



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

Processo n° 11444.000422/2008-48
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-002.894 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2018
Matéria SIMPLES - OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrente VIEIRA & SOUZA INFORMÁTICA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2004, 2005

SIGILO BANCÁRIO. PROCEDIMENTO DE OFÍCIO. SOLICITAÇÃO REGULAR.

Havendo procedimento de ofício instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda, não constitui quebra do sigilo bancário, haja vista prestar-se apenas a possível constituição de crédito tributário e eventual apuração de ilícito penal, havendo, na verdade, mera transferência da responsabilidade do sigilo, antes assegurado pela instituição financeira e agora mantido pelas autoridades administrativas.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA.

Não constitui violação ao dever de sigilo a transferência de dados bancários das instituições financeiras para a administração tributária, conforme autorizado pela legislação e **referendado pela Suprema Corte Nacional.**

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGENS. PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE RECEITA.

Caracterizam como omissão de receitas os valores creditados em conta de depósito junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas

presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2004, 2005

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA APLICÁVEL.

As multas de ofício não possuem natureza confiscatória, constituindo-se antes em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias, atingindo, por via de consequência, apenas os contribuintes infratores, em nada afetando o sujeito passivo cumpridor de suas obrigações fiscais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as arguições de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Livia de Carli Germano, Abel Nunes de Oliveira Neto, Cláudio de Andrade Camerano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga e Ângelo Abrantes Nunes (Suplente convocado).

Relatório

Trata o presente processo de impugnação aos Autos de Infração de fls.05/87, **Volume 1**, os quais exigem da interessada o recolhimento das seguintes importâncias, todas apuradas sob as regras do **Simples**, correspondentes a fatos geradores mensais ocorridos nos anos-calendário de 2004 e 2005:

Tributo/Contribuição	Em R\$
IRPJ-Simples	6.440,64 (fl.005)
PIS/Pasep-Simples	6.440,64 (fl.017)
CSLL-Simples	15.056,73 (fl.029)

COFINS-Simples	30.479,45 (fl.041)
INSS-Simples	40.306,04 (fl.053)

Como consta nos Autos de Infração, foi feito o lançamento de ofício a título de (i) **omissão** de receitas decorrente da utilização de "notas fiscais calçadas" com multa de ofício de 150%, (ii) **omissão** de receitas por conta de *depósitos bancários não escriturados*, nos termos do art.42 da Lei nº 9.430/96 com multa de ofício de 75% e, (iii) insuficiência de recolhimento dos impostos e contribuições apurados então pelo Simples, com multa de ofício de 75%.

No **RELATÓRIO DE AUDITORIA FISCAL** (fls.088 a 093) encontram-se os detalhes da autuação, cabendo, neste momento, apenas destacar que os extratos bancários foram obtidos pela Fiscalização por meio de requisições (**RMF**) junto às instituições financeiras, uma vez que a contribuinte não havia fornecido os mesmos para a fiscalização.

No **Volume 5**, consta a Impugnação (fls.828 a 832) apresentada pela contribuinte, onde após um breve relato do procedimento fiscal, alegou o caráter **confiscatório** das multas aplicadas, e que o "imposto supostamente seja reduzido pela metade, uma vez que são valores que não correspondem com a realidade e que se torna óbvio que nem todo dinheiro depositado em conta corrente pode ser considerado renda por isso intangível pelo Imposto de Renda."

A 5ª Turma da DRJ/RPO, por meio do Acórdão de nº 14-21.588, de 25/11/2008, manteve integralmente os lançamentos (Volume 5, fls.838 a 847)

Cientificada da decisão da DRJ, a contribuinte apresentou **recurso voluntário**, onde destacou, em longo arrazoado, que teria havido **quebra** do sigilo bancário, além de que haveria vícios na base de cálculo do imposto de renda, pois, em seu entendimento, a "*base de cálculo utilizada para efetuar o lançamento do IRPJ, com reflexos sobre apuração de CSLL, PIS e COFINS, foi a totalidade dos valores creditados e depositados nas contas bancárias da empresa.*"

Ainda segundo a Recorrente:

Ora, no caso presente, tem-se que toda a importância apurada a título de suposta receita omitida - a totalidade dos valores creditados nas contas bancárias da Sra. Maria José Nogueira Garcia - CPF nº797.366.708-30 (MPF-Fiscalização: 0811800-2007-00236) e do ora Impugnante, Pedro Garcia da Silveira Junior "Espólio de" - CPF nº798.619.038-87 (MPF-Fiscalização: 0811800-2008-00977), não correspondem ao conceito de renda tributável pelo IRPJ.

Isto porque, dentre outros motivos, embora o Impugnante praticasse atos de comércio, figurando como corretor de grãos, não se pode olvidar que a universalidade de valores movimentados em suas contas bancárias destinava-se ao adimplemento das obrigações a que se vinculava.

De tais valores, apenas uma ínfima parcela destinava-se ao seu cofre a título de remuneração pelos serviços prestados.

Nestes termos, as receitas oriundas das movimentações valores creditados nas contas bancárias da Sra. Maria José Nogueira Garcia - CPF nº 797.366.708-30 (MPF-Fiscalização: 0811800-2007-00236) e do ora Impugnante, Pedro Garcia da Silveira Junior "Espólio de" - CPF nº 798.619.038-87 (MPF-Fiscalização: 0811800-2008-00977) não se adequam ao conceito de renda, porquanto não representam o real acréscimo patrimonial auferido pelo impugnante.

Em seguida, transcreve várias ementas de julgados judiciais acerca da tributação em questão, baseados na Súmula 182 do extinto TFR, além de contestar as multas aplicadas, tidas como de caráter **confiscatório** (item 3. DO PERCENTUAL APLICADO À MULTA).

Em apreciação do recurso voluntário, o **CARF**, por meio da Resolução nº 1401-000.204 - 4ª Turma / 1ª Turma Ordinária, assim decidiu, em 06/12/2012:

*"Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, **sobrestar** o julgamento do presente processo, nos termos do § 2º do art. 2º da Portaria CARF nº 001, de 03 de janeiro de 2012, visto que no presente recurso se discute questão idêntica àquela que está sendo apreciada pelo STF no RE 601.314RG/SP (sob a sistemática do art. 543B do CPC) e RE 410.054 – AgR/MG.*

VOTO

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

Os requisitos de admissibilidade foram atendidos.

Constato que os extratos bancários foram obtidos pela fiscalização, a partir da emissão RMFs ao Banco do Brasil (fl.s 423) e Bradesco(fl. 453), culminando com os lançamentos do IRPJ e Reflexos com base nos depósitos bancários cujas origens não foram comprovadas.

Entretanto, é de se observar que a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que autoriza o fornecimento de informações financeiras ao Fisco sem autorização judicial, encontra-se sob a análise do Supremo Tribunal Federal, no RE 601.314RG/SP (sob a sistemática do art. 543B do CPC) e RE 410.054 – AgR/MG.

*Considerando o disposto no § 1º do art. 62A do Anexo II do RICARF (incluído pela Portaria MF nº 69/09) c/c art. 2º da Portaria CARF nº 001/2012, proponho o **sobrestamento** do julgamento do presente recurso voluntário, até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida pelo STF no aludido **RE 601.314 RG/SP.**"*

Posteriormente, às fls.1.021, consta o seguinte despacho:

Haja vista o transito em julgado da decisão do STF RE nº 601.314/SP-RG, propomos o retorno deste processo ao

GEPAF/SECOJ/SECEX/CARF/MF/DF para apreciação e julgamento.

DATA DE EMISSÃO: 19/10/2017

Voto

Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano

Preenchidos os requisitos de admissibilidade do Recurso Voluntário apresentado, dele conheço.

Conforme relatoriado, a Recorrente sofreu autuação por conta de depósitos bancários de origem não justificada (art.42 da Lei 9.430/96) e pela apuração de notas fiscais **calçadas**.

A DRJ de Ribeirão Preto manteve integralmente os lançamentos:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004, 2005

DEPÓSITO BANCÁRIO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM.

Por presunção legal contida na Lei 9.430, de 27/12/1996, art. 42, os depósitos efetuados em conta bancária, cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pelo contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, caracterizam omissão de receita.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE.

Não compete à autoridade administrativa a apreciação das questões de constitucionalidade e legalidade das normas tributárias, cabendo-lhe observar a legislação em vigor.

MULTA QUALIFICADA.

Caracterizado o evidente intuito de fraudar o Fisco, mediante a utilização de notas fiscais calçadas, enseja a aplicação da multa no percentual de 150%.

Relativamente ao **recurso voluntário** apresentado, temos que a questão da alegação de **quebra** de sigilo bancário já está superada, conforme destacado no relatório, pois a Corte Suprema já se pronunciou sobre o tema.

A defesa tinha alegado quebra de sigilo, aduzindo que o acesso à movimentação financeira da Impugnante somente poderia ocorrer mediante ordem judicial.

Não obstante esta questão estar pacificada, o acesso pelas autoridades administrativas às informações bancárias dos contribuintes tem fundamento na própria Constituição Federal, art. 145, parágrafo 1º, assim como já estava previsto no CTN, art. 197, e, posteriormente, veio a ser tratado na Lei nº 8.021, de 1990:

Constituição Federal

Art. 145. (...)

§1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (grifou-se)

Código Tributário Nacional - CTN

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

[...]

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras.

Lei 8.021, de 1990

Art. 8.º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento deste prazo, a penalidade prevista no §1.º do art. 7.º.

No presente contexto, já vigorava a Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, que regulou, com mais detalhes, a solicitação de informações às instituições financeiras, assim determinando:

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

[...]

§3º Não constitui violação do dever de sigilo:

[...]

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

[...]

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

[...]

§2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

[...]

§4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

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 os referentes 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.

Atos contínuos, a Lei nº 10.174, de 09/01/2001 e o Decreto nº 3.724/2001, apenas regraram com mais precisão a obtenção de dados, compondo o cenário jurídico no qual a autoridade fiscal está autorizada, nos casos previstos, a requisitar informações bancárias dos contribuintes fiscalizados.

Imprópria, assim, a tentativa de vincular esta atividade tão-só ao Poder Judiciário, sob o argumento de violação de direitos da impugnante. Os atos legais e regulamentares mencionados disciplinaram as hipóteses específicas nas quais o acesso é permitido e, ao circunscrever-se a este âmbito, a prova obtida é plenamente válida e, sobre ela, a contribuinte foi regularmente intimada a se manifestar e a esclarecer a origem dos valores questionados, tanto na fase procedimental como na litigiosa, quando da concessão de prazo regulamentar para impugnação após a ciência da formalização da exigência.

Importa também acrescentar que não há previsão expressa na Constituição quanto à inviolabilidade do sigilo bancário, advindo tal tese da interpretação doutrinária e jurisprudencial dada à matéria, com posicionamentos contrários à Fazenda pública colacionados pelo contribuinte em sua peça impugnatória, doravante resquícios de entendimento ultrapassado.

Muito oportunamente, neste ponto cabe discorrer sobre a palavra final dada sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal em análise conjunta de cinco processos que questionavam os dispositivos da Lei Complementar 105/2001 que permitiam a Administração Tributária Federal obter os dados bancários diretamente das instituições financeiras sem autorização judicial. Trata-se das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI, nºs 2390, 2859, 2386 e 2397, as três últimas apensadas a primeira, além do **Recurso Extraordinário (RE) nº 601314**.

Em Sessão plenária ocorrida no STF em 24 de fevereiro de **2016**, por maioria de votos (9 a 2), prevaleceu o entendimento de que o disposto na norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas tão somente em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos para o Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, não havendo portanto ofensa à Constituição Federal.

Diante de tudo o exposto, ratificada a legalidade e constitucionalidade dos dispositivos concernentes à matéria, não assiste razão ao Recorrente.

Do Mérito

Delimitação do Litígio

A omissão de receitas por conta de notas fiscais "calçadas" não foi objeto de contestação por parte da Recorrente.

Do Mérito

Dos Depósitos Bancários de Origem Não Comprovadas: Caracterização de Omissão de Receitas

Insurge-se a contribuinte com argumentações tendentes a descaracterizar a tributação com base nos depósitos bancários, com alegações do tipo, ilegalidade do lançamento tributário efetuado com base exclusivamente em extratos bancários (súmula 182), presunção de fato gerador de imposto de renda e que não poderia se efetuar tal tributação uma vez que "*Para que haja a incidência de uma norma individual e concreta para compelir um contribuinte a recolher o imposto sobre a renda é necessário que exista um evento descrevendo um acréscimo patrimonial. Sem este não há imposto de renda.*"

Com base na alegação de que a exigência está pautada em simples presunções, pretende ver declarada a nulidade do procedimento fiscal em face da **Súmula 182**

do antigo Tribunal Federal de Recursos que considerou ilegítimo o imposto de renda arbitrado com base em extratos ou depósitos bancários.

Nenhuma razão assiste à contribuinte neste aspecto conforme ficará demonstrado.

É verdade que o Poder Executivo, valendo-se da prerrogativa constitucional de baixar decretos-lei, cancelou os débitos para com a Fazenda Nacional relativos a imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou de comprovantes de débitos bancários, através do Decreto-lei nº 2.471 de 01/09/1988, art. 9º, VII. Assim, enquanto vigorou tal instrumento legal a fiscalização não pode se valer de tais provas.

Cumpra observar que o entendimento expresso na **Súmula 182**, do TFR, publicada no DJ de 07/10/1985 e baseado em julgados publicados entre 1981 e 1984, já se encontrava superada após a edição das Leis nº 7.713 de 1988 e 8.021 de 1990, quanto mais à época da promulgação da Lei nº 9.430 de 1996, razão pela qual não pode servir de fundamento para o presente caso.

Com o advento da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990, art. 6º, a fiscalização ficou livre para constituir crédito tributário com base nos extratos bancários, pois, em se tratando de lei posterior, o referido dispositivo tem efeitos derogatórios ao Decreto-lei nº 2.471 de 1988.

Na esteira da Súmula, neste sentido, o seguinte julgado do extinto Primeiro Conselho de Contribuintes, atual CARF:

*Acórdão nº 108-08.356 (DOU de 01/12/2006).
IRPJ.LANÇAMENTO COM BASE EM EXTRATO BANCÁRIO.
POSSIBILIDADE LEGAL – O entendimento expresso na
Súmula 182, do TFR, publicada no DJ de 07/10/1985, baseado
em julgados publicados entre 1981 e 1984, e no Decreto-lei nº
2.471, de 01/09/88, foi superado após a edição das Leis nº 7.713,
de 1988 e 8.021 de 1990. Esta, em seu art.6º, autorizou a
constituição do crédito tributário com base nos extratos
bancários, quando o procedimento estivesse revestido de certeza.
A Lei nº 9.430/1996 avançou ao admitir, nesses casos, o
lançamento com base nas presunções, invertendo o ônus da
prova.*

É verdade que a tributação com base em depósitos bancários quando feita com fulcro na Lei nº 8.021 de 1990 (**o que não é o caso dos autos**) exige necessários reforços por parte da fiscalização capaz de transmutar mera presunção em definitiva certeza. Isto porque, até então, tal hipótese apenas retratava indício de omissão, não tendo o condão de caracterizar, por si só, o ilícito. Assim, na ausência de presunção legal, cabia à fiscalização demonstrar, de forma cabal, que os valores depositados correspondiam a rendimentos tributáveis não oferecidos à tributação. O lançamento baseado em depósitos bancários, com fulcro na citada lei, só era admissível quando comprovado o nexo causal entre cada depósito e o fato que represente a omissão de receita.

Impõe-se, desde já, bem caracterizar a existência de duas realidades distintas no que se refere ao uso da movimentação financeira como base para a caracterização da

omissão de receitas. Tais realidades têm como delimitadores os arts. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/1990 (parágrafo este **revogado** pela Lei 9.430/96) e o 42, da Lei nº 9.430/1996:

Lei nº 8.021/1990

“Art. 6º. O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

(.....)

*§ 5º - O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações.”[**revogado**]*

Lei nº 9.430/1996

“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantido 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.”

O que vem a distinguir uma realidade da outra, portanto, é que a partir de 01/01/1997 – data esta a partir da qual a Lei nº 9.430 tornou-se eficaz --, a existência de depósitos não escriturados ou de origens não comprovadas tornou-se uma nova hipótese legal de **presunção** de omissão de receitas, que veio a se juntar ao elenco já existente; com isso, atenuou-se a carga probatória atribuída ao fisco, que precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada, para satisfazer o *onus probandi* a seu cargo. Antes, tal previsão inexistia, e com isso o fisco necessitava, nos estritos termos do art. 6º, *caput* e § 5º, da Lei nº 8.021/1990, não apenas constatar a existência dos depósitos, mas estabelecer uma conexão, um nexo causal, entre tais depósitos e alguma exteriorização de riqueza e/ou operação concreta do sujeito passivo, que pudesse dar ensejo à omissão de receitas.

Ainda assim, é de se perceber que o que aproxima ambas as realidades é a circunstância de que as mesmas conformam-se como **presunções legais**; o que as distingue, entretanto, é o fato de que as duas presunções legais atribuem diferenciados ônus, em termos de provas, à autoridade fiscal. Tem-se, de um lado, uma presunção mais sumária -- a do art. 42 da Lei nº 9.430/1996 --, que atribui ao fisco a simples evidenciação da existência de depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada, e, de outro lado, uma presunção de evidenciação menos célere, -- a do art. 6º da Lei nº 8.021/1990 --, que determinava ao fisco, não apenas a obrigação de constatar a existência dos depósitos bancários, mas, também, ao estabelecimento de um nexo de causalidade entre tais depósitos e fatos concretos ensejadores do ilícito. À evidência, esta segunda hipótese, ao mesmo tempo que se afasta das feições de uma presunção típica, se aproxima mais de uma comprovação material de omissão de receitas;

É de se ressaltar que as presunções estão, de há muito, incorporadas à nossa ordem jurídica. Por meio delas, estabelece a lei, com base naquilo que se observa na maior parte dos casos – baseando-se, entretanto, na aplicação de um critério de razoabilidade – que, ocorrida determinada situação fática, pode-se presumir, até prova em contrário – esta a carga do contribuinte --, a ocorrência da omissão de receitas. Exemplos de hipóteses de presunção são incorporadas ao art. 281 do RIR/1999 (desde há muito incluídas na legislação fiscal):

“Art. 281. Caracteriza-se como omissão no registro de receita, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, a ocorrência das seguintes hipóteses:

I – a indicação na escrituração de saldo credor de caixa;

II – a falta de escrituração de pagamentos efetuados;

III – a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou cuja exigibilidade não seja comprovada.”

A estas hipóteses vieram se juntar aquelas já acima indicadas (arts. 6º da Lei nº 8.021/1990 e **42, da Lei nº 9.430/1996**), o que faz com que as alegações do contribuinte de que não pode haver tributação a partir de depósitos bancários destoa da legislação vigente.

Feitas tais digressões e, evidenciada a absoluta licitude do estabelecimento das presunções legais, cumpre dizer que as alegações trazidas pelo contribuinte mostram-se despropositadas, visto que, o simples fato da existência de depósitos bancários com origem não comprovada é, por si só, hipótese presuntiva de omissão de receitas, cabendo ao sujeito passivo a prova em contrário que, entretanto, não as apresentou durante a ação fiscal e nem agora, em sede de impugnação.

A legislação do imposto de renda, como vimos, autoriza ao fisco presumir a omissão de receitas diante da existência de depósitos bancários sem comprovação de origem. É o que reza o art. 42 da Lei nº 9.430/96:

“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.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I – os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

(...)”

É a própria lei definindo que os depósitos bancários, de origem não comprovada, caracterizam **omissão** de receita ou de rendimentos e não meros indícios de omissão.

A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos. Trata-se, afinal, de **presunção relativa**, passível de prova em contrário.

Reitere-se, portanto, que a caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um depósito bancário, considerada isoladamente, abstraída das circunstâncias fáticas, até mesmo porque, depósito bancário não configura disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Mas, pelo contrário, a caracterização está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos numerários depositados, conforme dicção literal da lei. Existe, portanto, uma correlação lógica entre o fato conhecido - ser beneficiado com um depósito bancário sem origem - e o fato desconhecido - auferir rendimentos. Essa correlação autoriza plenamente o estabelecimento da presunção legal de que o dinheiro surgido na conta provém de rendimentos então omitidas.

Ao fisco cabe provar o fato constitutivo do seu direito, no caso em questão, a existência de depósito bancário sem origem comprovada.

Consoante **Termo de Intimação Fiscal**, fls.481, Volume 3(1), e demonstrativos anexos às fls.482 a 493, a contribuinte foi intimada, em 11/04/2007, a:

1. Comprovar a origem dos valores creditados/depositados, no ano-calendário 2005, em suas contas-corrente (sic), do Banco do Brasil S/A e Banco Bradesco S/A, no valor total de R\$ 1.047.710,62, conforme relação em anexo.

A não comprovação da origem dos recursos utilizados nas operações de créditos relacionados neste termo, na forma e prazo estabelecidos, ensejará lançamento de ofício, a título de omissão de receita ou de rendimento, nos termos do artigo 849, do RIR/99, sem prejuízo de outras sanções legais que couberem.

Anexo, enviamos as cópias dos extrato do Banco do Brasil S/A e Banco Bradesco S/A.

Anexo à intimação, o Demonstrativo - diário - dos Créditos Bancários, Constatados nas Contas Bancárias da Contribuinte - BB e BANCO BRADESCO - ano de 2005.

Consoante **Termo de Intimação Fiscal**, fls.768, Volume 4(2), e demonstrativos anexos às fls.769 a 776, a contribuinte foi intimada, em 24/12/2007, a:

1. Comprovar a origem dos valores creditados/depositados, no ano-calendário 2004, em sua conta-corrente, do Banco do Brasil S/A e Banco Bradesco S/A, no valor total de R\$ 697.746,72, conforme relação em anexo.

A não comprovação da origem dos recursos utilizados nas operações de créditos relacionados neste termo, na forma e prazo estabelecidos, ensejará lançamento de ofício, a título de omissão de receita ou de rendimento, nos termos do artigo 849, do RIR/99, sem prejuízo de outras sanções legais que couberem.

Anexo, enviamos as cópias dos extrato do Banco do Brasil S/A e Banco Bradesco S/A., ano-calendário 2004.

Anexo à intimação, o Demonstrativo - diário - dos Créditos Bancários e da Exclusão dos Débitos por Devolução de Cheques Depositados do Ano de 2004.

Esclareça-se que, contrariamente ao alegado, o levantamento fiscal, conforme demonstrativos citados nas intimações, não contemplou contas bancárias em nome de Maria José Nogueira Garcia - CPF nº 797.366.708-30 e nem em nome de Pedro Garcia da Silveira Junior "Espólio de" - CPF nº 798.619.038-87.

Conforme consta na Solicitação de Emissão de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), os extratos bancários foram solicitados em nome da Recorrente (fls.421 a 423, ano de 2005 e fls.fls.714 a 745, ano de 2004) e assim enviados pelo BB e BRADESCO.

Tendo em vista o não atendimento do solicitado nas intimações supra, a Recorrente foi novamente intimada, fls.779, Volume 4(2), em 27/02/2008:

TERMO DE CONSTATAÇÃO FISCAL

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no curso da ação fiscal iniciada em 01/12/06 pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº0811800-2006-00289-3, no contribuinte acima identificado e de acordo com o disposto nos art. 904, 911, 927 e 928 do Decreto nº 3.000 de 26 de março de 1999 (RIR/99), analisamos os documentos apresentados pelo contribuinte e CONSTATAMOS os fatos abaixo discriminados:

[...]

2 - Movimentação financeira no Banco do Brasil S/A e Banco Bradesco S/A, nos anos-calendário 2004 e 2005, incompatível com a Receita Bruta declarada da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, conforme resumo abaixo;

ANO	CRÉD. BANCÁRIOS	(-) DIPJ	(=) OMISSÃO
2004	R\$ 679.746,72	R\$ 103.684,29	R\$ 576.062,43
2005	R\$ 991.230,30	R\$ 113.470,43	R\$ 877.759,87

Anexo, enviamos os seguintes demonstrativos analíticos:

- a) Demonstrativo da Omissão de Rendimentos Caracterizada por Créditos Bancários de Origem não Comprovada;*
- b) Demonstrativo dos Créditos Bancários e da Exclusão dos Débitos por Devoluções de Cheques Depositados dos Anos de 2004 e 2005;*
- c) Demonstrativo dos Créditos Bancários dos Anos de 2004 e 2005, Excluídos do Demonstrativo dos Créditos Sujeitos a Tributação.*

Fica o contribuinte INTIMADO, no prazo de 20 (vinte) dias, a comprovar mediante documentação hábil e idônea a origem dos

recursos utilizados nessas operações. A falta de comprovação sujeita o fiscalizado ao art. 287, do Decreto nº3000/99 (RIR/99) e art. 42, da Lei nº 9430/96.

Tendo em vista que os créditos bancários restaram sem comprovação, o art.42 da Lei nº 9.430/96 (base legal do lançamento) definiu que os depósitos bancários, de origem não comprovada, caracterizam **omissão** de receita ou de rendimentos e não meros indícios de omissão.

Nestes termos, cumprido o ônus atribuído à Fazenda Pública, que era o de identificar os depósitos bancários de origem não comprovada, e de intimar o contribuinte a sobre eles se manifestar, e não tendo o mesmo contribuinte logrado afastar totalmente tal presunção *juris tantum*, há que se manter integralmente o presente lançamento.

Da Multa de Ofício

A base de cálculo da multa de ofício, ora aplicada, é o próprio valor do tributo/contribuição lançado, nos termos e com a utilização dos percentuais estabelecidos no art.44 da Lei 9.430/96 que adiante se transcreverá.

Com relação aos argumentos trazidos pela Impugnante acerca do caráter **confiscatório** das multas aplicadas de se dizer apenas que reclamações desta natureza não cabem sua apreciação nas instâncias administrativas.

Sem qualquer discussão acerca da constitucionalidade/legalidade da legislação citada na Impugnação, algumas considerações são oportunas.

Com relação às multas de ofício, alega que representa afronta ao preceito constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco.

Quanto à arguição de confisco, a Constituição Federal, em seu art. 150, IV, veda a utilização de tributo com o efeito de confisco. Trata-se de limitação ao poder de tributar que visa evitar o excesso de carga tributária, que implique agravamento exagerado na situação do contribuinte. Porém, não existe um patamar pré-definido que permita dizer que um tributo tem ou não efeito confiscatório, cabendo essa valoração ao legislador ou, mediante provocação, ao órgão judicial competente. Assim, em primeiro plano, pode-se dizer que o princípio do não confisco é uma limitação imposta pelo legislador constituinte ao legislador infra-constitucional, não podendo este último instituir tributo que tenha efeito confiscatório, onerando excessivamente o contribuinte. Em segundo plano, o princípio dirige-se, eventualmente, ao poder judiciário, que deve aplicá-lo no controle difuso ou concentrado da constitucionalidade das leis.

Portanto, não se pode dizer que o princípio esteja direcionado à administração tributária. Esta submete-se ao princípio da legalidade, não podendo se esquivar à aplicação de lei editada conforme o processo legislativo constitucional. Não cabe à administração tributária criar a lei, muito menos furtar-se a aplicá-la ou negar sua vigência.

A autoridade lançadora não deve nem pode fazer um juízo valorativo sobre a conveniência do lançamento. O lançamento tributário é rigidamente regrado pela lei, ou, no dizer do art. 3º do CTN, é “atividade administrativa plenamente vinculada”. O que é determinante para a efetivação do lançamento é a ocorrência do fato gerador, e não a repercussão da exigência no patrimônio do contribuinte. Conforme o art. 142 do CTN, ocorrido o fato gerador a autoridade fiscal deve constituir o crédito tributário, calculando a exigência de

acordo com a lei vigente à época do fato, não tendo repercussão a atual situação econômico-financeira do sujeito passivo.

Assim, não compete à instância administrativa a análise sobre a matéria, pois a vedação constitucional quanto à utilização de tributo com efeito confiscatório dirige-se ao legislador, e não ao aplicador da lei.

Em se tratando de falta de pagamento ou recolhimento de imposto/contribuição, apurada em procedimento de ofício, a autoridade lançadora deve aplicar a multa de lançamento de ofício, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não podendo deixar de aplicá-la ou reduzir seu percentual ao seu livre arbítrio.

De tal sorte, como as multas de ofício estão previstas em ato legal vigente, regularmente editado, descabida mostra-se qualquer manifestação deste órgão julgador no sentido do afastamento de sua aplicação/eficácia.

LEI 9.430 DE 27/12/1996 – DOU 30/12/1996

Multas de Lançamento de Ofício (com a nova redação da Lei 11.488/2007)

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;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.

§ 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.

O princípio que norteia a imputação desta penalidade tem o condão de compelir o contribuinte a se afastar de cometer atos ou atitudes lesivos à coletividade, constituindo-se em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias.

No mais, a apreciação de arguições de inconstitucionalidade/ilegalidade da legislação tributária foge à alçada das autoridades administrativas de qualquer instância, que

não dispõem de competência para examinar hipóteses de violações às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, a apreciação de assuntos desse tipo acha-se reservada ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos da validade das normas jurídicas deve ser submetida ao crivo deste poder.

Não compete à instância administrativa a análise sobre a matéria, pois a vedação constitucional quanto à utilização de tributo com efeito confiscatório dirige-se ao legislador, e não ao aplicador da lei.

A questão já foi, inclusive, objeto de súmula em instância administrativa superior, no caso, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, por meio da Portaria CARF de nº 106, de 21 de dezembro de 2009:

Súmula CARF nº 2

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

De tal sorte, há que se ter como correta a aplicação da multa de ofício lançada, conforme consignada nos autos de infração.

Conclusão

Voto pela rejeição da preliminar de nulidade dos lançamentos e, quanto ao mérito, para negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Cláudio de Andrade Camerano