



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

Processo n° 10218.000313/2006-70
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2102-003.136 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de outubro de 2014
Matéria Omissão de Rendimentos
Recorrente CECÍLIA MARIA DA SILVA QUINTINO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2003

TRANSFERÊNCIA DO SIGILO BANCÁRIO AO FISCO. 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.

ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. INEXISTÊNCIA. Encontra-se apta a figurar no pólo passivo da obrigação tributária a titular da conta bancária em que foram depositados valores de origem não comprovada.

OMISSÃO DE RENDIMENTO. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. TRIBUTAÇÃO. SÚMULA CARF n° 26. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1° de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei n° 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

 José Raimundo Tosta Santos – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Alice Grecchi, Bernardo Schmidt, Carlos André Rodrigues Pereira Lima, José Raimundo Tosta Santos, Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti e Sidnei de Sousa Pereira.

Relatório

O recurso voluntário em exame pretende a reforma do Acórdão nº 01-10.338 (373/380), que julgou, por unanimidade de votos, procedente em parte o Auto de Infração às fls. 328/349, referente ao imposto sobre a renda da pessoa física do exercício de 2004, sob a acusação de omissão de receitas caracterizada por acréscimo patrimonial a descoberto (acrescido da multa de ofício de 75%) e depósitos bancários de origem não comprovada (com multa de ofício agravada de 112,5%).

Ao apreciar o litígio, instaurado com a apresentação da impugnação ao lançamento (fls. 354/369), o Órgão julgador de primeiro grau cancelou a exigência com base na apuração de acréscimo patrimonial a descoberto e desagravou a multa de ofício da omissão caracterizada por depósito bancário sem origem comprovada, resumindo o seu entendimento na seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2003

LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. FATOS GERADORES A PARTIR DE 01/01/1997.

A Lei nº 9430/1996 estabeleceu em seu art. 42 presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente quando o titular da conta bancária não comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados em sua conta de depósito.

PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FATO INDICIÁRIO. FATO JURÍDICO TRIBUTÁRIO.

A presunção legal juris tantum inverte o ônus da prova. Nesse caso, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que o depósito bancário não comprovado (fato indiciário) corresponde, efetivamente, ao auferimento de rendimentos (fato jurídico tributário), nos termos do art. 334, IV, do Código de Processo Civil. Cabe ao contribuinte provar que o fato presumido não existiu na situação concreta.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO.

A apuração de acréscimo patrimonial a descoberto deve ser realizada mediante confrontação de origens e recursos. A ausência de demonstrativo prejudica o direito de defesa da contribuinte. Referido crédito tributário deve ser exonerado.

MULTA DE OFÍCIO 112,5%.

Tendo sido atendida a intimação para apresentar documentos referentes à movimentação financeira, descabe a majoração da multa, a qual deve ser reduzida para 75%.

Lançamento Procedente em Parte

Em seu apelo ao CARF (fls. 391/411), a recorrente reitera as mesmas questões suscitadas perante o Órgão julgador de primeiro grau, não parte em que a decisão *a quo* lhe foi desfavorável.

Aduz, preliminarmente, que o Auto de Infração funda-se exclusivamente em informações colhidas de forma ilícita junto às instituições financeiras, mediante requisição administrativa. Colaciona doutrina e jurisprudência judicial acerca da excepcionalidade da quebra do sigilo bancário, que somente deverá ocorrer mediante autorização judicial, sendo inadmissíveis a utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos. Pugna pela nulidade do lançamento.

Argumenta que a doutrina também se posiciona sobre a ofensa ao princípio da segurança jurídica de forma uníssona, posto que a qualquer tempo o fisco pode, sem qualquer análise pelo poder Judiciário, quebrar seu sigilo bancário, para ter acesso à sua movimentação financeira. Conclui ser totalmente ilegal e abusiva a quebra do sigilo bancário sem a devida autorização judicial.

Em seguida discorre acerca da inexistência de correlação entre depósitos bancários e rendimentos. Assevera que a presunção representa uma prova indireta, partindo-se de ocorrências de fatos secundários, fatos indiciários, que apontam para o fato principal, necessariamente desconhecido, mas relacionado diretamente ao fato conhecido. A presunção nunca poderá ser resultado da iniciativa criativa e original do legislador, pois ela deve sempre estar apoiada na repetida e comprovada correlação natural entre os dois fatos considerados, o conhecido e o desconhecido. Só a certeza da correlação natural entre esses fatos autoriza a inserção da correção lógica entre tais fatos, mediante a via legislativa.

A caracterização do sinal de riqueza, para fins de descoberta do sinal exterior de riqueza, depende de vários requisitos, que os depósitos bancários, por si sós, não satisfazem. Os depósitos representam o marco inicial de investigação, pois subjacentes a tais valores pode estar, por exemplo, presente um empréstimo, uma doação, uma atividade comercial indevidamente exercida em nome da pessoa física etc.

Afirma que, pelo menos no tocante às pessoas físicas, a presunção estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430/96 colide com as diretrizes do processo de criação das presunções legais, posto que entre os depósitos bancários e a omissão de rendimentos não há uma correlação lógica direta e segura: não há nexos causal. Colaciona doutrina e jurisprudência acerca da matéria.

Argumenta a recorrente ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo do Auto de Infração, posto que comprovado nos autos que a movimentação financeira auferida refere-se à pessoa jurídica. Afirma que toda a movimentação financeira realizada na conta corrente da pessoa física é fruto de movimentação financeira de uma empresa, ou seja, de pessoa jurídica de fato, uma vez que esta não existe de direito para esta atividade exercida. É público e notório que exerce atividade na cidade de Marabá, no comércio de bares, restaurantes e entretenimento pertinentes, cujo nome de fantasia dos estabelecimentos são: FAROL e

VITRINE 403. Sendo a atividade exercida de domínio e conhecimento do público, no qual se enquadram também os funcionários da Receita Federal e demais órgãos públicos, não há necessidade de realizar tal prova, conforme preceitua o artigo 334 do Código de Processo Civil. Caberia, portanto, ao fisco esgotar todos os meios lícitos para se encontrar um modo de constituir o crédito tributário na pessoa jurídica, ressaltando que a autuada possui empresa jurídica constituída em 03/08/1995 junto à JUCEPA e com CNPJ nº 00.734.252/0001-44.

Entende que a constituição do crédito tributário na pessoa física, feriu o princípio da reserva legal, onde somente a lei pode definir o sujeito passivo da obrigação tributária, bem como feriu o princípio da razoabilidade, visto que ficou bastante evidente o fato de que toda movimentação financeira e cartões de crédito realizados pela pessoa física, na verdade são de responsabilidade e para gestão do ramo de atividade de bares e similares.

Requer, ao final, seja julgado nulo e insubsistente o auto de infração, cancelando-se totalmente o débito fiscal reclamado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Raimundo Tosta Santos, Relator.

O recurso atende os requisitos de admissibilidade.

Em relação ao acesso pela fiscalização aos dados bancários do contribuinte, constata-se que a fiscalização procedeu à requisição dos extratos bancários às instituições financeiras com suporte na Lei complementar 105, de 2001, regulamentado pelo Decreto n.º 3.724, de 10 de janeiro 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. No presente caso, conforme Termo de Constatação à fl. 19, tal requisição somente ocorreu no curso do processo administrativo que culminou com o lançamento em tela e após o contribuinte, regularmente intimado, não ter apresentado os documentos solicitados, imprescindíveis para que a fiscalização pudesse realizar o seu trabalho.

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. 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 estão sendo violados princípios constitucionais garantidores de direitos fundamentais.

Por outro lado, cabe ressaltar que o nosso ordenamento constitucional, na medida em que prevê a proteção a 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).

A despeito desta questão ainda não estar definida no âmbito do Poder Judiciário, havendo decisões que atendem a teses divergentes, o Superior Tribunal de Justiça – STJ em decisão exarada no Recurso Especial nº 506.232-PR, cuja ementa é a 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.

Como é cediço, o acesso às informações bancárias independe de autorização e não constitui quebra de sigilo. As informações obtidas permanecem protegidas. A Lei nº 5.172, de 1966 (CTN), em seu artigo 198, veda sua divulgação para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública Nacional ou de seus funcionários, sem prejuízo do disposto na legislação criminal.

O sigilo bancário tem por finalidade a proteção contra a divulgação ao público dos negócios das instituições financeiras e de seus clientes. Assim, havendo repasse de informações das instituições financeiras à autoridade tributária não há quebra do sigilo bancário, mas apenas a transferência da responsabilidade de sigilo.

A Constituição Federal prevê a proteção à inviolabilidade da privacidade e de dados. Conferiu, contudo, igualmente, em seu art. 145, § 1º, à administração pública o direito de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, o que não lhe tira o direito à privacidade, visto que a Fazenda Pública tem obrigação de sigilo.

Desta forma, sem razão a contribuinte quanto alega que as provas utilizadas no lançamento foram obtidas irregularmente, ou viola o princípio da segurança jurídica, tendo em vista que a atuação fiscal encontra suporte no artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, norma legal válida e vigente no ordenamento jurídico. O processo administrativo tributário materializa um instrumento de controle da legalidade do lançamento, espécie de ato administrativo. Vale dizer, sua atribuição consiste em aferir o grau de compatibilidade existente entre o lançamento e a legislação que o rege. Mas isso, sempre tendo por premissa básica a presunção de constitucionalidade e legalidade que são inerentes aos diplomas legais.

Também não assiste razão à contribuinte quanto requer a nulidade do lançamento alegando erro na identificação do sujeito passivo, por entender que os recursos transitados em sua conta corrente pertenciam a pessoa jurídica, à qual entende deveriam ser imputados eventuais efeitos tributários decorrentes da movimentação bancária. Nenhum elemento de prova foi apresentado pela defesa para dar suporte a tal alegação. Não há nos autos

documentos que estabeleçam relação entre a movimentação bancária e o exercício de atividade econômica (formal ou informal).

Ora, da parte da fiscalização foram identificados e listados individualizadamente cada depósito, como determina o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Cabe ao titular da conta bancária, por expressa determinação legal, comprovar a origem dos créditos, mediante apresentação de documento hábil e idôneo.

Por óbvio que subjacente a cada depósito pode existir um rendimento omitido, um empréstimo, uma doação, a alienação de patrimônio etc. Por isso mesmo é que a norma de incidência impõe que, antes da lavratura do auto de infração, o titular da conta bancária deve ser intimado a comprovar a origem dos créditos bancários.

Por expressa determinação legal é ônus probatório da contribuinte comprovar a origem dos créditos, caso contrário, aplica-se a regra que presume referir-se a omissão de rendimentos em favor do próprio titular da conta bancária. Cumpre à contribuinte apresentar documento hábil e idôneo relacionado a cada depósito, até porque 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.

A prova requerida pela fiscalização estava ao alcance da contribuinte e não foi produzida por questão de foro íntimo ou estratégia de defesa, razão pela qual descabe a realização da perícia solicitada. Conforme relata o Termo de Verificação Fiscal (fls. 328/332) foram dadas várias oportunidades para a contribuinte se manifestar sobre a origem dos depósitos, mas esta preferiu não se pronunciar.

Em diversos processos que tramitaram por este Colegiado, com decisões favoráveis ao sujeito passivo, o esforço da defesa em verdadeiramente esclarecer a matéria tributável, durante o procedimento fiscalização, foi devidamente levada em consideração. A atribuição da responsabilidade a terceiro (pessoa física ou jurídica diversa do titular da conta bancária) só é possível mediante prova robusta. Nos termos da Súmula CARF nº 32, *a titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros*. Nem mesmo em sede de impugnação ou de recurso voluntário foi apresentado pela defesa documento relacionado à movimentação bancária, razão pela qual nenhum reparo merece ser efetuado na matéria tributária em exame.

Com efeito, a exigência tributária em exame está devidamente alicerçada em norma legal válida e vigente: no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, a seguir transcrito, com as alterações posteriores introduzidas pelo art. 4º da Lei nº 9.481, de 13/08/1997, e pelo art. 58 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002:

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).

§ 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.*

§ 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.*

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 já destacado, 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

²MIRANDA, 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, nos termos do artigo 26-A do Decreto 70.235/72, além de violar a jurisprudência uníssona deste Tribunal, materializada na Súmula CARF nº 2, segundo a qual *não cabe ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais pronunciar-se acerca da inconstitucionalidade de leis*.

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), pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, 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 Nacional, nos termos dos artigos 333 e 334 do Código de Processo Civil:

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.

(...)

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

(...)

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. (grifos acrescidos).

Convém, ainda, trazermos à baila os argumentos expostos por Hugo de Brito Machado (Imposto de Renda – Estudos, Editora Resenha Tributária, pág. 123:

5.6. Realmente, a existência de depósito bancário em nome do contribuinte,... é indício que autoriza a presunção de auferimento de renda. Cabe então ao contribuinte provar que os depósitos tiveram origem outra, que não seja tributável. Pode ser que decorra de transferências patrimoniais (doações e heranças), por exemplo, de rendimentos não tributáveis ou tributáveis exclusivamente na fonte, ou mesmo de rendimentos tributáveis auferidos. Há muito tempo, relativamente aos quais extinto já esteja, pela decadência, o direito de a Fazenda Pública fazer o lançamento do tributo, nos termos do art. 173 do Código Tributário Nacional. Ao contribuinte cabe o ônus da prova, que pode ser produzida antes ou durante o procedimento do

lançamento, impedindo que este se consume, e pode até ser produzida depois, em ação anulatória.

5.7. Isto não significa considerar rendimentos os depósitos bancários. Tais depósitos são indícios, isto é, são fatos conhecidos que autorizam a presunção de existência de rendimentos, fatos sobre cuja existência se questiona. Ordinariamente a disponibilidade de dinheiro decorre de auferimento de renda. Por isso a existência de disponibilidade de dinheiro autoriza a presunção de auferimento de renda. Tudo de pleno acordo com a teoria das provas.

No âmbito do contencioso administrativo fiscal, a fim de consolidar o entendimento deste CARF sobre a matéria, foi editada a Súmula de nº 26, restando inteiramente superada a jurisprudência colacionada no recurso voluntário, que tem suporte em legislação anterior à edição da Lei nº 9.430, de 1996. Confira-se:

Súmula CARF nº 26: *A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancário sem origem comprovada.*

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

(assinado digitalmente)

José Raimundo Tosta Santos