



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

Processo n° 10510.722939/2011-93
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2802-002.768 – 2ª Turma Especial
Sessão de 19 de março de 2014
Matéria IRPF.
Recorrente PAULO ANDRADE MESSIAS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

Caracterizam omissão de rendimentos, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, por unanimidade de votos NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário nos termos do voto do relator. Vencido, em preliminar, o Conselheiro German Alejandro San Martín Fernández (relator) que suscitou nulidade por falta de autorização judicial para obtenção de dados bancários da contribuinte.

(assinado digitalmente)

Jorge Cláudio Duarte Cardoso - Presidente.

(assinado digitalmente)

German Alejandro San Martín Fernández - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Jorge Cláudio Duarte Cardoso (Presidente), German Alejandro San Martín Fernández, Jaci de Assis Junior, Julianna Bandeira Toscano, Dayse Fernandes Leite e Carlos André Ribas de Mello.

Relatório

Trata-se de auto de infração relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF correspondente aos anos calendários de 2006, 2007 e 2008, para exigência de imposto, no valor de R\$ 138.693,32, juntamente com multa de ofício no percentual de 75% (setenta e cinco por cento) e juros de mora, e multa exigida isoladamente, no valor de R\$ 473,49.

Conforme descrição dos fatos e enquadramento legal, o crédito tributário foi constituído em razão de ter sido apurada omissão de rendimentos caracterizada pela falta de comprovação da origem dos recursos creditados em conta de depósito ou de investimento, de titularidade do autuado. Foi lançada, ainda, multa isolada pela falta de recolhimento mensal obrigatório (carnê-leão), apurada nos meses de 2007 e 2008.

Perante o órgão colegiado *a quo*, a ação fiscal foi julgada procedente em parte para manter o imposto suplementar no valor de R\$ 99.350,06, exonerando o valor de R\$ 39.343,26, juntamente com os acréscimos legais correspondentes e exigir em processo separado o crédito tributário relativo à multa isolada, no valor de R\$ 473,49, que não foi contestada.

Inconformada, a recorrente interpôs Voluntário (fls. 150/), alegando em pequena síntese: a) nulidade da decisão recorrida por falta de análise da natureza dos rendimentos tributados com sendo provenientes da atividade empresarial, e) impossibilidade de tributação de rendimentos provenientes de “jogo do bicho” (ilícito), como rendimentos de pessoa física, em razão dos princípios da isonomia, razoabilidade, abstenção da ilicitude e pecúnia “*non olet*”.

Era o der essencial a ser relatado.

Passo a decidir.

Voto

Conselheiro German Alejandro San Martín Fernández, Relator.

Por tempestivo e pela presença dos pressupostos recursais exigidos pela legislação, conheço do recurso.

A presente ação fiscal decorre da análise de informações fiscais fornecidas à RFB pelas instituições financeiras (fl. 23), realizada com a finalidade de verificar se os valores referente às movimentações financeiras efetuadas no ano calendário de 2006, 2007 e 2008, correspondem efetivamente ao movimentado nas contas bancárias de sua titularidade.

Os extratos bancários foram apresentados diretamente pela instituição bancária, mediante RMF (fl. 23).

Constatada a omissão de rendimentos foi lavrado Auto de Infração e constituído o respectivo crédito tributário relativo a omissão de rendimentos provenientes depósitos bancários, de que trata o artigo 42 da lei nº 9.430/96.

De início, suscito preliminar de nulidade do lançamento por vício material na colheita das informações bancárias sem prévia ordem judicial, em violação ao já decidido pelo STF.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, decidiu dar interpretação conforme a Constituição aos enunciados legais relacionados, de modo a considerar imprescindível a requisição ao Poder Judiciário de permissão para o acesso ao sigilo de dados do contribuinte, cuja ementa segue abaixo:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

(RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218 RTJ VOL-00220- PP-00540)

O Supremo Tribunal Federal, portanto, não declarou a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo, nem mesmo a inconstitucionalidade sem redução de texto. Simplesmente adotou interpretação conforme a Constituição, de sorte a compatibilizar o enunciado legal com os direitos e garantias constitucionais protegidos pela CF.

É a conclusão que se extrai do seguinte trecho do voto do Relator:

*Assentando que preceitos legais atinentes ao sigilo de dados bancários hão de merecer, sempre e sempre, interpretação, por mais que se potencialize o objetivo, harmônica com a Carta da República, provejo o recurso interposto para conceder a segurança. Defiro a ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários do recorrente. **COM ISSO, CONFIRO À LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA – LEI Nº 9.311/96, LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01 E DECRETO Nº 3.724/01 — INTERPRETAÇÃO CONFORME À CARTA FEDERAL, TENDO COMO CONFLITANTE COM ESTA A QUE IMPLIQUE AFASTAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO DO CIDADÃO, DA PESSOA NATURAL OU DA JURÍDICA, SEM ORDEM EMANADA DO JUDICIÁRIO.***

(Destaque nosso, STF. RE 389.808/PR. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. em 15/12/10).

Em verdade, a Corte Suprema adotou técnica hermenêutica que, embora atue no mesmo plano significativo de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto,

dela se diferencia por *não afastar significados*, mas compeli-la a aplicação de interpretação específica, de modo a tornar os enunciados legais analisados compatíveis com a Constituição.

Importa ressaltar que a interpretação conforme a Constituição busca justamente evitar a simples declaração de nulidade de lei por incompatibilidade vertical com a Constituição. A ambigüidade da linguagem dos enunciados normativos cria vasto campo de significações possíveis, de sorte a permitir que o exegeta busque a construção de sentido mais próxima daquela prestigiada pelos princípios e regras contidos na Constituição. Ao agir desse modo, evita-se a afronta à vontade popular expressada pelo texto legal e se atende ao objetivo de manutenção ou conservação das normas no ordenamento jurídico dada a presunção ainda que relativa de sua constitucionalidade.

Apesar da semelhança do ponto de vista prático, a interpretação conforme a Constituição não se confunde com a declaração de nulidade sem redução de texto:

(...) enquanto, na interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal¹

Por isso, é de se afirmar: “interpretação conforme não é critério de aplicação de determinada lei em detrimento de outra, mas de aplicação de determinada interpretação (‘critério de interpretação’) em detrimento de outra”.²

Em várias oportunidades, o STF se socorreu da “interpretação conforme” para evitar a declaração de nulidade de leis tributárias, de modo a reduzir, ampliar ou requalificar o alcance interpretativo do enunciado legal em exame (ADI n. 1.758-4, RE 196.646-7/RS e RE 169.740-7/PR).

É comum que na busca das significações possíveis de um enunciado normativo haja discordância quanto ao alcance e aplicação do texto legal em exame. É notório que a presunção de onisciência do legislador e da plenitude do sistema não passa de pressuposto lógico necessário de conhecimento do fenômeno jurídico e que não deve ser levado a enésima potência. Daí que a atividade de construção de sentido do aplicador da lei pode reduzir, ampliar ou requalificar o alcance do enunciado sob interpretação, de sorte a prestigiar a compatibilidade do resultado exegético com a Constituição Federal, em detrimento de qualquer outro sentido gramaticalmente possível.

A utilização desse método não é vedada aos órgãos administrativos de julgamento. Pelo contrário, é imposição do próprio ordenamento jurídico, que não permite o desprezo de sentido compatível com a Constituição, quando da análise de legislação aplicável ao caso concreto posto à sua apreciação.

Logo, é de se concluir: o impeditivo do artigo 26-A, do Decreto n. 70.235/72, não veda aos órgãos de julgamento a utilização de interpretação conforme a Constituição, em situações nas quais a ambigüidade do enunciado em análise possa resultar em várias interpretações possíveis, ainda mais em situações nas quais o próprio STF já se pronunciou no mesmo sentido.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.275.

² ALMEIDA JUNIOR, Fernando Osório de. *Interpretação conforme a Constituição e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 18.

A ilicitude da prova, no caso, é corolário lógico da incompatibilidade da sua obtenção com os ditames fixados pelo STF, em interpretação conforme a Constituição. A constituição válida do crédito tributário exige prova da materialidade revelada através de procedimento válido perante o ordenamento jurídico pátrio. Não há obrigação tributária pela ausência de prova que, validamente, ratifique o conceito de fato previsto na hipótese normativa tributária.

Na hipótese, somente foi possível a constituição do crédito tributário com base no art. 42 da Lei nº 9.430/95, através das informações obtidas junto às instituições financeiras por meio do acesso aos dados bancários sem prévia autorização judicial ou do titular das contas bancárias.

Por fim, decisão do TRF da 3ª Região, tomada com fulcro no artigo 557 do CPC, da atual ministra do STJ, Regina Helena Costa, pelo reconhecimento da jurisprudência já dominante do STF sobre a impossibilidade de a Receita Federal quebrar o sigilo bancário do contribuinte sem prévia autorização judicial

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF.

I - Nos termos do caput e §1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ou a dar provimento ao recurso e ao reexame necessário, nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior.

II - O Supremo Tribunal Federal, conferindo interpretação conforme a Constituição da República à Lei n. 9.311/96, à Lei Complementar n. 105/2001, bem como ao Decreto n. 3.724/01, decidiu pela impossibilidade de a Receita Federal quebrar o sigilo bancário do contribuinte sem prévia autorização judicial (cf.: RE 389808/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15.12.10).

III - Entendimento incontestável que se adota para determinar a abstenção do fornecimento da movimentação financeira relativa ao Mandado de Procedimento Fiscal constante dos autos, sem a devida autorização judicial.

IV - Agravo legal improvido.

(TRF3, AC n.º 2001.61.08.003646-0/SP, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, Sexta Turma, j. 06/09/2012, D.E. 21/09/2012)

Sendo assim, entendo que o lançamento não pode subsistir, dada a incompatibilidade entre a colheita da prova da materialidade do fato gerador e a Constituição Federal, da forma como decidido e interpretado pelo STF.

Vencido quanto à preliminar suscitada, passo a analisar o mérito do recurso

interposto.

As razões do recurso, em pequena síntese, alegam: a) nulidade da decisão recorrida por falta de análise da natureza dos rendimentos tributados com sendo provenientes da atividade empresarial, e; b) impossibilidade de tributação de rendimentos provenientes de “jogo do bicho” (ilícito), como rendimentos de pessoa física, em razão dos princípios da isonomia, razoabilidade, abstenção da ilicitude e pecúnia “*non olet*”.

De plano, afastado a alegação de nulidade por ausência de fundamentação por falta de análise da natureza dos rendimentos tributados com sendo provenientes da atividade empresarial, diante da expressa abordagem do tema pela DRJ, a seguir:

O impugnante alega que exerce atividade de natureza empresarial, e que portanto, os tributos a serem exigidos são os próprios da pessoa jurídica, e não os da pessoa física. Contudo, não traz provas de que os depósitos bancários objeto do lançamento fiscal se referem a fluxo financeiro de sua atividade empresarial. O fato de ter sido indiciado por explorar atividade ilegal do jogo do bicho não comprova por si só que os depósitos em questão tenham se originado de tal atividade. O ônus da prova da origem dos depósitos é do titular da conta bancária, e não tendo este carreado provas aos autos do que alega, mantém-se a tributação na pessoa física do autuado.

A alegação no sentido da prova da origem dos recursos provenientes de “atividade empresarial ilícita” (jogo do bicho), em face da instauração de Inquérito Policial contra o recorrente, não se sustenta.

Não se busca a origem dos recursos, mas sim, a justificação individualizada dos depósitos, prova esta não realizada durante o trâmite processual.

Em seguida, discorre sobre princípios constitucionais (isonomia e razoabilidade), que em nada socorrem ao recorrente na tentativa de cancelar o crédito tributário ou de justificar os depósitos de forma individualizada. Pelo contrário, apenas justificam a sua tributação, se corretamente interpretados.

Do mesmo modo, a alegação no sentido da possibilidade de tributação de atividade ilícita não pode ser utilizado como justificativa para o cancelamento da exigência. Pelo contrário, autoriza a sua tributação na pessoa física do autuado, dada a ausência de comprovação e vinculação dos depósitos com atividade empresarial lícita empreendida.

Aliás, se assim fosse, todo e qualquer crime ou contravenção, se praticado de forma organizada, justificaria a aplicação do regime tributário próprio das pessoas jurídicas, em evidente distorção das normas de direito privado que regem a constituição e existência destas no ordenamento, em especial aquelas relacionadas à função social das sociedades empresárias.

Logo, a solução do mérito requer apreciar sobretudo as provas trazidas pelo recorrente, uma vez que para afastar a presunção legal de omissão de rendimentos fundamentada no art. 42 da Lei 9.430/1996, exige-se que o recorrente comprove documentalmente a origem de cada depósito.

Não se trata de o contribuinte comprovar o exercício de atividade econômica lícita. É necessário trazer documentação hábil e idônea que comprove a natureza dos recursos empregados em cada depósito.

Precedentes:

Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 16/04/2014 por GERMAN ALEJANDRO SAN MARTIN FERNANDEZ, Assinado digitalmente em 25/04/2014 por JORGE CLAUDIO DUARTE CARDOSO, Assinado digitalmente em 16/04/2014 por GERMAN ALEJANDRO SAN MARTIN FERNANDEZ

Impresso em 20/05/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Exercício: 1998 (...) IRPF - LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS DEPÓSITOS - Para elidir a presunção de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada, a demonstração da origem dos depósitos deve ser feita de forma inequívoca, correlacionando, de forma individualizada, as apontadas origens a cada um dos depósitos. A alegação de que as origens dos depósitos foram cheques omitidos por uma empresa deve ser comprovada com a demonstração de que os depósitos se referem aos referidos cheques, não bastando para tanto a mera existência de proximidade de datas entre as emissões dos cheques e os depósitos. Embargos acolhidos. Recurso parcialmente provido. (acórdão nº 104-23276, de 25-6-2008, da 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, conselheiro(a) relator(a) Pedro Paulo Pereira Barbosa)

Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF Exercício: 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 (...)

Ementa: IMPOSTO DE RENDA - TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVAMENTE COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - POSSIBILIDADE - A partir da vigência do art. 42 da Lei nº 9.430/96, o fisco não mais ficou obrigado a comprovar o consumo da renda representado pelos depósitos bancários de origem não comprovada, a transparecer sinais exteriores de riqueza (acréscimo patrimonial ou dispêndio), incompatíveis com os rendimentos declarados, como ocorria sob égide do revogado parágrafo 5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90. O contribuinte tem que comprovar a origem dos depósitos bancários, sob pena de se presumir que esses são rendimentos omitidos, sujeitos à aplicação da tabela progressiva. (...) COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS - IMPOSSIBILIDADE DE O DEPÓSITO DE UM MÊS SERVIR COMO COMPROVAÇÃO PARA O DEPÓSITO DO MÊS SEGUINTE - Na tributação dos depósitos bancários de origem não comprovada não se individualiza os saldos em fins de período, mas os próprios depósitos, considerados rendimentos omitidos na hipótese especificada em lei. Permitir que os depósitos de um mês pudessem funcionar como origens para os depósitos do mês seguinte, somente seria possível se houvesse a comprovação de que o valor sacado foi, posteriormente, depositado. Acatar a possibilidade, em tese, dos depósitos antecedentes servirem como comprovação e origem dos depósitos subseqüentes, no extremo, permitiria que o depósito de um dia servisse para justificar o depósito do dia seguinte. (...) Recurso voluntário parcialmente provido. (acórdão nº 106-16977, de 26-6-2008, da 6ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, conselheiro(a) relator(a) Giovanni Christian Nunes Campos)

Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF Ano-calendário: (...)

EXCLUSIVAMENTE COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - POSSIBILIDADE - A partir da vigência do art. 42 da Lei nº 9.430/96, o fisco não mais ficou obrigado a comprovar o consumo da renda representado pelos depósitos bancários de origem não comprovada, a transparecer sinais exteriores de riqueza (acréscimo patrimonial ou dispêndio), incompatíveis com os rendimentos declarados, como ocorria sob égide do revogado parágrafo 5º do art. 6º da Lei nº 8.021/90. Agora, o contribuinte tem que comprovar a origem dos depósitos bancários, sob pena de se presumir que estes são rendimentos onitidos, sujeitos à aplicação da tabela progressiva.(...)OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - PRESUNÇÃO LEGAL CONSTRUÍDA PELO ART. 42 DA LEI Nº 9.430/96 - IMPOSSIBILIDADE DA DESCONSTRUÇÃO DA PRESUNÇÃO A PARTIR DA VARIAÇÃO DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CO-TITULARIDADE NO ANO AUTUADO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DE CADA DEPÓSITO, INDIVIDUALIZADAMENTE - Não se deve confundir a tributação prevista no art. 42 da Lei nº 9.430/96 com a referente ao acréscimo patrimonial a descoberto, na forma do art. 3º, § 1º (parte final), da Lei nº 7.713/88. Nesta, utilizam-se os saldos das contas correntes e de aplicações financeiras, como origem e aplicação de recursos, apontando-se, se for o caso, o acréscimo patrimonial a descoberto. No tocante à presunção do art. 42 da Lei nº 9.430/96, deve-se comprovar a origem dos depósitos bancários individualizadamente, não sendo possível efetuar a comprovação a partir da variação dos saldos de aplicações financeiras. Sendo comprovada a origem do depósito, este deve ser excluído da base de cálculo da omissão dos rendimentos. Ausente a comprovação de co-titularidade na conta de depósito, afasta-se as conseqüências dessa realidade. Recurso voluntário provido parcialmente.(acórdão nº 106-17092, de 8-10-2008, da 6ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, conselheiro(a) relator(a) Giovanni Christian Nunes Campos)

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Exercício: 1999

Ementa: (...)

IRPF. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS DEPÓSITOS. Para elidir a presunção de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada, a demonstração da origem dos depósitos deve ser feita de forma inequívoca, correlacionando, de forma individualizada, as apontadas origens a cada um dos depósitos. Recurso negado.(Acórdão 2802-01.012, de 24/08/2011, 2ª Turma Especial, Relator Conselheiro Jorge Cláudio Duarte Cardoso)

Desta forma, a análise do mérito prescinde de averiguar a licitude da atividade que o contribuinte alega exercer.

Processo nº 10510.722939/2011-93
Acórdão n.º **2802-002.768**

S2-TE02
Fl. 123

Não se identifica vinculação entre os documentos apresentados pelo contribuinte e os depósitos efetuados em suas contas correntes. Destaca-se que o recorrente em momento algum se esforçou em fazer essa comprovação, como afirma expressamente em sua defesa.

Não há, portanto, comprovação da origem dos depósitos, portanto, prejudicadas as demais alegações do recorrente.

Diante do exposto, deve-se **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

É o meu voto.

(assinado digitalmente)

German Alejandro San Martín Fernández