



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

Processo n° 13312.000661/2007-48
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-007.461 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de julho de 2019
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA FÍSICA
Recorrente MAXWELL CUSTÓDIO DE SOUZA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2003

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracteriza 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.

CITAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA OU JUDICIAL.

Salvo nos casos previstos em lei, os julgados citados pela parte interessada servem apenas para reforçar a tese defendida, sem no entanto vincular o julgador julgador.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER NÃO 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.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na taxa referencial do Selic, decorre de expressa disposição legal.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Inexistente as condições descritas no art. 59 do Decreto n° 70.235/72, não há que se cogitar nulidade processual.

REQUISIÇÃO E UTILIZAÇÃO DE DADOS BANCÁRIOS.

A requisição às instituições financeiras de dados relativos a terceiros, com fulcro na Lei Complementar n.º 105/2001, constitui simples transferência de

dados à SRF e não quebra do sigilo bancário, não havendo que se falar em necessidade de autorização judicial para o acesso a tais informações pela autoridade fiscal.

PERÍCIA. AUSÊNCIA MOTIVAÇÃO VÁLIDA. INDEFERIMENTO.

O pedido de perícia sem o amparo de justificção plausível, leva ao indeferimento do pleito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Sergio da Silva - Relator.

Participaram ainda da sessão de julgamento os Conselheiros: Denny Medeiros da Silveira, Gregório Rechmann Junior, Fernanda Melo Leal (Suplente convocada), João Victor Ribeiro, Luís Henrique Dias Lima, Maurício Nogueira Righetti, Paulo Sergio da Silva e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 193) pelo qual o recorrente se indispõe contra decisão em que a autoridade de pis considerou improcedente impugnação apresentada contra lançamento de IRPF, no valor de R\$ 910.330,25 (acrescidos de juros e multa), incidentes sobre rendimentos omitidos na declaração de ajuste anual de 2004, referentes a depósitos bancários sem origem comprovada.

O acórdão recorrido declarou a improcedência da impugnação, mediante a emissão das seguinte ementas:

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Caracteriza 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.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER NÃO 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.

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE

A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na taxa referencial do Selic, decorre de expressa disposição legal.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Uma vez que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se cogitar nulidade processual, nem nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

qualquer outra ocorrência senão àquela objeto da decisão, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade da legislação.

REQUISIÇÃO E UTILIZAÇÃO DE DADOS BANCÁRIOS.

A requisição às instituições financeiras de dados relativos a terceiros, com fulcro na Lei Complementar n.º 105/2001, constitui simples transferência à SRF e, não, quebra do sigilo bancário dos contribuintes, não havendo pois, que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso a tais informações por parte da autoridade fiscal.

*PERÍCIA. AUSÊNCIA MOTIVAÇÃO VÁLIDA.**INDEFERIMENTO.*

O pedido de perícia sem o amparo de justificativa plausível, leva ao indeferimento desse pleito.

No recurso voluntário apresentado, inconformado, o contribuinte apresenta as seguintes alegações:

- que o lançamento deve ser considerado nulo, por quebra inconstitucional do sigilo das informações bancárias do contribuinte;
- que o lançamento deve ser considerado nulo, em razão de a infração discutida ter sido caracterizada meramente com base em indícios, sem qualquer comprovação hábil e idônea que dê sustentação legal ao lançamento;
- Não sendo atendido o pedido de nulidade, que seja deferida perícia, afim de comprovar a efetiva movimentação bancária;

- Ao contrário do que entende o acórdão da DRJ, não é cabível o lançamento baseado em extratos bancários ou em presunção de renda;
- Não existiu o fato gerador apontado pela auditoria;
- Apesar de o julgador administrativo embasar sua decisão em julgados administrativos, decidiu que a jurisprudência citada pelo recorrente não é válida sua defesa;
- O valor da multa e dos juros aplicados é equivale a mais de 1000% do valor considerado como devido, sendo excessiva e confiscatória a sua exigência nesse patamar.

Ao final, o recorrente pede que seja declarada a nulidade do Auto de Infração: i) em razão do vício em sua constituição (pois fora constituído com base em documento não hábil); ii) em face do arbitramento indevido; iii) em face das incabíveis presunções utilizadas; iv) em face de afronta aos princípios constitucionais garantidores do contribuinte, v) ou porque o julgamento foi parcial em favor do fisco.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Sergio da Silva, Relator.

Da admissibilidade

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos legais para sua admissibilidade e deve ser conhecido.

Da alegações do contribuinte

Trata-se de recurso meramente procrastinatório, por meio do qual o contribuinte reforça os argumentos já analisados e superados pela autoridade de piso, sem apresentar qualquer argumento, fato ou documento novo capaz de alterar aquela decisão, cujo entendimento deve ser adotado na presente decisão, razão pela qual, com fulcro no art. 57, §4º, do RICARF, colaciona-se o excerto abaixo, tratando da matéria.

Preliminar de Nulidade

No que se refere às exigências para a validade do Auto de Infração, o Decreto nº 70.235, de 1972 (Processo Administrativo Fiscal), prescreve:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - A qualificação do autuado,

II - O local, a data e a hora da lavratura;

III - A descrição do fato;

IV - A disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V- A determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no . prazo de trinta dias;

VI - A assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Ainda, no mesmo diploma legal ficaram estabelecidos os casos de nulidade:

Art 59 São nulos:

I - Os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - Os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2ª Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, conclui-se que o Auto de Infração só poderá ser declarado nulo se lavrado **por pessoa incompetente ou quando não constar, ou nele constar de modo errôneo, a descrição dos fatos ou o enquadramento legal de modo a consubstanciar preterição do direito de defesa.**

Cumpre transcrever-se, também, o art. 60 do mesmo instrumento normativo:

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Vê-se, assim, que, conforme art. 60 do já referido Decreto n.º 70.235, se porventura existirem irregularidades, incorreções e omissões diferentes daquelas referidas no art. 59 do mesmo Decreto, e ainda, se resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, mesmo assim o lançamento não será nulo, pois elas podem ser sanadas.

Demais disso, e no presente caso de grande relevância, tem-se que o procedimento de fiscalização é inquisitório e aos particulares cabe colaborar e respeitar os poderes legais dos quais a autoridade administrativa está investida. Durante essa fase não se formou ainda a relação jurídica processual e os particulares não atuam como parte. Isso somente acontece com o ato de lançamento ou de imposição de penalidades e a respectiva impugnação.

A esse respeito, assim leciona James Marins, em sua obra Direito Processual Tributário Brasileiro: Administrativo e Judicial, São Paulo, Dialética, 2001, págs. 222/223:

O procedimento administrativo fiscalizador interessa apenas ao Fisco e tem finalidade instrutória, estando fora da possibilidade,

ao menos enquanto mera fiscalização, dos questionamentos processuais do contribuinte. E justamente a presença, ou não, de uma pretensão deduzida ante ao contribuinte, o que separa O procedimento, atinente exclusivamente ao interesse do Estado, do processo, que vincula além do Estado, o contribuinte. Só quando houver vinculação do contribuinte se fará lícito aludir a processo, antes não. Corroborando tal assertiva, basta se atinar para que nem todo procedimento fiscalizatório irá conduzir necessariamente a uma exação, havendo clara separação entre os dois momentos.

Coerentemente com essa interpretação, o art. 14 do Decreto 70.235 preceitua: a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento. Com a apresentação da impugnação o procedimento se toma processo, estabelccendo-se o conflito de interesses: de um lado o Fisco que acusa a existência de débito tributário, fundando sua pretensão de recebê-lo e, de outro, o contribuinte, que opõe resistência por meio da apresentação de impugnação. K a partir desse momento que, iniciada a fase processual, passa a vigorar, na esfera administrativa, o princípio constitucional da garantia ao devido processo legal, no qual está compreendido o respeito à ampla defesa e ao contraditório, com os meios e recursos a eles inerentes, nos termos do art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

A alegada nulidade do lançamento não pode ser reconhecida, devendo ser rejeitada tal preliminar.

Da jurisprudência e doutrinas citadas

São improficuas as jurisprudências administrativa e judicial acerca de diversos assuntos trazidos pelo impugnante, porque essas decisões, mesmo que proferidas pelos órgãos colegiados, sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário. Destarte, não podem ser estendidos genericamente a outros casos, somente aplicam-se sobre a questão em análise e vinculam as partes envolvidas naqueles litígios, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade da legislação.

Assim determina o inciso II do art. 100 do CTN:

"Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

(...)

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;"

Veja-se, nesse sentido, os dizeres do Parecer Normativo CST nº 390, de 1971:

"Entenda-se aí que, não se constituindo em norma legal geral a decisão em processo fiscal proferida por Conselho de Contribuintes, não aproveitará seu acórdão em relação a qualquer outra ocorrência senão aquela objeto da decisão, ainda que de idêntica natureza, seja ou não interessado na nova

relação o contribuinte parte no processo de que decorreu a decisão daquele colegiado. "

Por sua vez, o Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, consolida as normas de procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais e, quanto aos créditos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, determina:

"Art 4º. Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a . determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do

Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que.

I-não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. "

Verifica-se que a extensão dos efeitos de decisões judiciais possui como pressupostos a existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e que tal decisão se refira especificamente à inconstitucionalidade da lei, do tratado ou do ato normativo federal que esteja em litígio. Não é o caso das citações feitas pelo impugnante e, portanto, em face da inexistência de ato do Secretário da Receita Federal, na forma prevista no art. 4º daquele diploma legal, as mesmas não o beneficiam.

Cumpre ressaltar que as decisões administrativas citadas na impugnação referem-se a lançamentos de períodos anteriores à edição da Lei nº 9.430, de 1996.

Preliminares de Inconstitucionalidade e Ilegalidade.

Inicialmente, no tocante às alegações de inconstitucionalidade e de ilegalidade da legislação que dá suporte ao lançamento, tais como: não ocorrência do fato gerador do imposto de renda; apuração do crédito com base exclusivamente em extratos ou depósitos bancários; incidência da taxa Selic; multa confiscatória etc, não cabe sua discussão em sede administrativa consoante estabelecem o Parecer Normativo CST/SRF nº 329/1970, o Parecer PGFN/CRF nº 439/1996 e Parecer PGFN/CAT nº 1.649/2003.

Nesse mesmo sentido, acrescenta-se que foi publicado no DOU de 22/12/2009 a Súmula CARF n° 2, que está assim redigido:

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

Fica patente, portanto, que o entendimento predominante na esfera administrativa, quer no âmbito das Delegacias de Julgamento, quer no do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é de que o julgamento dessa matéria cabe tão-somente ao Poder Judiciário.

Ademais, diante dessas limitações colocadas à atuação da autoridade administrativa, toma-se evidente a idéia de que os princípios constitucionais relacionados com juízos valorativos associados às imposições tributárias são dirigidos à atuação do legislador. Apenas este, que tem a competência de legislar soberanamente, é que cabe ter em conta, na produção da norma tributária, critérios e princípios como os reclamados pela contribuinte. Depois de formulada a norma, entretanto, sua aplicação se impõe de forma objetiva, sem espaço para juízos discricionários por parte de quem a ela deve obediência.

Assim, deve ser reiterado que correto foi o procedimento adotado pelo autuante, visto que, em razão de sua atividade absolutamente vinculada, limitou-se a aplicar o determinado em lei que se encontrava em vigor no momento da lavratura do Auto de Infração.

Quanto à questão da quebra de sigilo bancário

Quanto à premissa levantada de violação de sigilo bancário pelo Fisco, quando da obtenção de dados utilizados na consecução do lançamento em comento, cumpre mencionar os ditames da Lei Complementam.^o105 de 10.01.2001.

A Lei Complementar n.º 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências, introduziu significativas modificações no instituto do sigilo bancário em relação ao seu anterior disciplinamento, conferido pelo artigo 38 da Lei n.º 4.595 de 31.12.1964, já revogado.

Lei Complementam.^o 105, de 10 de janeiro de 2001

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

(...)

§ 3º - Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei n.º 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV-(...)

V - (...)

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

§ 1º-(-).

§ 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.*

§ 3º-(...).

§ 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.

(...)

Art. 8º - O cumprimento das exigências e formalidades previstas nos artigos 4º, 6º e 7º, será expressamente declarado pelas autoridades competentes nas solicitações dirigidas ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários ou às instituições financeiras.

(...)

Pela análise dos dispositivos transcritos, verifica-se que o artigo 1º, parágrafo 3º, ao reconhecer a prevalência do interesse público e social sobre o interesse privado ou individual, excepciona, expressamente, da regra do sigilo bancário, os casos em que o

fornecimento de informações e documentos alusivos a operações e serviços de instituições financeiras não constitui violação do dever de sigilo.

Assim, assegura a aludida Lei Complementar, no seu artigo 1º, parágrafo 3º, inciso III, que o fornecimento de informações à Receita Federal pelas instituições financeiras ou equiparadas, para fins de constituição de créditos tributários relativos a impostos e outras contribuições, além da CPMF, necessárias à identificação dos contribuintes e dos valores das respectivas operações, nos termos do artigo 11, parágrafo 2º, da Lei n.º 9.311 de 24.10.1996, com nova redação dada pela Lei n.º 10.174/2001, não constitui violação do dever de sigilo bancário.

Levando-se em conta, que todas as determinações, precauções e garantias exigidas pela aludida Lei Complementar n.º 105/2001, com o intuito de garantir a mais perfeita inviolabilidade, por terceiros, dos dados bancários do defendente foram, e estão sendo adotadas, no curso do presente procedimento, há que se considerar a exigência realizada pela Fazenda Pública como perfeitamente lícita e respaldada na lei.

Nessas circunstâncias, esvai-se qualquer argumentação no sentido de questionar-se a validade do presente processo, opinando este relator por não se acatar as preliminares invocadas pelo atuado.

Quanto ao pedido de perícia

Indefere-se o pedido de realização de perícia, quando esta se mostrar prescindível para a formação de convicção pela autoridade julgadora.

"VI - Do requerimento de perícia".

Com efeito, os pedidos de perícia devem ser apresentados nos moldes do art. 16, inciso IV, § 1º, do Decreto n.º 70.235, de 1972, que prevê que *a impugnação mencionará as diligências ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. Após apresentado o pedido de realização de perícia nesses moldes a autoridade julgadora analisa se ela é necessária ao julgamento da lide.*

A finalidade da realização de perícia é elucidar questões que suscitem dúvidas para o julgamento do litígio, quando o exame dos autos não seja suficiente para dirimi-las. Todavia, assinala-se que não é dever da RFB produzir provas documentais, cuja responsabilidade em fornecê-las e do sujeito passivo; isso porque a presunção legal em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação da origem de todos os recursos depositados.

No entanto, os quesitos referentes aos exames desejados, abaixo transcritos, longe de justificarem a realização da perícia, com a

devida vênia, expõem demandas processuais procrastinatórias da solução do litígio, senão vejamos:

1) *Qual o ônus real que as referidas obrigações acessórias causarão sobre o patrimônio do IMPUGNANTE;*

2) *Qual o critério de análise do fiscal ao incluir ou excluir a movimentação bancária dos valores tidos como INDEVIDAMENTE OMITIDOS;*

3) *Como e em quais porcentagens a multa e os juros foram calculados sobre o valor principal;*

4) *Em quanto (porcentagem e valor real) a aplicação dos juros e multa onerou o valor principal.*

Ora, de uma rápida leitura desses quesitos, é notório que os exames desejados não se referem a matéria a ser submetida a laudo pericial.

Some-se a isso o fato de que a realização de perícia somente se justificaria na hipótese - não ocorrida - de controvérsia que demandasse exame técnico especializado, o que não é a situação que se apresenta.

Na espécie, há que estar presente a documentação hábil e idônea que lastreou as operações bancárias, reclamada pelo fisco, mas não apresentada pelo contribuinte, este pretende transferir a terceiro a obrigação de atendimentos que o próprio contribuinte deles deveria se desincumbir, como já foi comentado à saciedade ao longo deste voto.

Portanto, cabendo ao autuado produzir as provas necessárias para demonstrar a origem dos depósitos bancários questionados pelo Fisco, compreendo ser desnecessária a realização da perícia requerida e, em decorrência, indefiro o pedido de sua realização, nos termos do art. 18 do Decreto 70.235, de 1972, com redação dada pelo art. 1º da Lei 8.748, de 1993.

DO MÉRITO

Da Infringência ao Princípio da Tipicidade da Tributação e da Ilegitimidade do Lançamento com Base apenas em Depósitos Bancários.

Primeiramente, cabe esclarecer que, no que tange à omissão de rendimentos de origem não comprovada, a legislação determinou a inversão do ônus da prova, favorecendo o Fisco. O que existe é uma presunção legal de omissão de rendimentos, quando simultaneamente concorrerem dois fatores. O primeiro: movimentação Financeira incompatível com os rendimentos declarados; o segundo: falta de comprovação da respectiva origem.

A primeira norma a regular a tributação com base em depósitos bancários com o fim de autorizar sua utilização com fim de arbitramento da renda omitida foi a Lei n.º 8.021, de 12 de abril de 1990, que assim dispôs em seu art. 6º:

"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

§ 1º- Considera-se sinal exterior de riqueza a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte.

§ 2º Constitui renda disponível a receita auferida pelo contribuinte, diminuída dos abatimentos e deduções admitidos pela legislação do Imposto de Renda em vigor e do Imposto de Renda pago pelo contribuinte.

§3º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, o contribuinte será notificado para o devido procedimento fiscal de arbitramento.

§4º- No arbitramento tomar-se-ão como base os preços de mercado vigentes à época da ocorrência dos fatos ou eventos, podendo, para tanto, ser adotados índices ou indicadores econômicos oficiais ou publicações técnicas especializadas.

§5ª 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.

Qualquer que seja a modalidade escolhida para o arbitramento, será sempre levada a efeito aquela que mais favorecer o contribuinte. "

O texto legal, portanto, permitiu o arbitramento dos rendimentos omitidos, utilizando-se depósitos bancários injustificados, desde que demonstrados sinais exteriores de riqueza, caracterizados por gastos incompatíveis com a renda disponível, e que este fosse o critério de arbitramento mais benéfico ao contribuinte. Percebe-se claramente que na vigência da Lei n° 8.021/90, o fator que permitia presumir a renda omitida eram os sinais exteriores de riqueza, e não os depósitos bancários injustificados, mero instrumento de arbitramento.

Os débitos de imposto de renda com base exclusivamente em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários eram cancelados conforme esiaeblecia o Dccreto-Lei n°2.471/1988:

"Art. 9º Ficam cancelados, arquivando-se, conforme o caso, os respectivos processos administrativos, os débitos para com a Fazenda Nacional, inscritos ou não como Dívida Ativa da União, ajuizados ou não, que tenham tido origem na cobrança:

(...)

VII - do imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários. "

Porém, a partir de 01/01/1997, a tributação com base em depósitos bancários passou a ter um disciplinamento diferente daquele previsto na Lei n.º 8.021/90, com a edição da Lei n° 9.430/1996, cujo art. 42, com a alteração introduzida pelo art. 4*

da Lei n° 9.481/1997, deu suporte a presente autuação, relativa ao ano-calendário de 1998, e que assim dispõe:

"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.

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

§2. 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.

§3. 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;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12 000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00

" (oitenta mil reais).

§ 4^o Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

(...)

Art. 88. Revogam-se:

XVIII - o §5, do art. 6º, da Lei 8.021/1990."

Dessa forma, o legislador estabeleceu, a partir da referida data, uma presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários, condicionada, apenas, à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do contribuinte, em instituições financeiras, ou seja, permitiu que se considerasse ocorrido o fato gerador quando o contribuinte não lograsse comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não o vinculando a necessidade de demonstrar os sinais exteriores de riqueza requeridos pela Lei n° 8.021/90.

Portanto, os depósitos bancários de origem não comprovada efetuados a partir do ano-calendário de 1997, por presunção legal, caracterizam omissão de rendimentos, estando, por conseguinte, sujeitos à tributação pelo Imposto de Renda.

Notc-sc, aqui, que não se trata de configurar como rendimentos tributáveis os depósitos bancários. O objeto da tributação e a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda, que a lei presume omitida quando a origem desses depósitos não é justificada

Não é um simples depósito bancário que é tido como omissão de rendimentos, mas aquele que o titular da conta, regularmente intimado, não comprove a origem dos recursos.

Trata-se de hipótese normativa de incidência do imposto que está em conformidade com a definição do fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza descrita no art. 43 do Código Tributário Nacional. Dela não se vislumbrando ofensa ao princípio constitucional da legalidade.

Importa lembrar, a presunção é um recurso legalmente previsto no art. 44 do CTN: "A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos Inbuíveis".

Essa presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante comprovação, no caso, da origem dos recursos.

Em outras palavras, ao fazer uso de uma presunção legalmente estabelecida, o Fisco está dispensado de provar no caso concreto a omissão de rendimentos. Trata-se, por outro lado, de presunção jûris tantum, que admite a prova em contrário, cabendo ao contribuinte a sua produção.

É o que se depreende dos dispositivos do Código de Processo Civil, cujos preceitos aplicam-se subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal:

"Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único, (omissis)

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

IV- em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. "

No texto abaixo reproduzido, extraído de Imposto sobre a Renda de Pessoas Jurídicas - JÚSTEC-RJ-1979-pag. 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 è relativo) provar que o fato presumido não existe no caso."

Assim, com a edição do art. 42 da Lei n.º 9.430/1996, a autoridade fiscal ficou desobrigada de estabelecer o nexo causal entre cada depósito e o falo que represente omissão de rendimentos, bem como de demonstrar a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível, ou de evidenciar os sinais exteriores de riqueza.

Nesse sentido tem-se a jurisprudência administrativa abaixo:

"IRPF - LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS entrada em vigor da Lei n.º 9.430, de 1996, que em seu artigo 42 autoriza uma presunção legal de omissão de rendimentos sempre que O titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento, tornou-se despicienda a averiguação dos sinais exteriores de riqueza para dar suporte ao lançamento com base em depósitos bancários. (1.ª CC- Acórdão 106-15496/2006) "

IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTO - SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA -LANÇAMENTO COM BASE EM SAQUES BANCÁRIOS - ARTIGO 42 DA LEI N.º 9.430 de 1996 -A presunção legal de omissão de receitas, prevista no art 42, da Lei n.º 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo Sujeito passivo. No entanto, tal presunção não é válida quando o lançamento for efetuado com base em saques bancários. "(1.ª CC Acórdão 104-18008/2001) (grifos nossos).

"DEPÓSITO BANCÁRIO - PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS -Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a LEI 9.430/96. em seu art 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas Operações. "(1.ª CC - Acórdão 102-48982/2008).

Portanto, diante da existência de uma presunção legal, não houve por parte da autoridade administrativa qualquer arbitrariedade, ao contrário, houve a interpretação e aplicação da lei seguindo a atividade vinculada de lançamento nos moldes do art. 142 do CTN.

Logo, cabe ao contribuinte demonstrar a origem dos valores depositados em sua conta bancária; não o fazendo, a presunção legal e de que tais depósitos originam-se de rendimentos subtraídos à tributação e, portanto, cabe ao fisco proceder simplesmente ao lançamento, dos rendimentos assim obtidos por meio de prova presuntiva, nos termos legais. Sendo uma presunção legal, não elidida pelo contribuinte com apresentação de provas, não é necessário a comprovação, por parte da Fiscalização, do aumento patrimonial do contribuinte.

Portanto, a tributação de valores apurados com base em prova indiciária no processo administrativo fiscal, como em qualquer

ramo processual, e perfeitamente legítima, aduzindo ANTONIO DA SILVA CABRAL (Processo Administrativo Fiscal, pág. 305): Vale para o processo fiscal a mesma regra do art. 3S2 do CPC: "Todos os meios legais, bem como os mora/mente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funde a ação ou a defesa".

E de se esclarecer que o artigo 43 do Código Tributário Nacional é norma geral endereçada ao legislador ordinário. Este expediu a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, cujo artigo 42 criou uma presunção legal de que os valores depositados configuram rendimentos tributáveis, quando não comprovada a origem.

O novo tratamento legal dos depósitos bancários veio apenas consagrar a moderna doutrina tributária conforme professora AURÉLIO PÍTANGA SEIXAS FILHO, verbis:

Como opina o Professor Jean Pierre Casimir. "Les Signes Exterieurs de Revenus", na hipótese de sinais exteriores de riqueza, como imóveis, aviões, valores mobiliários, cabe ao Fisco investigar mais profundamente se esses sinais de riqueza não serão o produto ordinário de rendimentos declarados anteriormente.

Porém, na hipótese do sinal exterior de riqueza ser representado por valores monetários depositados em bancos, não cabe à autoridade fiscal qualquer outra prova, salvo a de existência de um saldo significativo omitido na declaração de rendimentos. A regra de experiência e de vida ensina que nem todos os sonegadores têm disposição de investir seus rendimentos sonegados em mansões, veículos de luxo e outros artigos suntuários e, afinal, o fato provado pelo Fisco -recursos financeiros omitidos na declaração de rendimentos e depositados em conta corrente bancária - está bem mais próximo do fato que deve ser provado por presunção - rendimentos tributáveis - do que os mencionados sinais de riqueza que exigem, ainda, uma avaliação em dinheiro.

Se é um dever legal informar ao Fisco os seus rendimentos tributáveis sob pena de severas sanções, inclusive criminais, o contribuinte notificado para justificar a diferença encontrada em seus extratos bancários, passa a ter o ônus de provar a natureza do erro cometido, para não sofrer as conseqüências da falta de provas convincentes, como a de ser considerada verdadeiro, como rendimento tributável, o fato inicialmente presumido pela autoridade fiscal, ff. AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO, Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário - A Função Fiscal. 1995. p. 78-80).

Multa de Ofício. Inexistência de caracterização de confisco

A contribuinte argumentou, ainda, que a multa de ofício aplicada no percentual de 75% caracteriza confisco face ao seu patrimônio e que assim sendo é indevida por força do disposto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal.

A Constituição Federal, em seu artigo 150, inciso 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 no comprometimento da capacidade contributiva do contribuinte.

A multa de ofício aplicada está fundamentada no artigo 44, inciso 1, da Lei nº 9.430, de 1996, que assim dispõe:

Art. 44. Nos Casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de 75% (setenta e cinco por cento), nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - de cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis

A respeito da tese de característica de confisco, cumpre salientar que é dever de todo contribuinte pagar o tributo que decorre de lei. A não realização do comportamento desejável e devido, ou seja, o não cumprimento de tal dever, implica em prejuízo a toda a sociedade.

Por isso tem o Estado o poder-dever de estabelecer mecanismos de coação, a fim de proteger os interesses da sociedade, e o faz através da imposição de penalidades inibidoras das ações ilícitas. Em matéria tributária, esta se consubstancia, basicamente, na instituição de multas pecuniárias, visando a evitar ou reparar o dano que lhe é consequente. A norma jurídica veiculadora da multa de ofício tem esta finalidade.

A vedação constitucional ao confisco aplica-se tão-somente à instituição do tributo (valor principal do crédito tributário), em nada limitando a instituição das sanções de caráter eminentemente repressivo, como é o caso das penalidades tributárias. A multa pecuniária, fixada pela lei em 75% do valor do tributo, é penalidade tributária, com evidente caráter repressivo. Sanções dessa ordem podem ser, até mesmo, expressamente confiscatória, tal é o caso da pena de perdimento prevista no Regulamento Aduaneiro (artigos 617 a 627 do Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002).

Assim, nesses termos não deve ser acolhida a alegação de que a multa de ofício aplicada caracteriza confisco.

Juros de Mora. Taxa Selic Legalidade

Finalizando a impugnação, o contribuinte insurgiu-se de forma genérica contra os juros de mora que foram calculados com base na Taxa Selic.

Saliente-se que, nos termos do artigo 161 do CTN, o tributo não pago no vencimento sujeitar-se-á, além das penalidades cabíveis,

a juros de mora, que serão calculados de acordo com a legislação vigente dentro do período de atraso.

Para o caso, os juros de mora foram calculados de acordo com o § 3º do artigo 61 da lei nº 9.430, de 1996, legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador, conforme demonstrativo anexo ao Auto de Infração. De acordo com o retrocitado dispositivo legal, os tributos e as contribuições sociais, arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, serão acrescidos dos juros de mora, incidentes a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento, equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o mês anterior ao do pagamento e de 1% no mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

Desta forma, não há ilegalidade na cobrança dos juros de mora de acordo com a taxa Selic, como procedida no auto de infração.

Conclusão

Ante o exposto, voto por **CONHECER** o recurso voluntário apresentado e, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo o crédito tributário discutido.

Assinado digitalmente

Paulo Sergio da Silva – Relator