



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

Processo n° 19515.003777/2003-13
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-002.614 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de dezembro de 2014
Matéria IRPF
Recorrente JUVENAL RODRIGO BAPTISTA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1999

Ementa:

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.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA. INCOMPETÊNCIA DO CARF. SÚMULA CARF Nº 2.

Nos exatos termos da Súmula nº 2, do CARF, falece competência a este órgão julgador para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 10.174/2001. SÚMULA CARF Nº 35.

“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”.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DESCABIMENTO.

O procedimento fiscal é informado pelo princípio da inquisitorialidade no sentido de que os poderes legais investigatórios da autoridade administrativa devem ser suportados pelos particulares que não autuam como parte, já que na etapa averiguatória sequer existe, tecnicamente, pretensão fiscal. Incabível a alegação de nulidade por cerceamento do direito de defesa, pelo fato do sujeito passivo não ter acompanhado todo o trabalho de investigação desenvolvido pela autoridade fiscal, antes da lavratura do auto.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

A Lei nº 9.430/1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INOCORRÊNCIA.

A multa de lançamento de ofício é devida em face da infração às regras instituídas pelo Direito Tributário e, por não constituir tributo, mas penalidade pecuniária prevista em lei, é inaplicável o conceito de confisco previsto na Constituição Federal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Assinado Digitalmente

MARIA HELENA COTTA CARDOZO - Presidente.

Assinado Digitalmente

EDUARDO TADEU FARAH - Relator.

EDITADO EM: 20/01/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARIA HELENA COTTA CARDOZO (Presidente), VINICIUS MAGNI VERÇOZA (Suplente convocado), GUILHERME BARRANCO DE SOUZA (Suplente convocado), FRANCISCO MARCONI DE OLIVEIRA, EDUARDO TADEU FARAH, NATHÁLIA CORREIA POMPEU (Suplente convocado). Ausentes, justificadamente, os Conselheiros GERMAN ALEJANDRO SAN MARTÍN FERNÁNDEZ, GUSTAVO LIAN HADDAD e NATHÁLIA MESQUITA CEIA. Presente ao julgamento o Procurador da Fazenda Nacional, Dr. JULES MICHELET PEREIRA QUEIROZ E SILVA.

Relatório

Trata o presente processo de lançamento de ofício relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, ano-calendário 1998, consubstanciado no Auto de Infração, fls. 138/159, pelo qual se exige o pagamento do crédito tributário total no valor de R\$ 1.546.646,48.

A fiscalização apurou omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada.

Cientificado do lançamento, o contribuinte apresenta Impugnação alegando, conforme se extrai do relatório de primeira instância, *verbis*:

Preliminarmente

a) Cerceamento de defesa caracterizador de nulidade do procedimento administrativo, a partir da não ciência ao impugnante da juntada de documentos pelos bancos

Antes da análise da manifestação apresentada à fl. 130, onde era requerido prazo para que as instituições financeiras providenciassem as microfílmagens das contas, foi emitido o auto de infração, mesmo antes de haver intimação quanto aos inúmeros documentos acrescidos aos autos, notadamente os extratos bancários, não lhe sido concedido vista aos mesmos ou oportunidade para prestar esclarecimentos.

Não lhe foi possibilitado, portanto, o exercício pleno de seu direito de defesa, inclusive com quebra de seu sigilo bancário, sem seu conhecimento ou autorização judicial.

b) Nulidade do lançamento tributário e do auto de infração por arbitramento/presunção exclusivamente sobre extratos bancários

A suposta omissão de receitas, cujos valores foram apurados no auto de infração, foi obtida por mera presunção ou arbitramento, exclusivamente sobre depósitos bancários em conta corrente.

O procedimento tributário é fundamentalmente de elaboração e discussão de lançamento. É a forma administrativa de exame e apuração das possíveis obrigações e, como elas, igualmente regulada por lei e, por isso mesmo, a própria forma de proceder constitui um direito assegurado às partes. Em suma, é o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF de 1988).

No caso, não foi observado o devido processo legal, posto que não lhe foi permitido verificar os documentos apresentados pelos bancos, num procedimento ilegal e arbitrário, ou seja, a quebra do sigilo bancário e uma vez de posse dos extratos bancários foi efetuado o lançamento por intermédio de presunção ou arbitramento, sem oportunidade de qualquer manifestação neste sentido ou de juntada de documentos.

Por outro lado, a constituição do crédito tributário pelo lançamento, efetivada exclusivamente por presunção ou arbitramento, sobre os valores constantes de depósitos bancários em conta corrente é absolutamente ilegal, inválida e ineficaz.

Ocorre que, depósitos bancários não constituem, por si só, fato gerador de imposto de renda, porque não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos, nem acréscimo patrimonial, mesmo porque não foi comprovado o nexo causal

entre os depósitos e os fatos que representam a suposta omissão de receitas.

O extinto TFR emitiu a Súmula 182 sobre a ilegalidade do lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários.

Esse entendimento tem sido reiterado pela jurisprudência administrativa e judicial recente, conforme ementas que transcreve.

O Fisco Federal está atuando com fulcro na Lei nº 10.174, de 9/01/2001, na Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001 e no Decreto nº 3.724, de 10/01/2001, investigando possíveis fatos geradores ocorridos no ano de 1998 e, para isso, está requisitando extratos bancários.

Essa devassa bancária é ilegal, porque se exige obrigação impossível de ser cumprida, porque os extratos bancários, fornecidos pelas instituições financeiras, são para guarda e simples conferência do correntista, o qual não os guarda por tempo indefinido, para esperar a ação do fisco.

Há manifesta inconstitucionalidade contida em vários dos dispositivos legais constantes dos diplomas legais utilizados pelo fisco federal.

Apresenta jurisprudência sobre quebra do sigilo bancário.

A Lei nº 10.174/2001, a Lei Complementar nº 105/2001 e o Decreto nº 3.724/2001, que não revogaram o artigo 197, II, parágrafo único do CTN, são absolutamente inconstitucionais, porque afrontam os artigos 5º, incisos X, XII, XXII e LIV e 145, § 1º da Constituição Federal vigente, posto que, o ora impugnante possui direitos líquidos e certos à inviolabilidade de sua vida privada, de sua intimidade e de seus dados, à garantia de suas propriedades e ao devido processo legal, isto é, em tendo o fisco federal quebrado o sigilo bancário sem a prévia cientificação ao contribuinte quanto à fundamentação pertinente sobre a indispensabilidade da apresentação dos extratos bancários, com a discriminação dos motivos da exigência, como mandam os artigos 2º e 3º do Decreto nº 3.724/2001, restou caracterizado o absoluto desrespeito à lei e aos direitos individuais do impugnante.

Como se não bastasse, a Lei Complementar nº 105/2001 e Decreto nº 3.724/2001, também afrontam o disposto no art. 146 e no artigo 150, III, alínea "a" da Constituição Federal, primeiro, porque não versam especificamente sobre matéria tributária; segundo, porque violam os direitos individuais dos contribuintes; e finalmente, porque permitem, por via oblíqua ou indireta, a constituição de crédito tributário, sobre fatos geradores pretéritos (a partir de 1998), surpreendendo os contribuintes, exigindo-lhes obrigação impossível e gerando insegurança jurídica e social.

A emissão do Termo de Início de Fiscalização constitui um ato jurídico e, portanto, o objeto deste, é física e juridicamente impossível, sendo nulo de pleno direito, porque o impugnante

não possui os extratos bancários e nem os documentos comprobatórios da origem dos recursos aplicados em 1998, em razão do interstício temporal havido e dos fatos já mencionados anteriormente.

Esse fato não autoriza o Fisco Federal a quebrar o sigilo bancário do impugnante, para obter diretamente das instituições financeiras tais dados, pois consoante a segunda parte do artigo 116, do antigo Código Civil, as condições juridicamente impossíveis invalidam os atos a elas subordinados.

Além disso, como se não bastasse, no Termo de Início de Fiscalização não consta expressamente a prévia cientificação dela, quanto a fundamentação pertinente a indispensabilidade da apresentação dos extratos bancários, com a discriminação dos motivos da exigência, como mandam os art. 2º e 3º do Decreto nº 3.724/2001.

A Lei Complementar nº 105/2001 e o Decreto nº 3.724/2001, não concretizam os princípios constitucionais da moralidade administrativa e da razoabilidade, da justiça e da igualdade tributária, da capacidade contributiva, da livre iniciativa.

Destarte, denota-se que o lançamento tributário é absolutamente nulo porque ofende o princípio da legalidade e do devido processo legal.

No mérito

Dos juros

O fundamento legal, para tal aplicação, encontra-se no art. 61, §3º da Lei nº 9.430/96.

Em que pese o fato do critério e forma de cálculo dos juros havido sido estipulado por Lei, a sua aplicação é injurídica e inconstitucional, porque fere o princípio da isonomia.

Da multa

Foi imposta a multa no percentual de 75%, sobre o valor do imposto supostamente devido. O fundamento legal encontra-se no art. 44, inciso I da Lei nº 9.430/1996.

Em tese, não há ilegalidade, porque o percentual da multa foi estabelecido em lei, mas não é bem assim.

Se é vedado usar tributo com efeito de confisco, com muito maior razão, também o será a utilização da multa com este mesmo efeito.

A multa deve ter seu percentual minorado para no máximo 10%.

Da atividade do impugnante

Exerce atividade laboral no mercado informal, no mercado de compra e venda de ouro, motivo pelo qual, possuidor de capital

de giro próprio, acabou movimentando diariamente o mesmo, gerando uma seqüência brutal de entrada e saída, sempre do mesmo numerário, em suas contas bancárias.

Os valores movimentados foram sempre os mesmos. Prova incontestável é o próprio saldo bancário das contas no final de cada mês.

Provará no curso do procedimento administrativo que nunca foi dono do considerável valor apurado pelo fisco, não sendo, aliás, depósito bancário considerado renda passível de tributação em nosso ordenamento jurídico.

Conclusão e Pedidos

Acolher a preliminar argüida, de cerceamento de defesa, por falta de intimação expressa do impugnante para se manifestar sobre os inúmeros documentos apresentados pelos bancos, reconhecendo e declarando a nulidade do procedimento fiscal.

Superada a preliminar argüida, no mérito, seja reconhecida a insubsistência do lançamento, declarando-se a ilegalidade do percentual de juros e da multa, determinando o seu cancelamento e arquivamento.

Facultar ao contribuinte, provar o alegado por todos os meios em Direito admitidos, tais como juntada de novos documentos e, especialmente, prova pericial, esta requerida consoante o disposto no art. 18 da Lei nº 8.748/93.

A 2ª Turma da DRJ em Santa Maria/RS julgou integralmente procedente o lançamento, consubstanciado nas ementas abaixo transcritas:

NULIDADE. Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, não há que se cogitar em nulidade do lançamento.

CONSTITUCIONALIDADE. A autoridade administrativa não tem competência para decidir sobre a constitucionalidade ou legalidade de leis.

SIGILO BANCÁRIO. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS A CPMF - Com o advento da Lei nº 10.174/2001, resguardado o sigilo na forma da legislação aplicável, é legítima a utilização das informações sobre as movimentações financeiras relativas a CPMF para instaurar procedimento administrativo que resulte em lançamento de outros tributos, ainda que os fatos geradores tenham ocorrido antes da vigência da referida Lei.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. A partir de 01/01/1997, os valores depositados em instituições financeiras, de origem não comprovada pelo contribuinte, passaram a ser considerados receita ou rendimentos omitidos.

Impugnação Improcedente

O contribuinte foi cientificado da decisão de primeira instância em 10/03/2008, fl. 381, e, em 09/04/2008, interpôs o recurso de fls. 386/414, sustentando, essencialmente, os mesmos argumentos postos em sua Impugnação.

O processo em apreço foi julgado em 16/08/2012 e os membros da Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), por meio da Resolução nº 2202-000.300, decidiram sobrestar o recurso, conforme a Portaria CARF nº 1, de 2012.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo Tadeu Farah

O recurso é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade.

Cuida o presente lançamento de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada, relativamente a fatos ocorridos no ano-calendário 1998.

De início, cumpre esclarecer que a Portaria MF nº 545/2013 revogou os parágrafos 1º e 2º do art. 62-A do anexo II do RICARF (Portaria MF nº 256/2009). Assim, o procedimento de sobrestamento não é mais aplicado no CARF.

Antes de se entrar no mérito da questão, cumpre enfrentar, de antemão, as preliminares suscitadas pelo recorrente.

Sobre a alegação de cerceamento de defesa, em razão da não cientificação da juntada de extratos bancários e outros documentos, deve ser esclarecido que na fase procedimental do processo administrativo fiscal predomina o princípio da inquisitorialidade, ou seja, os poderes legais investigatórios da autoridade administrativa devem ser suportados pelos particulares que não autuam como parte, já que na etapa averiguatória sequer existe, tecnicamente, pretensão fiscal. Portanto, o princípio do contraditório e da ampla defesa somente pode ser invocado na fase processual seguinte, depois de formalizada a acusação fiscal.

Assim, incabível a preliminar de nulidade suscitada pela defesa.

No que tange à quebra de sigilo bancário, cumpre registrar que a Lei Complementar nº 105/2001 permite o afastamento do sigilo bancário 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, independentemente de autorização judicial. No caso em exame, foram perfeitamente cabíveis as requisições de informações de dados bancários, em face da impossibilidade do atendimento da intimação pelo contribuinte (fl. 48/50). O não atendimento da intimação possibilitou a aplicação do art. 3º, *caput*, e inciso VIII do Decreto nº 3.724/2001, tendo sido observada pela fiscalização a condição de que trata o § 2º do seu art. 4º.

No que toca à alegação de impossibilidade de aplicação retroativa da Lei Complementar nº 105/2001 e do Decreto nº 3.724/2001, cabe esclarecer que “*Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas...*”, conforme dispõe o § 1º do art. 144 do CTN. Em relação à irretroatividade da Lei nº 9.311/1996, bem como a legalidade no uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário, cita-se a Súmula CARF nº 35:

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. (grifei)

Pelo que se vê, a Lei nº 10.174/2001, veio ampliar os poderes de investigação do fisco, autorizando-o a instaurar procedimento de fiscalização referente a qualquer outro imposto ou contribuição, com base nas informações decorrentes da CPMF, observando-se o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

Rejeita-se, pois, a suscitada preliminar.

Quanto à alegação de nulidade do Auto de Infração, em razão do lançamento praticado exclusivamente por presunção sobre extratos bancários, penso que a matéria se confunde com o mérito e será analisada adiante.

No mérito, cumpre trazer a lume a legislação que serviu de base ao lançamento, no caso, o art. 42 da Lei nº 9.430/1996, *verbis*:

Art.42 - Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

De acordo com o dispositivo supra, basta ao fisco demonstrar a existência de depósitos bancários de origem não comprovada para que se presuma, até prova em contrário, a ocorrência de omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção legal do tipo *juris tantum* (relativa), e, portanto, cabe ao fisco comprovar apenas o fato definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, para que fique evidenciada a omissão de rendimentos.

Na presunção legal a lei se encarrega de presumir a ocorrência do fato gerador, razão pela qual há necessidade de se comprovar o nexo causal entre cada depósito e o fato que represente omissão. Além do mais, a autoridade fiscal não tem que demonstrar renda incompatível e, tampouco, renda consumida, conforme se observa da 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.

Sobre a argumentação de que os depósitos bancários não conduziram a presunção de disponibilidade econômica, vale registrar que o fato gerador do Imposto de

Renda, conforme art. 43 do Código Tributário Nacional¹, alberga tanto as disponibilidades econômicas quanto as disponibilidades jurídicas de renda ou proventos de qualquer natureza.

Não se pode olvidar que a utilização da figura jurídica da *presunção legal* para fins de encontrar a renda omitida, está em perfeita consonância com os dispositivos legais constante na legislação pátria. No processo tributário administrativo as provas obedecem às disposições estabelecidas no Código Civil. É o que se extrai do inciso IV do art. 212:

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

II - documento;

III - testemunha;

IV - presunção;

V - perícia. (grifei)

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/1996 constitui um instrumento direcionado à facilitação do trabalho de investigação fiscal, justamente em razão das dificuldades impostas à identificação dos fatos econômicos dos quais participou a recorrente.

Compete esclarecer que a Lei nº 8.021/1990, ora revogada, condicionava a falta de comprovação da origem dos recursos à demonstração dos sinais exteriores de riqueza, contudo, a presunção da Lei nº 9.430/1996, atualmente em vigor, está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos depositados, em nome do fiscalizado, em instituições financeiras.

No que tange à alegação de que trabalha no mercado informal de compra e venda de ouro e por esse motivo movimenta diariamente sempre do mesmo numerário, cumpre registrar que na tributação da omissão de rendimentos ou receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, as entradas ocorridas em determinado dia não servem para justificar as saídas de recursos havidas em dias subsequentes. Esse é o entendimento, *mutatis mutandis*, da Súmula CARF nº 30:

Na tributação da omissão de rendimentos ou receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, os depósitos de um mês não servem para comprovar a origem de depósitos havidos em meses subsequentes

Sobre o caráter confiscatório da multa aplicada, deve ser esclarecido que não compete a este Conselho Administrativo declarar a ilegitimidade da norma legalmente constituída. A legalidade de dispositivos aplicados ao lançamento deve ser questionada, exclusivamente, perante o Poder Judiciário. O exame da obediência das leis tributárias aos princípios constitucionais (vedação ao confisco e da proporcionalidade) é matéria que não deve ser abordada na esfera administrativa, conforme se infere da Súmula CARF nº 2:

¹ CTN – Lei nº 5.172, de 1966 – Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

No que se refere à aplicação da taxa Selic, já é de amplo domínio que as instâncias julgadoras administrativas não podem estender suas apreciações para o campo das arguições relacionadas com a ilegalidade ou inconstitucionalidade de atos legais regularmente editados. É uma limitação de competência que nasce da própria natureza da atividade administrativa.

Assim, consoante determina a Súmula nº 4 do CARF, sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal, são devidos os juros com base na 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.

Por fim, como o autuado não trouxe aos autos nenhum elemento que demonstrasse a origem dos depósitos, paira incólume a presunção de omissão de rendimentos.

Ante a todo o exposto, voto por rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Assinado Digitalmente
Eduardo Tadeu Farah