



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº 10380.004565/2003-43
Recurso nº 152.047 Voluntário
Matéria IRPF
Acórdão nº 102-49.220
Sessão de 07 de agosto de 2008
Recorrente NEUZEMAR GOMES DE MORAES
Recorrida 1ª TURMA DA DRJ FORTALEZA/CE

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 1999

NULIDADE DO LANÇAMENTO – QUEBRA ILÍCITA DO SIGILO BANCÁRIO – INOCORRÊNCIA. A apresentação espontânea dos extratos bancários denota não ter havido requisição de dados bancários pelo fisco às instituições financeiras.

NORMAS PROCESSUAIS – ILEGALIDADE DO USO DE DADOS DA CPMF – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. A Lei nº 10.174, de 2001, ao facultar a utilização das informações da CPMF apenas ampliou os poderes das autoridades fiscais, podendo ser aplicada imediatamente aos efeitos ainda pendentes das obrigações tributárias surgidas sob a vigência da lei anterior, que se prolongam no tempo para além da data de entrada em vigor da lei nova, que passa então a regulá-los, desde que não abrangidos pela decadência.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Deve ser mantido o lançamento em relação aos valores creditados em conta bancária cuja origem não tenha sido comprovada.

GANHOS DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BENS E DIREITOS. Está sujeita à tributação pelo imposto de renda o ganho de capital auferido pela pessoa física na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza.

JUROS DE MORA – TAXA SELIC – A Súmula nº 4 do 1º CC dispõe que a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

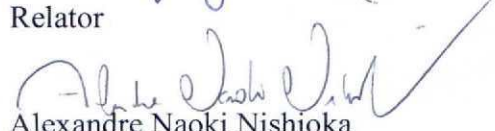
Preliminares rejeitadas.

Recurso parcialmente provido.

Acordam os membros da SEGUNDA CÂMARA do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em REJEITAR a preliminar de nulidade. Por maioria de votos, em REJEITAR a preliminar de irretroatividade. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva que a acolhia e apresenta declaração de voto. No mérito, por unanimidade, em DAR provimento PARCIAL para excluir da base de cálculo da exigência constituída com base em depósito bancários não justificado o valor de R\$ 63.300,00. Por maioria de votos, reduzir do valor de alienação do imóvel a importância de R\$ 7.275,00, correspondente à comissão de corretagem. Vencidos os Conselheiros José Raimundo Tosta Santos (Relator), Rubens Maurício Carvalho (Suplente convocado), Sidney Ferro Barros (Suplente convocado) e Eduardo Tadeu Farah. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Silvana Mancini Karam. Realizou sustentação oral o Dr. Hamilton Gonçalves Sobreira, OAB/CE nº 2.520.


Moisés Giacomelli Nunes da Silva
Presidente em Exercício


José Raimundo Tosta Santos
Relator


Alexandre Naoki Nishioka
Redator do Voto Vencedor - Designado Ad Hoc

FORMALIZADO EM: 10.02.2012

Participou, ainda, do presente julgamento a Conselheira Núbia Matos Moura.

Relatório

O recurso voluntário em exame pretende a reforma do Acórdão DRJ/FOR nº 6.104 (fls. 180/212), de 20/04/2005, que, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares suscitadas, e, no mérito, julgou procedente o lançamento.

As infrações indicadas no lançamento e os argumentos de defesa suscitados pela contribuinte foram sumariados pelo Órgão julgador a quo, nos seguintes termos:

“Contra o contribuinte, devidamente identificado nos autos, foi lavrado Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF), fls. 05/08, para cobrança do imposto, no valor de R\$ 40.927,07, acrescido de Multa de Ofício, no percentual de 75% e Juros de Mora. O crédito tributário totalizou, em 30/04/2003, o valor de R\$ 101.553,02.

2. De acordo com a descrição dos fatos e enquadramento legal, fls. 06, e o Termo de Verificação Fiscal, fls. 09/14, o crédito tributário é relativo à Declaração de Ajuste Anual do exercício financeiro de 1999, ano-calendário 1998, e decorreu das seguintes infrações:

2.1. falta de recolhimento de imposto de renda sobre ganho de capital na alienação de bens e direitos. Trata-se de venda de um apartamento no Condomínio Edifício Burle Marx, situado à Rua Visconde de Mauá, nº 1.617, em Fortaleza, que ocorreu em 21/08/1998. Cobrança do imposto referente ao ganho de capital correspondente às parcelas de recebimento efetuadas nos meses de agosto e setembro do ano-calendário de 1998, comprovadas através de depósitos bancários, conforme os extratos bancários da conta corrente nº 225205-8 da Agência nº 3655-2 do Banco do Brasil S/A;

2.2. omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não logrou comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nas operações.

3. De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, fls. 09/14, as infrações foram caracterizadas pelos seguintes fatos:

3.1. em 27/05/2002, foi lavrado Termo de Início de Fiscalização, fls. 15/16, do qual o contribuinte tomou ciência nessa mesma data, para apresentar documentação relativa à Declaração de Ajuste Anual do exercício financeiro de 1999, ano-calendário 1998. Os documentos solicitados foram:

3.1.1. comprovantes dos rendimentos tributáveis, tributáveis exclusivamente na fonte e dos rendimentos isentos;

3.1.2. os extratos das contas correntes bancárias para comprovação dos recebimentos dos rendimentos e dos saldos das contas correntes, de poupança e de investimento, em 31/12/1997 e 31/12/1998;

3.1.3. documentação hábil e idônea referente à alienação de um apartamento no Condomínio Edifício Burle Marx, situado à Rua Visconde de Mauá, nº 1.617, em Fortaleza, realizada no ano-calendário de 1998, conforme demonstrada na Declaração de Bens;

3.1.4. documentação que comprovasse os pagamentos de quotas de participação de um condomínio fechado, denominado "Savassi/Valencia", administrado pela construtora P&A Engenharia Ltda, feitos no ano-calendário de 1998, conforme informado no item 03 da Declaração de Bens;

3.2. em 14/06/2002, em resposta ao solicitado no Termo de Início de Fiscalização, o contribuinte apresentou correspondência à fiscalização, fls. 33/37, esclarecendo que:

3.2.1. os rendimentos tributáveis são referentes a proventos de aposentadoria recebidos do INSS e também de rendimentos recebidos de pessoas físicas. Não apresentou os comprovantes;

3.2.2. o fornecimento dos extratos bancários está acobertado pelo sigilo bancário e que a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e o Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, exigem o cumprimento de requisitos por parte do agente do fisco, enfatizando os artigos 2º e 3º do Decreto nº 3.724, de 2001. Solicitou que a fiscalização

fundamentasse o pedido e que indicasse a hipótese de indispensabilidade do exame dos extratos bancários;

3.2.3. a movimentação financeira no ano-calendário de 1998 foi realizada em função de venda de dólares, de venda do apartamento no Condomínio Edifício Burle Marx, situado à Rua Visconde de Mauá, nº 1.617, em Fortaleza e de venda de quotas de participação do condomínio Edifício Saquarema, tudo conforme informado na Declaração de Bens;

3.2.4. apresentou cópias dos recibos referentes à venda do apartamento no Condomínio Edifício Burle Marx, situado à Rua Visconde de Mauá, nº 1.617, em Fortaleza, documentos anexos às fls. 43/45;

3.2.5. apresentou cópia dos contratos referentes à compra do apartamento no Condomínio Edifício Burle Marx, documentos anexos às fls. 46/52;

3.3. de posse dos extratos das contas correntes bancárias (conta corrente nº 225.205-8, conta corrente nº 225.206-6, ambas da agência nº 3655-2 do Banco do Brasil S/A, e conta corrente nº 15.699-8, agência nº 0006 do Banco do Estado do Ceará S/A, documentos anexos às fls. 56/100), a fiscalização elaborou demonstrativo dos depósitos bancários, documentos anexos às fls. 21/22, e, em 05/09/2002, foi lavrado Termo de Intimação Fiscal, do qual o contribuinte tomou ciência em 06/09/2002, fls. 19/20, para apresentar:

3.3.1. documentação hábil e idônea que comprovasse a origem dos valores creditados em suas contas correntes, conforme demonstrativo dos depósitos bancários;

3.3.2. documentação que comprovasse as operações de compras e de vendas dos dólares;

3.3.3. contrato de compra e venda relativo à venda do apartamento no Condomínio Edifício Burle Marx;

3.3.4. documentação relativa à aquisição e à venda das quotas de participação do condomínio fechado Edifício Saquarema, localizado à rua Ana Bilhar nº 868;

3.4. em 18/09/2002, o contribuinte, em atendimento à intimação, apresentou uma correspondência, fls. 101/102, esclarecendo que:

3.4.1 os valores creditados/depositados nas contas correntes foram originados pelos recursos provenientes da venda dos dólares, da venda do apartamento no Edifício Burle Max e da venda das quotas de participação do condomínio Saquarema. Elaborou demonstrativo identificando os créditos/depósitos e a origem dos recursos;

3.4.2. apresentou documentação referente à venda do apartamento no Condomínio Edifício Burle Max, documento anexo às fls. 103/104;

3.4.3 apresentou documentação referente à venda das quotas de participação do Condomínio Fechado Saquarema;

3.4.4. solicitou prorrogação de prazo para apresentação de documentos relativos às operações de compras e de vendas de dólares;

3.5. em 21/10/2002, o contribuinte apresentou nova correspondência, fls. 106, esclarecendo que as operações de compras e vendas dos dólares foram efetivadas por intermédio da empresa ACCTOUR (ACCARD) e que estava providenciando junto a

essa empresa a documentação referente às operações. Foi concedida prorrogação de prazo para apresentação da documentação;

3.6. em 12/11/2002, o contribuinte apresentou correspondência, fls. 108, esclarecendo que o proprietário da empresa ACCARD negava a prestar informação sobre as operações realizadas de compras e vendas de dólares, feitas por ele. Ademais, o contribuinte apresentou duas declarações de pessoas que presenciaram a efetivação das operações, documentos anexos às fls. 109/110;

3.7. em 27/10/2002, foi lavrado Termo de Intimação Fiscal contra a empresa ACCCARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS S/A, do qual a empresa tomou ciência em 29/10/2002, fls. 112/113, solicitando documentação das operações de compra e venda de dólares realizadas em nome do contribuinte, no ano-calendário de 1998;

3.8 em resposta ao Termo de Intimação Fiscal, o representante legal da empresa ACCCARD apresentou correspondência à fiscalização, esclarecendo que a empresa não realiza operação de compra e venda de dólares, documento anexo às fls. 115;

3.9. em 27/11/2002, foi lavrado Termo de Intimação Fiscal contra a empresa ACCTUR CÂMBIO TURISMO LTDA, do qual a empresa tomou ciência em 20/12/2002, solicitando documentação das operações de compra e venda de dólares realizadas em nome do contribuinte, no ano-calendário de 1998, fls. 116/117;

3.10. em 31/12/2002, a empresa ACCTUR CÂMBIO TURISMO LTDA apresentou correspondência à fiscalização, solicitando prorrogação de prazo para apresentação de toda documentação, justificando que precisava de prazo haja vista tratar-se de operação realizada em 1998;

3.11. em 15 de janeiro e em 13 de fevereiro de 2003, o representante da empresa ACCTUR CÂMBIO TURISMO LTDA apresentou correspondências pelas quais esclareceu que não foi localizada documentação referente à operação de compra ou de venda de dólares em nome do senhor Neuzemar Gomes de Moraes.

4. Segundo, ainda, o Termo de Verificação Fiscal, os créditos/depósitos referentes à venda do apartamento do condomínio Burle Marx e à venda das quotas de participação do condomínio Edifício Squarema foram comprovados, sendo que com relação à venda do apartamento do condomínio Burle Marx apurou-se ganho de capital e falta de recolhimento do imposto de renda sobre o ganho de capital. Os créditos/depósitos para os quais o contribuinte relacionou como sendo provenientes de venda de dólares não foram comprovados tendo sido considerados como rendimentos omitidos.

5. A infração de omissão de rendimentos por falta de comprovação da origem dos recursos de depósitos bancários foi fundamentada nos seguintes dispositivos legais:

5.1. artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, alterado pela Lei nº 10.637, de 30/12/2002;

5.2. artigo 4º da Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997;

5.3. no artigo 21 da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, alterado pela Lei nº 10.637, de 30/12/2002;

5.4. artigo 1º da Lei nº 9.887, de 07/12/1999.

6. A infração de falta de recolhimento do imposto de renda sobre ganho de capital foi fundamentada nos seguintes dispositivos legais:

- 6.1. nos artigos 1º, 2º, 3º e §§, 16, 18, a 22, todos da Lei nº 7.713, de 22/12/1988;
- 6.2. nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.134, de 27/12/1990;
- 6.3. nos artigos 7º, 21 e 22 da Lei nº 8.981, de 20/01/1995;
- 6.4. nos artigos 17, 23 e §§ da Lei nº 9.249, de 26/12/1995;
- 6.5. nos artigos 22 a 24 da Lei nº 9.250, de 26/12/1995;
- 6.6. nos artigos 138 e 140, § 1º, do Decreto nº 3000, de 26/03/1999.

7. O Auto de Infração foi instruído com os seguintes documentos: Mandados de Procedimento Fiscal, Termo de Início de Fiscalização, Termos de Intimação, Demonstrativo da Base de Cálculo do Imposto de Renda, cópias dos extratos das contas correntes bancárias, respostas do contribuinte às intimações, documentos apresentados pelo contribuinte e cópias das Declarações de Ajuste Anual.

8. Inconformado com a exigência, da qual tomou ciência, em 23/05/2003, Auto de Infração, fls. 05, o contribuinte apresentou, em 23/06/2003, impugnação, documentos anexos às fls. 131/151.

9. O contribuinte iniciou a impugnação comentando a Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, a Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001 e a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Com base nessas leis, o contribuinte argumentou, em síntese:

9.1. na preliminar, nulidade do Auto de Infração, enfatizando a ilegalidade do procedimento fiscal por ocorrência de quebra de sigilo bancário, violando garantias e direitos individuais assegurados aos contribuintes pelos incisos X e XII da Constituição Federal de 1988. Fundamentou a quebra do sigilo bancário no fato de a fiscalização ter se utilizado das disposições da Lei nº 10.174, de 2001, que deu nova redação ao artigo 11 da Lei nº 9.311, de 1996, e das disposições da Lei Complementar nº 105, de 2001, para obter os extratos bancários do ano-calendário de 1998 e cobrar imposto de renda com base em depósitos bancários, nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Nesse sentido, esclareceu que, relativamente aos fatos geradores do ano-calendário de 1998, estava em vigor a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que em seu artigo 38, assegurava o sigilo bancário e que somente por autorização judicial poderia a fiscalização ter solicitado os extratos bancários. Esclareceu, ainda, quanto à nulidade, que, na obtenção dos extratos das contas correntes bancárias, a fiscalização não atentou aos requisitos do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001;

9.2. no mérito, argumentou:

9.2.1. que a origem dos créditos/depósitos bancários, no ano-calendário de 1998, pode ser justificada pela venda de dólares americanos, fatos informados na Declaração de Bens e devidamente comprovados pela documentação apresentada à fiscalização por ocasião do procedimento fiscal;

9.2.2. inconsistência do método de apuração do ganho de capital;

9.2.3. a inconstitucionalidade dos juros de mora com base na taxa selic.



10. Quanto à defesa da irretroatividade da Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001, e da Lei Complementar nº 105, de 2001, relativamente aos fatos geradores do ano-calendário de 1998, o contribuinte citou e transcreveu vasta doutrina de renomados tributaristas sobre o assunto e Jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais.

11. Quanto à fundamentação de mérito (venda de dólares americanos possuídos em cofre), o contribuinte esclareceu que:

11.1. no ano-calendário de 1997, auferiu rendimentos em valor suficiente para a aquisição de 60.000 dólares americanos em espécie que foram guardados em cofre e que foram devidamente declarados, conforme a informação constante da Declaração de Bens. Os rendimentos auferidos no ano-calendário de 1997 foram devidamente declarados e a fiscalização não verificou variação patrimonial a descoberto. Argumentou que a existência dos dólares, no início do ano-calendário de 1998, é incontestável e que serve de comprovação da origem dos depósitos/créditos;

11.2. os dólares foram vendidos no ano-calendário de 1998, conforme a informação constante da Declaração de Bens. No ano-calendário de 1998 adquiriu mais 30.000 dólares que foram vendidos no mesmo ano. O produto dessa operação de venda de dólares é suficiente para justificar os créditos/depósitos das contas correntes bancárias, no montante de R\$ 106.490,62;

11.3. o restante no valor de R\$ 22.500,00, que representa a diferença entre o total tributado no Auto de Infração de R\$ 128.990,62 e o comprovado pelas operações de compra e venda de dólares de R\$ 106.490,62, corresponde apenas a 7,57% dos créditos/depósitos das contas correntes bancárias que somaram a quantia de R\$ 296.990,62;

11.4. os 60.000 dólares foram vendidos à empresa ACCTUR CÂMBIO E TURISMO LTDA no período de janeiro a junho do ano-calendário de 1998 em sete operações distintas. Os 30.000 dólares, adquiridos em agosto, como parte dos recursos da venda do apartamento no Edifício Burle Max, foram vendidos no período de setembro a novembro em duas operações distintas. A informação da empresa de que não foram localizados documentos de transação das operações de compra de 60.000 dólares e de 30.000 dólares está coerente com o questionamento da fiscalização, uma vez que as transações não foram efetivadas nesses valores, mas em valores menores ao longo dos períodos mencionados no Termo de Intimação Fiscal;

11.5. na época das transações de compra e venda de dólares com a empresa ACCTUR CÂMBIO E TURISMO LTDA, as operações não eram efetuadas através de documento que identificasse o cliente. Na verdade as transações se efetivavam com a simples troca de moedas. Ressaltou as declarações fornecidas pelas testemunhas da efetivação das transações, documentos que foram apresentados durante o procedimento fiscal, fls.109/110, que devem ser considerados como provas das transações;

12. Quanto à fundamentação de mérito (falta de recolhimento de imposto de renda sobre ganho de capital), o contribuinte esclareceu que:

12.1. houve equívoco na apuração do ganho de capital relativamente à venda do apartamento do Edifício Burle Max. A sistemática de apuração do ganho de capital utilizada pela fiscalização, no caso de venda com recebimento do valor da transação feito parte em bem e parte em espécie (torna), permite a apuração de ganho de capital mesmo que o valor da transação seja igual ao custo de aquisição. Demonstrou o fato utilizando-se da sistemática utilizada no Auto de Infração;

12.2. na apuração do ganho de capital, a fiscalização não levou em consideração os gastos com corretagem que importaram em R\$ 7.275,00, que foi pago através de quatro cheques emitidos contra o Banco do Brasil S/A, nos seguintes valores: R\$ 4.700,00 (Cheque nº 262146, de 27/08/1998); R\$ 1.500,00, Cheque nº 262161, de 01/09/1998, R\$ 75,00 (cheque nº 262166, de 03/09/1998); e R\$ 1.000,00 (cheque nº 262174, de 11/09/1998). Os gastos com corretagem são deduzidos do ganho de capital, nos termos do § 2º do artigo 140 do RIR/99. Transcreveu o dispositivo legal.

13. Quanto à fundamentação de mérito (inaplicabilidade da Taxa Selic como juros de mora), o contribuinte esclareceu que a Taxa Selic, possuindo natureza remuneratória, não pode ser utilizada como taxa de juros moratórios, do que resulta afronta ao caput e § 1º do artigo 161 do CTN; não estando sua forma de cálculo prevista em lei, desrespeitas e a reserva absoluta da lei formal, ofendendo-se, desse modo, o artigo 150, I, da Constituição Federal, combinado com o artigo 97, inciso V, do CTN. Aplicam-se, portanto, a tal hipótese os juros mensais de 1% ao mês previsto no § 1º do artigo 161 do CTN.

14. Finalizando a impugnação, o contribuinte requereu a improcedência total do Auto de Infração. À impugnação, o contribuinte carrou as cópias das Declarações de Ajuste Anual dos exercícios financeiros de 1998 e 1999, anos-calendário de 1997 e 1998, respectivamente, documentos anexos às fls. 152/163.

15. Na análise preliminar da impugnação, notadamente quanto à argumentação de nulidade por quebra de sigilo bancário e uso de provas ilícitas, esta turma de julgamento, através da Resolução DRJ/FOR nº 234, de 22/10/2004, fls. 165/176, acordou retornar o processo à fiscalização para que o autor do procedimento esclarecesse a forma de obtenção dos extratos bancários.

16. Em atendimento à diligência, a chefe do Serviço de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal em Fortaleza (SEFIS/DRF/FOR) esclareceu, através do despacho de fls. 179, que os extratos bancários foram fornecidos pelo próprio contribuinte e que não houve emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira – RMF.

Ao apreciar o litígio, o Órgão julgador de primeiro grau, por unanimidade de votos, manteve integralmente o lançamento, resumindo o seu entendimento na seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Ano-calendário: 1998

Ementa: OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITO BANCÁRIO.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários cuja origem dos recursos não for comprovada pelo titular, mormente se a movimentação financeira for incompatível com os rendimentos declarados.

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, quando devidamente intimado.



GANHO DE CAPITAL. PERMUTA COM RECEBIMENTO DE TORNA.

Na permuta com recebimento de torna em dinheiro, será considerado como valor de alienação, para efeito da apuração do ganho de capital, somente o valor da torna recebido ou a receber.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1998

Ementa: LANÇAMENTO. LEI Nº 10.174, de 2001 E LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 2001. NORMAS PROCESSUAIS. APLICAÇÃO IMEDIATA.

Tratando-se de legislação que instituiu novo critério de apuração do crédito tributário e ampliou os poderes de investigação da fiscalização, a Lei Complementar nº 105, de 2001 e a Lei nº 10.174, de 2001 aplicam-se a lançamento relativo a fatos geradores ocorridos anteriormente à publicação.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 1998

Ementa: QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA PELO FISCO.

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, examinar informações relativas ao contribuinte, 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, independentemente de autorização judicial.

NÃO VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS INSERIDAS NOS INCISOS X E XII DA CF/88. SIGILO FISCAL.

O sigilo bancário só tem sentido enquanto protege o contribuinte contra o perigo da divulgação ao público, nunca quando a divulgação é para o fisco que, sob pena de responsabilidade, jamais poderá transmitir o que lhe foi dado a conhecer.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1998

Ementa: NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Não se caracteriza de ilegalidade o fato de a fiscalização ter utilizado norma procedimental a fatos geradores ocorridos anteriormente a sua publicação. Também não se caracteriza de quebra de sigilo bancário e de provas ilícitas o fato de a fiscalização ter utilizado extratos bancários sem autorização judicial, quando obtidos de conformidade com a Lei Complementar nº 105, de 2001 e Decreto nº 3.724, de 2001, ou quando os extratos são fornecidos pelo próprio titular da conta



corrente. Não se verificando ilegalidade, a argüição de nulidade do lançamento apontada pela defesa é incabível. Ademais, constata-se que a exigência foi formalizada com observância das normas processuais e materiais aplicáveis ao fato gerador.

APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

As autoridades administrativas não podem negar aplicação às leis regularmente emanadas do Poder Legislativo. O exame da constitucionalidade ou legalidade das leis é tarefa estritamente reservada aos órgãos do Poder Judiciário.

JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC. CONSTITUCIONAL.

A partir do mês de janeiro de 1997, os juros de mora são equivalentes à taxa SELIC.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

Inexistindo decisão do Supremo Tribunal Federal e Ato Administrativo do Secretário da Receita Federal de proibição de constituição de crédito tributário, as decisões judiciais dos tribunais federais só produzem efeitos para as partes envolvidas no processo.

Lançamento Procedente

Em sua peça recursal, às fls. 218/245, o recorrente repisa as mesmas questões suscitadas perante o Órgão julgador *a quo*. Em preliminar argúi a nulidade do lançamento, tendo em vista que a quebra do sigilo bancário foi efetuado de forma ilegal, pois não se enquadrava nas condições estabelecidas no artigo 3º do Decreto nº 3.724, de 2001 (não foram apresentados pelo contribuinte nem requisitados ao Banco do Brasil e Banco do Estado do Ceará); irretroatividade da LC 105/2001 e da Lei nº 10.174, também de 2001. Conclui citando doutrina e jurisprudência de que mesmo após a LC 105, a quebra do sigilo bancário depende de ordem judicial. No mérito, renova inteiramente as teses de defesa declinadas na peça impugnatória.

É o Relatório.

Voto Vencido

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

Inicialmente, cumpre afastar a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, tendo em vista que os extratos bancários utilizados no lançamento foram entregues espontaneamente pelo contribuinte, quando intimado pela fiscalização para tal fim.

Conforme relatado no Termo de Verificação Fiscal (fls. 09/10), o próprio contribuinte apresentou os extratos bancários das contas-correntes nº 225.205-8, agência 3655-2, do Banco do Brasil, e nº 15699-8, agência 0006, do Banco do Estado do Ceará, em relação às quais foram detectadas a existência de créditos bancários sem origem comprovada, consoante listagem à fl. 11.



Durante o procedimento de fiscalização, após a entrega dos extratos bancários ao fisco, o contribuinte foi intimado em 05/09/2002 e manifestou-se a respeito dos créditos bancários em 18/09/2002 (fls. 101/105), sem manifestar qualquer surpresa ou desacordo quanto aos depósitos bancários listados na intimação, sobre os quais prestou esclarecimentos. Da mesma forma procedeu nas manifestações às fls. 106 e 108, datadas de 21/10/2002 e 11/11/2002.

Quando apresentou a impugnação do lançamento de fls. 131/151, em 23/06/2003, não houve qualquer questionamento a esse respeito, havendo, tão-somente, insurgência genérica quanto à inobservância das disposições estabelecidas no Decreto nº 3.724, 2001, que regulamentou a Lei Complementar nº 105, de 2001, mesma observação efetuada quando do início do procedimento de fiscalização, narrado no Termo de Verificação Fiscal.

Parece-me evidente que o comportamento do contribuinte durante o procedimento de fiscalização e na fase impugnatória é denotativo de que efetivamente entregou os extratos bancários ao fisco. É claro que, após a conversão do julgamento em diligência pela DRJ, a fim de ser esclarecida a forma de obtenção dos extratos bancário, a defesa quer invalidar o lançamento com base neste fato. Entretanto, a tela de consulta do sistema da SRF (fl. 178), que controla a emissão das requisições, e a informação da chefe do Serviço de Fiscalização (fl. 179) são conclusivos na assertiva de que o próprio contribuinte apresentou os extratos bancários. Ressalte-se, por oportuno a fiscalização poderia requisitar os extratos bancários aos bancos, com fundamento no inciso V do artigo 3º do Decreto nº 3.724, de 2001, como usualmente o faz. Alegar simplesmente que os extratos foram obtidos de forma ilícita, é querer apegar-se a um fato secundário, deixando ao largo a discussão principal, sobre a origem dos depósitos bancários.

O entendimento manifestado sobre o tema pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 182.364 (DJU de 26.6.00, p. 207), é que o sistema preconiza para o reconhecimento da nulidade do ato processual a necessidade que se demonstre, de modo objetivo, os prejuízos conseqüentes, com influência no direito material e reflexo na decisão da causa. Eventual irregularidade no curso do procedimento administrativo disciplinar, e porque não dizer tributário, sem a prova de influência no indiciamento do servidor público, e porque não dizer na acusação fiscal indicada no lançamento, não tem relevância jurídica.

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. O parágrafo único do artigo 142 do CTN ainda acrescenta: *"A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional"*.

Outra questão suscitada pelo recorrente diz respeito ao acesso aos dados bancários do ano de 1998, com a alteração da redação da Lei nº 9.311, de 1996, efetuada pela Lei nº 10.174, de 2001. Sem razão o recorrente. Referida lei não estabeleceu nova forma de determinação do imposto. Como norma instrumental que é, tem seus efeitos regidos pelo § 1º do artigo 144 do CTN. A exigência tributária em exame já era possível desde a vigência da Lei nº 9.430, de 1996, que passou a caracterizar como rendimentos omitidos, por presunção legal, os depósitos bancários sem origem comprovada.

Os dados disponibilizados pelas instituições financeiras à Receita Federal, na vigência da Lei 9.311/1996, não foram utilizados para fins de lançamento tributário. Tal fato só ocorreu a partir da vigência da Lei nº 10.174, 09/01/2001, ou seja, mesmo já existindo a possibilidade de efetuar o lançamento sobre depósito bancário sem origem comprovada, nos termos do artigo 42 da Lei 9.430, de 27/12/1996, e dispondo a Administração Tributária de elementos para comparar a movimentação bancária do contribuinte com seus rendimentos declarados, nenhum procedimento fiscal foi iniciado, o que evidencia o mais absoluto respeito à norma anterior.

A despeito desta questão ainda não estar definida no âmbito do Poder Judiciário, havendo decisões que atendem a teses divergentes, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em recente decisão, datada de 02/12/2003, exarada no Recurso Especial nº 506.232-PR, cuja ementa é a adiante transcrita, também já decidiu que a Lei nº 10.174, de 2001, ao facultar a utilização das informações da CPMF em procedimentos administrativos para fins de verificação da existência de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, apenas ampliou os poderes das autoridades fiscais, sem afetar situações constituídas e consolidadas sob a égide da lei anterior, podendo, portanto, ser aplicada imediatamente aos efeitos ainda pendentes das obrigações tributárias surgidas sob a vigência da lei anterior, que se prolongam no tempo para além da data de entrada em vigor da lei nova, que passa então a regulá-los, desde que não abrangidos pela decadência:

TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º DO CTN.

1. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.

2. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.

3. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.

4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros

de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente."

5. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envolver natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.

7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.

8. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.

9. Recurso Especial provido.

O Conselho de Contribuintes, conforme ementas dos acórdãos abaixo transcritas, também julgou no sentido exposto, de que não se trata de aplicação retroativa da Lei nº 10.174, de 2001, mas de aplicação imediata de suas disposições aos efeitos pendentes dos atos jurídicos constituídos sob a vigência da lei anterior (Lei nº 9.311, de 1996), porque apenas amplia os poderes de investigação das autoridades administrativas, na forma autorizada pelo § 1º, do art. 144, do CTN, aplicação essa que não viola o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada:

IRPF - UTILIZAÇÃO DOS DADOS DA CPMF COMO INDÍCIO DE SONEGAÇÃO FISCAL - RETROATIVIDADE - O lançamento se rege pelas leis vigentes à época da ocorrência do fato gerador, porém os procedimentos e critérios de fiscalização regem-se pela legislação vigente à época de sua execução. Assim, entrando em vigor a Lei nº 10.174/01, a fiscalização passa a ser autorizada a utilizar as prerrogativas concedidas pela lei a partir daquela data, contudo tendo a possibilidade de investigar fatos e atos anteriores à sua vigência, desde que obedecidos os prazos decadenciais e prescricionais, ou seja, passa a dispor de um instrumento de fiscalização que anteriormente não possuía, podendo utilizá-lo conforme o interesse público que o ato administrativo pressupõe. (Ac 106-13143).



IRPF - UTILIZAÇÃO DOS DADOS DA CPMF EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL - INOCORRÊNCIA DE RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174/2001 - APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI NOVA AOS EFEITOS PENDENTES DE ATO JURÍDICO CONSTITUÍDO SOB A ÉGIDE DA LEI ANTERIOR - LEI Nº 9.311/96 - O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, aplicando-se-lhe, no entanto, a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador, institua novos critérios de apuração ou processos de fiscalização ou amplie os poderes de investigação das autoridades administrativas (CTN, art. 144). A Lei nº 10.174, de 2001, ao facultar a utilização das informações da CPMF em procedimentos administrativos para fins de verificação da existência de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, apenas ampliou os poderes das autoridades fiscais, sem afetar situações constituídas e consolidadas sob a égide da lei anterior, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, razão pela qual pode ser aplicada imediatamente aos efeitos ainda pendentes das obrigações tributárias surgidas sob a vigência da lei anterior, que se prolongam no tempo para além da data de entrada em vigor da lei nova, que passa então a regulá-los, desde que não abrangidos pela decadência, com amparo no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e no § 1º, do art. 144, do CTN. (Ac 102-46185).

Cumpra observar, ainda que apesar da fiscalização não ter efetuado a quebra do sigilo bancário do contribuinte, pois este apresentou os extratos bancários solicitados, circunstância que descaracteriza a alegação do recorrente quanto à irregularidade ou ilicitude na quebra do seu sigilo bancário e que também repele questão suscitada pelo contribuinte quanto à aplicação retroativa da Lei Complementar nº 105/2001, esta Câmara reiteradamente tem se manifestado pela possibilidade de acesso às informações financeiras dos contribuintes, com amparo nesta LC, inclusive em relação aos fatos ocorridos em momento anterior à sua publicação, nos termos do § 1º do artigo 144 do CTN. O acesso aos dados financeiros constitui uma das formas de obtenção de elementos para configurar os fatos econômicos possíveis de subsunção à hipótese de incidência do tributo. Assim, dita norma insere-se no campo do Direito Adjetivo ou Direito Processual Tributário, característica que lhe permite ação sobre os fatos pendentes.

Existem diversos tipos de informações pessoais que a lei obriga ou permite que sejam comunicadas aos poderes públicos em diversos momentos da vida do cidadão. Por exemplo, o patrimônio individual deve ser informado na declaração de ajuste anual, os rendimentos devem ser informados pelas fontes pagadoras. Em nenhum destes casos está sendo violados princípios constitucionais garantidores de direitos fundamentais.

Por outro lado, cabe ressaltar que o nosso ordenamento constitucional, na medida em que prevê a proteção à privacidade, igualmente chancela, no seu art. 145, parágrafo 1º, o direito da administração pública de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. É desnecessário afirmar que sobre a administração tributária também pesa o dever do sigilo.

Neste contexto, o jurista Hugo Brito de Machado se pronunciou: “não tivesse a Administração Pública a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades



econômicas do contribuinte, não poderia tributar, a não ser na medida em que os contribuintes, espontaneamente, declarassem ao fisco os fatos tributáveis. O tributo deixaria de ser uma prestação pecuniária e compulsória, para ser uma prestação voluntária, simples colaboração do contribuinte, prestada ao Tesouro Público” (Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 18 – Editora Resenha Tributária – São Paulo/1993).

No mesmo diapasão, o Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional Aldemário Araújo Castro, no artigo intitulado “A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela Lei Complementar nº 105/2001”, disponível na Internet no “site” <http://www.aldemario.adv.br>, destaca, com propriedade que:

“Importa ainda ressaltar que o conhecimento das operações bancárias pelo Fisco não significa quebra do sigilo bancário. A idéia de quebra está relacionada com a comunicação ou informação prestada a terceiros, de forma ampla, dos dados protegidos. Não há quebra quando as informações são transferidas, por razões juridicamente aceitáveis, com a manutenção do traço sigiloso por parte do novo conhecedor. Assim, quando o Fisco toma conhecimento de informações financeiras dos contribuintes não o faz com o intuito ou com o fim de divulgá-las para terceiros. Pelo contrário, todos os agentes fiscais estão obrigados a resguardar as informações manuseadas sob pena responsabilidade penal e administrativa.”

Ainda sobre possível violação da ordem constitucional pela Lei Complementar nº 105, de 2001, vale ressaltar que 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 o embasou o procedimento fiscal (atitude que também é vedada aos Conselhos de Contribuintes – art. 22-A 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*. A mera submissão da matéria ao crivo do STF não as torna ineficazes. No âmbito do processo administrativo tributário, o Primeiro Conselho de Contribuintes editou a Súmula nº 02. Confira-se:

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

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 presumitivo 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

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

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.”

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 trazermos 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 com a 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.

Os fatos relacionados pelo recorrente para comprovar a origem dos depósitos bancários (venda de dólares) não encontram suporte em elementos de prova hábeis e idôneos para comprovar as transações relacionadas à fl. 242 com os créditos bancários.

Com efeito, nem mesmo as manifestações da empresa “ACCTOUR CÂMBIO e TURISMO LTDA”, às fls. 115/123, a quem o autuado alegou ter vendido os dólares, dá sustentação às alegações do recorrente. A circunstância da empresa de câmbio estar envolvida em crimes financeiros em nada robustece as alegações da defesa. Por outro lado, as Declarações às fls 109/110 não comprovam o fato declarado, conforme dispõe o artigo 368 do Código de Processo Civil.

Art. 368. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.

Entretanto, verifica-se que os créditos sem origem comprovada, de valor igual ou inferior a R\$12.000,00 (doze mil reais), conforme Demonstrativo à fl. 11, não ultrapassam o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). No ano calendário, as quantias nesta situação alcançam o total de R\$63.300,00. Nos termos do artigo 42, § 3º, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, referido montante não devem ser considerados para efeito de determinação da receita omitida.

No que tange à omissão de ganho de capital indicada no item 001 do lançamento em tela, nenhum reparo merece a decisão de primeiro grau.

Conforme Termo de Verificação Fiscal às fls. 09/14, foi apurada omissão de ganho de capital de acordo com a regra exposta no artigo 138 do Decreto nº 3000, de 1999. O valor da torna foi adicionado ao custo do imóvel dado em permuta, avaliado em R\$ 97.500,00, apurando-se um percentual em relação ao valor da torna, em 48,81%. Não se constata, portanto, o erro alegado pelo recorrente. Ademais, verifica-se que a fiscalização levou em consideração todos os valores de custo e de alienação conforme o instrumento de “Contrato Particular de Compra e Venda de Imóvel Correspondente a um Apartamento Tipo 2101 com Três Vagas de Garagem”, fls. 103/104, e a Declaração de Bens da Declaração de Ajuste Anual do exercício financeiro de 1999, ano-calendário 1998. Para a dedução do valor pago a título de corretagem, entendo que a Declaração à fl. 250 é prova insuficiente deste fato, nos termos do artigo 368 do CPC, acima transcrito, razão pela qual mantenho integralmente a referida omissão.

Em relação à aplicação da taxa SELIC como juros de mora, verifica-se que o artigo 161, do Código Tributário Nacional, dá suporte ao referido acréscimo legal:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

A cobrança dos juros de mora não tem caráter punitivo e sua incidência visa a compensar o período de tempo em que o crédito tributário deixou de ser pago. Aqui, impende observar que o § 1º do artigo 161 do CTN, supra citado, tem o percentual de 1% ao mês como obrigatório apenas se não houver determinação legal dispendo em contrário. Atualmente, os juros são cobrados em percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC – por força dos dispositivos do art. 13 da Lei n.º 9.065, de 1995 e § 3º do art. 61 da Lei n.º 9.430, de 1996.

Paulo de Barros Carvalho, eminente tratadista do Direito Tributário, (Curso de Direito Tributário, 9a edição, Editora Saraiva: São Paulo, 1997, p. 337), discorre sobre as características dos juros moratórios, imprimindo-lhes um caráter remuneratório pelo tempo em que o capital ficou com o administrado a mais que o permitido:

(...) Sobre os mesmos fundamentos, os juros de mora, cobrados na base de 1% ao mês, quando a lei não dispuser outra taxa, são tidos por acréscimo de cunho civil, à semelhança daqueles usuais nas avenças de direito privado. Igualmente aqui não se lhes pode negar feição administrativa. Instituídos em lei e cobrados mediante atividade administrativa plenamente vinculada, distam de ser equiparados aos juros de mora convencionados pelas partes, debaixo do regime da autonomia da vontade. Sua cobrança pela Administração não tem fins punitivos, que atemorizem o retardatário ou o desestimule na prática da dilação do pagamento. Para isso atuam as multas moratórias. Os juros adquirem um traço remuneratório do capital que permanece em mãos do administrado por tempo excedente ao permitido. Essa particularidade ganha realce, na medida em que o valor monetário da dívida se vai corrigindo, o que presume manter-se constante com o passar do tempo. Ainda que cobrados em taxas diminutas (1% do montante devido, quando a lei não dispuser sobre outro valor percentual), os juros de mora são adicionais à quantia do débito, e exibem, então, sua essência remuneratória, motivada pela circunstância de o contribuinte reter consigo importância que não lhe pertence.

Por oportuno, convém relembrar que falece competência à administração pública para negar vigência a leis editadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo presidente da República, até porque a sua missão é atuar conforme a lei (executá-la).

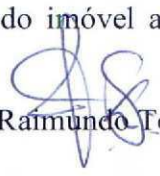
A exigência dos juros de mora com base na taxa SELIC tem suporte em norma legal vigente, expressamente indicada no lançamento, cuja constitucionalidade e legalidade são previamente examinada pela Comissão de Constituição e Justiça do poder Legislativo Federal e também pelo poder Executivo. O exame de constitucionalidade das leis é tarefa estritamente reservada aos órgãos do Poder Judiciário (art.102 da Constituição Federal, de 1988), em controle difuso ou concentrado. O artigo 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes também dispõe neste sentido, sendo aprovada a Súmula nº 2, que dispõe:

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

Apesar dos fundamentos articulados pelo recorrente, após inúmeros debates a respeito da legalidade e constitucionalidade da aplicação da taxa SELIC para fins tributários, e consoante pacífica jurisprudência que se firmou a esse respeito, o Primeiro Conselho de Contribuintes editou a Súmula nº 4:

Súmula 1ª CC nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Em face ao exposto, rejeito a preliminar de nulidade e irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001, e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso, para excluir o valor de R\$ 63.300,00 da base de cálculo da exigência constituída com base em depósitos bancários sem origem comprovada. Observe-se que na apuração do ganho de capital deve ser reduzido do valor de alienação do imóvel a importância de R\$ 7.275,00, correspondente à comissão de corretagem.


José Raimundo Fosta Santos

Voto Vencedor

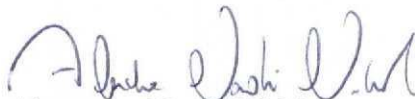
Peço vênia ao i. Conselheiro relator para divergir, tão-somente, em relação ao valor de alienação considerado na apuração do ganho de capital, pois é usual a intermediação e a assessoria de um corretor ou empresa especializada em operações que envolvem alienação de imóveis.

Com efeito, conforme Declaração à fl. 250, o autuado pagou à Imobiliária Alceu Ltda., CNPJ nº 72.475.296/0001-08, inscrita no CRECI sob o nº 498j, a título de comissão, a quantia de R\$ 7.275,00. Referida declaração indica precisamente a alienação do imóvel sobre o qual se apura o ganho de capital, o ônus do contribuinte e o valor da comissão. Confira-se:

Declaramos para os devidos fins e direitos a quem possa interessar que recebemos do Sr. Neuzemar Gomes de Moraes, inscrito no CPF: 067.946.611-87, a importância de R\$7.275,00 (sete mil duzentos e setenta e cinco reais) referente à comissão da venda do imóvel no Ed. Burlemarx em agosto de 1998.

Nos termos do § 5º do artigo 123 do Regulamento do Imposto de Renda, o valor pago a título de corretagem na alienação será diminuído do valor da alienação, desde que o ônus não tenha sido transferido ao adquirente.

Eis os motivos pelos quais entendo que do valor de alienação do imóvel deve ser deduzida a importância de R\$ 7.275,00, correspondente à comissão de corretagem.


Alexandre Naoki Nishioka