



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

Processo nº 19515.003458/2004-81
Recurso nº 174.584 Voluntário
Acórdão nº **2202-01.246 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 25 de julho de 2011
Matéria IRPF - Depósito Bancário
Recorrente EDUARDO NAUFEL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999, 2000

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. EFEITOS

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial, conforme Súmula nº 1 do Primeiro Conselho de Contribuintes.

PROVAS ENCAMINHADAS PELO PODER JUDICIÁRIO. VALIDADE.

Incabível o questionamento a respeito da licitude de prova encaminhada pela autoridade judicial, a qual, constitucionalmente, tem o monopólio da condução do processo criminal e entendeu que a prova colhida no processo crime poderia ser utilizada pelo fisco.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 1999, 2000

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS

Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, sendo dispensável comprovar o consumo da renda representado pelos depósitos bancários (Súmula CARF nº 26, em vigor desde 22/12/2009).

DEPÓSITO BANCÁRIO. TRANSFERÊNCIA ENTRE CONTAS. COMPROVAÇÃO DE ORIGEM.

Na apuração da matéria tributável decorrente de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, a

transferência de numerário entre contas deve ser devidamente comprovada para que o valor correspondente possa ser abatido do montante tributável, não se admitindo a simples exclusão das saídas de recursos sem qualquer vinculação.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1999, 2000

JUROS DE MORA. TAXA SELIC

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios dos débitos para com a Fazenda Nacional passaram a ser equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, de acordo com precedentes já definidos pela Súmula nº 4 do CARF, vigente desde 22/12/2009.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso no que diz respeito ao direito à sustentação oral no julgamento de primeira instância e demais atos necessários ao exercício do direito à ampla defesa, tendo em vista a opção do contribuinte pela via judicial. Na parte conhecida, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar suscitada pelo recorrente e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann – Presidente

(Assinado digitalmente)

Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga - Relatora

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Rafael Pandolfo, Antonio Lopo Martinez, Guilherme Barranco de Souza, Pedro Anan Júnior e Nelson Mallmann. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Helenilson Cunha Pontes.

Relatório

Contra o contribuinte acima qualificado foi lavrado o Auto de Infração de fls. 257 a 260 - volume II, integrado pelos demonstrativos de fls. 254 a 256 - volume II, pelo qual se exige a importância de R\$297.789,22, a título de Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF, acrescida de multa de ofício de 75% e juros de mora, em virtude da omissão de rendimentos decorrente de depósitos bancários de origem não comprovada, anos-calendário 1999 e 2000.

DA AÇÃO FISCAL

Conforme consignado no Relatório Fiscal de fl. 7 – volume I, os extratos bancários da conta mantida pelo contribuinte junto ao Banco Cidade foram enviados pelo Juízo da Terceira Vara Criminal Federal - Primeira Subseção Judiciária do Estado de São Paulo para análise e elaboração de relatório conclusivo sobre a prática de crime contra a ordem tributária.

O procedimento fiscal encontra-se resumido no Termo de Verificação Fiscal de fls. 252 e 253 - volume II, no qual o autuante esclarece que:

- o contribuinte foi cientificado do Termo de Início de Fiscalização lavrado em 17/02/2004 por via postal, conforme Aviso de Recebimento recebido em 26/02/2004;
- o contribuinte apresentou dezoito folhas de extratos bancários que não contemplavam toda a movimentação financeira no período de 1999 e 2000;
- foi solicitado ao Juízo da Terceira Vara Criminal Federal - Primeira Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, toda a movimentação bancária do contribuinte no período de 01/01/1999 a 31/12/2000;
- regularmente intimado a comprovar a origem dos depósitos bancários (em 15/10/2004 e 30/11/2004), o contribuinte não respondeu;
- feita a análise dos extratos bancários enviados pela Justiça, dos Bancos Bradesco, Cidade e HSBC, foi apurada omissão de rendimentos caracterizada por depósitos de origem comprovada, nos anos-calendário 1999 e 2000, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformado, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 266 a 292 - volume II, cujo resumo se extraí da decisão recorrida (fls. 318 e 319 - volume II):

3.0 Auto de Infração foi lavrado em 22/12/2004, tomando o autuado ciência em 29/12/2004, via postal, AR de fl.263, ingressou com a impugnação (fls. 266 a 292), em 19/01/2005, alegando, em resumo, o seguinte:

3.1. PRELIMINARES. DO CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA E DA TRANSGRESSÃO A MANDAMENTO CONSTITUCIONAL. Argumenta que, o contribuinte não pôde fazer uso de seu direito constitucional de defesa e opor sua resistência legal a procedimentos adotados pela fiscalização uma vez que deles não tomou conhecimento;

3.2. diz que, o magistrado que teria autorizado a quebra de sigilo não teve a oportunidade de ouvir as razões do impugnante e julgar, de maneira imparcial, o pedido do fisco;

3.3. MÉRITO. DO ÔNUS DA PROVA E DA AUSÊNCIA DA SUA COMPROVAÇÃO. O impugnante faz transcrição de trechos da doutrina de Paulo Barros Carvalho;

3.4. alega que, não há que se falar em inversão do ônus da prova por força de presunção. Complementa, a moderna doutrina, de cunho eminentemente democrático, exige a prova produzida por quem os fatos alega;

3.5. desta maneira, cabe ao Fisco, diante da movimentação bancária fazer a prova da ocorrência do fato gerador do tributo (vide art. 153 da CF), demonstrando cabalmente ou o aumento patrimonial do contribuinte, ou o consumo ou até mesmo ambas as ocorrências, sendo estes os elementos do fato Imponível da obrigação, cabe ao fisco a demonstração cabal da hipótese de incidência tributária;

3.6. diz que, o Imposto sobre a Renda não poderá ser exigido se tal exigência contrariar o disposto no art. 153 da Constituição Federal e os elementos do fato gerador do próprio tributo;

3.7. cita a SÚMULA 182 do antigo Tribunal Federal de Recursos e analisa a repercussão da mesma nas decisões administrativas superiores e para o surgimento a edição do Decreto-Lei nº 2.471/88;

3.8. argumenta que, somente após o advento da Lei nº 8.021/90, através de seu art. 6º e parágrafos, é que foi legalmente autorizada a tributação com base na renda presumida, mediante sinais exteriores de riqueza, através de depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessa operação;

3.9. contudo, conclui, não há, nem mesmo qualquer sinal exterior de riqueza que possa dar justificativa ao lançamento, como determina a Lei nº 8.021/90;

3.10. DO DIREITO AO SILÊNCIO. Argumenta que, a legislação de regência em nenhum momento afirma que o simples SILÊNCIO do contribuinte, admitido pela Constituição Federal (art. 5º) e pelo artigo 27 da Lei 9.784/99, importe no reconhecimento da verdade dos fatos;

3.11. diz que, a punição para o contribuinte que fica em silêncio, não respondendo a intimação, é a somente aquela constante do artigo 959 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto 3.000, de 26 de março de 1999. A penalidade existente é aplicada em razão do não atendimento à intimação no prazo marcado. Não existe na legislação vigente no Brasil nenhuma punição diferente da referida, quando o contribuinte faz uso de seu direito constitucional. A lei de regência não menciona que a falta de atendimento à intimação seja motivo para tributação;

3.12. DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A GUARDA DE DOCUMENTOS COMPROBATORIOS DA ORIGEM DE RECURSOS PARA PESSOAS FÍSICAS. Diz que, não exige, na legislação de vigência, a obrigatoriedade da pessoa física, de guardar comprovantes e documentos como os

exigidos pela fiscalização, contrariamente do que ocorre com as pessoas jurídicas que têm a obrigação legal de manter livros de registros e controle de seus movimentos;

3.13. DO PEDIDO. "Postas todas as razões que ensejam a declaração de nulidade do auto de infração desde a sua origem, requer-se a Vossa Senhoria que o auto em epígrafe seja julgado improcedente de plano, diante da nulidade de seus fundamentos, determinando seu arquivamento".

"Requer, outrossim, que na data do julgamento a ser mareada por Vossa Senhoria, seja franqueado ao Impugnante a nomeação de advogado para que, em seu nome, possa acompanhar a sessão de julgamento e, se julgar conveniente, fazer as sustentações orais ou distribuir os memoriais que entender cabentes, para fazer seus direitos constitucionais de ampla defesa, previstos no art. 50 e incisos da Carta Magna. Para tanto requer seja intimado no mesmo endereço..."

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Apreciando a impugnação apresentada pelo contribuinte, a 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo II (SP) manteve integralmente o lançamento, proferindo o Acórdão nº 17-21.951 (fls. 315 a 327 - volume II), de 10/12/2007, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

Ano-calendário: 1999, 2000

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE.

Comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo.

SUSTENTAÇÃO ORAL. JULGAMENTO PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

Não cabe sustentação oral pelo contribuinte na primeira instância do julgamento administrativo, por falta de previsão legal. Esse instrumento de defesa está previsto na fase recursal, perante o Conselho de Contribuintes, caso o autuado recorra da decisão e proteste por sua produção naquela instância superior.

DAS PROVAS.

O acesso às informações obtidas junto às instituições financeiras pela autoridade fiscal independe de autorização judicial, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais.

SIGILO BANCÁRIO.

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições

financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Invocando uma presunção legal de omissão de rendimentos, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova ao contribuinte. Somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

SUSTENTAÇÃO ORAL DE DEFESA.

O processo administrativo fiscal não comporta em seu rito a sustentação oral por parte do impugnante. As provas e argumentos de defesa que o contribuinte tenha em seu favor devem ser apresentados na impugnação.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. DOUTRINA. EFEITOS.

As decisões administrativas, mesmo as proferidas por Conselhos de Contribuintes, e as judiciais, excetuando-se as proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade das normas legais, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.

A doutrina transcrita não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, mormente em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Notificado do Acórdão de primeira instância, em 14/07/2008 (vide AR de fl. 331 - volume II), o contribuinte interpôs, em 04/08/2008, tempestivamente, o recurso de fls. 332 a 393 - volume II, firmado por seu procurador (vide instrumento de mandato anexado à fl. 394 – volume II), no qual expõe as razões de sua irresignação a seguir sintetizadas.

1. PRÊAMBULO (fls. 333 e 334 – volume II)

1.1. Inicialmente, o recorrente esclarece que impetrou Mandato de Segurança contra a decisão de primeira instância, sob o nº 2008.61.00.017212-1, em trâmite na 2ª Vara Federal de São Paulo, cujo objetivo é:

1. "Seja suspenso o prazo para interposição do recurso ordinário ao Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, no processo administrativo nº 19515- 003458/2004-81, até o julgamento final deste writ;

2. Seja declarado sem efeito o julgamento ocorrido em 10 de dezembro de 2007 e respectiva decisão (cópias anexas), por ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa;

3. Seja determinado à Delegacia da Receita Federal de

daquele processo, cientificando-se o Impetrante da hora e local de realização do mesmo;

4. Seja permitida a presença do Impetrante à nova sessão de julgamento, acompanhado ou não de advogado;

5. Seja permitido ao advogado do Impetrante o exercício da ampla defesa de seu constituinte, assim entendido como a entrega de memoriais, sustentação oral, requisição de produção de provas, participação em debates e todos os demais atos necessários ao exercício de tal direito, na forma da Lei nº8.906/94 (artigo 7º 9.º)

1.2. Informa, ainda, que a liminar foi indeferida e que aguarda apreciação Agravo de Instrumento interposto no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

1.3. Assim, o presente recurso visa, apenas, evitar a preclusão do direito de recorrer, em caso de insucesso na via judicial.

2. PRELIMINARES (fls. 334 a 359 – volume II)

2.1. O contribuinte defende que houve cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que foi negada, no julgamento de primeira instância, a sustentação oral de sua impugnação.

2.2. Afirma que sua pretensão, de fato, não tem fundamento em lei, mas sim na Constituição Federal transcrevendo farta doutrina e jurisprudência para corroborar seu entendimento, concluindo que (350 – volume II):

A supremacia das normas constitucionais — e ainda com maior ênfase em se tratando de um princípio (ampla defesa e publicidade dos atos administrativos) — impõe o procedimento ora defendido, contra o qual nenhuma outra norma, qualquer que seja sua natureza ou origem, pode se insurgir, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

2.3. O recorrente alega que seu direito de defesa foi também cerceado por ausência de prévio comunicado quanto à quebra do sigilo fiscal. Esclarece que (fl. 352 – volume II):

Portanto, não se está "atrelando" o cerceamento de defesa à questão da ciência do início da fiscalização ou à ciência/acesso ao Auto de Infração já lavrado. Não é isto que está em discussão!

*Levantou-se a bandeira do sigilo fiscal, que **NÃO PODE SER VIOLADO** sem prévia ciência do contribuinte, ainda que mediante ordem judicial.*

*No caso, o **RECORRENTE** não pôde fazer uso de seu direito constitucional de defesa e opor sua resistência legal a procedimentos adotados pela fiscalização, uma vez que deles não tomou conhecimento.*

*O magistrado que teria autorizado a quebra de sigilo (e diz-se no condicional, uma vez que **não há documentação comprobatória acostada**) não teve a oportunidade de ouvir as*

*razões do **RECORRENTE** e julgar, de maneira imparcial, o pedido do fisco.*

2.4. Reporta-se aos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.784, de 1999, e transcreve precedentes judiciais e administrativos que tratam da nulidade dos autos de infração lavrados sem observância ao devido processo legal e com cerceamento do direito de defesa.

3. MÉRITO (fls. 359 a 392 – volume II)

3.1. O contribuinte alega que o ônus da prova é de quem alega, nos termos do art. 36 da Lei nº 9.784, de 1999, existindo disposição idêntica no art. 9º do Decreto nº 70.235, de 1972. Transcreve doutrina sobre o assunto, bem como jurisprudência administrativa.

3.2. No caso em concreto, argumenta que a fiscalização não cumpriu o dever legal de demonstrar e comprovar que os valores apurados representavam efetivamente “renda”, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, valendo-se apenas da presunção legal prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, a qual, contudo, é relativa.

3.3. Afirma que a conclusão fiscal não se fundamenta em norma jurídica e decorre de mero indício. Recorre a textos doutrinários sobre presunção para defender que “*o exame da existência (ou não) dos fatos alegados pela fiscalização deve ser fixado através de uma livre e completa investigação no caso concreto, independentemente de regras pré-determinadas*”. (fl. 374 – volume II).

3.4. Alega que não se pode exigir do contribuinte a identificação de cada um dos depósitos bancários e, portanto, não pode ser considerada omissão ou ser penalizado por uma tarefa que nunca lhe foi imposta por lei. Cita jurisprudência administrativa.

3.5. Sustenta que os valores constantes dos extratos bancários não constituem necessariamente renda, reportando-se ao texto constitucional, ao Código Tributário Nacional e à doutrina para concluir que renda só pode ser tributada se efetivamente corresponder a riqueza nova ou acréscimo patrimonial. Nesse sentido, alega que sua apuração deve levar em conta todas as despesas necessárias à sua conformação e que o fisco desconsiderou todas as saídas, tomando por base apenas as entradas, numa atitude despropositada e inaceitável.

3.6. Assevera que os valores correspondem à movimentação do dinheiro, permitindo que um mesmo valor circulasse entre as contas bancárias e fosse informado por mais de um banco. Além disso, podem haver empréstimos e muitas outras situações que não afetam a renda do contribuinte e, portanto, não representam um “plus” e não guardam qualquer correspondência com a renda do correntista.

3.7. Afirma que o Conselho de Contribuinte já pacificou entendimento no sentido de não admitir os depósitos bancários como suposto indicativo de omissão de receita (ou de variação patrimonial), conforme ementas que reproduz. Reproduz também precedentes judiciais.

3.8. Alega que a legislação de regência em nenhum momento afirma que o silêncio do contribuinte, garantido pela Constituição Federal (art. 5º) e pelo art. 27 da Lei nº 9.784, de 1999, importaria no reconhecimento da verdade dos fatos. Da mesma forma, argumenta que não existe obrigatoriedade de a pessoa física guardar comprovantes e documentos, como os exigidos pela fiscalização, contrariamente ao que ocorre com as pessoas jurídicas.

-
- 3.9. Por fim, discorre longamente sobre a aplicação da taxa SELIC, alegando ter esta caráter remuneratório e não moratório, violando o limite previsto no art. 161 do Código Tributário Nacional que fixou as taxas de juros a 12% ao ano, ou seja, 1% ao mês, transcrevendo precedente judicial sobre o assunto.

DA DISTRIBUIÇÃO

Processo que compôs o Lote nº 08, distribuído para esta Conselheira na sessão pública da Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de 29/11/2010, veio numerado até à fl. 443 - volume III (última folha digitalizada)¹.

¹ Não foi encaminhado o processo físico a esta Conselheira. Recebido apenas o arquivo digital.

Voto

Conselheira Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Relatora.

Em síntese, na peça recursal arguem-se, como preliminares: (i) o indeferimento da participação do contribuinte no julgamento de primeira instância que o impediu de realizar sustentação oral e demais atos necessários ao exercício do seu direito de ampla defesa; (ii) o cerceamento do direito de defesa ante a ausência de prévia comunicação da quebra do sigilo fiscal. No mérito: (i) pugna pela improcedência do lançamento baseado exclusivamente em depósitos bancários de origem não comprovada; e (ii) contesta a aplicação da taxa Selic.

1 Admissibilidade

Conforme informado pelo próprio recorrente, foi impetrado Mandato de Segurança contra a decisão de primeira instância, em trâmite na 2ª Vara Federal de São Paulo (processo o nº 2008.61.00.017212-1), visando a suspensão do prazo recursal, bem como a nulidade da decisão de primeira instância por ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa, uma vez que não lhe foi permitido participar daquele julgamento.

Segundo o próprio contribuinte, a liminar pleiteada foi indeferida e, no momento do recurso, aguardava a apreciação do Agravo de Instrumento pelo Tribunal Regional da 3ª Região. Em 05/10/2009, foi publicada no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, edição nº 183/2009, a Decisão nº 1768/2009, com o seguinte teor:

Decisão 1768/2009

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008.03.00.029461-2/SP
RELATORA:-Desembargadora Federal ALDA BASTO
AGRAVANTE:-EDUARDO NAUFEL
DVOGADO:-VITOR WEREBE e outro
AGRAVADO:-Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO:-MIRIAM APARECIDA P DA SILVA E LÍGIA SCAFF VIANNA
No. ORIG.-:2008.61.00.017212-1 2 Vr SAO PAULO/SP
DECISÃO

A nova redação dada ao art. 522, do CPC pela Lei 11.187, de 19.10.05, não mais considera a conversão do agravo de instrumento em retido uma faculdade, consignando sua conversão em todos os casos em que não se detectar lesão grave e de difícil reparação, ressaltando, apenas, sua forma de instrumento naqueles casos de inadmissão da apelação e seus efeitos, ou na hipótese de lesão grave ou de difícil reparação.

O legislador da Lei nº 11.187/2005 tornou a modalidade retida de agravar como regra, em observância aos princípios da celeridade, economia e efetividade processuais, este alçado a patamar constitucional, conforme a Emenda nº 45/2004. Por isso, não há possibilidade de recurso contra a decisão de conversão.

De todo modo, o devido contraditório resta assegurado porque as razões do agravante poderão ser reiteradas quando do advento de eventual apelação.

Tendo em vista o indeferimento da decisão liminar por ausência de lesão grave e de difícil reparação, a hipótese é de conversão em retido, para todos efeitos legais.

Converto, pois, o presente agravo de instrumento em retido, restando prejudicados os embargos declaratórios de fls189/191.

Intimem-se e, após, encaminhem-se os autos à distribuição para a baixa, com a subseqüente remessa ao juízo da primeira instância, onde será apensado aos autos principais.

São Paulo, 11 de setembro de 2009.

ALDA BASTO Desembargadora Federal Relatora

Como se vê, o agravo de instrumento foi convertido em retido e o processo remetido para a primeira instância. A título de informação, em consulta realizada no *site* da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo, em 17/06/2011, a situação do processo é “AUTOS COM (CONCLUSÃO) JUIZ PARA SENTENÇA”, desde 04/05/2009.

Em se tratando de processo administrativo cujo objeto é idêntico àquele submetido ao Poder Judiciário, inócua torna-se a manifestação deste Colegiado quanto a ela, uma vez que a decisão pretoriana sempre prevalecerá. Ressalte-se que esta questão já se encontra pacificada no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF:

***Súmula CARF nº 1:** Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.*

Nesses termos, no que se refere aos argumentos do contribuinte relacionados ao direito à sustentação oral no julgamento de primeira instância e demais atos necessários ao exercício do seu direito de ampla defesa, não conheço do recurso, tendo em vista a opção do contribuinte pela via judicial.

Quanto às demais matérias, o recurso é tempestivo e atende às outras condições de admissibilidade, portanto merece ser conhecido.

2 Prévia comunicação da quebra do sigilo bancário

Inicialmente importa esclarecer que, embora o recorrente alegue que não teriam sido acostados aos autos a documentação referente a quebra do seu sigilo bancário, encontram-se anexados dois ofícios encaminhados pelo Juízo da Terceira Vara Criminal Federal - Primeira Subseção Judiciária do Estado de São Paulo.

De acordo com o primeiro ofício, nº 4059/2003, de 05/11/2003 (fl. 49 – volume I), foram encaminhadas as fls. 122 a 272 do processo criminal nº 2002.61.81.007934-1, para análise e elaboração de relatório conclusivo sobre a prática de crime contra a ordem tributária, bem como solicitado cópia das declarações de ajuste anual dos anos-calendário 1997 a 2001.

Foi então instaurada a presente ação fiscal escudada no Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 08.1.90.00-2004-00247-3, emitido em 12/02/2004 (fl. 1-

volume I). O Termo de Início de Fiscalização (fl. 4 – volume I) foi cientificado ao contribuinte em 26/02/2004 (fl. 5 – volume I), no qual foi solicitado, entre outras coisas:

[...]

2 - Extratos bancários de conta corrente e de aplicações financeiras, cadernetas de poupança, de todas as contas mantidas pelo declarante, cônjuge e seus dependentes junto a instituições financeiras no Brasil e no exterior, referentes ao período acima especificado.

3 - Relação dos nomes dos bancos, n° de agência e n° de conta corrente, de todas as instituições financeiras que mantém ou manteve conta, nos períodos acima especificados.

[...]

Em 04/03/2004, conforme consignado no Termo de Verificação Fiscal (fls. 252 e 253 – volume II), o contribuinte apresentou 18 folhas de extrato de Poupança Fácil do Bradesco e 2 folhas de extrato consolidado do HSBC, que não contemplavam toda a movimentação financeira no período de 1999 e 2000, os quais foram retidos pela fiscalização (vide Termo de Retenção de fl. 6 – volume I). A fiscalização, verificando que não haviam sido enviados os extratos bancários referentes às instituições financeiras HSBC Bank Brasil S.A. e Banco Bradesco S.A. para os anos-calendários de 1999 e 2000, solicitou que os mesmos fossem requeridos ao Poder Judiciário. Foram encaminhados, apenas, os extratos do Banco Cidade S.A.

Por meio do Ofício n° 3417/2004, de 11/10/2004 (fl. 126 – volume I), a Terceira Vara Criminal Federal - Primeira Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, encaminhou a documentação solicitada, requerendo sua análise e elaboração de relatório conclusivo sobre a prática de crime contra a ordem tributária.

Como se percebe, a ação fiscal foi instaurada a pedido da Justiça Federal e o lançamento efetuado com base nos extratos bancários por ela encaminhados.

No âmbito do processo administrativo fiscal, não há que se questionar eventual mácula da prova trazida aos autos, eis que esta foi encaminhada pela autoridade judicial, a qual, constitucionalmente, tem o monopólio da condução do processo criminal e entendeu que a prova colhida no processo crime poderia ser utilizada pelo fisco. Assim, quaisquer questionamentos no que diz respeito à previa comunicação da quebra do sigilo do recorrente deveriam ter sido dirigidos ao Poder Judiciário.

Destarte, rejeita-se a preliminar de cerceamento de direito de defesa suscitada pelo contribuinte.

3 Presunção de omissão de rendimentos com base em depósito bancário de origem não comprovada

Os argumentos do contribuinte, no que diz respeito a tributação dos depósitos bancários de origem não comprovada, podem ser assim resumidos: (a) o ônus da prova é de quem alega (art. 36 da Lei n° 9.784, de 1999, e art. 9° do Decreto n° 70.235, de 1972); (b) o lançamento decorre de mero indício, uma vez depósitos bancários não constituem necessariamente renda, cabendo a fiscalização demonstrar os fatos por ela alegados; (c) não se pode exigir do contribuinte a identificação de cada um dos depósitos bancários; (d) a apuração da omissão desconsiderou todas as saídas, tomando por base apenas as entradas; (e)

os valores apurados correspondem à movimentação do mesmo dinheiro, que circulou entre as contas bancárias e foi informado por mais de um banco; (f) podem haver empréstimos e muitas outras situações que não afetam a renda do contribuinte e, conseqüentemente, não guardam qualquer correspondência com a renda do correntista; (g) em nenhum momento a legislação de regência afirma que o silêncio do contribuinte importaria no reconhecimento da verdade dos fatos; e (h) não existe obrigatoriedade de a pessoa física guardar comprovantes e documentos, como ocorre com as pessoas jurídicas. Transcreve doutrina e jurisprudência para corroborar seu entendimento.

Não se discorda de que o ônus da prova é de quem alega (**item a**), porém cabe analisar com mais detalhes a legislação que fundamenta o lançamento.

Impõe-se, de início, ressaltar que a Constituição Federal, além de conferir à União a competência para instituir o **imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza** (art. 153, inciso III), traçou, também, entre os princípios do Sistema Tributário, as atribuições da lei complementar, assim enumeradas (art. 146):

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;*
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;*
- c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas;*
- d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*

Do artigo retro transcrito, depreende-se que cabe à lei complementar, entre outras prerrogativas, estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, em especial, definir tributos e suas espécies, bem como os respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes. A lei complementar que dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário é a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominado Código Tributário Nacional – CTN, a qual foi recepcionada pela nova constituição, consoante art. 34, § 5º do Ato das Disposições Transitórias.

O contribuinte cita o art. 43 do CTN, que define o fato gerador do **imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**, esquecendo-se do art. 44 que dispõe sobre a base de cálculo do imposto, *in verbis*:

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Como se vê, a tributação do imposto de renda não está só calcada em rendimentos reais do contribuinte, mas também em rendimentos arbitrados ou **presumidos**.

Como preceitua o art. 113 do CTN, a obrigação principal, surge com a ocorrência do fato gerador, e este, por sua vez, consiste na situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência, conforme disposto no art. 114 do mesmo diploma legal.

No caso dos autos, o lançamento decorre de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada com base na presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, a seguir transcrito:

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).

[...] (grifou-se)

De acordo com o dispositivo acima transcrito, basta ao fisco demonstrar a existência de depósitos bancários de origens não comprovadas para que se presuma, até prova em contrário, a cargo do contribuinte, a ocorrência de omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção legal do tipo *juris tantum* (relativa), e, portanto, cabe ao fisco comprovar apenas o fato definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, para que fique evidenciada a omissão de rendimentos.

Como se vê, não se trata de mero indício (**item b**), mas de lançamento decorrente de presunção legalmente estabelecida em que a obrigação de comprovar a origem dos depósitos efetuados em suas contas bancárias é sim do contribuinte, por expressa determinação legal (**item c**).

Assim, cumprido o ônus atribuído à Fazenda Pública, que é o de identificar os depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada e de intimar o contribuinte a sobre eles se manifestar com o fim de cumprir o encargo que a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996 lhe transfere, e não tendo este mesmo contribuinte logrado afastar tal presunção *juris tantum*, evidenciada está a omissão de rendimentos, sem que nada mais seja necessário comprovar.

Nesse sentido, consolidando a jurisprudência mais recente, foi editada a Súmula nº 26 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, de aplicação obrigatória, em vigor desde 22/12/2009:

Súmula CARF nº 26: A presunção estabelecida no art. 42 da Lei N. 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

No que diz respeito à desconsideração das saídas (**item d**) ou ao fato de o mesmo valor circular entre as contas bancárias do contribuinte (**item e**), pretende o recorrente utilizar uma metodologia semelhante à apuração de omissão de rendimentos com base em acréscimo patrimonial a descoberto. Cumpre esclarecer que acréscimo patrimonial a descoberto e depósitos bancários de origem não comprovada são formas distintas de apuração de omissão de rendimentos, que não se confundem. Na primeira, a matéria tributável é apurada pelo confronto, mensal, entre as mutações patrimoniais e os rendimentos auferidos, enquanto que, na segunda, presume-se omitido todo depósito bancário não justificado pelo contribuinte, como acima demonstrado.

Quanto à existência de empréstimos ou outros valores a serem excluídos (**item f**), assim como a obrigatoriedade de guardar comprovantes e documentos (**item h**), convém lembrar que a legislação determina que os depósitos, sejam analisados individualizadamente e que, no caso das pessoas físicas, o levantamento da omissão de rendimentos seja feito excluindo-se, além das transferências entre contas de mesma titularidade, os depósitos que individualmente sejam inferiores a R\$12.000,00, desde que no total não ultrapassem R\$ 80.000,00 num mesmo ano-calendário (§ 3º do art. 42 da Lei nº 9.430/1996). Tais limites foram estabelecidos para suprir eventuais dificuldades encontradas pelos contribuintes em justificar a origem dos depósitos referentes pequenas operações corriqueiras, em razão de sua falta de organização e previdência. Exclusões fora destes parâmetros não têm amparo legal e, portanto, não podem ser aceitas.

Não basta simples conjectura sobre fatos que poderiam ter ocorrido. Caberia ao contribuinte identificar individualmente cada depósito que pretendia excluir (empréstimos, transferências entre contas etc), o que não ocorreu.

Importa destacar que o total dos depósitos inferiores ou iguais a R\$12.000,00, excederam o limite anual R\$80.000,00, razão pela qual não há exclusão a ser feita neste sentido.

Como dos autos se infere, a autoridade lançadora fez aquilo que o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, lhe atribuía como responsabilidade: constatada a manutenção de conta bancária com expressiva movimentação não declarada pelo impugnante, intimou-o, a se manifestar quanto à origem dos depósitos efetuados na referida conta e a juntar a documentação que comprovasse a origem de tais ingressos.

Muito embora o contribuinte entenda que seu silêncio não importaria no reconhecimento da verdade dos fatos (**item g**), no caso dos depósitos bancários de origem não comprovada, este silêncio tem como consequência direta a tributação integral desses valores, expressamente prevista no texto legal.

Assim sendo, não tendo o interessado qualquer cautela em documentar adequadamente os fatos que, segundo ele, teriam ocorrido, ficam por sua conta e risco as consequências de tal negligência.

Destarte, tendo sido o contribuinte regularmente intimado a justificar a origem dos recursos depositados em sua conta corrente, e não o fazendo, impõe-se a tributação do total dos depósitos bancários não justificados, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

4 Taxa Selic

Na verdade, a exigência dos juros apurados a partir da Taxa SELIC está prevista, de forma literal, no artigo 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995 e no § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430/1996, não havendo como afastá-la sem expurgar, também, tais dispositivos literais de lei. Ademais, esta matéria já se encontra pacificada no âmbito deste Tribunal Administrativo, nos termos da Súmula nº 4 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em vigor desde 22/12/2009:

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

Destarte, há que se referendar o feito fiscal naquilo que se relaciona com a aplicação da Taxa SELIC como juros de mora.

5 Conclusão

Diante do exposto, voto por NÃO CONHECER do recurso no que diz respeito ao direito à sustentação oral no julgamento de primeira instância e demais atos necessários ao exercício do direito à ampla defesa, tendo em vista a opção do contribuinte pela via judicial. Na parte conhecida, voto por REJEITAR a preliminar suscitada pelo recorrente e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga