



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

Processo nº 19515.001324/2003-44
Recurso nº 174.405 Voluntário
Acórdão nº 2101-00.870 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de dezembro de 2010
Matéria IRPF
Recorrente JOÃO ALBERTO PESCARA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1999

NULIDADE DA INTIMAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

Não sendo possível a intimação pessoal ou por via postal, deve proceder a intimação por edital, nos termos dos §§ 1º e 3º do artigo 23 do Decreto nº 70.235, de 1972.

EXTRATO BANCÁRIO - DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

A Lei complementar 105, de 10/01/2001, definiu o âmbito de aplicação do conceito de sigilo com relação às informações bancárias, dispensando a administração tributária da autorização judicial para obtê-las, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso.

DEPÓSITO BANCÁRIO. DECADÊNCIA.

Nos casos de lançamento por homologação, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário expira após cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, que se perfaz em 31 de dezembro de cada ano-calendário. A omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada deve ser apurada em base mensal e tributada na tabela progressiva anual, juntamente com os demais rendimentos declarados.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Caracteriza-se omissão de rendimento o crédito bancário sem origem comprovada.

ACRÉSCIMOS LEGAIS - MULTA DE OFÍCIO - JUROS DE MORA.

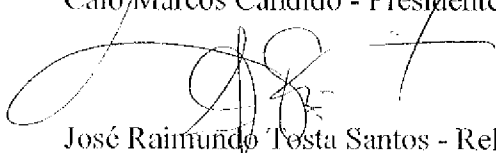
Por se tratar de atividade vinculada à lei, deve a fiscalização aplicar a penalidade e os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários nela previstos.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e, no mérito, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.


Caio Marcos Cândido - Presidente


José Raimundo Tosta Santos - Relator

EDITADO EM: 11 FEV 2011

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Caio Marcos Cândido, José Raimundo Tosta Santos, Alexandre Naoki Nishioka, Gonçalo Bonet Allage, Odmir Fernandes e Ana Neyle Olímpio Holanda.

Relatório

O recurso voluntário em exame pretende a reforma do Acórdão nº 04-12.746, (fl. 136), que, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares argüidas e, no mérito, julgou procedente o lançamento.

A infração indicada no lançamento e os argumentos de defesa suscitados na impugnação foram sintetizados pelo Órgão julgador a quo nos seguintes termos:

João Alberto Pescara, acima identificado, foi autuado a recolher o Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) no valor total do crédito tributário de R\$ 453.442,58, conforme Auto de Infração, demonstrativos e termo de fls. 95-100.

O lançamento ocorreu em razão da omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito mantidas em instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, intimado, não comprovou mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações ocorridas no ano-calendário 1998, no montante de R\$ 186.379,46, conforme Demonstrativo de Apuração (fls. 98) e demais documentos que instruem o lançamento. Fundamento legal: art. 42 da Lei nº 9.430/1996, art. 40 da Lei nº 9.481/1997, art. 21 da Lei nº 9.532/1997 (fls. 97).

Intimado em 09/04/2003 (AI, fls. 95), o contribuinte através de seu advogado apresentou impugnação nem 29/04/2003 (fls. 102-117), alegando, em síntese, o seguinte:

a) o devido processo legal exige que seja regularmente intimado o litigante, em processo judicial ou administrativo, compreendendo o direito de ser ouvido e o direito de oferecer e produzir provas. A autoridade fiscal dispunha antecipadamente dos dados sigilosos e a movimentação financeira do contribuinte, e somente após intimou-o no endereço correto, para prestar informações, daí a nulidade em razão de não ter sido intimado para apresentar documentos, prestar esclarecimentos e acompanhar os atos preparatórios ao lançamento, restando violados os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, do devido processo legal e do sigilo de dados;

b) ocorreu violação ao sigilo bancário, que é garantia do cidadão conforme estatuído nos incisos X e XII do art. 50 da "Constituição Federal. É verdade que a Lei Complementar nº 105/2001, enumera inúmeras situações em que, independentemente de autorização judicial, o sigilo bancário é quebrado. Porém, há dificuldade em conciliar os casos de quebra do sigilo ali previstos com a garantia ao direito à privacidade e à intimidade. Assim, o sigilo bancário por ser um direito fundamental só pode ser quebrado para fins tributários pelo Poder Judiciário, dado a ausência de interesse direto no resultado da ação fiscalizadora;

c) no mérito, o imposto de renda tem por hipótese de incidência possível, o fato de uma pessoa física ou jurídica, auferir rendas e proventos. Segundo Roque Antonio Carraza, o Código Tributário Nacional reforça a idéia de que o imposto em tela só pode incidir sobre a aquisição de disponibilidade de riqueza nova, em dinheiro ou equivalente, advinda do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, encerrando a idéia de um resultado, advindo de um investimento, ou de um capital, deste modo, improcedente a autuação fiscal, que alega a movimentação financeira incompatível com rendimentos declarados, o que seria justificado, na hipótese de regular e válida intimação do contribuinte para tanto;

d) caso seja mantida a autuação, o que se admite ad argumentandum, é de rigor a redução da multa, fixada em percentual manifestamente aviltante, devendo ser reduzida a patamar razoável, sendo também elevada, abusiva e confiscatória, calculada à alíquota de 75%. A imposição de multa, in casu, está diretamente ligada ao ânimo do contribuinte de desatender intimação de autoridade fiscal. O que é inadmissível, é ser penalizado de forma tão acentuada, por suposto não-atendimento a intimação, que não recebeu;

e) é inconstitucional a aplicação de juros que excedam o percentual de 1% ao mês, representada pela aplicação da taxa Selic no cálculo de tributos em atraso, dada a inequívoca ausência de diploma legal a respaldar a sua utilização, sendo, como é, inconstitucional a sua adoção para o fim pretendido pelo fisco;

f) por fim, reiterou as alegações supra e pediu a improcedência da autuação,

Juntou procuração, documentos pessoais e cópia do AI fls. 118-122, 126-127 e cópia do documento do procurador fls 132-134.

Ao apreciar o litúgio, o Órgão julgador a quo manteve integralmente o lançamento, resumindo o seu entendimento na seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário 1998

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. CERCEAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Nos termos da legislação e da doutrina tributária, o procedimento de fiscalização é inquisitório, abrindo-se ao contribuinte a faculdade de exercer os princípios do contraditório e da ampla defesa quando é intimado para impugnar o lançamento.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO.

Inexiste sigilo bancário para o Fisco, o qual deve guardar, sob pena de responsabilidade, as informações obtidas legalmente.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.

É defeso em sede administrativa discutir a constitucionalidade e ou legalidade das leis em vigor.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Sujeita-se ao imposto a omissão de rendimentos caracterizada pelos valores creditados em contas de depósito, não tendo o contribuinte comprovado a origem dos recursos utilizados nessas operações

Lançamento Procedente

Cientificado da decisão de primeiro grau, o contribuinte apresentou o Recurso Voluntário de fls. 146/174:

- a) Em sede de preliminar, entende que o Auto de Infração deve ser declarado nulo, seja pela ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório por não terem sido esgotados todos os meios de intimação antes da convocação editalícia; e ainda devido à quebra do sigilo bancário em procedimento fiscal, pela simples solicitação do Fisco, sem a prévia autorização do Poder Judiciário, sendo inaplicável a Lei Complementar nº 105/2001 para períodos anteriores à sua vigência, bem assim por ofensa a direitos individuais protegidos pela Constituição Federal;*
- b) No mérito, argui a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, para o período de janeiro a abril de 1998, considerando o imposto mensal e sujeito ao lançamento por homologação, nos termos do artigo 150 do CTN, entende que ficou demonstrada na impugnação administrativa que a presunção de omissão de receita ou de rendimento, caracterizado pela falta de comprovação da origem dos valores creditados em conta bancária não constitui, por si só, fato gerador de renda e proventos (CTN, artigo 43, inciso I). O lançamento baseado em depósitos bancários só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre depósito e o fato que representa omissão de rendimento, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Ficou demonstrado também o caráter confiscatório da multa aplicada pela Fiscalização, bem assim a natureza remuneratória dos juros com base na taxa SELIC, manifestamente inconstitucional para fins de atualização do pretense crédito tributário, dada à inequívoca ausência de diploma legal a respaldar a sua utilização.*

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Raimundo Tosta Santos, Relator

O recurso atende os requisitos de admissibilidade.



Diferentemente do que aduz o recorrente, quando a correspondência enviada ao seu domicílio fiscal, declarado à Receita Federal, retornou sem que o contribuinte fosse encontrado (fls. 21/22), a fiscalização poderia imediatamente efetuar a intimação através de edital, conforme dispõem os §§ 1º e 3º do artigo 23 do Decreto nº 70.235, de 1972. Entretanto, por cautela, a fiscalização diligenciou no endereço cadastrado pelo contribuinte, havendo consignado no Termo de Constatação Fiscal à fl. 23 que o autuado é pessoa desconhecida no local. Não há que se falar, portanto, em nulidade do lançamento, por ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, até porque com a requisição do cadastro bancário do contribuinte, finalmente a fiscalização pode localizá-lo e intimá-lo a comprovar a origem dos créditos bancários, mas este sequer apresentou justificativas.

Ainda em preliminar, constata-se que a fiscalização procedeu à requisição dos extratos bancários às instituições financeiras com suporte na Lei complementar 105, de 2001, que define o âmbito de aplicação do conceito de sigilo com relação às informações bancárias, dispensando a administração tributária da autorização judicial para obtê-las, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. O acesso aos dados financeiros constitui uma das formas de obtenção de elementos para configurar os fatos econômicos possíveis de subsunção à hipótese de incidência do tributo. Assim, dita norma insere-se no campo do Direito Adjetivo ou Direito Processual Tributário, característica que lhe permite ação sobre os fatos pendentes, nos termos do § 1º do artigo 144 do CTN.

As circunstâncias relevantes para a requisição dos extratos bancários decorrem dos seguintes fatos: havia procedimento fiscal em curso e o contribuinte, intimado a apresentar os extratos bancários, não o fez; o contribuinte apresentou declaração de isento, incompatível com o volume de recursos creditados em conta bancária no ano-calendário de 1998.

Existem diversos tipos de informações pessoais que a lei obriga ou permite que sejam comunicadas aos poderes públicos em diversos momentos da vida do cidadão. Por exemplo, o patrimônio individual deve ser informado na declaração de ajuste anual, os rendimentos devem ser informados pelas fontes pagadoras. Em nenhum destes casos está sendo violado princípios constitucionais garantidores de direitos fundamentais.

Por outro lado, cabe ressaltar que o nosso ordenamento constitucional, na medida em que prevê a proteção à privacidade, igualmente chancela, no seu art. 145, parágrafo 1º, o direito da administração pública de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. É desnecessário afirmar que sobre a administração tributária também pesa o dever do sigilo.

Neste contexto, o jurista Hugo Brito de Machado se pronunciou: “não tivesse a Administração Pública a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, não poderia tributar, a não ser na medida em que os contribuintes, espontaneamente, declarassem ao fisco os fatos tributáveis. O tributo deixaria de ser uma prestação pecuniária e compulsória, para ser uma prestação voluntária, simples colaboração do contribuinte, prestada ao Tesouro Público” (Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 18 – Editora Resenha Tributária – São Paulo/1993).

No mesmo diapasão, o Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional Aldemário Araújo Castro, no artigo intitulado “A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela Lei Complementar nº 105/2001”, disponível na Internet no “site” <http://www.aldemario.adv.br>, destaca, com propriedade que:

Importa ainda ressaltar que o conhecimento das operações bancárias pelo Fisco não significa quebra do sigilo bancário. A idéia de quebra está relacionada com a comunicação ou informação prestada a terceiros, de forma ampla, dos dados protegidos. Não há quebra quando as informações são transferidas, por razões juridicamente aceitáveis, com a manutenção do traço sigiloso por parte do novo conhecedor. Assim, quando o Fisco toma conhecimento de informações financeiras dos contribuintes não o faz com o intuito ou com o fim de divulgá-las para terceiros. Pelo contrário, todos os agentes fiscais estão obrigados a resguardar as informações manuseadas sob pena de responsabilidade penal e administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, em decisão datada de 02/12/2003, exarada no Recurso Especial nº 506.232-PR, cuja ementa é adiante transcrita, também já decidiu sobre a possibilidade de quebra do sigilo bancário levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001:

TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART 144, § 1º DO CTN.

1. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.

2. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.

3. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.

4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "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."



5. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.

7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.

8. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.

9. Recurso Especial provido.

Recentemente, em 24/11/2010, por seis votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal (STF) cassou medida liminar concedida na Ação Cautelar (AC) 33, pelo ministro Marco Aurélio (relator), que impedia a quebra de sigilo bancário da GVA Indústria e Comércio S/A pela Receita Federal. A liminar concedida tinha o objetivo de dar efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário (RE 389808) interposto na Corte pela própria empresa. Com esta decisão, reconhecido pela Suprema Corte que a Receita Federal pode pedir diretamente aos bancos dados sigilosos de pessoas físicas e jurídicas, sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário. Na prática, o tribunal assegurou um direito que a Receita já tinha desde 2001, quando foi editada a Lei Complementar 105, que permite a quebra de sigilo bancário a todos os agentes fiscais da União, estados e municípios sem recorrer à Justiça, desde que tenha sido aberto um processo administrativo justificando tal ação.

Em relação à decadência, este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tem reiteradamente decidido que as alterações legislativas do imposto de renda, ao atribuir à pessoa física a incumbência de apurar e pagar o imposto, sem prévio exame da autoridade administrativa, classifica-se na modalidade de lançamento por homologação, na forma do artigo 150 do CTN, pois a entrega da declaração de rendimentos converteu-se em mero cumprimento de obrigação acessória (repassa ao órgão administrativo de informações para fins de controle do adequado cumprimento da legislação tributária, com ou sem obrigação principal a ser adimplida -- Acórdão CSRF/01-04.493 de 14/04/2003 – DOU de 12/08/2003).

A natureza do lançamento é determinada pela legislação do tributo, que impõe ao sujeito passivo a obrigação de ocorrido o fato gerador, identificar a matéria tributável, apurar o imposto devido e efetuar o pagamento sem prévio exame da autoridade. Se

não houver imposto a pagar, por ter havido prejuízo ou pela operação não estar sujeita à incidência tributária, a natureza do lançamento não se altera. No caso em exame, ressalte-se, houve antecipação e recolhimento do imposto apurado na DIRPF.

As antecipações mensais, previstas na Lei nº 7.713, de 1988, não suprimiram o fato gerador anual do tributo (artigos 2º e 9º da Lei nº 8.134, de 1990), que abarcam todos os rendimentos auferidos no ano, as deduções, sendo esta base de cálculo que irá prevalecer para a apuração do *quantum debeatur*, com a conseqüente restituição do imposto retido durante o ano base ou o pagamento suplementar do tributo. As exceções à regra são os casos de tributação definitiva (renda variável e ganho de capital) e os rendimentos tributados exclusivamente na fonte (prêmios, 13ª salário etc). Não há no artigo 42 da Lei 9.430, de 1996, nenhuma disposição neste sentido.

No decorrer do ano-calendário o contribuinte antecipa, mediante a retenção na fonte, carnê-leão ou por meio do pagamento espontâneo, o imposto que será apurado em definitivo após o encerramento do ano-calendário. É nessa oportunidade que o fato gerador do imposto de renda resta concluído. Por ser do tipo complexo (complexivo, complessivo), segundo a classificação doutrinária, o fato gerador do imposto de renda surge completo no último dia do ano. Não seria correta, portanto, a afirmação de que o IRPF possui como data de ocorrência do fato gerador o último dia de cada mês e o termo inicial de contagem da decadência o 1º dia útil do mês seguinte. As omissões ocorridas durante os meses do ano comportam-se, no presente caso, no fato gerador concluído no final do ano-calendário.

A omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem comprovação da origem, que transitaram pela conta bancária do recorrente deve ser apurada, portanto, em base mensal – como ocorre com vários tipos de rendimentos auferidos pelas pessoas físicas, em consonância com as disposições das Leis nºs 7.713/1988, 8.134/1990, 8.383/1991, 9.250/1995 e 9.430/1996 – e tributada no ajuste anual, pois não se pode presumir o regime de tributação dos numcrários depositados. Se a legislação não excepcionou a regra de tributação para esta omissão, impondo uma incidência autônoma e definitiva, deve-se levá-la à regra geral, que é apuração em base mensal, sem prejuízo do ajuste anual, coerentemente com o que dispõe a legislação já mencionada.

Sacha Calmon Navarro Coelho, explica que “o legislador pode dizer que o fato gerador do IR das pessoas jurídicas ocorre na data dos respectivos balanços”, in Comentários à Constituição de 1988 – Sistema tributário, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 218.

Leandro Paulsen, ministra que “o imposto de renda da pessoa física tem periodicidade anual, com antecipações de pagamento mensais. O imposto de renda da pessoa jurídica pode ser anual ou trimestral, dependendo de opção da empresa, nos termos do que dispõe o art. 1º da Lei nº 9.430/1996”, in Direito tributário. Constituição e Código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. Porto Alegre, 2001. Livraria do Advogado, p. 522.

O Ministro Franciulli Netto, do Superior Tribunal de Justiça, no RESP 584.195 / PE, julgado em 19.02.2204, deixa assente que “o conceito de renda envolve necessariamente um período, que, conforme determinado na Constituição Federal, é anual. Mais a mais, é complexa a hipótese de incidência do aludido imposto, cuja ocorrência dá-se apenas ao final do ano-base, quando poderá se verificar os últimos dos fatos requeridos pela hipótese de incidência do tributo”.

No caso específico do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, sob pena de inviabilizar a sua aplicação, é impossível apurar o fato gerador a cada mês. Como visto, são dois os limites estabelecidos pelo legislador: 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).

A medida em que forem abandonados valores mensais por suposta decadência o limite anual será afetado, inviabilizando a aplicação da norma.

Reitere-se, também, que o fato gerador há que ser anual, posto não se tratar de tributação exclusivamente na fonte ou definitiva, única possibilidade que as normas do imposto de renda permitem a hipótese mensal de incidência. Neste sentido, dispõe a Instrução Normativa SRF nº 246, de 20 de novembro de 2002, que trata especificamente da tributação dos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantidos em instituição financeira, em relação aos quais o contribuinte pessoa física, regularmente intimado, não comprove a origem dos recursos:

Art. 1º Considera-se omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, cuja origem dos recursos o contribuinte, regularmente intimado, não comprove mediante documentação hábil e idônea.

(...)

Art. 4º Os rendimentos omitidos, de origem não comprovada, serão apurados no mês em que forem recebidos e estarão sujeitos à tributação na declaração de ajuste anual, conforme tabela progressiva vigente à época. (grifei)

Por fim, cumpre ressaltar que a Súmula CARF nº 38, a seguir transcrita, de aplicação obrigatória neste Conselho, consolidou a jurisprudência majoritária na linha acima esposada.

SÚMULA CARF Nº 38: *O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário.*

O Auto de Infração foi cientificado ao sujeito passivo em 09/04/2003 (fl. 95), e, para omissões apurados durante o ano-calendário de 1998 (com fato gerador em 31/12/1998), a contagem do prazo decadencial tem início em 01/01/1999 com termo final em 31/12/2003. Não ocorreu, portanto, a decadência suscitada pelo recorrente.

No mérito, a tributação com base em depósitos bancários, a partir de 01/01/97 é regida pelo art. 42, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, publicada no DOU de 30/12/1996, que instituiu a presunção de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprovasse mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações. Confira-se:

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;

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). (Alterado pela Lei nº 9.481, de 13.8.97).

§ 4º 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.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002).

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002).

O fato gerador do imposto de renda é sempre a renda auferida. Os depósitos bancários (entrada de recursos), por si só, não se constituem em rendimentos. Daí por que não se confunde com a tributação da CPMF, que incide sobre a mera movimentação financeira, pela saída de recursos da conta bancária do titular. Por força do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, o depósito bancário foi apontado como fato presuntivo da omissão de rendimentos, desde que a pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados na operação.

Alfredo Augusto Becker¹, alicerçado na doutrina francesa e espanhola, ao distinguir presunção legal e ficção legal, assim escreveu:

¹ BECKER, Alfredo Augusto, Teoria Geral do Direito Tributário, 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, pág. 509. Ed. Lejus

Existe uma diferença radical entre a presunção legal e a ficção legal. 'A presunção tem por ponto de partida a verdade de um fato. de um fato conhecido se infere outro desconhecido. A ficção, todavia, nasce de uma falsidade. Na ficção, a lei estabelece como verdadeiro um fato que é provavelmente (ou com toda a certeza) falso. Na presunção a lei estabelece como verdadeiro um fato que é provavelmente verdadeiro. A verdade jurídica imposta pela lei, quando se baseia numa provável (ou certa) falsidade é ficção, quando se fundamenta numa provável veracidade é presunção legal'.

A regra jurídica cria uma presunção legal quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é certa, impõe-se a certeza jurídica da existência do fato desconhecido cuja existência é provável em virtude da correlação natural de existência entre estes dois fatos.

A regra jurídica cria uma ficção legal quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é improvável (ou falsa) porque falta correlação natural de existência entre os dois fatos

Para Pontes de Miranda², presunções são fatos que podem ser verdadeiros ou falsos, mas o legislador os têm como verdadeiros e divide as presunções em *iuris et de iure* (absolutas) e *iuris tantum* (relativas). As presunções absolutas, na lição deste autor, são irrefragáveis, nenhuma prova contrária se admite; quando, em vez disso, a presunção for *iuris tantum*, cabe a prova em contrário.

Conforme destacado anteriormente, na presunção o legislador apanha um fato conhecido, no caso o depósito bancário e, deste dado, mediante raciocínio lógico, chega a um fato desconhecido que é a obtenção de rendimentos. A obtenção de renda presumida a partir de depósito bancário é um fato que pode ser verdadeiro ou falso, mas o legislador o tem como verdadeiro, cabendo à parte que tem contra si presunção legal fazer prova em contrário. Neste sentido, não se pode ignorar que a lei, estabelecendo uma presunção legal de omissão de rendimentos, autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos. Em síntese, a lei considera que os depósitos bancários, de origem não comprovada, analisados individualizadamente, caracterizam omissão de rendimentos. A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos.

A caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um depósito bancário, considerado isoladamente. Pelo contrário, a presunção de omissão de rendimentos está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos recursos depositados em contas bancárias, com a análise individualizada dos créditos, conforme expressamente previsto na lei. Portanto, claro está que o fato gerador do imposto de renda, no caso, não está vinculado ao crédito efetuado na conta bancária, pois, se o crédito tiver por origem transferência de outra conta do mesmo titular, ou a alienação de bens do patrimônio do contribuinte, ou a assunção de exigibilidade, como dito anteriormente, não cabe falar em rendimentos ou ganhos, justamente porque o patrimônio da pessoa não terá sofrido qualquer alteração quantitativa. O fato gerador é a circunstância de tratar-se de dinheiro novo no seu

² MIRANDA, Pontes, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, pág. 234, Ed. Forense, 1974.

patrimônio, assim presumido pela lei em face da ausência de esclarecimentos da origem respectiva.

Quanto à tese de ausência de evolução patrimonial ou consumo capaz de justificar o fato gerador do imposto de renda, é verdade que este imposto, conforme prevê o artigo 43 do CTN, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, isto é, de riqueza nova. Entretanto, o legislador ordinário presumiu que há aquisição de riqueza nova nos casos de movimentação financeira em que o contribuinte não demonstre a origem dos recursos. A atuação da administração tributária é vinculada à lei (artigo 142 do CTN), sendo vedado ao fisco declarar a inconstitucionalidade de lei devidamente aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República. Neste diapasão, o Primeiro Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula nº 02 consolidando sua jurisprudência no sentido de que o Órgão “*não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*” A jurisprudência do CARF, consubstanciada na Súmula 26, é mansa e pacífica a esse respeito:

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.*

A partir da vigência do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, os depósitos bancários deixaram de ser “modalidade de arbitramento” — que exigia da fiscalização a demonstração de gastos incompatíveis com a renda declarada (aquisição de patrimônio a descoberto e sinais exteriores de riqueza), conforme interpretação consagrada pelo poder judiciário (súmula TFR 182) e pelo Primeiro Conselho de Contribuintes (conforme arestos colacionados no recurso) e artigo 9º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 2.471/88, que determinava o cancelamento dos lançamentos do imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários — para se constituir na própria omissão de rendimento (art. 43 do CTN), decorrente de presunção legal, que inverte o ônus da prova em favor da Fazenda Pública Federal.

Durante o procedimento de fiscalização o contribuinte foi devidamente intimado a comprovar a origem dos créditos bancários (Intimações às fls. 80/86 e Termo de Verificação Fiscal às fls. 90/94), cumprindo requisito fundamental estabelecido pelo artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, para que a presunção legal utilizada no lançamento em exame possa ser validamente aplicada. O contribuinte, entretanto, não apresentou qualquer documento comprobatório da origem dos créditos, nem sequer trouxe esclarecimentos a respeito dos esclarecimentos solicitados pela fiscalização. A incidência prevista na norma do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, está reservada ao crédito sem origem comprovada, como no caso em tela.

Com efeito, não foram apresentados esclarecimentos nem documentos hábeis e idôneos a demonstrar a origem do depósito bancário em exame. Conforme determina o § 2º do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, quando o crédito bancário tem sua origem comprovada, mas resulta de valores omitidos, que não foram computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estavam sujeitos, submete-se às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos os rendimentos omitidos. Sem a comprovação da origem do crédito, prevalece a infração à legislação tributária, na forma como descrito no Auto de Infração.

Por fim, o percentual mínimo de aplicação da multa de ofício é de 75% (setenta e cinco por cento), consoante determina o artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996. A única previsão legal de abrandamento da multa está contida no artigo 6º da Lei nº 8.218, de 1991, que prevê a redução de cinquenta por cento da multa de lançamento de ofício, ao

contribuinte que, notificado, efetuar o pagamento do débito no prazo legal de impugnação. Se houver impugnação tempestiva, a redução será de trinta por cento, se o pagamento do débito for efetuado dentro de trinta dias da ciência da decisão de primeira instância.

Em relação à imposição dos juros de mora, a mesma encontra respaldo nas determinações do artigo 161, do Código Tributário Nacional, *in litteris*:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

A cobrança dos juros de mora não tem caráter punitivo, a sua incidência visa compensar o período de tempo em que o crédito tributário deixou de ser pago. Por ter o sujeito passivo ficado com a disponibilidade dos recursos, sem tê-los repassados aos cofres públicos. Aqui, impende observar que o § 1º do artigo 161 do CTN, supra citado, tem o percentual de 1% ao mês como obrigatório apenas se não houver determinação legal dispondo em contrário. Atualmente, os juros são cobrados em percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC -- por força dos dispositivos do art. 13 da Lei nº 9.065, de 1995 e § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996 -- não havendo reparos a fazer quanto aos juros cobrados no Auto de Infração. Neste sentido tem decidido reiteradamente este Primeiro Conselho de Contribuintes.

Paulo de Barros Carvalho, eminente tratadista do Direito Tributário, (Curso de Direito Tributário, 9ª edição, Editora Saraiva: São Paulo, 1997, p. 337), discute sobre as características dos juros moratórios, imprimindo-lhes um caráter remuneratório pelo tempo em que o capital ficou com o administrado a mais que o permitido:

"(...) Sobre os mesmos fundamentos, os juros de mora, cobrados na base de 1% ao mês, quando a lei não dispuser outra taxa, são tidos por acréscimo de cunho civil, à semelhança daqueles usuais nas avenças de direito privado. Igualmente aqui não se lhes pode negar feição administrativa. Instituídos em lei e cobrados mediante atividade administrativa plenamente vinculada, distam de ser equiparados aos juros de mora convencionados pelas partes, debaixo do regime da autonomia da vontade. Sua cobrança pela Administração não tem fins punitivos, que atemorizem o retardatário ou o desestimule na prática da dilação do pagamento. Para isso atuam as multas moratórias. Os juros adquirem um traço remuneratório do capital que permanece em mãos do administrado por tempo excedente ao permitido. Essa particularidade ganha realce, na medida em que o valor monetário da dívida se vai corrigindo, o que presume manter-se constante com o passar do tempo. Ainda que cobrados em taxas diminutas (1% do montante devido, quando a lei não dispuser sobre outro valor percentual), os juros de mora são adicionais à quantia do débito, e exibem, então, sua essência remuneratória, motivada pela circunstância de o contribuinte reter consigo importância que não lhe pertence."
(grifos nossos)

Por oportuno, convém lembrar que falece competência à administração pública para negar vigência a leis editadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo presidente da República, até porque a sua missão é atuar conforme a lei (executá-la). O exame da constitucionalidade das leis é tarefa estritamente reservada aos órgãos do Poder Judiciário (art.102 da Constituição Federal, de 1988). Assim, pressupõe-se que os princípios constitucionais estão nelas contemplados pelo controle a priori da constitucionalidade das leis.

Não cabe, portanto, à fiscalização se posicionar acerca das questões suscitadas pelo recorrente, no que tange à inconstitucionalidade da exigência dos acréscimos legais em montantes que entende serem excessivos, com ofensa à vedação constitucional ao confisco e ao princípio da capacidade contributiva.

O artigo 62 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, veda aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. No sentido desta limitação de competência tem se firmado tanto a jurisprudência judicial quanto as reiteradas manifestações deste Conselho, traduzidas estas em inúmeros de seus acórdãos; cite-se, entre estes, o de nº 106-07.303, de 05/06/95:

CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS - Não compete ao Conselho de Contribuintes, como tribunal administrativo que é, e, tampouco ao juízo de primeira instância, o exame da constitucionalidade das leis e normas administrativas.

LEGALIDADE DAS NORMAS FISCAIS - Não compete ao Conselho de Contribuintes, como Tribunal Administrativo que é, e, tampouco ao juízo de primeira instância, o exame da legalidade das leis e normas administrativas.

Acrescento ainda aos fundamentos já declinados a recente consolidação das súmulas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, através do Anexo III da Portaria CARF nº 106, de 21/12/2009:

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

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.

Súmula CARF nº 5: São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

Em face ao exposto, rejeito as preliminares argüidas e, no mérito, nego provimento ao recurso.


José Raimundo Testa Santos