



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

Processo nº 19515.002823/2007-82
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2101-01.491 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de fevereiro de 2012
Matéria IRPF
Recorrente RICARDO WAQUIL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2002, 2003

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Deve-se afastar a preliminar de nulidade quando todos os documentos que embasaram o termo de constatação fiscal foram acostados aos autos.

IRPF. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. HAVENDO PRINCÍPIO DE PAGAMENTO, APLICA-SE O PRAZO DECADENCIAL PREVISTO NO ART. 150, §4º DO CTN. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ACORDO COM A SISTEMÁTICA PREVISTA PELO ARTIGO 542-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REPRODUÇÃO NOS JULGAMENTOS DO CARF, CONFORME ART. 62-A, DO ANEXO II, DO SEU REGIMENTO INTERNO.

Consoante entendimento consignado no Recurso Especial n.º 973.733/SC, “O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito.”

SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária” (Súmula n. 2 do CARF).

LEI 10.174/01 E LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001. APLICABILIDADE IMEDIATA.

Nos termos do artigo 144, §1º, do CTN, “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, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.” Assim, nos termos da Súmula CARF n. 35, “O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente.”

IRPF. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

O artigo 42 da Lei n. 9.430/96 estabelece presunção relativa que, como tal, inverte o ônus da prova, cabendo ao contribuinte desconstituí-la.

Hipótese em que o contribuinte não comprovou a origem de todos os recursos.

IRPF. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. CONTAS CONJUNTAS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DE CO-TITULARES. NULIDADE.

De acordo com a Súmula do CARF n.º 29, “*Todos os co-titulares da conta bancária devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, sob pena de nulidade do lançamento.*”

Não havendo, no presente caso, referida intimação, o auto de infração é nulo quanto aos valores depositados nas contas conjuntas.

Recurso provido em parte.

Recurso a que se dá parcial provimento.

ACORDAM os Membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em REJEITAR as preliminares e, no mérito, DAR provimento EM PARTE ao recurso voluntário, para determinar a exclusão dos valores referentes à conta corrente n.º 680, agência n.º 391 do Banco Sudameris e conta corrente n.º 00691-7, agência n.º 3789 do Banco Itaú, e ainda de R\$ 8.228,95 lançado em duplicidade.

(assinado digitalmente)

LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS

Presidente

(assinado digitalmente)

ALEXANDRE NAOKI NISHIOKA

Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente), Alexandre Naoki Nishioka (Relator), José Raimundo Tosta Santos, Celia Maria de Souza Murphy, Gilvanci Antônio de Oliveira Sousa e Gonçalo Bonet Allage.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 468/490) interposto em 01 de junho de 2010 contra acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo II (SP) (fls. 436/454), do qual o Recorrente teve ciência em 05 de maio de 2010 (fl. 461), que, por unanimidade de votos, julgou procedente o auto de infração de fls. 403/406, lavrado em 17 de outubro de 2007, em decorrência de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, verificada nos anos-calendário de 2001 e 2002.

O acórdão teve a seguinte ementa:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

Exercício: 2003, 2004

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Incabível a arguição de nulidade do procedimento fiscal quando este atender às formalidades legais e for efetuado por servidor competente.

Estando o enquadramento legal e a descrição dos fatos aptos a permitir a identificação da infração imputada ao sujeito passivo, não há que se falar em nulidade do lançamento. A alegação de falta de comprovação do ilícito não prevalece quando todos os valores utilizados na autuação se originam de documentos e demonstrativos constantes nos autos do processo.

DECADÊNCIA.

Em não tendo o contribuinte exercido a atividade sujeita à homologação a que se refere o art.150, §1º, do CTN, nada há a ser homologado, não se aplicando, por consequência, o disposto no § 4º do mesmo artigo. Neste caso, a contagem do prazo decadencial segue a regra geral do art.173, I, do CTN.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

A Lei nº 9.430/1996, que teve vigência a partir de 01/01/1997, 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.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido” (fl. 436).

Não se conformando, o Recorrente interpôs o recurso de fls. 468/490, pedindo a reforma do acórdão recorrido, para cancelar o auto de infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Naoki Nishioka, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual dele conheço.

Alega o Recorrente, preliminarmente, que o auto de infração seria nulo, uma vez que o dossiê do contribuinte não foi acostado aos autos, motivo pelo qual teria sido violado o princípio da ampla defesa.

Entendo, no entanto, que o fato de o dossiê do contribuinte não constar dos autos do presente processo administrativo não acarreta qualquer prejuízo para a defesa do Recorrente, pois este teve acesso a todos os documentos que fundamentaram o auto de infração.

Nesse sentido, cumpre observar que previamente à lavratura do auto de infração, há a fase de fiscalização, caracterizada por sua natureza inquisitória. A utilização de dossiê interno para cruzamento de dados não constitui qualquer ofensa a garantias fundamentais, desde que o contribuinte tenha acesso a todos os documentos que justificaram o lançamento, como ocorreu no presente caso.

Vale frisar que é entendimento assente neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que, após o início da fase contenciosa, ou seja, após a lavratura do auto de infração, o contribuinte deverá ter acesso aos documentos necessários à verificação do suposto ilícito:

“NULIDADE NA FASE FISCALIZATÓRIA. NATUREZA INQUISITORIAL DO PROCEDIMENTO, INAPLICABILIDADE DOS IMPERATIVOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

No rito do procedimento administrativo fiscal, a fase de investigação, preliminar à lavratura do Auto de Infração, é inquisitória, sendo o contraditório e a ampla defesa exercidos quando da instauração do devido processo legal, mediante a apresentação de impugnação instruída com os argumentos e provas de que disponha o sujeito passivo.”

(CARF, 2ª. Seção, 1ª. Turma da 3ª. Câmara, Acórdão 2301-01.623, de 19/08/2010)

“NATUREZA INQUISITORIAL DO PROCEDIMENTO,
INAPLICABILIDADE DOS IMPERATIVOS DO CONTRADITÓRIO E DA
AMPLA DEFESA.

No rito do procedimento administrativo fiscal, a fase de investigação, preliminar à lavratura do Auto de Infração, é inquisitória, sendo o contraditório e a ampla defesa exercidos quando da instauração do devido processo legal, mediante a apresentação de impugnação instruída com os argumentos e provas de que disponha o sujeito passivo.”

“CARF, 2ª. Seção, 1ª. Turma da 3ª. Câmara, Acórdão 2301-01.646, de 19/08/2010)

Assim, não assiste razão ao Recorrente.

Ainda preliminarmente, aduz o Recorrente que deveriam ser extintos os créditos tributários cobrados até setembro de 2002, incluindo este mês, pois teriam sido atingidos pela decadência.

Mais uma vez, no entanto, entendo que a preliminar deva ser afastada.

Em relação à decadência, vinha me manifestando no sentido de que, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, sempre seria aplicável o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, §4º, do CTN, independentemente da existência ou não de princípio de pagamento, pois, à regra geral do artigo 173, I, o Código estabeleceu justamente a exceção contida no artigo 149, V. Homologa-se, na verdade, a atividade do contribuinte.

Todavia, cumpre registrar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 973.733/SC, apreciado sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, representativo da controvérsia acerca do prazo decadencial para o Fisco constituir o crédito tributário, assim se manifestou:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e

EResp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(STJ, Primeira Seção, REsp 973733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009). (Grifou-se).

Como é cediço, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria do Ministério da Fazenda n.º 256, de 22 de junho de 2009, no artigo 62-A de seu Anexo II, acrescentado pela Portaria do Ministério da Fazenda n.º 586, de 21/12/2010, determina que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática estabelecida nos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros desse Conselho Administrativo no julgamento dos respectivos recursos. Veja-se:

"Artigo 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser

reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.”

Assim, muito embora já tenha me manifestado em diversas oportunidades, anteriormente ao julgamento do Recurso Especial n.º 973.733, acerca da aplicabilidade do prazo decadencial previsto no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional àqueles casos relativos a tributos sujeitos a lançamento por homologação, independentemente de haver início de pagamento, tratando-se, o caso concreto, da exata hipótese apreciada sob a sistemática dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, passo a adotar, nos termos do aludido art. 62-A do Anexo II do RICARF, o entendimento daquela Corte infraconstitucional.

À luz de referido entendimento, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação no qual **houve o princípio de pagamento** do IRPF, verifica-se que o prazo de lançamento é o de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional.

No caso do imposto de renda, o fato gerador no caso é complexo, aperfeiçoando-se em 31 de dezembro de cada ano-calendário, tal como enunciado constante da Súmula 38 deste CARF, *in verbis*:

“O fato gerador do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, relativo à omissão de rendimentos apurada a partir de depósitos bancários de origem não comprovada, ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário.”

Sendo assim, considerando-se que não houve princípio de pagamento, conforme declarações de fls. 07/11, e tratando-se de lançamento que abrangeu os fatos geradores correspondentes aos anos-calendário de 2001 e 2002, e que, portanto, aperfeiçoaram-se em 31/12/2001 e 2002, poderia a fiscalização efetuar o lançamento até 31/12/2007 e 2008. Tendo sido o auto de infração lavrado em 17/10/2007, deve-se afastar a decadência.

Afirma ainda o Recorrente que o acórdão recorrido viola a Constituição da República, seja no tocante ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), seja, ainda, no que atine à garantia fundamental do sigilo de dados bancários (art. 5º, X e XII, da CF), sendo inconstitucional a obtenção de dados da movimentação financeira do contribuinte, na forma do art. 11 da Lei n.º 9.311/96 e Lei Complementar n.º 105/2001, regulamentada pelo Decreto n.º 3.724/2001.

Além disso, sustenta o Recorrente, igualmente, que seria incabível a tributação com fundamento no art. 42 da Lei n.º 9.430/96, na medida em que a mera movimentação financeira ocorrida em contas bancárias de titularidade do Recorrente não poderia ser considerada renda, para fins de tributação, na forma preconizada pelo art. 43 do CTN.

No que atine à primeira assertiva do contribuinte, segundo a qual seria inconstitucional a prova obtida pela Receita Federal do Brasil diretamente junto às instituições financeiras, seja mediante a obtenção de dados da CPMF, seja, ainda, em relação à RMF expedida para detalhamento das contas correntes de titularidade do Recorrente, entendo que não merece prosperar.

No que concerne à alegação de que a legislação, ao autorizar a utilização pela fiscalização de dados bancários para lavratura de autos de infração, teria violado a Constituição da República no que toca ao seu art. 5º, X e XII, cumpre salientar que este Conselho já pacificou o entendimento, consolidado no verbete de número 2, segundo o qual não lhe assiste competência para verificar a constitucionalidade de dispositivos legais, cuja análise fica a cargo do Poder Judiciário.

Nesse esteio, cumpre repisar que a Medida Provisória nº 449/2008, ao introduzir o art. 26-A no Decreto nº 70.235/72, pacificou tal discussão, vedando expressamente a aferição da constitucionalidade de diplomas legais, cuja validade o ordenamento jurídico pátrio expressamente presume.

A este respeito, aliás, cumpre destacar que, muito embora tenha o Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, no julgamento do RE nº 389.808/PR, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, entendido que *“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”*, referida interpretação foi feita por maioria simples de votos, razão pela qual não foi declarada a inconstitucionalidade de quaisquer dispositivos legais, matéria esta sujeita à maioria absoluta dos pares, na forma do art. 101 da Constituição.

Em outras palavras, referido julgado, não apreciado pelo regime de repercussão geral, restringe-se à aplicação naquele caso específico, pois não foi declarada a inconstitucionalidade de qualquer normativo, ainda que em controle difuso, o que inibe este CARF, sob pena de ofensa ao disposto pelo art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, de afastar a aplicação de dispositivos de lei vigentes e aplicáveis ao caso concreto.

No tocante à alegação de nulidade do procedimento fiscal em virtude da impossibilidade de obtenção das informações bancárias do contribuinte, cumpre ressaltar que, ao contrário do quanto destacado pelo Recorrente, com o advento da Lei nº 10.174/2001, acompanhada, igualmente, da Lei Complementar nº 105/2001, passou-se a admitir, inclusive com eficácia retroativa, a utilização, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, dos dados referentes às contas bancárias dos contribuintes para o fim específico de conferir subsídios às fiscalizações relativas ao recolhimento dos tributos por ela administrados, e, bem assim, como fundamento para a lavratura de eventuais autos de infração.

Por esta razão, sendo certo que o lançamento tributário foi realizado em 17/10/2007, isto é, após a edição dos normativos em referência, em especial do disposto pela Lei nº 10.174/01, não se afigura, no caso vertente, qualquer nulidade apta a censurar a fiscalização.

Vale ressaltar, outrossim, no tocante à utilização dos referidos procedimentos com efeito retroativo, de maneira a alcançar fatos geradores realizados anteriormente, que é entendimento assente deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, consagrado na Súmula CARF nº 35, na esteira do que estatui o art. 144, §1º, do CTN, que a utilização de

técnicas procedimentais, cujo escopo é possibilitar um maior leque de opções para a fiscalização, como é o caso das leis referidas pelo Recorrente, é permitida no que toca aos rendimentos auferidos anteriormente à sua vigência, respeitado, no entanto, o prazo decadencial para o lançamento do crédito tributário. Confira-se:

Súmula CARF nº 35: “O art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente.”

Feitas as precedentes ressalvas, cumpre verificar que não houve, no caso vertente, qualquer ofensa ao texto expresso da Lei nº 9.311/96 e, bem assim, à Lei Complementar nº 105/2001, regulamentada pelo decreto ventilado anteriormente.

Com efeito, compulsando-se os autos do presente processo administrativo, verifica-se que a fiscalização obteve, inicialmente, apenas a movimentação financeira global do contribuinte nas contas correntes de sua titularidade, sem qualquer detalhamento de informações detidas pelas respectivas instituições financeiras.

Nesse sentido, independentemente da análise da constitucionalidade, cuja competência não cabe a este órgão julgador, verifica-se que a Lei Complementar nº 105/2001, mais especificamente em seu art. 1º, §3º, estabelece, expressamente, que a outorga dos dados de CPMF, relativos, apenas, à movimentação global do contribuinte, à Receita Federal do Brasil não constitui quebra de sigilo.

Sendo assim, observa-se que, de posse dos referidos dados da CPMF, absolutamente incompatíveis com os recursos declarados pelo contribuinte, e, igualmente, não se desincumbindo o particular de apresentar os documentos solicitados pela fiscalização, não se olvida a possibilidade de requisição, diretamente às instituições financeiras e na forma do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, dos dados relativos às informações específicas das contas correntes do contribuinte.

De fato, havendo movimentação incompatível com os recursos declarados, não restam dúvidas de que seria *indispensável*, para aferição específica da existência de omissão de rendimentos, e na forma do art. 42 da Lei nº 9.430/96, a obtenção dos dados relativos às transações do contribuinte, a fim de que se pudesse inferir, *in casu*, a existência de depósitos de origem não comprovada.

Referida interpretação, aliás, além de encontrar respaldo no próprio art. 6º da Lei nº 9.430/96, também se infere do texto do art. 3º, incisos V e X, do Decreto nº 3.724/2001, ambos combinados com o texto do próprio art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Assim, sob o prisma da legalidade, portanto, de competência deste CARF, não se afigura qualquer irregularidade no procedimento de obtenção dos extratos das contas correntes do contribuinte, de maneira que a discussão remanesceria, apenas, em relação à constitucionalidade dos citados dispositivos, matéria esta com repercussão geral reconhecida pelo STF.

Por esta razão, assim, inexistente a apontada nulidade no presente auto de infração, cumprindo repisar que as instâncias administrativas são incompetentes para analisar a constitucionalidade ou legalidade de qualquer lei ou norma administrativa, de acordo com o

disposto pelo art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 e, igualmente, em razão da já mencionada Súmula n. 2 deste CARF.

No mais, verifica-se que o lançamento foi realizado com base na presunção do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, que assim preceitua:

“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à 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 omitidos 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.”

Na realidade, instituiu o referido dispositivo autêntica presunção legal relativa, cujo condão é justamente o de inverter o ônus da prova, atribuindo-o ao contribuinte, que passa a ter o dever de refutá-la.

Como é cediço, a presunção, seja ela *hominis* ou legal, é meio de prova que prescreve o reconhecimento jurídico de um fato provado de forma indireta. Ou seja, provando-se diretamente o fato indiciário, tem-se, por conseguinte, a formação de um juízo de probabilidade com relação ao fato presumido que, a partir de então, necessita ser afastado pelo contribuinte.

No caso dos autos, prova-se especificamente a ocorrência de movimentações bancárias injustificadas, decorrendo desta comprovação o reconhecimento da omissão de rendimentos na apuração da base de cálculo do IRPF.

Nesse sentido, a presunção relativa referida pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/96 é legítima, não ferindo, em nenhum ponto, a legislação tributária em vigor.

Este tribunal administrativo, por sua vez, já consolidou entendimento de acordo com o qual, a partir da edição da Lei nº 9.430/96, é válida a presunção em referência, sendo ônus do contribuinte desconstituí-la com a apresentação de provas suficientes para tanto. É o que se depreende das seguintes ementas, destacadas dentre as inúmeras existentes sobre o tema:

“OMISSÃO DE RENDIMENTOS - LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ÔNUS DA PROVA - Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários.”

(1º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, Recurso Voluntário nº. 158.817, relatora Conselheira Núbia Matos Moura, sessão de 24/04/2008)

“LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

TRIBUTAÇÃO PRESUMIDA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA - O procedimento da autoridade fiscal encontra-se em conformidade com o que preceitua o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, em que se presume como omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantidos em instituição financeira, cuja origem dos recursos utilizados nestas operações, em relação aos quais o titular pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, 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 utilizados para acobertar seus depósitos bancários, que não pode ser substituída por meras alegações.”

(1º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, Recurso Voluntário nº. 141.207, relator Conselheiro Romeu Bueno de Camargo, sessão de 22/02/2006)

No mais, os documentos que comprovem a origem dos valores movimentados devem ser devidamente armazenados pelo mesmo lapso de tempo que as autoridades fiscais têm para constituir possível crédito. Nesse sentido, colacionamos alguns acórdãos que elucidam tal entendimento:

“NULIDADE - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – PROVA – No processo administrativo tributário os fatos devem evidenciar-se com provas documentais. A documentação dos fatos havidos no transcorrer do ano-calendário tem prazo para guarda igual àquele em que possível a constituição do correspondente crédito tributário.”

(1º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, Recurso Voluntário nº. 146.926, relator Conselheiro Naurý Fragoso Tanaka, sessão de 04/07/2007)

“DOCUMENTOS – GUARDA – O prazo para guarda de documentos é o mesmo que o permitido ao sujeito ativo para exigir o tributo ou rever de ofício o lançamento.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS – A presunção legal de renda com suporte na existência de depósitos e créditos bancários de origem não comprovada tem fundamento legal na norma do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, tendo caráter relativo e transfere o ônus da prova em contrário ao contribuinte.”

(1º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, Recurso Voluntário nº. 140.839, relator Conselheiro Naurý Fragoso Tanaka, sessão de 21/06/2006)

No presente caso, cumpre observar que, compulsando-se os autos do processo administrativo, verifica-se que, entre as contas movimentadas pelo Recorrente, e que estão descritas no termo de constatação fiscal de fls. 395/399, há duas, quais sejam, (i) conta corrente nº 680, agência nº 391 do Banco Sudameris e (ii) conta corrente nº 00691-7, agência nº 3789, do Banco Itaú, que são de titularidade conjunta com o Sr. Fábio Franco de Moraes. Tal informação consta, inclusive, do próprio termo de constatação (fl. 397).

Assim, de acordo com o disposto pelo art. 42, §6º, deveria a fiscalização ter intimado o referido co-titular e, se fosse o caso, rateado os valores depositados entre ambos os co-titulares.

Neste sentido, cumpre trazer à baila o quanto disposto pelo referido dispositivo legal, *in verbis*:

“Art. 42. (...) § 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.”

No entanto, muito embora fossem conjuntas, o co-titular do Recorrente nunca foi intimado para demonstrar a origem dos depósitos efetuados nas respectivas contas, não se podendo pressupor que os valores creditados pertencem proporcionalmente a cada um dos titulares, sob pena de cerceamento de defesa.

A este respeito, aliás, é expressa a Súmula nº 29 deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, cujo teor abaixo se reproduz:

Súmula CARF nº 29: “Todos os co-titulares da conta bancária devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, sob pena de nulidade do lançamento.”

Assim, sendo certo que não houve, *in casu*, intimação específica do outro co-titular das contas bancárias *para comprovar a origem dos depósitos nelas efetuados* na fase que precedia a lavratura do auto de infração, verifica-se a insanável nulidade do presente auto de infração com relação às contas supramencionadas.

Ademais, cumpre ainda reconhecer que, conforme alegado pelo Recorrente, o valor de R\$ 8.228,95, constante da autuação, foi computado em duas oportunidades, quais sejam em 13/08/2001 e 13/08/2002. Com efeito, analisando o extrato bancário colacionado aos autos à fl. 126, que trata do período entre 1º e 31 de agosto de 2002, verifica-se que não houve qualquer depósito do referido valor.

Desta forma, deve o valor de R\$ 8.228,95 ser excluído da base de cálculo do tributo.

Alega ainda o Recorrente que houve distribuição de lucros da Antara Confeções, bem como empréstimos a esta empresa, e ainda reembolso de pagamentos efetuados aos seus fornecedores, bem como da Kintamani Comércio Ltda.

Tais argumentos, no entanto, não se sustentam, pois em todos os casos mencionados, o Recorrente se limita a demonstrar a coincidência entre os valores que saíram das contas das empresas e aqueles que entraram em sua conta.

Assim, ainda que haja efetiva demonstração de que os valores foram depositados pelas empresas, não há qualquer comprovação da natureza da obrigação que consubstancia referidos pagamentos. Em outras palavras, não logrou o contribuinte comprovar a que título as verbas ingressaram em sua conta bancária, sendo inviável, portanto, a sua exclusão da base de cálculo *in casu*.

Como se sabe, em tais casos, compete ao contribuinte acostar aos autos documentação que se preste a provar a natureza dos recursos, especialmente, na hipótese vertente, cópia dos livros razão e diário, na parte em que apontam a que título ocorreram os pagamentos, não sendo suficientes meras alegações de que teriam lucro a distribuir ou apresentação do contrato de mútuo, sem coincidência entre valores e datas de sua respectiva amortização. O mesmo se aplica, inclusive, aos supostos reembolsos de despesas.

Semelhante é o meu entendimento no tocante à alegação de que há depósitos que se referem à venda das participações das empresas A.M. Waquil Ltda. e Habitar Empresa de Desenvolvimento Urbano e Habitacional e Comércio de Materiais de Construção Ltda.

O Recorrente juntou aos autos apenas a alteração do Contrato Social na JUCESP (fls. 432/433). Ainda que não haja rigor documental, deveria o contribuinte, igualmente, demonstrar a coincidência dos valores da transferência de recursos dos compradores e dos depósitos, comparando-os com os valores declarados da venda.

Por fim, alega o Recorrente que alguns dos depósitos considerados na lavratura do auto de infração decorrem de transferência entre contas de mesma titularidade.

Ocorre que não há nos autos qualquer documento que corrobore tal alegação.

Eis os motivos pelos quais voto no sentido de REJEITAR as preliminares e, no mérito, DAR provimento EM PARTE ao recurso voluntário, para determinar a exclusão dos valores referentes à conta corrente n.º 680, agência n.º 391 do Banco Sudameris e conta corrente n.º 00691-7, agência n.º 3789 do Banco Itaú, e ainda de R\$ 8.228,95 lançado em duplicidade.

(assinado digitalmente)

ALEXANDRE NAOKI NISHIOKA

Relator

Processo nº 19515.002823/2007-82
Acórdão n.º **2101-01.491**

S2-C1T1
Fl. 555

CÓPIA