira Duarte.

c) Há casos em que proprietários de veículos levantam quantia em espécie por meio de contrato de financiamento,—sendo que para tanto há a entrega como garantia de um veículo. O intermediário do negócio (recebendo apenas uma comissão)

aproxima as duas partes e recebe em sua conta corrente o valor pago pela instituição financeira objeto do contrato bancário.

d) Solicita todos os meios de prova admitidos no Direito, inclusive a prova oral.

e) Os extratos bancários, por si só, não autorizam a presunção de omissão de receita, não servindo assim de meio idôneo para a apuração de crédito tributário;

f) As movimentações bancárias não são suficientes para comprovar o ingresso de riqueza, podendo, em última análise, apenas representar presunção simples ou indícios.

g)-O tributo incide sobre-o lucro auferido, não sobre a receita bruta.

Protesta, ainda na impugnação de fls. 480/496:

"Analisando-se os fundamentos e os documentos anexados ao processo administrativo, observa-se que a Fiscalização deixou de observar diversos focos de apreciação que beneficiariam o contribuinte, vejamos alguns exemplos: foram equivocadamente considerados como receita efetivamente auferida todos os valores de cheques depositados, mesmo que não tivessem sido efetivamente creditados à favor do impugnante, tal como aqueles popularmente denominados "sem fundos" (vide expressão: "DEVOL. CHEQUE DEPOSITADO"),

- não se considerou, ainda, as várias reapresentações de cheques devolvidos, ou seja, há valores que estão sendo sopesados em duplicidade, em flagrante prejuízo ao impugnante;

- é permitida a transferência de valores entre contas correntes da mesma pessoa física sem se aventar a possibilidade da consideração de omissão de receita (vide fls. 25/26, por exemplo);

- o acréscimo a toda remuneração que seja resultante da Incidência da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF não é hipótese de incidência do IRPF;

- no caso de recebimento de aluguéis, são- dedutíveis as seguintes verbas o valor dos impostos, taxas e emolumentos incidentes sobre o bem que produzir o rendimento; o aluguel pago pela locação de imóvel sublocado as despesas pagas para cobrança ou recebimento do rendimento e as despesas de condomínio).

É indiscutível que a própria Fiscalização deu acolhimento à tese ora sustentada, tendo em vista que realizou, por mera liberalidade, a exclusão de diversos valores quando da apuração do crédito tributário, isto mediante a simples comprovação dos eventos concretos, entretanto, podendo se avaliar aprova produzida de maneira global, na medida em que o contexto é imutável, preferiu a Sra. Auditora lavrar a autuação.

Ora, retomando o que já foi linhas atrás comentado, era preciso que a verdade real viesse à tona, isto é, a própria Fiscalização podia, ou deveria, diligenciar no sentido de se averiguar dos "focos de análise" da questão de maneira absoluta, inclusive diligenciando junto às instituições financeiras afim de que fossem avaliados profundamente os depósitos bancários realizados, os cheques utilizados, além dos eventuais vínculos existentes entre os títulos e os depósitos (devoluções e reapresentações, por exemplo). Apenas para a alargar a crítica, sempre construtiva, avalie-se que estas diligências são totalmente tortuosas ao impugnante, haja vista que as taxas bancárias para o alcance de informações pelos particulares inviabilizam de maneira absoluta a tomada de quaisquer providências.

Consoante informações contidas no texto do referido MPF (Mandado de Procedimento Fiscal) a autoridade fiscal esclareceu que implementou tal espécie de procedimento fiscalizatório para constituir crédito do IRPF - (imposto de Renda de Pessoa Física) do período de apuração correspondentes.

Por este turno, a Fiscalização admite expressamente que o MPF fora motivado e instaurado em razão da utilização por parte da Secretaria da Receita Federal das informações dos valores de movimentação financeira prestadas pelos bancos para identificação dos contribuintes da CPMF, nos termos do art. 11, § 2º, da Lei nº 9.311/96

Com efeito, de posse das informações relativas aos valores de movimentação financeira para efeito de identificação dos contribuintes da CPMF (art. 11, § 2º, da Lei nº 9.311/96), a Autoridade as utilizou no presente MPF para instaurar o respectivo procedimento e pretender constituir crédito tributário do IRPF, como de fato aconteceu.

Entretanto, é importante ressaltar que tal conduta de utilização dessas — informações sigilosas era expressamente vedada pela norma contida no art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, que esteve em vigor até 09/01/2001 quando foi modificada pela Lei nº 10.174.

Inobstante isto, o MPF sob exame, utilizando as informações financeiras, passou a solicitar que o impugnante apresentasse "os extratos bancários" e a respectiva apresentação de documentação hábil, a origem dos recursos depositados / creditados nas contas bancárias".

Todavia, o recorrente não cumpriu tal solicitação de apresentação de extratos bancários de movimentação financeira, em razão de:

I) entender que o procedimento fiscalizatório fora instaurado irregularmente desde sua origem, na medida que teve por base para sua instauração a utilização de informações da CPMF dos respectivos exercícios, objetivando constituição de crédito do IRPF, quando lhe era vedado tal conduta pelo art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96 por considerar tal utilização quebra de sigilo não autorizado;

II) o art. 1º da Lei nº 10.174/2001 que deu nova redação ao art. 11 da Lei nº 9.311/96, passou a permitir à Receita Federal utilizar as informações da CPMF para instaurar ou dar origem ao MPF apenas dos atos ou fatos ocorridos a partir da sua entrada em vigor (09/01/2001), pois consoante o princípio da irretroatividade das leis, a Lei nº 10.174 não poderia retroagir para interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado;

III) em qualquer procedimento está resguardado o direito constitucional da - não auto-incriminação (CF, art. 50, LXIII); a expressão 'sigilo de dados' hospeda a espécie 'sigilo bancário' cuja preservação e privacidade está expressamente assegurada pela Constituição Federal de 1988 no art. 50, X e XII, razão pela qual o impugnante não se sente obrigado a entregar extratos bancários que revelem sua privacidade.

Em verdade, foi promovida a quebra do sigilo de que se trata de maneira administrativa, mediante a simples Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) dirigida às instituições financeiras, as quais prestaram todas as informações solicitadas.

No particular, como o procedimento de fiscalização (MPF) foi irregularmente instaurado, por ter como origem a utilização de informações da CPMF, ou seja, ocasião que era vedado ao Fisco Lançar mão de tais dados (art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96), e tendo em vista que o MPF irregularmente instaurado e em abuso de poder não pode determinar a quebra de sigilo bancário administrativamente, requereu-se judicialmente e foi concedida, a concessão de liminar para determinar que a autoridade impetrada se absteresse de executar qualquer providência para efetivar Mandado de Procedimento Fiscal nº 0810600 2004 00268 2, inclusive as que tivessem por escopo obter junto aos acima relacionados os extratos bancários e valores individualizados de débito e crédito efetuados nos exercícios mencionados no MPF.

A questão permanece sub judice, encontrando-se atualmente em sede 3ª Recurso de Apelação, na qual se sustenta a ameaça e o justo receio que tinha o então impetrante de ter seu sigilo bancário quebrado por determinação da autoridade impetrada no curso de procedimento fiscalizatório (MPF) irregularmente instaurado, porque originado da utilização das informações da CPMF, as quais eram vedadas pelo art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96 para instaurar tal-procedimento.

É importante ressaltar que a Lei nº 9.311/96 apenas autorizava a utilização dessas informações acobertadas pelo sigilo bancário por parte da Secretaria da Receita Federal para que promovesse a fiscalização e arrecadação da CPMF, e por outro lado vedava explicitamente a sua utilização sob qualquer pretexto nos procedimentos tendentes a constituir crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos que não fosse a própria CPMF, nos termos do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, como se observa:

"Art. 11.

§3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos."

Logo, a inteligência do dispositivo normativo contido no art. 11, § 3º, da Lei n. 9.311/96 evidencia a toda prova que o legislador erigiu um enunciado especialmente dirigido às autoridades administrativas da Secretaria da Receita Federal para que resguardassem "o sigilo das informações prestadas" a ela pelos bancos para que pudesse levar a cabo a fiscalização e arrecadação da CPMF.

Ademais, não estando completamente satisfeito com tal enunciado de caráter genérico e diante da tentação que tais dados poderiam suscitar no espírito das autoridades administrativas, O próprio legislador explicitou na parte final do referido dispositivo uma expressa proibição a que estariam submetidas as autoridades administrativas, no sentido de impedir a utilização dessas informações da CPMF em quaisquer procedimentos que tivessem por escopo a "constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos".

Por esta perspectiva, conclui -se facilmente que o art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96 torna ilegal e irregular o MPF (Mandado de Procedimento Fiscal) instaurado com base nas informações dos valores globais prestados em razão da CPMF, como no caso sob estudo, porque:

I) existe claro assentamento para que a Receita Federal resguarde o sigilo das informações que lhe foram prestadas em razão da CPMF, e se guardar sigilo implica em não revelar algo, por obvio que não estaria guardando sigilo também quem pretendesse utilizar a informação contra o próprio contribuinte;

II) existe claro enunciado proibitivo endereçado à Secretaria da Receita Federal (SRF) vedando a utilização das informações que lhe foram prestadas em razão da CPMF em quaisquer procedimentos que tivessem por escopo a "constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos".

Analizando a questão da competência através do prisma legal, BILAC PINTO, então Ministro STF, ensinou que: "O indivíduo que age como órgão do Estado, pode fazer apenas aquilo que a ordem legal o autorize a fazer. Do-ponto de vista-da técnica legal, porantopérfluo estatuir proibições para um órgão do Estado. Basta não autoriza-lo. Se o indivíduo age sem a autorização da ordem legal ele não está mais agindo como órgão do Estado. Seu ato é ilegal pela simples razão de que não está apoiado por nenhuma autorização legal. Não é necessário

que o ato seja proibido por norma legal é necessário proibir a um órgão a prática de certos atos quando se deseja restringir uma anterior autorização."

Assim, como havia uma norma expressa-Limitando a competência Legal da Secretaria da Receita Federal para não

utilizar as informações da CPMF em quaisquer procedimentos que tivessem por escopo a "constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos", então, a instauração do MPF com base nas informações da CPMF espelha abuso de poder em virtude da ausência de competência para fazê-lo, violando o art. 50, LIII, da CF188, e por isso quando se promoveu a instauração do MPF, fez-se irregularmente.

Por outro Lado, nem se alegue, na tentativa de convalidar a irregular instauração de MPF com base nas informações prestadas à SRF em razão da CPMF do período, que o art. 1º da Lei no lo. 174, de 09 de janeiro de 2001, ao dar nova redação ao art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, passou a permitir a instauração de MPF e utilização de tais • informações para a constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos dos exercícios lançados no MPF como efetivamente foi realizado no caso em exame, na medida que ainda persiste no nosso ordenamento jurídico os princípios da irretroatividade das leis e do tempus regit actum.

A Lei nº 10.174/2001 assim regula a matéria:

"Art. 1º - O art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 11.

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Desta forma, com base na análise do art. 1º da Lei nº lo. 174, de 09 de 10 janeiro de 2001, verifica-se tratar de norma que entrou em vigor em 09/01/2001, passando a

autorizar a SRF - somente a partir de então - à utilização das informações sigilosas da CPMF para constituição de crédito de outras contribuições e impostos, ao passo que até o dia 08/01/2001 estava em pleno vigor o art. 11, 53º, da Lei nº9.311/96 que expressamente proibia a utilização das informações da CPMF sob qualquer pretexto instituir mecanismos que pretendessem a constituição de crédito de outras contribuições e impostos.

Logo, tal como o caso dos autos, tendo oMPF sido instaurado com base nas informações da CPMF, fica evidente que o referido Mandado de Procedimento Fiscalizató rio foi irregularmente instaurado, uma vez que contraria o princípio da

irretroatividade das leis e o do tempus regit actum (os atos são regidos pela lei do seu tempo).

Todavia,-ainda . assim, fossem situações especialíssimas onde o STF tem admitido que a lei nova possa regular as conseqüências dos fatos ocorridos na vigência da lei anterior, mas nessas situações o STF tem exigido que a lei nova faça declaração expressa neste sentido.

A regra geral é a da irretroatividade das leis, para que estejam resguardados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal e artigo 6º da Lei -de Introdução-ao Código Civil). No-entanto, para que "a lei nova possa regular as conseqüências dos fatos ocorridos na vigência da lei anterior"... "é preciso que na lei se leia declaração expressa nesse sentido", logo como "no caso dos autos não se lê... previsão de sua aplicação a situações pretéritas". "A regra, portanto, é a não retrooperância da lei".

Portanto, como no caso em exame, não se pode emprestar efeito retrooperante ao art. 10 da Lei no 10.174, de 09 de janeiro de 2001, sob pena de violação do art. 50, XXXVI e XL da CF/88, art. 6º da LICC e ao art. 105 do CTN, ficando claro que o Mandado de Procedimento Fiscalizatório (MPF) em exame foi irregularmente instaurado (art. 11, 53º, da Lei nº 9.311/96), razão pela qual no curso deste MPF irregularmente instaurado não era lícito, nem admissível, que a autoridade fiscal determinasse a quebra de sigilo bancário administrativamente (CF, art. 5º, LVI).

(.)

Todavia, se já não fossem suficientes os argumentos supra, cabe ainda ressaltar que a quebra do sigilo bancário por decisão exclusiva da administração, independente de autorização judicial, não se coaduna com os princípios da separação dos poderes e indelezabilidade de atribuições consubstanciados no art. 2º; art. 60, 4º, Iff, c/c a inteligência do art. 68 da CF/88.

(.)

Assim, se, conforme a Súmula 182 do TFR, a simples existência do depósito não conduz à presunção de disponibilidade econômica, então, é dispensável a quebra do sigilo bancário mediante decisão da administração, Pois tal medida extrema não implicaria absolutamente em autuação, pois ainda pendente de comprovação pela autoridade administrativa do nexo causal entre o depósito e o fato que represente omissão de rendimentos.

Quanto aos juros aplicados, o Código Tributário Nacional estabelece, em seu artigo 161, que o crédito tributário não pago no vencimento é acrescido de juros de mora à taxa de 1% (um por cento) ao mês..."

A DRJ-Belém ao apreciar as razões do contribuinte, julgou o lançamento procedente, nos termos da ementa a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

Ementa:

Omissão. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Lançamento Procedente

Insatisfeito, o contribuinte interpõe recurso voluntário ao Conselho onde reitera fundamentalmente as principais razões da impugnação, reiterando os seguintes pontos:

- que o total dos valores lançados a crédito junto às instituições financeiras não correspondem integralmente a receitas auferidas, mas sim, e principalmente, a adiantamento de valores para fins pagamento de despesas ou, ainda, simples trânsito em caixa para restituição a terceiros.;

- não se pode dar tratamento de receita aos valores recebidos título de adiantamento para pagamento de despesas ou apenas transitaram no caixa para serem—posteriormente entregues a terceira pessoa;

- A existência de indícios ou presunções não podem dar lastro ao crédito tributário,

- Indica que teriam ocorrido equívocos do tipo foram equivocadamente considerados como receita efetivamente auferida todos os valores depositados, mesmo que não tivessem sido efetivamente creditados à favor do recorrente, tal como aqueles popularmente denominados "sem fundos" (vide as várias expressões: DEVOL. CHEQUE DEPOSITADO);

• não se considerou, ainda, as várias reapresentações de cheques devolvidos, ou seja, há valores que estão sendo sopesados em duplicidade, em flagrante prejuízo ao impugnante;

• é permitida a transferência de valores entre contas correntes da mesma pessoa física sem se aventar a possibilidade da consideração de omissão de receita (vide fls. 25/26, por exemplo);

• o acréscimo a toda remuneração que seja resultante da Incidência da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF não é hipótese de incidência do IRPF;

• no caso de recebimento de aluguéis, são dedutíveis as seguintes verbas (o valor dos impostos, taxas e emolumentos incidentes sobre o bem que produzir o rendimento; o aluguel pago pela locação de imóvel sublocado; as despesas pagas para cobrança ou —recebimento do rendimento e as despesas de condomínio).

- Questiona a irretroatividade da lei;

- Questiona a quebra do sigilo bancário pela MPF, tendo requerido requerido-se judicialmente, e foi concedida, a concessão de liminar para determinar que a autoridade impetrada se absteresse de executar qualquer providência para efetivar o Mandado de Procedimento Fiscal nº 0810600 2004 00268 2, inclusive as que tivessem por escopo obter junto aos acima relacionados os extratos bancários e valores individualizados de débito e crédito efetuados nos exercícios mencionados no MPF

- Questiona a taxa de juros superior a 1%.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

O recurso está dotado dos pressupostos legais de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Da Requisição das Informações Financeiras

Segundo o termo de verificação fiscal em 17.01.2005 foi concedida liminar nos autos do Mandado de Segurança nº 2005.61.04.000003-4, informada a Delegacia da Receita Federal através de ofício datado de 18.01.2005 da 4ª Vara Federal em Santos, contra a requisição de movimentação financeira. Em 18.06.2005, como a decisão judicial não mais subsistiu, novo MPF foi expedido (nº 088810600 2005 00199 0), dando-se continuidade ao procedimento fiscal, usando-se as informações bancárias.

Razão pela qual encontra-se este Conselho impedido de proceder ao seu exame da parte do recurso que toca a requisição das informações financeiras

Sobre esse ponto aplico a súmula a seguir:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.(Súmula CARF nº 1).

O litigante não pode discutir a mesma matéria em processo judicial e em administrativo. Havendo coincidência de objetos nos dois processos, deve-se trancar a via administrativa. Em nosso sistema de direito, prevalece a solução dada ao litígio pela via judicial.

A propositura de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto, tornando definitiva nesse âmbito a exigência do crédito tributário em litígio.

Registre-se por pertinente, que no caso concreto, mandado de segurança impetrado contra ato de Delegado da Receita Federal em Santos - SP, com o objetivo de suspender o Mandado de Procedimento Fiscal nº 0810600.2004.00268-2, abstendo-se a autoridade coatora de requisitar, promover ou executar a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira, que tenha por finalidade a quebra do sigilo bancário do impetrante, mormente em relação à obtenção de extratos bancários e valores individualizados de débito e crédito, relativos aos exercícios de 2000 a 2003, bem como lavrar auto de infração baseado nas informações e dados contidos no aludido procedimento fiscal. O r. Juízo a quo julgou improcedente o pedido, denegando a segurança.

Posteriormente o recorrente, apelou, sustentando, em síntese, que o MPF foi instaurado irregularmente, uma vez que teve como origem a utilização de informações da CPMF, conduta que, na ocasião, era vedada ao Fisco; que a quebra do sigilo bancário, prevista pela Lei Complementar nº 105/01, pela Lei nº 10.174/01 e pelo Decreto 3.724/2001, é inconstitucional, posto que contraria princípios expressos na Carta Magna. A Sexta Turma negou provimento à apelação.

Diante do exposto, voto por não conhecer o recurso no que toca a irregular requisição de informações financeira, tendo em vista a opção pela via judicial

Da Preliminar de Nulidade por Irretroatividade/Ilegalidade dos Procedimentos

Formula a contribuinte preliminar de nulidade alegando que a autoridade administrativa promoveu ato ilegal no seus atos administrativos, eivando de vício de nulidade o auto de infração. Ocorre que, nos presentes autos, não ocorreu nenhum vício para que o procedimento seja anulado, 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.

O contribuinte parece se mostrar inconformado com a aplicação retroativa da Lei Complementar 105/2001 e da Lei 10.174/2001. Entendeu que ao proceder com base em tais instrumentos legais o Fisco acabou por obter provas de origem ilícita.

Não procede tal argumento. O parágrafo 1º do art. 144 do CTN permite a aplicação de legislação posterior à ocorrência do fato gerador, que tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização e ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas.

Desta forma é notória a possibilidade de aplicação dos mencionados instrumentos legais de forma retroativa, uma vez que, tão somente, ampliam os poderes de investigação do Fisco. O STJ já manifestou o seu entendimento neste sentido no RESP 529818/PR e no ERESP 726778/PR.

De igual modo o CARF já consolidou a posição sobre a suposta irretroatividade:

O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente. (Súmula CARF No. 35).

É de se negar provimento a essa parte do recurso.

Da Presunção 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).

Das Alegações do Recorrente.

Argumenta o recorrente que a movimentação bancária seria proveniente de atividade que desempenhava na época, entretanto as suas alegações são apresentadas sem qualquer prova ou evidência que permita descaracterizar o lançamento.

Ao apreciar as razões do contribuinte assim se pronunciou a autoridade julgadora:

Portanto, verificada a ocorrência da hipótese descrita em lei, qual seja, de que o contribuinte recebeu depósitos e eximiu-se de comprovar, depósito por depósito, mediante documentação hábil

e idônea, a sua origem, fato descrito no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, correta é a autuação. A justificativa para cada depósito deve ser acompanhada de provas a cargo do contribuinte. As alegações apresentadas na Impugnação (O impugnante realizava à época dos fatos, de maneira habitual, pagamentos direcionados ao Detran para fins de regularização documental de veículos automotores, tal como comprovam as declarações anexadas, as quais foram fornecidas à Fiscalização. As contas correntes eram utilizadas para a prestação de serviços e despachante policial, sendo que o agente devidamente habilitado era o Sr, Eduardo Henrique Pereira Duarte.) carecem de elementos probatórios.

Observar que as devoluções de cheques especificadas nos extratos foram excluídas, conforme especificado no Demonstrativo de - fls. 94/95, e os depósitos comprovadamente relacionados com a atividade do Impugnante foram também excluídos, conforme Demonstrativo de fls. 96.

Qualquer alegação efetuada para justificar cada depósito deve ser comprovada documentalmente e individualizadamente, conforme prescreve a art. 42 da Lei 9.430/96. E tal comprovação não ocorreu.

No caso concreto, caberia a recorrente demonstrar, individualizadamente, a origem de cada um dos depósitos que está sendo questionada. De nada adianta indicar, genericamente, que o recorrente alegar que o que movimentava em sua contas eram recursos de natureza muito distinta a rendimentos, se não forem apresentadas provas que correlacionem esses fatos com os depósitos objeto do lançamento.

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%.

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:

Processo nº 15983.000052/2006-31
Acórdão n.º **2202-01.091**

S2-C2T2
Fl. 9

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.

Ante ao exposto, não conhecer do recurso no tocante a requisição das informações bancárias, tendo em vista a opção pela via judicial e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez