



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

Processo nº 10680.014631/2008-13
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 2201-003.974 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de outubro de 2017
Matéria DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado CLAUDINA RODRIGUES BONFIM

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2004

EMBARGOS INOMINADOS. ACEITAÇÃO.

Constatado vício em acórdão, decorrente de equívoco quanto à contagem do prazo recursal, é de rigor acatar os Embargos Inominado, conferindo-lhes efeitos infringentes, para corrigir a falha apontada e atestar a tempestividade do Recurso Voluntário interposto. Ato contínuo, devem ser analisadas as razões recursais do contribuinte.

DEPÓSITO BANCÁRIO A DESCOBERTO. ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA SUMULADA. SUJEITO PASSIVO É O TITULAR DA CONTA BANCÁRIA.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo. Não comprovada a origem dos depósitos em conta corrente bancária, deve ser mantido o lançamento tributário. De acordo com a Súmula CARF nº 26, a presunção estabelecida pelo citado dispositivo legal dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Nestes casos, o lançamento em razão da omissão de receita deve ser lavrado em desfavor do titular da conta bancária.

RECURSO DESTITUÍDO DE PROVAS.

O recurso deverá ser instruído com os documentos que fundamentem as alegações do interessado. É, portanto, ônus do contribuinte a perfeita instrução probatória.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA SUMULADA.

De acordo com o disposto na Súmula nº 02, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

MULTA DE OFÍCIO DE 75%. APLICABILIDADE.

A multa de ofício é prevista em disposição legal específica e tem como suporte fático a revisão de lançamento, pela autoridade administrativa competente, que implique imposto ou diferença de imposto a pagar. Nos casos de lançamento de ofício, onde resultou comprovada a insuficiência do recolhimento de imposto, é exigível a multa de ofício por expressa determinação legal.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

MULTA QUALIFICADA. NÃO COMPROVAÇÃO DE DOLO. DESCABIMENTO.

As condutas que justificam a imposição de multa de ofício qualificada estão elencadas nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, sendo dever do Fisco comprová-las para a aplicação da alíquota majorada.

TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. MATÉRIA SUMULADA.

De acordo com o disposto na Súmula CARF nº 04, a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer e acolher os embargos inominados interpostos, para, sanando o erro apontado, conhecer do recurso voluntário interposto e no mérito, dar-lhe provimento parcial nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator.

EDITADO EM: 25/10/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Daniel Melo Mendes Bezerra, Dione Jesabel Wasilewski, José Alfredo Duarte Filho, Marcelo Milton da Silva Risso e Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim

Relatório

Tratam-se de Embargos Inominados opostos pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte/MG (fl. 249), sugerindo a devolução dos autos ao CARF para reanálise do acórdão nº 2201-003.257 (fls. 228/232), ante a constatação da tempestividade do recurso apresentado pela contribuinte.

Como bem verificado pelo Presidente desta Turma Ordinária através do despacho de admissibilidade de fls. 251/252, houve vício no acórdão nº 2201-003.257, pois a contagem do prazo recursal apresentada naquela ocasião não computou o feriado nacional da Sexta-feira da Paixão (Paixão de Cristo), ocorrido em 10/04/2009.

A contribuinte foi cientificada da decisão de primeira instância em 11/03/2009 (quarta-feira), conforme AR de fl. 206. Neste sentido, o prazo de 30 dias para apresentação do recurso findaria em 10/04/2009 (sexta-feira). No entanto, conforme exposto, tal data foi um feriado nacional, o que provoca a postergação do prazo para o primeiro dia útil subsequente, qual seja, o dia 13/04/2009 (segunda-feira), que foi justamente a data de apresentação do recurso voluntário (fl. 210).

Portanto, verificado o vício apontado, acato os Embargos Inominados de fl. 249, conferindo-lhes efeitos infringentes, para corrigir a falha no acórdão nº 2201-003.257 e atestar a tempestividade do Recurso Voluntário interposto pela RECORRENTE.

Neste sentido, passo a analisar o recurso voluntário.

Cuida-se de Recurso Voluntário de fls. 210/221 interposto contra a Decisão da DRJ em Brasília/DF, de fls. 192/203, que julgou procedente o lançamento de Imposto de Renda Pessoa Física - IRPF de fls. 06/10, lavrado em 03/11/2008, relativo aos anos-calendário 2004, com ciência da RECORRENTE em 14/11/2008 (fl. 157).

O crédito tributário objeto do presente processo administrativo foi apurado no valor de R\$ 1.333.382,97, já inclusos juros de mora (até o mês da lavratura) e multa de ofício de 150%. O Termo de Verificação Fiscal – TVF encontra-se acostado às fls. 11/22.

O presente processo já foi apreciado por esta Turma julgadora na sessão de 12/07/2016, por meio do Acórdão nº 2201-003.257 (fls. 228/232). No entanto, o Recurso Voluntário ora analisado deixou de ser apreciado ante a constatação de sua suposta intempestividade.

A ora DRF de origem apresentou Embargos Inominados de fl. 249, os quais foram acolhidos pelo despacho de admissibilidade de fls. 251/252, “*com vistas a submeter os autos ao julgamento das questões aduzidas no Recurso Voluntário*”, uma vez que foi afastada a intempestividade do recurso.

Face ao exposto, adoto os termos do relatório relativo ao Acórdão nº 2201-003.257 (fls. 228/232):

“Adoto como relatório aquele utilizado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, 5ª Turma da DRJ/BHE (Fls. 192), na decisão recorrida, que transcrevo abaixo:

‘Contra Claudina Rodrigues Bonfim, CPF 630.485.666-00, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 4 a 8, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, exercício 2005, ano-calendário 2004, formalizando a exigência de imposto suplementar no valor de R\$ 448.829,60, acrescido de multa de ofício e juros de mora calculados até 31/10/2008.

O lançamento decorre da tributação de rendimentos tidos como omitidos provenientes de valores depositados/creditados em contas bancárias de titularidade da contribuinte, uma vez que a interessada, regularmente intimada, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações financeiras (explicações e planilhas às fls. 9 a 19).

Como enquadramento legal são citados, entre outros, os seguintes dispositivos: art. 42 e 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e art. 849 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1999.

Cientificada em 14/11/2008 (Aviso de Recebimento, AR à fl. 134), em 04/12/2008, a contribuinte apresenta a impugnação de fls. 136 a 164, instruída com os documentos de fls. 165 a 167, argumentando, em síntese, que:

- a acusação de omissão de receitas, simulação e dissimulação, fraude e dolo feita no Auto de Infração resulta de presunção que é repelida pelo direito. O Fisco deve provar o teor da acusação. O lançamento baseado em presunção não pode subsistir, por ofensa aos princípios da legalidade, moralidade e tipicidade (arts. 5º, II, 37 e 150, I da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988) e por descumprimento do dever de investigar previsto no art. 142 do Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, CTN. Ademais, a dúvida favorece o sujeito passivo (art. 112 do CTN). De acordo com o § 1º do art. 79 do Decreto-lei nº 5.844, de 1943, os esclarecimentos prestados só poderão ser impugnados pelos lançadores com elemento seguro de prova ou indício veemente de falsidade ou inexatidão;

- o dolo não se presume deve ser comprovado. A Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, LXIII, dá ao sujeito passivo o direito de não produzir prova contra si mesmo. A participação do sujeito passivo na apuração do crédito tributário representa mero dever acessório, não elimina o dever de o Fisco provar a ocorrência do fato gerador, pois o lançamento, atividade

vinculada e obrigatória, compete privativamente à autoridade administrativa. Não cabe ao contribuinte provar a inoccorrência do fato gerador, incumbe, isto sim, ao Fisco demonstrar a sua ocorrência. Não há na lei a presunção de legitimidade do lançamento;

- o lançamento fundado em presunção fere o CTN (arts. 43, 97, I, III, IV e V, 112, 113, § 1º, 114, 139 e 142), a CF (arts. 5º, II, LIV e LV, 37, 145, § 1º, 150, I, 153, III e 154, I). A falta de prova dos fatos imputados ao sujeito passivo mostra ser irregular o lançamento atacado;

- antes de presumir a ocorrência de omissão de receita ou renda tributáveis, a União deveria examinar se a impugnante movimentou dinheiro relativo a empréstimos, doações ou mera transferências do banco para o caixa ou do caixa para o banco. Se o Fisco presume receitas deveria também presumir redutores da receita (despesas, abatimentos, deduções, etc) em prol da autuada;

- o Fisco sem autorização judicial obteve extratos bancários da impugnante, violando os princípios constitucionais de que trata o art. 5º, incs. X, XII e LXI. O lançamento é nulo, pois são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI da CF). A Lei Complementar nº 105, de 2001, deveria se limitar a hipóteses e ritos, sem ultrapassar a barreira constitucional;

- o lançamento com base exclusivamente em depósitos bancários é ilegal. Os depósitos não representam disponibilidade de renda ou de acréscimo patrimonial tributável. De acordo com a Súmula nº 182 do TFR, é ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários. O art. 9º do Decreto-lei nº 2.471, de 1988, determina o cancelamento dos processos administrativos relativos ao imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em depósitos bancários;

- a conexão entre depósito bancário e acréscimo patrimonial é precária, já que é pacificamente admitido que há um grande número de casos concretos de depósitos que não constituem acréscimo de patrimônio. Constituiria comprovação do acréscimo patrimonial o fato de o contribuinte não provar que determinado depósito não constitui aumento de patrimônio? Neste caso, a comprovação do acréscimo patrimonial se identificaria com a ausência de prova, o que é um absurdo;

- depósitos bancários podem representar situações estranhas à incidência do imposto (equivoco da pessoa física, bens de terceiros, ingressos não tributáveis, rendimentos oferecidos à tributação);

- o art. 71 da Lei 4.502 alude a ação ou omissão dolosa. No caso, não há prova de dolo, não há, ao menos, prova de omissão de receita tributável. A impugnante não usou

interposta pessoa, depositou o dinheiro em contas bancárias que são rastreáveis. Deste modo, não se pode inferir que houve dolo;

- o dolo penal ou fraude fiscal devem ser comprovados pelo Fisco. Na hipótese dos autos, não se pode concluir que houve dolo, pois pode ter havido esquecimento ou desorganização;

- a multa lançada é excessiva, tem efeito confiscatório, ofende os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização das penas, impede investimentos pessoais e profissionais e pode obrigar a impugnante a grandes sacrifícios, comprometendo sua sobrevivência;

- a cobrança de juros moratórios com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) é ilegal e inconstitucional. Os juros Selic não foram criados por lei nem são fixos segundo critério de lei. Os juros não podem incidir sobre a multa, que é acessório do tributo.

Ao longo da peça impugnatória, cita doutrina e jurisprudência judicial que entende virem ao encontro de seus argumentos e, por fim, requer, seja julgado improcedente o lançamento.'

Passo adiante, a 5ª Turma da DRJ/BHE entendeu por bem julgar o lançamento procedente, em decisão que restou assim ementada:

'DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

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

MULTA QUALIFICADA.

A multa de ofício de 150% é aplicável sempre que presentes os elementos que caracterizam, em tese, o evidente intuito de fraude.'

Cientificada em 11/03/2009 (Fls. 206), a Recorrente interpôs Recurso Voluntário em 13/04/2009 (fls. 210 a 221), reforçando os argumentos apresentados quando da impugnação.

Em 21/06/2012, aprovou a egrégia 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento, sobrestar o julgamento, matéria em debate no Supremo Tribunal Federal no rito da repercussão geral com base fisco (art. 62ª, §§, do Anexo II, do RICARF)."

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Em face à decisão da DRJ, a RECORRENTE apresentou o Recurso Voluntário de fls. 210/221, cuja tempestividade já foi atestada pelo Despacho de Admissibilidade dos Embargos de Declaração (fls. 251/252).

As razões expostas são praticamente as mesmas alegações de defesas apresentadas na Impugnação, cujos termos já foram transcritos no Relatório do Acórdão nº 2201-003.257 e encontram-se replicados acima. Apresento, abaixo, as razões do inconformismo em tópicos:

- Lançamento realizado sem provas ou demonstração de qualquer conduta ilícita;
- Lançamento exclusivamente com base em presunção de que depósitos bancários retratariam renda, é manifestamente ilegal;
- Multa aplicada em patamar flagrantemente desproporcional e com manifesta a natureza confiscatória, portanto, inconstitucional e ilegal;
- redução da multa agravada, pois esta somente pode ser aplicada quando verificada a hipótese descrita na lei, não sendo passíveis de presunção as hipóteses de fraude, dolo ou simulação; e
- Ilegalidade da cobrança de juros de mora aferidos com esteio na taxa SELIC.

Este recurso voluntário compôs lote sorteado para este relator em Sessão Pública.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos legais, razões por que dele conheço.

Depósitos Bancários sem Origem Comprovada

Foi lançado o imposto de renda relativo a efetuados em duas contas de poupança da contribuinte, ao longo do ano 2004, cujos extratos encontram-se acostados às fls. 33/80.

Durante a ação fiscal, a RECORRENTE foi intimada por diversas vezes para a comprovar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, coincidentes em datas e valores, a origem dos recursos depositados/creditados conforme planilha de fl. 132/141. No entanto, todas as vezes em que foi intimada, a contribuinte deixou de prestar os esclarecimentos sob diversas alegações (documentos apreendidos pela polícia federal, processo judicial em caráter sigiloso, estava dispendendo tempo com ação penal, não podendo atender ao pedido do auditor, etc.).

Após mais de um ano de prorrogações de prazo, a autoridade fiscal realizou o lançamento do IRPF com base em depósitos bancários sem origem comprovada, no valor total de R\$ 1.642.289,84.

No que diz aos depósitos bancários sem origem comprovada, o RECORRENTE alega que os mesmos “*acusação de omissão de receitas se baseou, estritamente, em suposições de que singelos depósitos bancários seriam aptos para atestarem a superveniência de acréscimos patrimoniais a descoberto, sem, contudo, apresentação de qualquer prova ou indício que permitissem conclusões neste sentido*”. Acrescentou que “*o Fisco deveria examinar as condições da Recorrente, isto é, se esta movimentou dinheiro referente a empréstimos, doações, meras transferências interbancárias ou de caixa para banco*”, pois “*lançar exclusivamente com base em presunção de que depósitos bancários retratariam renda, é manifestamente ilegal*”.

No entanto, não merece subsistir o inconformismo do RECORRENTE.

Em princípio, deve-se esclarecer que o art. 42 da Lei nº 9.430/1996 prevê expressamente que os valores creditados em conta de depósito que não tenham sua origem comprovada caracterizam-se como omissão de rendimento para efeitos de tributação do imposto de renda, nos seguintes termos:

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.

A presunção de omissão de receita estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 autoriza o lançamento quando a autoridade fiscal verificar a ocorrência do fato previsto, não sendo necessária a comprovação do consumo dos valores. A referida matéria já foi, inclusive, sumulada por este CARF, razão pela qual é dever invocar a Súmula nº 26 transcrita a seguir:

“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.”

Portanto, ao contrário do que defende a RECORRENTE, é legal a presunção de omissão de rendimentos por depósitos bancários de origem não comprovada, a qual pode ser elidida por prova em contrário, o que não aconteceu no presente caso.

A única forma de elidir a tributação é a comprovação, pelo contribuinte, da origem dos recursos depositados nas contas correntes mediante documentação hábil e idônea.

Neste sentido, conforme exposto, a RECORRENTE não apresenta nenhuma comprovação da origem dos recursos depositados em sua conta. Apenas se limita a alegar a ilegalidade do lançamento com base em presunção.

Para afastar a autuação, a RECORRENTE deveria apresentar comprovação documental referente a cada um dos depósitos individualizadamente, nos termos do §3º do art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

O art. 15 do Decreto nº 70.235/72 determina que a defesa do contribuinte deve estar acompanhada de toda a documentação em que se fundamentar:

*Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e **instruída com os documentos em que se fundamentar**, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.*

Deveria, então, a RECORRENTE ter comprovado a origem dos recursos depositados na sua conta bancária durante a ação fiscal, ou quando da apresentação de sua impugnação/recurso, pois o crédito em seu favor é incontestável.

Sobre o mesmo tema, importante transcrever acórdão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Ano-calendário: 1998

(...)

IMPOSTO DE RENDA - TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVAMENTE COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - REGIME DA LEI Nº 9.430/96 - POSSIBILIDADE - A partir da vigência do art. 42 da Lei nº 9.430/96, o fisco não mais ficou obrigado a comprovar o consumo da renda representado pelos depósitos bancários de origem não comprovada, a transparecer sinais exteriores de riqueza (acréscimo patrimonial ou dispêndio), incompatíveis com os rendimentos declarados, como ocorria sob égide do revogado parágrafo 5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90. Agora, o contribuinte tem que comprovar a origem dos depósitos bancários, sob pena de se presumir que estes são rendimentos omitidos, sujeitos à aplicação da tabela progressiva.

(...)

Recurso voluntário provido em parte. (1ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais; julgamento em 04/02/2009)”

Esclareça-se, também, que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, devendo a autoridade fiscal agir conforme estabelece a lei, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Assim, considero insubsistentes as alegações do RECORRENTE, devendo o lançamento ser mantido, por seus próprios fundamentos, pois a RECORRENTE não apresentou qualquer comprovação da fonte de origem dos depósitos efetuados nas suas contas bancárias.

Multas de ofício aplicada em caráter confiscatório

O RECORRENTE argumenta que a aplicação da multa de ofício estaria ferindo o princípio do não-confisco, motivo pelo qual deveria ser anulada. Afirma que a aplicação da multa *“encontra óbice em diversos preceitos insculpidos na Carta Fundamental, mormente por caracterizar autêntico confisco (vedado pelo artigo 150, IV, c/c art. 5.º, XXII e XXIV) e, ainda, por afrontar a legalidade do ato administrativo (art. 37, caput)”*.

Entendo que também são insubsistentes as alegações do RECORRENTE.

O lançamento ora em análise diz respeito à omissão de rendimentos que originou a constituição do crédito tributário. Assim, deve-se esclarecer que a multa de ofício aplicada decorre de previsão legal em razão do lançamento de ofício, conforme disciplina o art. 44 da Lei nº 9.430/96:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.”

Neste sentido, conforme já exposto, o art. 142 do CTN (já transcrito) prevê que a autoridade lançadora tem o dever de lavrar a referida multa de ofício, sob pena de responsabilidade funcional, visto que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória. Assim, no momento em que o auditor realiza de ofício o lançamento do imposto de

renda, deve ser aplicada a multa do art. 44 da Lei nº 9.430/96 sobre o imposto suplementar calculado, por estrita determinação legal.

Quanto às alegações de inconstitucionalidade levantadas pela RECORRENTE, sobre a aplicação de multa com suposto efeito de confisco, deve-se esclarecer que, de acordo com o disposto na Súmula nº 02 deste órgão julgador, esta é matéria estranha à sua competência:

“SÚMULA CARF Nº 02

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

Conforme já exposto, a aplicação da multa é dever da autoridade fiscal, que tem a obrigação de aplicá-la sob pena de responsabilidade funcional. Não é, portanto, penalidade aplicada ao livre arbítrio pelo auditor fiscal a ensejar a discussão acerca de seu efeito confiscatório.

A análise de tal matéria é de competência do STF, que é o competente pela guarda da Constituição da República, nos termos do art. 102 da Carta Magna.

Portanto, não há razão para afastar a aplicação da multa de ofício.

Desqualificação da multa

No entanto, assiste razão à RECORRENTE ao pleitear a desqualificação da multa agrada aplicada no presente caso. Explico

Para a aplicação da multa qualificada, a autoridade lançadora entendeu que a RECORRENTE, ao não comprovar a origem dos créditos, incorre no ato ilícito de sonegação fiscal. Estas foram os únicos argumentos levantados pela fiscalização para qualificação da multa, conforme trecho abaixo transcrito extraído do TVF:

“3.7 Como consequência da não comprovação da origem dos créditos, torna-se passível de tributação por omissão de rendimentos, e mais, a contribuinte, em tese, incorre no ato ilícito de sonegação fiscal conforme preceito legal:

‘Lei nº 4.502/1964:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I- da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente;”

Conforme acima exposto, a sonegação é uma ação ou omissão dolosa praticada pelo contribuinte, na tentativa de impedir ou retardar o conhecimento por parte da

autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador ou das condições pessoais do contribuinte ou do crédito tributário.

Sendo assim, a intenção do contribuinte é determinante para caracterização da sonegação, nos termos da legislação acima apontada. E tal intenção dolosa deve ser provada pelo Fisco.

Para o lançamento do IRPF sob análise, em que pese a afirmação de falta de comprovação por parte da contribuinte, tem-se que a penalidade agravada só seria possível se demonstrado, pelo Fisco, o evidente intuito doloso para fins de tipificação do delito. Contudo, entendendo que não houve a demonstração da prática dolosa pelo sujeito passivo, como prevista nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

A simples constatação de que foram omitidos rendimentos decorrentes de depósitos bancários sem origem comprovada, sem a comprovação de que tal ato se conformou em ato doloso, para fins de configuração do delito, impossibilita a qualificação da multa.

Sobre o tema, transcrevo o teor da Súmula CARF nº 25:

"Súmula CARF nº 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64."

Portanto, ausentes os motivos previstos no art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/96 que determinam o lançamento tributário com multa qualificada, entendo pelo afastamento da multa de ofício qualificada.

Ademais, o demonstrativo de multa e juros de mora (fl. 10) aponta que o enquadramento legal da multa é o art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96. Ora, conforme abaixo exposto, a redação do referido dispositivo é a seguinte:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Ora, é evidente que houve a incorreta capitulação legal da multa qualificada, visto que o art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96 converge para a aplicação da multa de 50% exigida isoladamente. A redação do referido artigo foi dada pela lei nº 11.488/2007, que entrou em vigor na data de sua publicação (15/06/2007).

Portanto, quando da lavratura do presente auto de infração, a redação do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96 era a acima transcrita, e não mais tratava da multa qualificada de 150%.

O erro no enquadramento legal da multa causa deficiência na motivação do lançamento, prejudicando, conseqüentemente, a ampla defesa e contraditório dos contribuintes, pois estes necessitam conhecer as razões e fundamentos que lhes estão sendo imputados a fim de exercer o direito de defesa garantido constitucionalmente.

Também por este motivo, entendo que deve haver a desqualificação da multa pela nulidade da aplicação da multa de 150%, tendo em vista que ela não foi devidamente capitulada em um dos dispositivos apontados pelo art. 44, I, §1º, da Lei nº 9.430/1996, encontrando-se mal fundamentada pela autoridade lançadora. Este é o entendimento do CARF, conforme excerto abaixo:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2007

(...)

MULTA QUALIFICADA DE 150%. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E CAPITULAÇÃO. NULIDADE. DESQUALIFICAÇÃO.

Apesar de ter havido presumidamente omissão de receitas em valores 50% acima dos declarados pela contribuinte, o Auto de Infração e o Termo de Verificação Fiscal carecem de fundamentação e de devida capitulação legal, devendo ser mantida a desqualificação da multa.

Recurso de Ofício Negado

(Processo nº 19515.722088/2011-11; Primeira Seção / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária do CARF; julgado em 04/02/2016)

Em substituição à multa qualificada, deve ser aplicada ao caso a multa de 75%, a qual incide automaticamente em todo lançamento realizado de ofício pelo Fisco, nos termos do art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

Taxa Selic

A RECORRENTE alega ser indevida a aplicação da correção pela SELIC.

No entanto, de acordo com a Súmula nº 04 deste CARF, sobre os créditos tributários, são devidos os juros moratórios calculados à taxa referencial do SELIC, sendo a conferir:

“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 do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

Portanto, não se pode requerer que a autoridade lançadora afaste a aplicação da lei, na medida em que não há permissão ou exceção que autorize o afastamento dos juros moratórios. A aplicação de tal índice de correção e juros moratórios é dever funcional do Fisco.

CONCLUSÃO

Por todo o acima exposto, voto por conhecer e acolher os embargos inominados opostos para conhecer do recurso voluntário interposto e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, a fim de desqualificar a multa de ofício aplicada, reduzindo-a ao percentual de 75%.

(assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator