



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

Processo nº 19515.005570/2008-80
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-002.768 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2014
Matéria IRPF
Recorrente GINA CECILIA FABIANO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2004, 2005

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTARNº105/2001.

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

DECADÊNCIA DO DIREITO DA FAZENDA NACIONAL CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO.

Sendo a tributação das pessoas físicas sujeita ao ajuste na declaração anual, em 31 de dezembro do ano-calendário, e independente de exame prévio da autoridade administrativa o lançamento é por homologação. Havendo pagamento antecipado o direito de a Fazenda Nacional lançar decai após cinco anos contados de 31 de dezembro de cada ano-calendário questionado, entretanto, na inexistência de pagamento antecipado a contagem dos cinco anos deve ser a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, exceto nos casos de constatação do evidente intuito de fraude. Ultrapassado esse lapso temporal sem a expedição de lançamento de ofício opera-se a decadência, a atividade exercida pelo contribuinte está tacitamente homologada e o crédito tributário extinto, nos termos do artigo 150, § 4º e do artigo 156, inciso V, ambos do Código Tributário Nacional.

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 substanciosa defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

PEDIDO DE PERÍCIA - INDEFERIMENTO

É de ser indeferido o pedido de perícia contábil quando a prova que se pretende formular com a perícia era de exclusiva responsabilidade do sujeito passivo.

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).

JUROS - TAXA SELIC

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

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

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

Rejeitar a preliminar

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, QUANTO A PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA POR QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO: Pelo voto de qualidade, rejeitar a preliminar. Vencidos os Conselheiros RAFAEL PANDOLFO, FABIO BRUN GOLDSCHMIDT e PEDRO ANAN JUNIOR, que acolhem a preliminar. QUANTO AS DEMAIS PRELIMINARES: Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar. QUANTO AO PEDIDO DE DILIGÊNCIA: Por unanimidade de votos, indeferir o pedido de perícia. QUANTO AO MÉRITO: por unanimidade de votos, negar provimento.

Processo nº 19515.005570/2008-80
Acórdão n.º **2202-002.768**

S2-C2T2
Fl. 3

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez – Presidente e Relator

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Dayse Fernandes Leite (Suplente Convocada), Marcio de Lacerda Martins (Suplente Convocado), Antonio Lopo Martinez, Rafael Pandolfo, Pedro Anan Junior e Fabio Brun Goldschmidt.

Relatório

Em desfavor do contribuinte, GINA CECILIA FABIANO, foi lavrado Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física, de fls. 783/787 e Demonstrativo de Apuração de fls. 780/782, referente ao imposto de renda pessoa física, exercícios 2004 e 2005, anos calendário 2003 e 2004, que lhe exige crédito tributário no montante de R\$1.848.229,32, sendo R\$827.971,44 de imposto suplementar (código 2904), R\$620.978,57 de multa proporcional e R\$399.279,31 de juros de mora (calculados até 29/08/2008).

Conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 785/787), o procedimento teve origem na apuração das infrações abaixo descritas:

**DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA
OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS
COM ORIGEM NÃO COMPROVADA.**

Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em conta(s) de depósito ou de investimento, mantida(s) em instituição(ões) financeira(s), em relação aos quais o sujeito passivo, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações

Todos os procedimentos fiscais adotados, bem como as verificações/análises/conclusões encontram-se detalhadamente relatadas no Termo de Verificação Fiscal de fls. 776/779, parte integrante do Auto de Infração.

Cientificado do lançamento em foco, em **19/09/2008** (AR de fl. 789), a interessada apresentou, por meio de seu representante legal (fl. 818), a impugnação de fls. 794/816, instruída com os documentos de fls. 817/1297, abordando, em síntese, os seguintes aspectos.

A) Da Nulidade Formal do Lançamento e dos Vícios Insanáveis Contidos no Lançamento Fiscal:

A1) Improriedade do Termo de Embaraço à Fiscalização e sua Inexistência;

Argúi que: 1) ao recepcionar o Termo de Embaraço datado de 26/05/2008, a impugnante encontrava-se sob a proteção de regular pedido de prorrogação de prazo, encaminhado via SEDEX em 06/05/2008; 2) não houve qualquer manifestação contrária ao pedido formulado pela impugnante, pelo que estava tacitamente em perfeito gozo do prazo solicitado; 3) à luz do art. 919, parágrafo único, do Decreto nº 3.000, de 1999, o Embaraço a Ação Fiscal exige a recusa injustificada na apresentação de documentos, fato inexistente e jamais praticado pela Impugnante, que sempre notificou suas dificuldades e atitudes na busca e obtenção dos extratos bancários; 4) portanto, o referido Termo de Embaraço é atípico cuja força é desnecessária e não deve ser aplicado ao caso concreto.

A2) Obtenção Ilícita de Documentos e Informações;

Refere que: 1) em 28/05/2008, entregou todos os documentos que lhe foram entregues pelas instituições financeiras; 2) mas ao ser conferida pela Fiscalização, algumas ausências foram constatadas; 3) sem qualquer prévio aviso de quais e quantos documentos estavam faltando, o Sr. Fiscal, sem qualquer motivação conhecida pela impugnante, utilizouse das atribuições

conferidas pela Portaria SRF nº 180, de 2001, solicitando a emissão das Requisições de Informações sobre Movimentação Financeiras junto a Unibanco e Boston; 4) conforme inciso II do art. 2º da Portaria SRF nº 180, de 2001, a RMF somente será expedida na hipótese de indispensabilidade prevista no art. 3º do Decreto 3.724/2001, situação sequer observada pela Fiscalização, tendo em vista que após a entrega dos extratos ocorrida em 28/05/2008, a impugnante não foi informada acerca de quais extratos estariam ausentes e pendentes de apresentação e ensejaria a formalização do RMF; 5) portanto, a ilegalidade é patente ensejando a nulidade do presente lançamento, eis que comprovado que sua forma e solicitação afrontam as exigências da legislação pertinente; 6) reproduz nesse sentido ementa do Acórdão do Conselho de Contribuintes.

A3) Destruição das Provas Obtidas;

Diz que: 1) em que pese a ilicitude na obtenção das informações e extratos acima pelo Fisco, as informações não utilizadas no processo administrativo deverão ser entregues ao sujeito passivo, destruídas ou inutilizadas, conforme determina o § 2º do art. 5º do Decreto 3.724/2001; 2) a impugnante sequer foi informada do paradeiro de tais informações, as quais não lhe foram entregues, fato que caso lhe fosse dado conhecimento poderia ser revertido em sua defesa, ficando mais uma vez evidenciada o cerceamento de defesa da impugnante praticada pela Fiscalização; 3) A Portaria nº 180, em seu art. 8º, determina que os documentos recebidos que não forem utilizados em processo administrativo serão, preferencialmente, restituídos ao sujeito passivo, mediante termo próprio, somente procedendo à destruição na impossibilidade de restituição; 4) em seu § 2º diz, ainda, que, quando a impossibilidade da restituição decorrer de recusa do recebimento ou não localizado o sujeito passivo, este será intimado a comparecer, em data e local previamente definidos, para acompanhar o procedimento; 5) nenhum dos procedimentos acima foram observados em detrimento total aos direitos e meios de defesa da impugnante, que ao final desses procedimentos não dispõe de informação segura de que seus dados teriam sido inutilizados na forma preconizada em lei.

A4) Decadência dos Fatos Geradores Ocorridos até 09/2003; B) Da Ilegalidade dos Lançamentos Efetuados Com Base em Extratos Bancários;

Alega que: 1) nos termos do art. 146 – III – b, da C.F., o instituto da decadência está previsto no art. 150 do CTN, o qual extingue o direito da Fazenda Pública constituir crédito tributário após 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador; 2) fato típico aplicável às pessoas físicas, sepultando, no caso, irreversivelmente os fatos geradores ocorridos até 09/2003, haja vista a natureza do lançamento por homologação do presente caso; 3) logo, qualquer exigência de tributos anteriores à referida data, à luz da jurisprudência do Conselho de Contribuintes, está desprovida de base legal; 4) tal entendimento é notoriamente acompanhado pela Egrégia Corte do STJ, que vem sistematicamente ratificando tais posições especificamente ao publicar decisão nos Embargos de Divergência nº 413.154SC

(2004/01609837), onde a Primeira Seção firmou entendimento preciso e atual sobre a interpretação das normas jurídicas que regem a decadência do direito do Fisco no CTN; 5) postula dessa forma respeito e aplicação às orientações acima ao caso concreto, tendo em vista já haver decorrido a homologação tácita pelo Fisco aos fatos ocorridos até 09/2003.

B1) Justificativa e Origem dos Depósitos e Créditos em Conta Corrente;

Relata que: 1) atuou junto ao mercado de intermediação de venda de automóveis, por meio das empresas as quais mantém participação; 2) nessas operações, agiu como mera intermediária/mandatária, prestando seus serviços aos interessados em adquirir um determinado automóvel, com características previamente definidos, cabendo a impugnante, por conta e ordem de sua empresa, a localização desse bem junto ao mercado ofertante; 3) localizado o bem com as características e formas definidas pelo seu comprador/interessado, a impugnante realizava a transação comercial, aproximando comprador e vendedor; 4) no sentido de validar tais operações, definidas as bases da transação comercial, o adquirente/comprador do veículo efetuava o depósito dos valores em conta corrente da impugnante, junto aos Bancos Unibanco e Boston, para imediato pagamento e liquidação da operação junto ao vendedor (fabricante, concessionária, lojistas, etc); 5) assim, os depósitos e transferências bancárias verificadas na sua conta bancária não são riquezas novas, pois não são de sua propriedade, pertencendo aos adquirentes de veículos intermediados e pagos pela impugnante aos vendedores; 6) para melhor comprovação, anexa o quadro demonstrativo denominado (doc. 9), vinculando se os valores questionados, seu depositante (efetivo titular dos recursos depositados) bem como o vendedor do bem intermediado, cujos documentos de cada operação encontram se apensados em prontuários devidamente numerados; 7) além dos valores verificados e comprovados na forma acima, o Sr. Fiscal, ao relacionar os valores cujas origens deveriam ser comprovadas, considerou importâncias transferidas de um banco para outro de titularidade da impugnante, em total desrespeito aos Princípios Constitucionais, praticando “bis in idem”; 8) dessa forma, comprova se mais uma vez a improcedência e ilegalidade da presente autuação, protestando pela obediência ao disposto no § 5º da Lei nº 9.430/1996; 9) portanto, é manifestamente ilegal o prosseguimento;

B2) Falta de Exclusão dos Depósitos Bancários de Valor Individual Igual ou Inferior a R\$12.000,00;

Discute que: 1) conforme determinação legal contida no art. 42, § 3º, II, da Lei 9.430/1996, para efeito de determinação da receita omitida, devem ser excluídos, no caso de pessoas físicas, os depósitos de valor individual igual ou inferior a R\$12.000,00, cujo somatório, dentro do ano calendário, não ultrapasse o valor de R\$80.000,00, procedimento não observado pela Fiscalização, que ilegalmente não permitiu a impugnante alcançar esse direito; 2) em face da nulidade acima apontada, marcada pela inobservância ao princípio da legalidade, o Fiscal não poderia considerar rendimentos omitidos, para fins de presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, os depósitos de valor igual ou inferior a

R\$12.000,00 até o limite somado de R\$80.000,00, dentro do ano calendário; 3) entendimento também manifestado no julgamento do processo 10909.001691/200269 – Recurso 154.009 – Relator Dr. Gonçalo Bonet Allage/Recorrida 3ª Turma/DRJ Florianópolis/SC.

C) Necessidade de Diligências Administrativas;

Requer, sob pena de nulidade: 1) a realização de diligências administrativas, a fim de que a fiscalização conheça outros elementos constantes das informações e documentos anexados pela impugnante; 2) e com base em elementos reais reveja seu lançamento; 3) dessa forma, sejam acolhidas as questões preliminares apresentadas para o fim de cancelar o presente lançamento fiscal em todos os seus termos; 4) caso assim não entenda o Julgador, requer ao menos que sejam realizadas as diligências requeridas como respeito aos cotejados princípios constitucionais, e após seja declarado nulo o presente lançamento fiscal.

D) Multa Aplicada no Percentual de 75%;

Frisa que: 1) a multa de ofício de 75% é descabida; 2) ela não poderia exceder ao patamar de 20%; 3) não há fundamento jurídico de validade para aplicação de penalidade no percentual de 75%; 4) além de absurdamente excessivo, o Agente Fiscal agiu em total desconformidade com o art. 61, § 2º, da Lei nº 9.430, de 1996; 5) a lei prevê expressamente que a multa a ser aplicada nos casos de valores declarados, não pode ultrapassar o limite de 20% do valor do crédito tributário; 6) o auto de infração em tela afrontou diretamente a lei, em total descompasso com o que prevê a C.F. e demais normas legais de nosso ordenamento.

E) Utilização da Taxa Selic para Cálculo de Juros;

F) Juntada de Razões e Provas Complementares.

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

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA
IRPF*

Ano calendário: 2003, 2004

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Tendo o auto de infração sido lavrado com estrita observância das normas reguladoras da atividade de lançamento e, existentes no instrumento todas as formalidades necessárias para que o contribuinte exerça o direito do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

REQUISIÇÃO. INFORMAÇÕES FINANCEIRAS. LICITUDE.

Com o procedimento fiscal iniciado com a ciência ao contribuinte do Termo de Início de Fiscalização e com o exame dos dados bancários considerado indispensável ao andamento do procedimento de fiscalização pela autoridade competente, cumprem se os requisitos exigidos em lei para a requisição de informações sobre movimentação financeira junto às instituições financeiras.

DECADÊNCIA. OMISSÃO. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Os rendimentos omitidos apurados com base em depósitos bancários de origem não comprovada, embora submetidos à apuração mensal, estão sujeitos à tributação na declaração de ajuste anual, pelo que a contagem do prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele fixado para entrega tempestiva da declaração.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracterizam omissão de rendimentos, sujeitos ao lançamento de ofício, os valores creditados em contas de depósito mantidas junto às instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Invocando uma presunção legal de omissão de rendimentos, fica a autoridade lançadora dispensada de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo ao contribuinte o ônus da prova. Somente a apresentação de provas inequívocas é capaz de elidir uma presunção legal de omissão de rendimentos invocada pela autoridade lançadora.

Os créditos de valor individual igual ou inferior a R\$12.000,00 não serão considerados para efeito de determinação da receita omitida, desde que o seu somatório, dentro do ano calendário, não ultrapasse o valor de R\$80.000,00.

Os depósitos/créditos, cuja origem de recursos restou comprovada, devem ser excluídos da base de cálculo lançada.

MULTA DE OFÍCIO.

É devida a multa de ofício de 75,00%, no caso de lançamento de ofício decorrente de declaração inexata.

JUROS DE MORA. TAXA REFERENCIAL SELIC.

A utilização da taxa Selic como juros moratórios decorre de expressa disposição legal.

DILIGÊNCIA.

Indefere-se o pedido de diligência formulado, por desnecessária ao deslinde da lide.

*Impugnação Procedente em Parte**Crédito Tributário Mantido em Parte*

A autoridade de primeira instância excluiu da base de cálculo lançada o valor de TED de R\$15.200,00 creditado, em 24/11/2003, na c/c nº 1318602/ Unibanco (fl. 75), por Puriplas Plásticos do Brasil Ltda, que adquiriu o veículo GM Celta/Chassi 9BGRD08X04G109612 da Baraldi Transportes SC Ltda, em face da devolução da quantia de R\$15.200,00 efetuada em 03/12/2003, conforme “Devolução de valor pago” datada de 03/12/2003 assinada por Baraldi Transportes SC Ltda e Puriplas Plásticos do Brasil Ltda (fl. 869), cópia do cheque no valor de R\$15.200,00 emitido por Gina Cecilia Fabiano (fl. 871) e extrato da c/c 1318602/Unibanco(fl. 77).

No que toca ao ano calendário de 2004, a DRJ acolheu as justificativas apresentadas, e os valores lançado a título de “Transf mesma titularidade/Unibanco” (planilha de fl. 846), que os depósitos de cheques têm sua origem em “cheque compensado isento de CPMF” verificado na conta corrente nº 1318602/ Unibanco, de titularidade da interessada, consoante extrato da c/c nº 1318602/ Unibanco (fl. 79 e 169) e extrato da c/c nº 19.1315.10/BankBoston (fl. 103). Motivo por que cabe excluir as importâncias de

Processo nº 19515.005570/2008-80
Acórdão n.º **2202-002.768**

S2-C2T2
Fl. 6

R\$53.000,00, R\$70.000,00 e R\$140.000,00, num total de R\$263.000,00, da base de cálculo lançada, relativa ao mês de janeiro/2004.

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

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Lopo Martinez, Relator

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

Da Preliminar de Nulidade por Quebra do Sigilo Bancário

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

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

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

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

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

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

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)

Art. Revoga-se o art. 38 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964.”.

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

Assim, estaria afastada a pretensa quebra de sigilo bancário de forma ilícita, já que há permissão legal para que o Estado através de seus agentes fazendários, com fins públicos (arrecadação de tributos), visando o bem comum, possa ter acesso aos dados protegidos, originariamente, pelo sigilo bancário. Ficam o Estado e seus agentes responsáveis, por outro lado, pela manutenção do sigilo bancário e pela observância do sigilo fiscal.

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

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

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

razão pela qual não restou opção à fiscalização senão a emissão da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF.

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

No tocante ao **ano calendário de 2003**, para apreciar a questão da decadência cabe apontar a data em que ocorreu a ciência do auto de infração. Do exame dos autos verifica-se que ocorreu em **19/09/2008**.

Na apreciação da decadência, no caso concreto, ainda que se considera-se que não caiba a qualificação da multa, não há como considerar o lançamento decadente.

Como é sabido, o lançamento é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificar o seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível.

Com o lançamento constitui-se o crédito tributário, de modo que antes do lançamento, tendo ocorrido o fato imponible, ou seja, aquela circunstância descrita na lei como hipótese em que há incidência de tributo, verifica-se, tão somente, obrigação tributária, que não deixa de caracterizar relação jurídica tributária.

É sabido, que são utilizados, na cobrança de impostos e/ou contribuições, tanto o lançamento por declaração quanto o lançamento por homologação. Aplica-se o lançamento por declaração (artigo 147 do Código Tributário Nacional) quando há participação da administração tributária com base em informações prestadas pelo sujeito passivo, ou quando, tendo havido recolhimentos antecipados, é apresentada a declaração respectiva, para o justo final do tributo efetivamente devido, cobrando-se as insuficiências ou apurando-se os excessos, com posterior restituição.

Por outro lado, nos precisos termos do artigo 150 do CTN, ocorre o lançamento por homologação quando a legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, a qual, tomando conhecimento da atividade assim exercida, expressamente a homologa. Inexistindo essa homologação expressa, ocorrerá ela no prazo de 05 (cinco) anos, a contar do fato gerador do tributo. Com outras palavras, no lançamento por homologação, o contribuinte apura o montante e efetua o recolhimento do tributo de forma definitiva, independentemente de ajustes posteriores.

Neste ponto está a distinção fundamental entre uma sistemática e outra, ou seja, para se saber o regime de lançamento de um tributo, basta compulsar a sua legislação e verificar quando nasce o dever de cumprimento da obrigação tributária pelo sujeito passivo: se dependente de atividade da administração tributária, com base em informações prestadas pelos sujeitos passivos (lançamento por declaração), hipótese em que, antes de notificado do lançamento, nada deve o sujeito passivo; se, independente do pronunciamento da administração tributária, deve o sujeito passivo ir calculando e pagando o tributo, na forma **estipulada pela legislação, sem exame do sujeito ativo - lançamento por homologação**, que, a

rigor técnico, não é lançamento, porquanto quando se homologa nada se constitui, pelo contrário, declara-se à existência de um crédito que já está extinto pelo pagamento.

Deve-se registrar que em 21/12/2010, houve a edição da Portaria MF nº 586, que alterou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009. Diante disso, a redação do art.62 do RICARF dispôs:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

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

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

Diante disso, resta claro que os julgados proferidos pelas turmas integrantes do CARF devem se adaptar, nos casos de decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, a estes julgados. Assim sendo, a contagem do prazo decadencial é um destes temas.

No que toca a decadência, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 973.733 – SC (2007/0176994-0), que a contagem do prazo decadencial dos tributos ou contribuições, cujo lançamento é por homologação, deveria seguir o rito do julgamento do recurso especial representativo de controvérsia, cuja ementa é a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: Resp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se Documento: 6162167 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 18/09/2009 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

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

de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

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

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

Nos julgados posteriores, sobre o mesmo assunto (contagem do prazo decadencial), o Superior Tribunal de Justiça aplicou a mesma decisão acima transcrita, conforme se constata no julgado do AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.203.986 - MG (2010/0139559-7), verbis:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. MATÉRIA DECIDIDA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº 973.733/SC. ARTIGO 543-C, DO CPC. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO QUINQUENAL. TRIBUTO SUJEITO À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OCORRÊNCIA.

1. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173: "Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

2. A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da

exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210).

Documento: 12878841 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 24/11/2010 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça 3. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 973.733/SC, sujeito ao regime dos recursos repetitivos, reafirmou o entendimento de que "o dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199). (Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em FALTA O JULGAMENTO AGUARDAR)

4. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 534-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

5. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado de contribuição social foi omitida pelo contribuinte concernente ao fato gerador compreendido a partir de 1995, consoante consignado pelo Tribunal a quo; (c) o prazo do fisco para lançar iniciou a partir de 01.01.1996 com término em 01.01.2001; (d) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 15.07.2004, data da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito que formalizou os créditos tributários em questão, sendo a execução ajuizada tão somente em 21.03.2005.

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

7. Agravo regimental desprovido.

É de se ressaltar, que os julgados do Superior Tribunal de Justiça firmaram posição no sentido de que "o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos

previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do *Codex* Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal”.

Sob o meu ponto de vista o maior obstáculo neste tipo de interpretação dada pelo Superior Tribunal de justiça está em definir o que seria considerado “pagamento antecipado” nos futuros julgados por este tribunal Administrativo.

Ora, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o escoamento do prazo do art. 150, § 4º, sem manifestação do Fisco, significa a aquiescência implícita aos valores declarados pelo contribuinte, porque o silêncio, neste caso, é qualificado pela lei, trazendo efeitos. A única diferença de regime está consubstanciada na hipótese em que não há pagamento antecipado, que de acordo com Superior Tribunal de Justiça, se aplicaria, para efeitos de marco inicial do prazo decadencial, o art. 173, I, do Código Tributário Nacional (regra geral, que deverá ser seguido conforme a interpretação dada pelo STJ), por força do que dispõe o parágrafo único deste mesmo preceptivo. Exaurido o prazo, o Fisco não poderá manifestar qualquer intenção de cobrar os valores. Há, pois, falar-se em decadência nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Uma vez que ao presente caso o período mais antigo lançado refere-se a janeiro de 2003, não há que se falar em decadência, independente de a qualificação da multa for mantida ou não.

Isto posto, rejeita-se portanto a preliminar de decadência.

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.

Do Pedido de Diligência

Descabe o pedido de diligência quando presentes nos autos todos os elementos necessários para que a autoridade julgadora conforme sua convicção. Por outro lado, as perícias devem limitar-se ao aprofundamento de investigações sobre o conteúdo de provas já incluídas no processo, ou à confrontação de dois ou mais elementos de prova também incluídos nos autos, não podendo ser utilizadas para reabrir, por via indireta, a ação fiscal. Assim, a

perícia técnica destina-se a subsidiar a formação da convicção do julgador, limitando-se ao aprofundamento de questões sobre provas e elementos incluídos nos autos não podendo ser utilizada para suprir o descumprimento de uma obrigação prevista na legislação.

É de ser indeferido o pedido de perícia contábil quando a prova que se pretende formular com a perícia era de exclusiva responsabilidade do sujeito passivo. Particularmente no caso de lançamento por depósitos bancários onde o ônus da prova é do recorrente.

Por último, respeitando opiniões divergentes, indefere-se o pedido de perícia ou diligência quando a sua realização revele-se prescindível para a formação de convicção pela autoridade julgadora.

Da presunção de omissão baseada em depósitos bancários

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

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

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

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

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

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

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

titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (art. 42, caput, da Lei n.º 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 irreabilidade 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. 1333 (do e-processo), não encontro qualquer reparo a ser realizado, de modo que o acompanhamento na íntegra:

Quanto à alegação de que os depósitos/créditos verificados em suas contas bancárias têm origem em intermediação de venda de automóveis realizada pela interessada, conforme planilha elaborada pela Impugnante (fls. 842/847), cabe tecer as seguintes considerações.

Verifica-se da Declaração de Bens e Direitos, tanto da DIRPF/2004 (fl. 09) quanto da DIRPF/2005 (fl. 13), que a interessada tem participação societária na One Way Transportes e Locação de Veículos Ltda/CNPJ 66.066.937/000178, Petit Poa Transportes Ltda/CNPJ 01.444.829/000227 e Baraldi Transportes Ltda/CNPJ 74.336.165/000175.

Examinando a documentação anexada aos autos pela impugnante, o que se observa é que se referem a comercialização de automóveis registrados, em sua maioria, em nome de One Way Transportes e Locação de Veículos Ltda/CNPJ 66.066.937/000178, Petit Poa Transportes Ltda/CNPJ 01.444.829/000146 e Baraldi Transportes Ltda/CNPJ 74.336.165/000175, empresas das quais a interessada é sócia.

Segundo o Princípio da Entidade, o patrimônio de uma entidade não se confunde com o de seus sócios ou proprietários. Mais, a adoção dos princípios contábeis é obrigatória, tanto para fins comerciais (art. 177 da Lei das SA), como para fins fiscais (Regulamento do Imposto de Renda).

Em princípio, objetivando evitar a confusão patrimonial, as receitas oriundas das vendas dos veículos, de propriedade das empresas retrocitadas, não deveriam estar transitando na conta corrente da interessada/sócia das empresas.

Frente à sua alegação de que os depósitos/créditos efetuados em sua conta bancária decorreram da intermediação de venda de automóveis que realizava, aproximando comprador e vendedor, o que se verifica do exame da planilha de fls. 842/847, bem assim da documentação juntada (fls. 848/987, 991/1189 e 1193/1297), é que essa circunstância não ficou comprovada de forma inequívoca.

Era necessário provar que o negócio jurídico ocorreu nos termos alegados, mediante apresentação de livros/documentos

fiscais e contábeis, hábeis e idôneos, da efetiva realização dos negócios jurídicos entre as pessoas jurídicas alienantes e as pessoas adquirentes de veículos.

Para isso, não bastam a juntada somente do Certificado de Veículo/Autorização para Transferência de Veículo e/ou do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo e/ou do Termo de Comunicação de Venda de Veículo ao Detran e/ou do Termo de Consignação de Veículo e/ou da Nota Fiscal de emissão dos fabricantes de veículos, entre outros, como fez a impugnante.

Além disso, se a interessada agiu na qualidade de intermediadora, isso obriga a provar o repasse da transação à empresa alienante e que esta integrou o valor recebido ao seu patrimônio.

Se era mera intermediadora/mandatária como alega, deveria, também, ter demonstrado/comprovado, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, a parte da comissão recebida pela intermediação realizada.

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

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 Inconstitucionalidade das Normas – Multa Confiscatória

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

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

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

Da Inaplicabilidade da Selic como Taxa de Juros

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

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

Assim, é de se negar provimento também nessa parte.

Ante ao exposto, voto por indeferir o pedido de pericia, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Antonio Lopo Martinez

CÓPIA