



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10540.000153/2002-73
Recurso nº. : 133.512
Matéria : IRPF - Ex(s): 1999
Recorrente : RAYMUNDO CARVALHO DE ALMEIDA
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ em SALVADOR - BA
Sessão de : 1º DE JULHO DE 2003
Acórdão nº. : 106-13.397

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - Comprovado que o contribuinte tomou ciência do Anexo, parte integrante do auto de infração, onde a autoridade fiscal detalhou o fato gerador e a base de cálculo do imposto, incabível a declaração de nulidade do mesmo por falta de motivação.

APLICAÇÃO DA PENALIDADE - Nos termos do art. 10, inciso IV do Decreto nº 70.235/72, são elementos do auto de infração a indicação da norma legal infringida e a penalidade aplicada, portanto, é da competência da autoridade fiscal à aplicação da multa.

CAPACIDADE CONTRIBUTIVA - Esse princípio tem por objetivo delimitar a ação do legislador ao editar as leis. Dessa forma, aprovada a lei, presume-se que suas regras estejam de acordo com todos os princípios constitucionais vigentes.

INCONSTITUCIONALIDADE - Não compete aos órgãos julgadores de instância administrativa apreciar arguição de inconstitucionalidade de norma legal, legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, por transbordar os limites de sua competência.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - A presunção legal de omissão de rendimentos, prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

Preliminar rejeitada
Recurso negado.

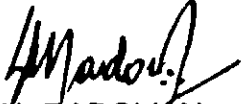
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por RAYMUNDO CARVALHO DE ALMEIDA.

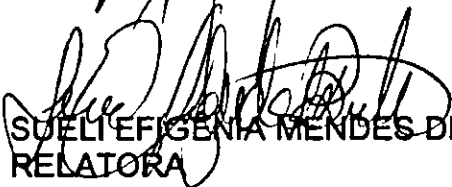
ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora. Vencidos, na preliminar, os Conselheiros Antônio Augusto Silva Pereira de Carvalho (Suplente convocado), Orlando José Gonçalves Bueno e Wilfrido Augusto Marques que dava provimento integral ao recurso sendo vencido na preliminar e no mérito. O Conselheiro Wilfrido Augusto Marques apresentou declaração de voto.

SEB

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397


DORIVAL PADOVAN
PRESIDENTE


SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO
RELATORA

FORMALIZADO EM: 25 AGO 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros THAISA JANSEN PEREIRA, LUIZ ANTONIO DE PAULA e EDISON CARLOS FERNANDES. Ausente o Conselheiro ROMEU BUENO DE CAMARGO

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397



Recurso nº : 133.512
Recorrente : RAYMUNDO CARVALHO DE ALMEIDA

RELATÓRIO

Nos termos do Auto de Infração e seus anexos de fls. 20/28, exige-se do contribuinte já qualificado nos autos, um crédito tributário no valor de R\$ 371.975,80, pertinente a omissão de rendimentos constatada no ano - calendário 1998.

Inconformado com o lançamento o contribuinte, por procurador (doc. de fls. 36), tempestivamente, apresentou a impugnação de fls. 54/69. Suas alegações foram assim resumidas às fls. 82/83:

- em preliminar, a nulidade do lançamento, afirmando que o auto de infração, do ponto de vista jurídico-tributário, padece de vícios substanciais que, de modo irremediável, comprometem sua validade, eficácia e exeqüibilidade, por entender que a autuação viola princípios constitucionais (legalidade, irretroatividade da lei e capacidade contributiva) e lavrado com preterição de formalidades obrigatória – descrição circunstanciada do fato – estabelecida no inciso III do artigo 10 do Decreto nº 70.235, de 1972;
- acrescenta, ainda, para fundamento desse pleito que os dispositivos legais apontados não conferem à descrição fática a necessária força jurídica, de sorte a autorizar que sejam erigidas à condição bastante de fato gerador do tributo exigido, circunstância que também revela a falta de motivo e ausência de objeto do ato, e que o autuante exorbitou da competência legal ao aplicar penalidades, violando o disposto no artigo 142 do Código Tributário;
- alega, no mérito, a impossibilidade jurídica do lançamento, entendendo que os depósitos bancários não podem ser erigíveis em fatos geradores ou elementos integrantes da renda bruta do contribuinte para fim de tributação;

 3 

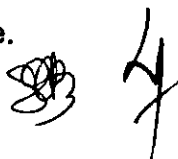
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

- requer a improcedência do auto de infração declarando-se insubsistente a exigência dele constante e protesta por todos os meios em direitos admitidos provar o legado.

Os membros da 3ª Turma da DRJ em Salvador, por unanimidade de votos, mantiveram a exigência (fls. 80/90), sob os fundamentos a seguir resumidos:

- Nulidade. Não há como prosperar a veiculada tese de nulidade, uma vez que o auto de infração não foi lavrado por pessoa incompetente e está perfeito do ponto de vista formal, consoante as disposições legais do art. 10 do PAF e lavrado em conformidade com o artigo 142 do Código Tributário Nacional.
- Pedido de produção de provas. O autuado não logrou comprovar a impossibilidade de apresentação, por motivo de força maior, de qualquer documentação adicional nos autos, no prazo previsto para a impugnação, ou qualquer motivo elencado no § 4º e não atendeu o disposto no § 5º, ambos do art. 16 do Decreto nº 70.235/72.
- Inconstitucionalidade. Alegação de ilegalidade ou inconstitucionalidade não é oponível na esfera administrativa, visto que é prerrogativa exclusiva do poder judiciário, segundo o artigo 102 da Constituição Federal, assim, defeso aos órgãos administrativos jurisdicionais apreciar a argüição de inconstitucionalidade de atos normativos legitimamente inseridos no ordenamento jurídico nacional, por transbordar limites de sua competência.
- Ofensa ao princípio da capacidade contributiva, a autoridade administrativa, no desempenho da atividade lançadora, que é vinculada e obrigatória, cabe constituir o crédito com observância da legislação vigente à data da ocorrência do fato gerador da obrigação, porquanto, a lei posta no ordenamento jurídico goza do pressuposto de legitimidade.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

- Fato gerador do imposto. Quanto a alegação de que depósitos bancários não são fatos geradores de imposto, a tributação com base em depósitos bancários é uma das formas colocadas a disposição do Fisco para detectar omissão de rendimentos , edificando-se aí, uma presunção legal, do tipo condicional relativa, que embora estabelecida em lei não tem caráter absoluto de verdade e que impõe ao contribuinte a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações.
- A legislação é clara e exige a comprovação da origem dos recursos depositados, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea. Portanto ausente a prova da origem dos valores depositados em conta bancária, prevalece a presunção estabelecida no art. 42 da lei nº 9.430/96, que fundamentou o lançamento em exame.

Dessa decisão tomou ciência (Ar de fl. 92) e, dentro do prazo legal, protocolou o recurso de fls. 98/111, onde registra as razões a seguir sintetizadas:

- A peça exordial, do ponto de vista jurídico tributário, padece de vícios substanciais que de modo irremediável comprometem sua validade, eficácia e exeqüibilidade (afronta aos princípios da legalidade e de capacidade contributiva).
- O instrumento de formalização da exigência não está apto a produzir efeitos jurídicos, visto que lavrado com preterição de formalidade obrigatória estabelecida no art. 10, do Decreto nº 70.235/72. Em harmonia com os artigos 43 e 142 , do CTN, exigia o dispositivo citado (inciso III), a descrição circunstanciada do fato gerador ou fatos geradores da exigência fiscal.
- No presente caso o autor do procedimento limitou-se, a pretexto de tributar omissão de rendimentos, a fazer genérica e imprecisa descrição de suposto " acréscimo patrimonial " no ano de 1998.
- No texto da notificação, o alegado demonstrativo foi feito de forma sintética contendo, apenas, a indicação de quantias como sendo

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

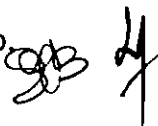
Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

correspondentes a “depósitos efetuados e valores creditados” em conta bancária do recorrente.

- Os dispositivos legais apontados pela peça impugnada não conferem à descrição fática feita pelo agente fiscal a necessária força jurídica, de sorte a autorizar sejam erigidas à condição bastante de fato gerador do tributo exigido, circunstância que também revela falta de motivo e a total ausência de objeto do ato administrativo – fiscal combatido.
- O agente fiscal subscritor da peça inicial, violando o artigo 142, do CTN, exorbitou da competência legal para aplicação da penalidade.
- Ausência de capacidade contributiva. A prevalecer a absurda imposição, o recorrente terá seu patrimônio totalmente confiscado, o que é vedado pela Carta Magna (art. 150, IV) e, ainda assim, continuará a dever para o fisco, à guisa de imposto de renda.
- Mérito. Falta base fática e jurídica para a consecução do lançamento impugnando (art. 10, III, Decreto nº 70.235/72). A autoridade lançadora, em respeito ao princípio da legalidade, não poderia ter formalizado qualquer notificação com desiderato de exigir “comprovação” da origem dos depósitos bancários considerados, pois como se trata de regra de procedimento, por analogia, era aplicável a espécie o disposto no artigo 21, I, II e III, do Decreto nº 2.303/86.
- O legislador do Decreto Lei nº 2.471, de 1988, decidiu extinguir todos os créditos relativos ao imposto de renda lançados com base em valores de extratos ou comprovantes de depósito bancários e a administração tributária ficou impedida de proceder lançamentos novos, considerando essa espécie como matéria tributável, como ocorreu nos autos.

Às fls. 98/123 foi juntada cópia do processo nº 10540.001289/2002-09, pertinente ao arrolamento de bens.

É o Relatório,



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

VOTO

Conselheira SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO, Relatora

O recurso preenche as condições de admissibilidade. Dele conheço.

1. Preliminar de nulidade do Auto de Infração.

1.1 - Sob amparo do art. 5º, II da C.F, artigos 43 e 142 do CTN e ainda artigo 10 do Decreto nº 70.235/72, o recorrente pede a nulidade do auto de infração por lhe faltar motivo e objeto.

O art. 10 do Decreto nº 70.235/72, assim preceitua:

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

I – a qualificação do autuado;

II – o local, a data e a hora da lavratura;

III – a descrição do fato;

IV – a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V – a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugna-la no prazo de 30 (trinta dias);

VI – a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula. (grifei)

A Lei nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional, assim determina:

Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(grifei)



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

Examinados os anexos que acompanham o Auto de Infração, **todos devidamente assinados pelo recorrente**, constata-se que:

- a) o auto de infração foi lavrado por auditor fiscal, autoridade competente para lançar o imposto e indicar a disposição legal infringida e penalidade aplicável (art. 904 do Regulamento do Imposto sobre a Renda aprovado pelo Decreto 3.000/99, e art. 10, inciso IV do Decreto nº 70.235/72);
- b) o fato gerador e a matéria tributável estão devidamente descritos às fls. 21 e às fls. 26/28.

Assim sendo, não há o que se falar em nulidade do auto de infração por falta de motivação e objeto.

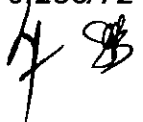
Argumenta, ainda, o recorrente que o agente fiscal subscritor da peça inicial, violando o artigo 142, do CTN, exorbitou da competência legal para aplicação da penalidade.

O Decreto nº 70.235/72, é ao normativo exarado pelo Poder executivo que, embora sem ter origem congressual, foi recepcionado pelo nosso sistema como lei ordinária *ratione materiae* em virtude da norma inserida no art. 22, I, da CF/88.

O fato de a descrição da infração e a indicação da penalidade cabível serem elementos essenciais do auto de infração, autoriza a concluir que a autoridade fiscal seja competente para aplicar a multa.

Nesse sentido a Dr. Mary Elbe Gomes Queiroz Maia, em seu livro "Do lançamento Tributário – Execução e Controle", editora Dialética, no item "Execução do ato de lançamento", pág. 42, assim ensina:

No que se refere à discussão sobre a possibilidade, ou não, de um único instrumento de formalização de lançamento (auto de infração ou notificação de lançamento, artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

e alterações) pode conter ao mesmo tempo o ato administrativo de lançamento de tributo nos termos do artigo 3º do CTN, referindo-se este ao conceito de tributo o qual não pode caracterizar como uma sanção do ato ilícito, e ao ato de aplicação de penalidade decorrente das disposições contidas na parte final do art. 142 do CTN, na qual consta que a autoridade administrativa propõe a aplicação da penalidade cabível, não existem muitas indagações a serem suscitadas, por se entender que, na constatação de infração à legislação tributária, a autoridade administrativa competente para a execução do ato de lançamento (auditor fiscal) também é aquela competente para a imposição da penalidade, não ficando a aplicação desta submetida a qualquer ato de ratificação ou aprovação posterior de outra autoridade.

A aplicação de penalidade, quando constatada a ocorrência da prática de infração por parte do sujeito passivo da obrigação tributária não requer outras formalidades além daquelas expressamente previstas na lei que regulamenta o processo administrativo, ex – vi dos artigos 9º e 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72 e alterações posteriores, os quais textualmente prevêm que a aplicação de penalidade será formalizada em auto de infração ou notificação de lançamento.

Inclusive, a expressão crédito tributário, como referida pela lei, deverá ser entendida como abrangendo não somente o tributo lançado, mas, também, o valor da penalidade cabível aplicada (seja multa de ofício, seja multa de mora) e os demais acréscimos legais, juros de mora e atualização monetária na época em que esta era devida, sem que revele qualquer contradição entre as previsões dos artigos 3º e 142.

(...)

... o entendimento aqui adotado não descuida nem releva os argumentos daqueles que são favoráveis a tese de que o lançamento somente há a proposição da penalidade, tendo em vista que para estes a aplicação de penalidade requer a existência de um prévio contraditório e o respeito ao amplo direito de defesa. Muito pelo contrário, ao se admitir que a própria autoridade fiscal possa, por ocasião do lançamento, já impor a penalidade aplicável, não significa um desprezo aos princípios fundamentais, mas visa dar maior amplitude ao contraditório e à defesa do sujeito passivo, pois após a formalização e lavratura do auto de infração ou notificação de lançamento, é assegurado ao sujeito passivo o direito de se insurgir contra o lançamento tributário.

Caso o sujeito passivo não se conforme com o lançamento contra ele efetuado, poderá, em sede do contencioso administrativo tributário, discutir integralmente o lançamento, inclusive, no que se refere à penalidade e com a certeza de uma apreciação revestida de maior imparcialidade tendo em vista que será procedida por órgãos e autoridades administrativas dotadas de maior independência e autonomia com vistas à formação do seu livre convencimento,

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

diferentes daquela que executou o ato de lançamento ou aplicou a penalidade.

Dessa forma, e considerando que a garantia constitucional de ampla defesa esculpida no inciso IV do art. 5º da CF/88, foi assegurada ao recorrente pelas diversas intimações e pelo direito de apresentar a impugnação, que nos termos do artigo. 14 do Decreto nº 70.235/72 é o momento oportuno para a juntada das provas, rejeito a preliminar argüida.

1.2 – Ausência de capacidade contributiva.

O princípio da capacidade contributiva está esculpido no Título VI “ da Tributação e do Orçamento”, Capítulo I do “Sistema Tributário Nacional”, art. 145 § 1º, e tem a seguinte dicção:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

*I – impostos;
(...)*

§ 1º . Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.(grifei)

Esse princípio tem por objetivo delimitar a ação do legislador ao editar as leis. Dessa forma, aprovada a lei, presume-se que suas regras estejam de acordo com todos os princípios constitucionais vigentes.

Roque Antonio Carraza, Curso de Direito Constitucional Tributário, Malheiros , 19ª ed.,p.80-81 nos ensina que:

A capacidade contributiva à qual alude a Constituição e que a pessoa política é obrigada levar em conta ao criar , legislativamente, os impostos de sua competência é objetiva, e não subjetiva. É objetiva porque se refere não às condições

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

econômicas reais de cada contribuinte individualmente considerado, mas às suas manifestações objetivas de riqueza (ter um imóvel, possuir um automóvel, ser proprietário de jóias ou obras de arte, operar em Bolsa, praticar operações mercantis etc.).

Assim, atenderá ao princípio da capacidade contributiva a lei que, ao criar imposto, colocar em sua hipótese de incidência fatos deste tipo. Fatos que Alfredo Augusto Becker, com muita felicidade, chamou de fatos-signos presuntivos de riqueza (fatos que, a "priori", fazem presumir que quem realiza tem riqueza suficiente para ser alcançado pelo imposto específico). Com o fato – signo presuntivo de riqueza tem-se por incontroversa a existência de capacidade contributiva.

Pouco importa se o contribuinte que praticou o fato imponible do imposto não reúne, por razões personalíssimas (v.g., está desempregado), condições para suportar a carga tributária.

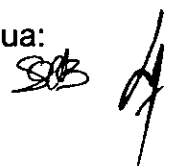
No dizer de Bernardo Ribeiro de Moraes, Compêndio de Direito Tributário, Forense, V.2, 3ª ed., p.122-123: *A regra (princípio da capacidade contributiva) tem eficácia jurídica perante o legislador ordinário, devendo este, ao escolher os fatos geradores da obrigação tributária (as hipóteses de incidência da regra jurídica criadora do imposto), verificar fatos presuntivos de capacidade contributiva (...).*
O problema é eminentemente político legislativo (grifei).

Estando em vigor a lei que dá amparo a tributação do rendimento, aqui discutida, cabe aos órgãos julgadores de instância administrativa zelar pela sua aplicação, até que o Supremo Tribunal Federal reconheça a sua inconstitucionalidade (art.102 da CF/88).

O imposto de renda e acréscimos legais, aqui examinados, foram calculados em consonância com a legislação tributária vigente e aplicável a espécie. Dessa maneira, se o contribuinte entende que a exigência fiscal é além da sua capacidade contributiva, deve, pela ação judicial competente, recorrer ao judiciário.

Rejeitadas as preliminares, passo ao mérito.

2. O fundamento legal do lançamento dos valores apurados está no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, e suas alterações, inserido no art. 849 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000/99, que assim preceitua:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

Art. 849. Caracterizam-se também como omissão de receita ou de rendimento, sujeitos a lançamento de ofício, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais a pessoa física ou jurídica, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil ou idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42).

§ 1º Em relação ao disposto neste artigo, observar-se-ão (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, §§ 1º e 2º):

I - o valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira;

II - os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

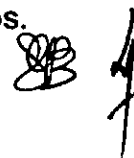
§ 2º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, § 3º, incisos I e II, e Lei nº 9.481, de 1997, art. 4º):

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 doze mil reais, desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de oitenta mil reais.

§ 3º 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 (Lei nº 9.430, de 1996, art. 42, § 4º).

Constata-se, portanto, que a presunção legal é da espécie condicional ou relativa (*juris tantum*), e admite prova em contrário. À autoridade fiscal cabe provar a existência dos depósitos, e ao contribuinte cabe o ônus de provar que os valores encontrados têm suporte nos rendimentos tributados ou isentos.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

Isso está em perfeita consonância com as normas contidas no CTN nos seguintes artigos:

Art. 43 - O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

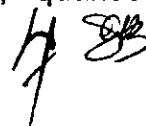
*Art. 44 - A base de cálculo do imposto é o montante, real, **arbitrado ou presumido**, da renda ou dos proventos tributáveis.*

À autoridade lançadora provou a existência de depósitos em valores expressivos, e o recorrente nenhum documento trouxe, em grau de recurso, que elidisse a presunção. Assim sendo, em obediência as normas legais transcritas, o lançamento deve ser mantido.

Com relação à jurisprudência judicial invocada pelo recorrente, além de serem pertinentes a legislação anterior a entrada em vigor da Lei nº 9.430/96, as mesmas fazem efeitos somente para as partes envolvidas e o recorrente não demonstrou nos autos que por elas estava abrangido.

Quanto a regra inserida no art. 9º do Decreto-lei nº 2.471/77, só ampara o cancelamento daqueles lançamentos que preencham, **cumulativamente**, dois requisitos: a) sejam fundados em arbitramento feito **EXCLUSIVAMENTE** em valores constantes em extratos ou comprovantes de depósito bancário; b) tenham sido FORMALIZADOS até a data da entrada em vigor do referido diploma legal.

A jurisprudência administrativa é volumosa no sentido de que a norma legal indicada teve como finalidade adequar o julgamento administrativo a Súmula 182, portanto, seus efeitos restringem-se aos processos administrativos existentes até aquela data, objetivo este revelado pela sua redação utilizada, pelo legislador, quando



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

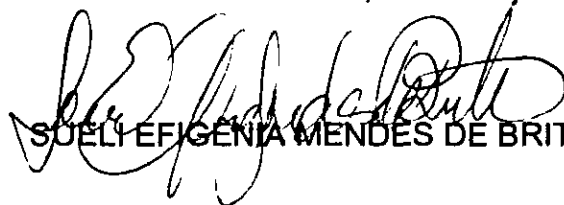
Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

determinou: "... **ARQUIVANDO-SE**, conforme o caso, os respectivos processos administrativos, os débitos para com a Fazenda Nacional, inscritos ou não como Dívida Ativa da União, ajuizados ou não ...".

Não sendo, como exaustivamente demonstrado, o caso do lançamento discutido.

Isso posto, voto por rejeitar as preliminares argüidas, para no mérito negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 1º de julho de 2003.


SUELY EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO

4

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro WILFRIDO AUGUSTO MARQUES, Relator

Sigilo bancário.

Trata-se de lançamento tributário instruído com base em dados obtidos por meio de quebra do sigilo bancário do Recorrente, determinada pela autoridade administrativa nos autos do presente procedimento fiscal em face das informações relativas a CPMF (primeiro parágrafo de fls. 26).

Há que se verificar, antes mesmo de enfrentar a retroatividade da Lei Complementar 105, o *status* do sigilo bancário, garantia individual consignada na Constituição Federal. A proteção do sigilo de dados financeiros do indivíduo, como cláusula pétreia que é, direito fundamental, não pode ser subordinada ao preceito infraconstitucional.

Cuida-se de direito insculpido no art. 5º, XII da CF, que, de acordo com precedentes do Supremo Tribunal Federal, é espécie do direito à intimidade e vida privada consagrado no art. 5º, X da CF, considerado como o mais exclusivo dos direitos subjetivos, conforme enuncia Tércio Ferraz:

"sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político. Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiado nem por normas nem por padrões objetivos. No recôndito da privacidade se esconde pois a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

envolve direito de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos”.¹

O Supremo Tribunal Federal, interpretando a Constituição Federal, confirmou o direito ao sigilo de dados - espécie de direito à intimidade privada - como cláusula pétrea, impedindo, desta forma, até mesmo a aprovação de emenda constitucional tendente a aboli-lo ou mesmo modificá-lo estruturalmente, consagrando-o como indevassável, consoante se lê no voto do Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança 21.729-4/DF:

*“Tenho insistentemente salientado, em decisões várias que proferi nesta Suprema Corte, que a tutela jurídica da intimidade constitui – qualquer que seja a dimensão em que se projete – uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X) cuja proteção normativa busca erigir e reservar, **sempre em favor do indivíduo** – e contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público – uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado.
(STF, MS 21.729-4/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 19.10.2001)*

Mais à frente o mesmo Ministro traduz a importância deste direito como categoria de direito fundamental, transcreve-se:

“O magistério doutrinário, bem por isso, tem acentuado que o sigilo bancário – que possui extração constitucional – reflete, na concreção do seu alcance, um direito fundamental da personalidade, expondo-se, em consequência, à proteção jurídica a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado”.

(...)

A equação direito ao sigilo – dever de sigilo exige, para que se preserve a necessária relação de harmonia entre uma expressão essencial dos direitos fundamentais reconhecidos em favor da generalidade das pessoas (verdadeira liberdade negativa, que impõe ao Estado um claro de abstenção, de um lado, e a prerrogativa que inquestionavelmente assiste ao Poder Público de investigar comportamentos de transgressão à ordem jurídica, de outro, que a determinação de quebra de sigilo bancário provenha de ato emanado do órgão do Poder Judiciário, cuja intervenção moderadora na resolução dos litígios revela-se garantia de respeito tanto ao regime das liberdades públicas quanto à supremacia do interesse público”.
(STF, MS 21.729-4/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 19.10.2001)
(grifos acrescentados)

¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

Ora, de acordo com José Afonso da Silva são características dos direitos fundamentais a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade. Limite-me a transcrever os trechos atinentes aos tópicos inalienabilidade e irrenunciabilidade, já que somente estes importam para o caso em apreço:

“(2) Inalienabilidade: São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. **Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;**

(...)

(4) Irrenunciabilidade: Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admitem sejam renunciados”².

Em decorrência de tais elementos, tendo em vista que nem mesmo seria constitucional a entrega dos extratos bancários pela própria Recorrente, tem-se que a quebra promovida pela administração tributária, sem a submissão à tutela do Judiciário, afigura-se em contraste com a Carta Magna.

Desta forma, as provas usadas para fundamentar o lançamento (extratos bancários obtidos por requisição administrativa) constituem-se em provas ilícitas e como tal tornam nulo o lançamento, por ser ato praticado em violação a direito fundamental líquido e certo do sujeito passivo, consagrado na Carta Magna.

Destarte, a Lei Complementar nº 105 atropela garantia fundamental, consagrada como cláusula pétrea no artigo 60, inciso IV da CF, daí derivando a impossibilidade de ser extirpada até mesmo por Emenda Constitucional.

Ainda que assim não fosse, não poderia jamais referida norma atingir fatos imponíveis ocorridos em período pretérito ao da sua edição, por força do que dispõe o artigo 144 do CTN.

Conquanto alguns sustentem que por se tratar de norma procedimental poderia retroagir (art. 144, §1º do CTN), atingindo períodos passados, não vejo como

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

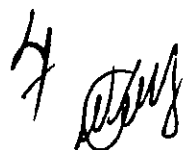
Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

referendar esta tese sem violentar o princípio da segurança jurídica. É que a alteração promovida pela LC 105/2001 não tem caráter procedimental, visto atingir também direito do contribuinte de, como aponta Alberto Xavier, "conhecer e computar seus encargos tributários com base exclusivamente na lei".

O parágrafo 1º do artigo 144 do CTN volta-se para prerrogativas meramente instrumentais. Ora, a quebra de sigilo bancário tem sido utilizada, no mais das vezes, como única e exclusiva prova de omissão de rendimentos, dirigindo-se, portanto, a própria hipótese de incidência tributária. Neste sentido, transcrevo ementa de acórdão do TRF/4ª Região:

"TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. UTILIZAÇÃO DE DADOS DA CPMF PARA FINS DE CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IRRETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO.

1. A Lei nº 9.311/96, com a alteração introduzida pela Lei nº 10.174/2001, não pode atingir fatos regidos pela lei pretérita, que proibía a utilização destas informações para outro fim que não fosse o de lançamento da CPMF e zelava pela inviolabilidade do sigilo bancário e fiscal.
2. Ao tempo do fato gerador da obrigação, vigia a Lei nº 4.595/64, recepcionada com força de lei complementar pelo art. 192 da Constituição de 1988, até a edição da Lei Complementar nº 105/2001, cujo art. 38, nos §§1º a 7º, admite a quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.
3. Mostra-se destituído de fundamento constitucional o argumento de que o art. 144, §1º do CTN, autoriza a aplicação da legislação posterior à ocorrência do fato gerador que instituiu novos critérios de apuração ou processos de fiscalização ao lançamento do crédito tributário, visto que este dispositivo refere-se a prerrogativas meramente instrumentais, não podendo ser interpretado de forma colidente com as garantias de inviolabilidade de dados e de sigilo bancário, decorrente do direito à intimidade e à vida privada, elencados como direitos individuais fundamentais no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição de 1988.
4. Para que o Fisco se valha das informações fornecidas pelas instituições financeiras a respeito da movimentação bancária do contribuinte, a fim de lançar crédito tributário relativa a exação diversa da CPMF, mediante procedimento administrativo-fiscal, é imprescindível a autorização judicial". (TRF/4ª Região, AMS nº 2001.72.03.000590-4/SC, DJU de 11.12.2002)



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

Assim, a LC 105 ademais de ferir direito fundamental ofende também o princípio da confiança na lei fiscal. Como assentado no voto do Ilustre Desembargador Wellington Mendes de Almeida:

"Não se ignora que o direito ao sigilo bancário não se reveste de caráter absoluto ou ilimitado, sujeitando-se a sua quebra ao interesse público ou social ou à regular administração da justiça. Para que o Fisco se valha das informações fornecidas pelas instituições financeiras a respeito da movimentação bancário do contribuinte, a fim de lançar crédito tributário relativo a exação bancária do contribuinte, a fim de lançar crédito tributário relativo a exação diversa da CPMF, mediante procedimento administrativo-fiscal, é imprescindível a autorização judicial". (grifou-se)

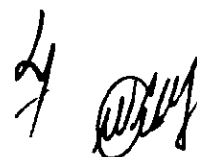
O Ministro José Delgado, no trabalho "O Sigilo Bancário no Ordenamento Brasileiro"³, traçou em breves linhas a razão da necessidade de autorização judicial para fins de quebra de sigilo bancário:

"Em um Estado que, por imposição de sua própria Constituição, está comprometido com a guarda e aplicação efetiva de princípios democráticos, especialmente o de respeitar os direitos e garantias fundamentais da cidadania, não há ambiente para que seja outorgado ao Poder Executivo, por via da atuação de agentes públicos fiscais, o acesso, sem o controle do Poder Judiciário, às informações bancárias do contribuinte.

O sigilo bancário, por ser um direito fundamental que exige ser respeitado, pela supremacia constitucional que o protege, deve submeter a possibilidade de sua quebra para fins tributários ao Poder Judiciário, pela ausência de interesse direito nos resultados da ação fiscalizadora, que é o recolhimento do tributo, e pelas garantias de independência, prudência e qualificação jurídica que revestem esse poder".

Não é possível utilizar como pretexto para invasão a direitos tradicionalmente consagrados no mundo (Bill of Rights e Declaração Universal dos Direitos do Homem) interesse procedimental do Fisco. Para que se tenha consciência do agravo cometido pela LC 105 aos direitos consagrados na Carta Magna, é como se admitíssemos a tortura ou a escuta telefônica sem prévia autorização judicial com

³ Revista de Estudos Tributários, nº 22, nov/dez. 2001, p. 152.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

vistas a verificar a existência de ilícitos tributários. Faço minhas as palavras de Roque Carrazza:

“Evidentemente há, da parte do Estado, o interesse de arrecadar os tributos de maneira simples, expedita e segura. Afinal de contas, é por intermédio deste recolhimento que ele se instrumenta financeiramente a alcançar, com bom sucesso, os fins que lhe são assinalados pela Carta Constitucional ou pelas leis.

Ocorre, porém, que, em nome da comodidade e do aumento da arrecadação do Poder Público, não se pode fazer ouvidos moucos aos reclamos dos direitos subjetivos dos contribuintes, assegurados, como visto, pela própria Constituição. (...)

O “estatuto do contribuinte” exige que a tributação, livre de qualquer arbitrariedade, realize a idéia de Estado de Direito. Às várias possibilidades de atuação da Fazenda Pública há de corresponder a garantia dos direitos de cada contribuinte. Quanto mais gravosa a intervenção tributária, tanto mais cuidadosamente deverá ser protegida a esfera de interesses dos indivíduos.

(...)

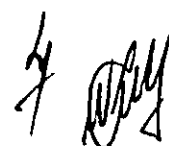
É que a tributação deve desenvolver-se dentro dos limites que a Carta Suprema traçou (fulminando o poder tributário absoluto do Estado). Este objetivo é alcançado, basicamente, respeitando-se os direitos fundamentais do contribuinte e aquela faixa de liberdade das pessoas, onde a tributação não pode se desenvolver”. (Curso de Direito Constitucional Tributário, Editora Malheiros, 18ª edição).

Desta forma, reputo ilegal a quebra de sigilo bancário perpetrada pela autoridade fiscal, ante a exigência constitucional de decisão judicial para este fim.

Omissão de rendimentos.

A omissão de rendimentos indicada na autuação decorreu exclusivamente do somatório dos depósitos verificados nos extratos bancários, sem que fosse apurada a efetiva disponibilidade e auferimento da renda respectiva.

O fato gerador da exação fiscal em questão reside na aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou de proventos de qualquer natureza (C.T.N., art. 43, incisos I e II).



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

Tanto o conceito de renda, como o de proventos, envolvem a existência de acréscimo patrimonial. Consoante lição do mestre HUGO DE BRITO MACHADO, como *“acrécimo se há de entender o que foi auferido, menos parcelas que a lei, expressa ou implicitamente, e sem violência à natureza das coisas, admite sejam diminuídas na determinação desse acréscimo”* (in *“Curso de Direito Tributário”, 11ª edição, Malheiros Editores, p. 218*).

Assim sendo, a ocorrência do fato gerador do tributo está condicionada à disponibilidade efetiva de acréscimo patrimonial, que deve ser comprovada. Tanto no âmbito do judiciário como no administrativo o entendimento é de que os depósitos bancários somente ensejarão lançamento quando reste demonstrada a aferição de renda, com o conseqüente acréscimo patrimonial, conforme já decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do exame do RE nº 117.887-6, Relator Ministro Carlos Mário Velloso:

"Constitucional. Tributário. Imposto de Renda. Renda – Conceito. Lei n. 4.506, de 30-11-64, art. 38, CF/46, art. 15, IV; CF/67, art. 22, IV; EC 1/69, art. 21, IV; CTN, art. 43.

I – Rendas e proventos de qualquer natureza: o conceito implica reconhecer a existência de receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial que ocorrem mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso. CF 1946, art. 15, IV; CF/67, art. 22, IV; EC 1/69, art. 21, IV; CTN, art. 43.

II – Inconstitucionalidade do art. 38 da Lei 4.506/64 que institui adicional de 7% de imposto de renda sobre os lucros distribuídos.

III – RE conhecido e provido”.

Como se vê na decisão acima, não pode ser objeto de tributação o acréscimo patrimonial auferido a título gratuito, porquanto o CTN, bem como a Constituição Federal exigem como elemento essencial a onerosidade. Assim, cabe ao Fisco comprovar a existência do acréscimo patrimonial, bem como a onerosidade de tal acréscimo para que haja tributação do valor depositado em conta-corrente ou do valor aplicado.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

A ocorrência de depósitos bancários não implica necessariamente auferimento da renda respectiva. Os depósitos bancários podem constituir valiosos indícios, mas não prova da omissão de rendimentos já que não caracterizam, por si só, disponibilidade econômica de renda e proventos, nem podem ser tomados como valores representativos de acréscimos patrimoniais. Para prevalecer o lançamento, mister que se estabeleça um nexo causal entre cada depósito e o rendimentos omitido, o que não foi feito no presente processo fiscal, não tendo a fiscalização trazido aos autos qualquer comprovação fática da materialização e exteriorização do fato gerador do imposto em tela, pelo que não deve prevalecer o lançamento, conforme posiciona-se SAMUEL MONTEIRO, que bem sintetiza a matéria:

“Assim, não prevalece hoje o antigo e medieval entendimento do fisco de que os depósitos bancários não identificados em sua origem ou causa, representam sempre rendimentos sonegados, e por isso devem ser tributados pelo Imposto de Renda, entendimento esse que partia de presunção de que o depósito bancário encobria sempre uma renda ou um rendimento, sem que o fisco provasse material e documentalmente a ocorrência de uma aquisição de disponibilidade econômica.”
(“Tributos e Contribuições”, Tomo 3, 2ª edição, Hemus Editora, p. 50/51).

Sem que a fiscalização identifique a origem da aplicação financeira como efetiva aquisição de renda ou proventos omitidos, não se vislumbra a ocorrência do fato gerador do imposto. Assim, não há como se manter o lançamento realizado.

Este é o entendimento do Primeiro Conselho de Contribuintes, ilustrado nas ementas abaixo:

"IRPJ – LANÇAMENTO EMBASADO EM DEPÓSITO BANCÁRIO. Incabível lançamento efetuado tendo como suporte valores em depósitos bancários por não caracterizarem disponibilidade econômica de renda e proventos, e, portanto, não são fatos geradores do imposto de renda. Lançamento calcado em depósitos bancários somente é admissível quando provado o vínculo do valor depositado com a omissão de receita que o originou”(Ac. CSRF/01-2.117, de 02.12.1996).

"IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS
– A existência de depósitos bancários por si só, não é fato gerador de

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10540.000153/2002-73
Acórdão nº : 106-13.397

imposto de renda. O lançamento baseado em depósitos bancários só é admissível quando ficar comprovado o nexó causal entre cada depósito e o fato que represente omissão de rendimentos". (Ac. CSRF 01-02.563, de 07.12.1998)

"IRPF – OMISSÃO DE RENDIMENTOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS – Descabe o arbitramento dos rendimentos com base em depósitos bancários ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras quando o fisco deixa de demonstrar sinais exteriores de riqueza que evidenciem renda auferida ou consumida pelo contribuinte. Os valores depositados em conta corrente bancária não caracterizam fato gerador do imposto de renda, mas somente indícios que podem levar a um presunção de omissão de receita cabendo ao fisco a prova de sua existência". (Ac. CSRF 01-03.267, de 20.03.2001)

ANTE O EXPOSTO, meu voto é pelo provimento do Recurso, com o cancelamento do Auto de Infração.

Sala das Sessões - DF, em 1º de julho de 2003.


WILFRIDO AUGUSTO MARQUES

