



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo n° 13839.001847/2001-90
Recurso n° 152.407 Voluntário
Matéria IRPF - Ex(s): 1999
Acórdão n° 102-49.310
Sessão de 08 de outubro de 2008
Recorrente CLEUBER BELLELI
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 1998

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL - CONCOMITÂNCIA - Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

NULIDADE DO LANÇAMENTO - PROVA ILÍCITA - INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS FIXADAS NO DECRETO Nº 3.724, DE 2001 - O acesso aos extratos bancários não é de livre disposição do auditor fiscal. Os elementos de prova nos autos dão suporte à conclusão de que a RMF foi regularmente expedida.

DEPÓSITO BANCÁRIO - PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a Lei 9.430/96, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Preliminar de nulidade rejeitada.

Recurso negado.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento e NÃO CONHECER do recurso no que tange as matérias submetidas ao poder judiciário. No

D

mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.



IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
Presidente



JOSÉ RAIMUNDO COSTA SANTOS
Relator

FORMALIZADO EM: 17 NOV 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Silvana Mancini Karam, Núbia Matos Moura, Alexandre Naoki Nishioka, Eduardo Tadeu Farah, Vanessa Pereira Rodrigues Domene e Moisés Giacomelli Nunes da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto para reforma do Acórdão DRJ/SPO II nº 14.907, de 07/04/2006 (fls. 131/142), que julgou, por unanimidade de votos, procedente o Auto de Infração às fls. 100 a 106.

A infração indicada no lançamento e os argumentos de defesa suscitados pela contribuinte foram sumariados pelo Órgão julgador a quo, nos seguintes termos:

“Contra o contribuinte em questão foi lavrado o auto de infração (fls. 102/104) com o lançamento de imposto de renda relativo ao ano-calendário 1998 de R\$ 42.574,84, de multa de ofício de R\$ 31.931,13 e de juros de mora calculados até 31/08/2001 de R\$ 16.783,00.

2- *A presente ação fiscal contra o contribuinte foi iniciada, em 29/03/2001, com a ciência do Termo de Início de Fiscalização de fls. 06/07, em que o contribuinte foi intimado a apresentar extratos de suas contas correntes e a comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos que possibilitaram a realização dos créditos no ano-calendário 1998. Esta ação fiscal foi motivada pela discrepância entre sua movimentação financeira e os rendimentos em sua declaração de ajuste deste mesmo ano, com base.*

3- *Inconformado com as informações prestadas pelas instituições financeiras acerca de sua movimentação bancária, o contribuinte impetra Mandado de Segurança com pedido de liminar para suspender a ação fiscal em curso assim como a quebra de seu sigilo bancário. A liminar é concedida em parte para, mantido o procedimento fiscal, condicionar a quebra efetiva do sigilo à prévia oitiva de autoridade judiciária. Em 27 de junho de 2001, suspendeu o cumprimento desta decisão o Tribunal Regional Federal da Terceira Região, acolhendo o Agravo de Instrumento proposto pela Fazenda Nacional (fls. 31/33).*

4- *Em que pese, no entanto, o Fisco encontrar-se autorizado a dar continuidade ao procedimento fiscal com a utilização dos dados bancários, o contribuinte afirma que, por ter interposto Agravo Regimental, não apresentará os extratos bancários até decisão final (fls. 26/27).*

5- *Os extratos são obtidos, então, por meio de Requisição de Movimentação Financeira (fls. 34/37) e o contribuinte é intimado a comprovar a origem dos recursos (fl. 38). Em resposta de fl. 97/98, o contribuinte reitera que não fornecerá os dados requisitados por entender que trata-se de intimação flagrantemente inconstitucional. Assim, a ação fiscal é encerrada com a lavratura do auto de infração, tendo em vista que foi apurada a seguinte infração à legislação tributária:*

6- *Omissão de Rendimentos Caracterizada por Depósitos Bancários sem Origem Comprovada.* Omissão de rendimentos provenientes de valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantida em instituição financeira, cuja origem dos recursos utilizados nestas operações não foi comprovada mediante documentação hábil e idônea, conforme descrição dos valores tributáveis e respectivas datas dos fatos geradores, no citado auto de infração, e sob o seguinte fundamento legal: artigo 42 da Lei 9.430/96; artigo 4º da Lei 9.481/97; artigo 21 da Lei 9.532/97.

7- *O contribuinte toma ciência do auto de infração em 27/09/2001, e, inconformado com o lançamento, apresenta impugnação, em 23/10/2001 de fls. 108/128, em que alega, em síntese, o que segue:*

com base na reserva de jurisdição sobre o sigilo bancário, o acesso do fisco às contas bancárias só pode ocorrer por meio de autoridade judicial, sendo nulas as provas obtidas na presente ação fiscal;

cita doutrina de Mizabel Derzi, in Direito Tributário Brasileiro, Aliomar Baleeiro, obra atualizada;

não se pode admitir que o acesso a seus dados bancários encontra fundamento na Lei Complementar 105 de 2001, pois isto significaria dar curso retroativo à referida Lei, o que é constitucionalmente vedado (artigo 5º, inciso XXXVI);

o § 1º, do artigo 144, do Código Tributário Nacional não pode ser utilizado para justificar a aplicação retroativa, visto que havia lei protegendo os dados pretéritos. A lei complementar não pode afastar, de forma retroativa, um legítimo direito adquirido dos contribuintes;

ainda que se admita a retroatividade, o lançamento deve ser considerado nulo, pois o fiscal atuante ignorou as regras de garantia e controle fixadas pelo Decreto 3.724/2001;

a autorização para expedir Requisições de Movimentação Financeira só pode ser obtida, consoante o art. 2º do Decreto citado, caso tais exames sejam considerados indispensáveis e somente pode ser dada por autoridade fiscal relacionada na norma;

no caso presente, não houve autorização do delegado da Receita Federal para emitir as requisições. São, portanto, nulas as provas obtidas sem observância das restrições estabelecidas;

segundo doutrina citada, para definir-se uma presunção, há necessidade de entre o fato conhecido (fato indiciário) e o fato desconhecido (provável) haver uma correlação segura e direta;

no que tange à presunção legal estabelecida no art. 42 da Lei 9.430/96, há esta inadequação, posto que entre os depósitos bancários e a omissão de rendimentos não há uma correlação lógica direta e segura;

a movimentação bancária não corporifica fato gerador do imposto de renda. Depósito bancário é estoque e não fluxo e não sendo fluxo não tipifica a renda;



cita jurisprudência do Conselho de Contribuinte, Câmara Superior de Recursos Fiscais e súmula 182 do extinto TFR;

os depósitos, segundo lição de Caio Mário da Silva Velloso, representam o marco inicial de investigação e não podem ser usadas como prova indiciária."

Ao apreciar o litígio, o Órgão julgador de primeiro grau, em votação unânime, julgou procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido. A ementa a seguir transcrita resume o entendimento *a quo*:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Ano-calendário: 1998

Ementa: SIGILO BANCÁRIO – DECISÃO JUDICIAL – CONCOMITÂNCIA – Havendo decisão do Tribunal Regional Federal, nos autos de Agravo de Instrumento proposto pela Fazenda Nacional, suspendendo decisão liminar que vedava a utilização das informações financeiras do contribuinte, sob a fundamentação de que a transferência dos dados bancários para a Secretaria da Receita Federal não configura quebra de sigilo bancário, esta decisão impede que esta questão seja reexaminada pelos órgãos administrativos de julgamento.

INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO COM BASE EM REGISTROS DA CPMF – LEGISLAÇÃO POSTERIOR APLICADA A FATOS PRETÉRITOS. Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

REQUISICÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA – Regular a emissão de Requisição de Movimentação Financeira (RMF), quando o contribuinte, regularmente intimado, não fornecer as informações sobre sua movimentação financeira.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS – Após 1º de janeiro de 1997, com a entrada em vigor da Lei 9.430 de 1996, consideram-se rendimentos omitidos, autorizando o lançamento do imposto correspondente, os depósitos junto a instituições financeiras, quando o contribuinte, regularmente intimado, não logra comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados.

Lançamento Procedente

Em sua peça recursal (fls. 148/187), o contribuinte preliminarmente argüi a nulidade do lançamento por ilicitude da prova centrada nos dados da CPMF, em face da vedação contida no § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311/96, vigente no ano-calendário de 1998. A alteração no referido dispositivo, através da Lei nº 10.174, de 2001, não pode ter efeito retroativo, pois introduziu uma nova situação extintiva do direito anteriormente adquirido, trazendo consigo conteúdo nitidamente material. *Ad argumentandum*, admitindo-se ter a referida norma natureza procedimental, tem-se por inaplicável o disposto no § 1º do artigo 144 do CTN, tendo em vista a vedação legal contida no § 2º do próprio artigo. Da mesma forma,

entende que não se pode reconhecer efeito retroativo à Lei Complementar nº 105, de 2001, pois no ano-calendário fiscalizado vigia o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, que garantia reserva de jurisdição sobre o sigilo bancário.

Ainda que se admita o efeito retroativo pretendido pelo fisco, a ilicitude das provas também reside na inobservância das regras fixadas nos artigos 2º a 4º do Decreto nº 3.724, de 2001. O acesso aos extratos bancários não é de livre disposição da Administração Tributária. Tais informações precisam ser consideradas indispensáveis, nas hipóteses previstas no artigo 3º do referido Decreto, que deverá constar em relatório circunstanciado submetido à avaliação do Delegado.

No mérito, sustenta que os depósitos bancários não sustentam a presunção legal de omissão de rendimentos. Com supedâneo em lições de Alfredo Augusto Becker, afirma que entre o fato conhecido (indiciário) e o fato desconhecido (provável) deve haver correlação segura e direta, sob pena desse artifício legal resultar indevido por absoluta inadequação do conceito jurídico escolhido para a sua concreção. Os depósitos bancários podem ter origem em devoluções de empréstimos, empréstimo bancário, doações etc, e não trazem consigo informações indispensáveis para a correta delimitação da base tributável, não caracterizando, portanto, sinal exterior de riqueza ou acréscimo patrimonial, servindo apenas como marco inicial da irrenunciável investigação do Fisco. Ademais, a ausência de determinação legal que obrigue a pessoa física de escrituração fiscal resulta na impossibilidade de concreção da referida presunção.

Argumenta que os depósitos bancários, por si só, não integram o aspecto material do imposto de renda, e a tributação de seus valores fere de morte o conceito de renda estampado no artigo 43 do CTN, pois não representam disponibilidade de riqueza nova.

Aponta equívoco na metodologia empregada na apuração de supostos rendimentos omitidos que desconsiderou as sobras de recursos no mês anterior, aptos a justificar a origem dos valores creditados nos meses subseqüentes. A apuração de supostos rendimentos em períodos mensais, isoladamente, que não representam acréscimo patrimonial, sem levar em conta a totalidade dos rendimentos auferidos no ano, o que demonstra menoscabo à legislação do imposto de renda vigente.

Requer também a exclusão dos depósitos de valor igual ou inferior a R\$12.000,00, conforme determina o § 3º, inciso II, do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Consoante Resolução de nº 102-02.358, o julgamento foi convertido em diligência (fls. 225/232), para a juntada da petição inicial da Ação Mandamental de nº 2001.61.05.004847-2, de modo a possibilitar esta Câmara analisar a abrangência da concomitância das matérias em discussão na esfera administrativa e judicial.

Arrolamento de bens às fls. 188/190.

É o relatório.



Voto

Conselheiro JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, Relator

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele se conhece.

Inicialmente, apesar de concordar integralmente com os fundamentos declinados no voto condutor do Acórdão nº 14.907 (fls. 134/139), da 3ª Turma da DRJ São Paulo II, no que tange às preliminares de nulidade do lançamento, suscitadas pelo contribuinte, em face da ilicitude da prova caracterizada pela aplicação retroatividade da Lei 10.174, de 2001, perante a vedação contida no § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311/96 e das garantias individuais asseguradas pela Constituição Federal, vigente durante o ano-calendário de 1998, e da quebra administrativa do sigilo bancário sem autorização judicial, com base na Lei Complementar nº 105, de 2001, verifica-se que tais questões foram submetidas à apreciação do poder Judiciário, através do MS processo nº 2001.61.05.004847-2 (fls. 15/23, 31/33 e 245/262), o que impõe a observância da Súmula nº 01 do Primeiro Conselho de Contribuintes, a seguir transcrita:

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

Na Ação Mandamental de nº 2001.61.05.004847-2 o contribuinte ainda questionou a imprestabilidade do Decreto nº 3.724, de 2001, para regular a Lei Complementar 105, de 2001, por ser ato unilateral do Presidente da República, alterável a qualquer tempo.

Ao meu ver, este Colegiado deve manifestar-se sobre a preliminar de nulidade do lançamento, no que tange à ilicitude da prova caracterizada pela inobservância das regras fixadas nos artigos 2º a 4º do Decreto nº 3.724, de 2001, posto que, no entender do recorrente, não ficou evidenciada a indispensabilidade da requisição dos extratos bancários, nas hipóteses indicadas no artigo 3º do referido Decreto, através de relatório circunstanciado submetido à avaliação do Delegado. Sobre esta questão, o julgado *a quo* pronunciou-se nos seguintes termos (fls. 138/139):

19- Ainda em preliminares, o impugnante suscita a nulidade do lançamento, alegando que a autorização para expedir Requisições de Movimentação Financeira só pode ser obtida, consoante o art. 2º do Decreto 3.724/2001, caso tais exames sejam considerados indispensáveis e somente pode ser dada por autoridade fiscal relacionada na norma. Por fim, afirma que, no caso presente, não houve autorização do delegado da Receita Federal para emitir as requisições.

20- De fato, o Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, estabeleceu regras e limites aos agentes do fisco para o acesso às



informações financeiras dos contribuintes. O artigo 2º e artigo 3º, VII, desta norma assim dispõem:

Art.2ª Secretaria da Receita Federal, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

Art.3ª Os exames referidos no caput do artigo anterior somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses:

(...)

VII- previstas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996;(GN)

(...)

21-Por sua vez, o artigo 33, I, da Lei 9.430/96 traz a seguinte previsão:

Art. 33. A Secretaria da Receita Federal pode determinar regime especial para cumprimento de obrigações, pelo sujeito passivo, nas seguintes hipóteses:

I - embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição do auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;(grifos nossos)

(...)

22- Assim, não havendo por parte do contribuinte o fornecimento de informações sobre a movimentação financeira, esta situação, por si só, já caracteriza a hipótese de exame indispensável disposto no Decreto 3.724/2001, conferindo ao titular da unidade fiscal o poder de requisitar os extratos diretamente aos bancos. A resposta datada de 31/07/2001, de fls. 26/27, confirmam a negativa do contribuinte em apresentar as informações requisitadas.

23- Quanto à alegada falta de autorização do delegado da Receita Federal para emitir às Requisições de Movimentação Financeira, os documentos de fls. 34 e 36 comprovam o contrário. Em ambas as RMF a autoridade requisitadora é o próprio delegado, titular da unidade. São, portanto, legais as requisições e, conseqüentemente, as provas advindas por este meio.

Com efeito, as Requisições de Movimentação Financeira dirigidas à Caixa Econômica Federal (fls. 34/35) e ao Banco Itaú S/A (fls. 36/37) foram regularmente expedidas pelo Delegado da Receita Federal em Jundiaí/SP, após a suspensão da liminar concedida ao sujeito passivo (fls. 31/33). O contribuinte estava omissos com a apresentação da DIRPF e não

forneceu as informações solicitadas pela fiscalização a respeito da sua movimentação financeira, sendo tal fato relevante para o chefe do Órgão tributário expedir as requisições, conforme dispõe o §2º do artigo 3º do mencionado Decreto. Como bem assinalou a defesa, o acesso aos extratos bancários não é de livre disposição do auditor fiscal. Este não poderá requisitar diretamente às instituições financeiras as informações sobre a conta bancária do fiscalizado. Tal ato, conforme dispõe o artigo 4º do Decreto nº 3.724, de 2001, é privativo do delegado, inspetor ou superintendente da Receita Federal. O relatório foi encaminhado ao Delegado de Jundiaí, que considerou indispensável requisitar as informações aos bancos, conforme expressamente consignado às fls. 34 e 36. Nos termos do §8º do mesmo artigo, a expedição da requisição presume indispensabilidade das informações requisitadas. Os elementos de prova nos autos, como a existência de procedimento de fiscalização instaurado, a ausência de óbice à requisição aos bancos (suspensão da liminar pelo TRF da 3ª Região), a prévia intimação ao sujeito passivo para fornecer os documentos bancários e a regular expedição da RMF pelo Delegado de Jundiaí, impõem a rejeição da preliminar suscitada.

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

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

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.

Para Pontes de Miranda¹, presunções são fatos que podem ser verdadeiros ou falsos, mas o legislador os têm como verdadeiros e divide as presunções em *iuris et de iure* (absolutas) e *iuris tantum* (relativas). As presunções absolutas, na lição deste autor, são irrefragáveis, nenhuma prova contrária se admite; quando, em vez disso, a presunção for *iuris tantum*, cabe a prova em contrário.

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

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

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

¹ MIRANDA, Pontes, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, pág. 234, Ed. Forense, 1974.

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 (conforme arestos colacionados no recurso) e artigo 9º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 2.471/88, que determinava o cancelamento dos lançamentos do imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários — para se constituir na própria omissão de rendimento (art. 43 do CTN), decorrente de presunção legal, que inverte o ônus da prova em favor da Fazenda Pública Federal.

A propósito de presunções legais cabe aqui reproduzir o que diz José Luiz Bulhões Pedreira, (JUSTEC-RJ-1979 - pag. 806), que muito bem representa a doutrina predominante sobre a matéria:

O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que o negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume - cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativa), provar que o fato presumido não existe no caso.

Este também é o entendimento manifestado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, como fica evidenciado no Acórdão CSRF nº 01-0.071, de 23/05/1980, da lavra do Conselheiro Urgel Pereira Lopes, do qual se destaca o seguinte trecho:

O certo é que, cabendo ao Fisco detectar os fatos que constituem o conteúdo das regras jurídicas em questão, e constituindo-se esses fatos em presunções legais relativas de rendimentos tributáveis, não cabe ao fisco infirmar a presunção, pena de laborar em ilogicidade jurídica absoluta. Pois, se o Fisco tem a possibilidade de exigir o tributo com base na presunção legal, não me parece ter o menor sentido impor ao Fisco o dever de provar que a presunção em seu favor não pode subsistir. Parece elementar que a prova para infirmar a presunção há de ser produzida por quem tem interesse para tanto. No caso, o contribuinte. (Grifou-se)

Os julgamentos do Conselho de Contribuintes passaram a refletir a determinação da nova lei, admitindo, nas condições nela estabelecidas, o lançamento com base exclusivamente em depósitos bancários, como se constata nas ementas dos acórdãos a seguir reproduzidas:

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - SITUAÇÃO POSTERIOR À LEI Nº 9.430/96 - Com o advento da Lei nº 9.430/96, caracteriza-se também omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular não comprove a origem dos recursos utilizados, observadas as exclusões previstas no § 3º, do art. 42, do citado diploma legal. (Ac 106-13329).

TRIBUTAÇÃO DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a Lei 9.430/96,

em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ÔNUS DA PROVA - Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos informados para acobertar seus dispêndios gerais e aquisições de bens e direitos. (Ac 106-13188 e 106-13086).

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. Nas situações em que a lei presume a ocorrência do fato gerador, as chamadas presunções legais, a produção de tais provas é dispensada.

Assim dispõe o Código de Processo Civil nos artigos 333 e 334:

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.

Na tributação em exame o legislador entendeu que há lógica, concordância e certeza entre o fato presuntivo (depósito bancário sem origem comprovada) e o fato presumido (omissão de rendimentos), na esteira dos argumentos expostos por Hugo de Brito Machado (Imposto de Renda – Estudos, Editora Resenha Tributária, pág. 123), que convém trazeremos à baila:

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 coma teoria das provas.

Na presunção, a lei tem como verdadeiro um fato que provavelmente é verdadeiro. Não se pode desconsiderar, entretanto, que este fato que a lei tem como verdadeiro também pode ser falso, daí porque se diz que na presunção relativa a questão diz respeito à avaliação da prova apresentada por quem tem contra si algo que o legislador presume como tal, mas que na vida real pode ser diferente. Assim, impugnado fato em relação ao qual milita presunção relativa cabe ao julgador, avaliando as provas que lhes são apresentadas, formar convencimento para, diante do caso concreto, com mais dados do que o legislador, decidir se a presunção estabelecida por este, o legislador, corresponde à realidade dos fatos que estão sob julgamento.

No presente caso, entretanto, o sujeito passivo sequer traz qualquer explicação acerca da origem dos depósitos bancários, imprescindível, sobretudo, por não haver apresentado a Declaração de Rendimentos do ano-calendário de 1998. Não comprovada a origem dos recursos, tem o fisco o poder/dever de autuar a omissão do valor dos depósitos bancários recebidos, conforme determina o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do Princípio da Legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente, tão somente, a inquestionável observância do diploma legal aplicável ao caso em espécie.

Em diversos momentos de sua peça recursal o contribuinte alega ofensa a direitos individuais garantidos na Constituição Federal. Referidos princípios dirigem-se ao legislador, que deve observá-los quando da elaboração das leis tributárias. O lançamento é ato administrativo de aplicação da norma tributária ao caso concreto. Não caberia, portanto, à fiscalização se posicionar acerca da inconstitucionalidade da lei que embasou o procedimento fiscal (atitude que também é vedada aos Conselhos de Contribuintes – art. 49 do Regimento Interno). Presume-se, inclusive, que os princípios constitucionais tributários e também os garantidores de direitos fundamentais encontrem na lei sua aplicação imediata. Antes de ser aprovada pelo Congresso Nacional o projeto de lei tramita por várias comissões que aquilatam sua constitucionalidade. Após essa fase, o presidente da República a sanciona. Ao poder Judiciário, cumpre velar pela constitucionalidade das leis, através do controle *a posteriori*. Os Órgãos da administração não podem deixar de aplicar as leis aprovadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo Presidente da República, ao qual estão vinculados pelo poder hierárquico. Desta forma, vedada à própria administração declarar a inconstitucionalidade de norma legal, conforme dispõe a Súmula nº 02 do Primeiro Conselho de Contribuintes:

Súmula 1ª CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Não é outro o balizado pronunciamento do professor Hugo de Brito Machado (Temas de Direito Tributário, Vol. I, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994, p. 134) sobre a matéria:

(...) Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, artigo 142, parágrafo único, do CTN. Há o inconformado de provocar o Judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada.

Por derradeiro, ressalte-se que a jurisprudência já se manifestou no sentido da caracterização, como omissão de rendimentos, dos depósitos bancários de origem não comprovada:

Ementa: “DEPÓSITOS BANCÁRIOS- Não comprovada sua origem pelo contribuinte, caracterizam omissão de receita tributável.” (Ac. 1.º CC 101-73.986/83, Ac. 1.º CC 103-06.497/84, Ac. 1.º CC 102-27.379/92, Ac. 1.º CC 103-5.560/83, Ac. 1.º CC 105-1.926/86)

Ementa: “IRPF- EX: 1.999- OMISSÃO DE RENDIMENTOS- DEPÓSITOS BANCÁRIOS- Comprovado que o procedimento observou as determinações do artigo 42 da Lei n.º 9.430/96 e não se constatando provas documentais contrárias à referida presunção legal, correta a tributação desses valores como renda percebida pelo contribuinte.” (Ac. 1.º CC 102-45.930/2.003)

Ementa: “LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS- FATOS GERADORES A PARTIR DE 01/01/1.997- A Lei n.º 9.430/96, que teve vigência a partir de 01/01/1.997, estabeleceu, em seu art. 42, uma 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 ou investimento.” (Ac. 1.º CC 106-13.260/2.003)

Ementa: “OMISSÃO DE RENDIMENTOS- LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS- A presunção legal de omissão de rendimentos, prevista no art. 42, da Lei n.º 9.430, de 1.996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.” (Ac. 1.º CC 106-13.369/2.003)

Por falta de previsão legal, não cabe excluir das omissões subseqüentes o valor tributado no mês anterior ou as sobras disponíveis, conforme demonstrado pelo recorrente às fls. 181/183. Os Acórdãos da 4ª Câmara deste Conselho, nesta linha de entendimento, foram alterados pela Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Não se cogita, na referida Lei, que os depósitos bancários sem origem comprovada, tributados em um mês, possam ser transportados para comprovar os depósitos no mês seguinte. E nem poderia ser diferente, pois os valores que ingressaram podem ter sido investidos em aplicações financeiras, aquisições patrimoniais, viagens, reinvestidos nos negócios etc, e no mês seguintes outros depósitos podem ter sido efetuados sem qualquer vinculação com os depósitos de meses anteriores.

Cada depósito, individualmente, deve ter sua origem comprovada. Se o depósito no mês anterior, por exemplo, possibilitou a aquisição de um veículo, e no mês seguinte o automóvel foi vendido, e o recurso reingressou à conta bancária, deve o contribuinte comprovar a origem do novo depósito com o documento de transferência ou a nota fiscal de

venda do veículo, e não simplesmente alegar que o depósito tributado no mês anterior deve dar suporte, automaticamente, ao novo depósito, pois não existe correlação direta e imediata entre os depósitos de um mês com os efetuados nos meses seguintes. O recorrente, equivocadamente, quer aplicar aos depósitos sem origem comprovada a técnica de apuração do acréscimo patrimonial a descoberto, onde se admite um fluxo de caixa, com aproveitamento dos saldos positivos de meses anteriores. Neste sentido, é a jurisprudência administrativa colacionada em sua peça recursal.

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

Neste sentido dispõe a Instrução Normativa SRF nº 246, de 20 de novembro de 2002, que trata especificamente da tributação dos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, em relação aos quais o contribuinte pessoa física, regularmente intimado, não comprove a origem dos recursos:

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

§ 1º Quando comprovado que os valores creditados em conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos é efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

(...)

Art. 4º Os rendimentos omitidos, de origem não comprovada, serão apurados no mês em que forem recebidos e estarão sujeitos à tributação na declaração de ajuste anual, conforme tabela progressiva vigente à época. (grifei) § 1º Ao imposto suplementar apurado na forma do caput será aplicada a multa de que tratam os incisos I ou II do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

§ 2º Na hipótese de comprovação da origem, os rendimentos omitidos serão apurados no mês em que forem recebidos e tributados segundo sua natureza, aplicando-se a multa de que trata o § 1º, e, se for o caso, a multa do inciso III do § 1º do mesmo dispositivo legal.

O artigo 42, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, impõe que os créditos sejam analisados individualizadamente. Se houve alienação de bens, deve-se ao menos tentar esclarecer e apresentar os elementos de prova que dispuser. Não se pode apenas ficar em conjecturas. O depósito bancário pode originar-se de motivos diversos. O fato presuntivo da omissão de rendimentos é a existência de valores creditados em conta de depósito ou de

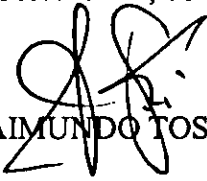
investimentos mantidos junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. A referida presunção não alcança o depósito que decorre de um empréstimo, doação ou qualquer outro fato devidamente comprovado.

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. Se o contribuinte exerce atividade comercial de forma irregular, aplicar-se-á a respectiva legislação, mediante arbitramento, independentemente de possuir escrituração. A pessoa física está desobrigada de possuir escrituração fiscal (salvo livro caixa para algumas situações), e a norma do mencionado artigo 42 também não faz tal exigência. A comprovação é documental e não escritural. Não é necessário que o contribuinte possua escrituração fiscal para esclarecer a origem dos créditos que ingressaram em sua conta bancária. Se os depósitos, por exemplo, são decorrentes de salário, alugueres ou prestação de serviços, deve esclarecer o fato e apresentar os documentos pertinentes: contra-cheques, recibos e notas fiscais, contatos etc. Não pode, como no presente caso, é simplesmente omitir-se em esclarecer os fatos. No caso de rendimentos declarados, tributáveis ou não, o contribuinte tem de especificar quais depósitos bancários estão vinculados aos rendimentos.

Quanto a exclusão dos depósitos de valor até R\$12.000,00, requerida pelo recorrente, cumpre esclarecer que a soma desses créditos superam o montante de R\$80.000,00, no ano-calendário de 1998, conforme demonstrativos às fls. 39/46 e 100. Devem, portanto, compor a base de cálculo da receita omitida, conforme determina o inciso II do § 3º do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Exemplificando, *mutatis mutandis*, pois a norma em exame não tem natureza isentiva (trata-se de uma hipótese de não aplicação da presunção legal), é isento o ganho de capital resultante da alienação de bem de pequeno valor (até R\$35.000,00). Se o valor da venda for ultrapassar referido numerário, tributa-se integralmente o ganho de capital.

Em face ao exposto, NÃO CONHEÇO do recurso no que tange à matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento por inobservância das regras fixadas nos artigos 2º a 4º do Decreto nº 3.724, de 2001, e, no mérito, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões-DF, 08 de outubro de 2008.


JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS