



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	10730.001232/2003-45
Recurso nº	147.075 Voluntário
Matéria	IRPF - Ex.: 1999
Acórdão nº	102-48.846
Sessão de	05 de dezembro de 2007
Recorrente	MARCELO JOSÉ KONTE
Recorrida	2ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ II

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 1999

Ementa:

PRELIMINAR DE IRRETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 2001 E DA LEI Nº 10.174, DE 2001.

O entendimento majoritário desta Câmara é no sentido de que a Lei Complementar nº 105, de 2001 e a Lei nº 10.174, de 2001, têm natureza instrumental e podem ser aplicadas para fins de prova de omissão de rendimentos correspondentes a períodos anteriores a sua vigência.

Preliminar rejeitada.

IRPF - GANHOS DE RENDA VARIÁVEL- OMISSÃO.

A omissão do contribuinte, pessoa física na tempestiva apuração de ganhos de renda variável e sua sujeição ao tributo, implica em sua exigibilidade de ofício, não sendo admitidas compensações de prejuízos decorrentes de operações omitidas.

IRPF - DEPÓSITOS BANCÁRIOS

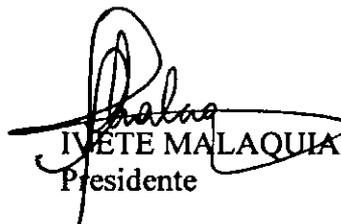
O artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, presume que se constitui renda omitida os depósitos e créditos bancários em relação aos quais o contribuinte, devidamente intimado, não comprovar a origem.

Preliminares afastadas.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CAMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, AFASTAR as preliminares e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base tributável o valor de R\$ 1.235.716,87, referente aos depósitos bancários cujas origens foram comprovadas, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. O Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira argüi erro no critério temporal dos FG até 11/98, nos termos do § 4º do artigo 42 da Lei 9.430/1996, bem como decadência referente a Janeiro e Fevereiro, motivos pelos quais cancela o lançamento e apresenta declaração de voto.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
Presidente


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA
Relator

FORMALIZADO EM: 30 JAN 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NAURY FRAGOSO TANAKA, JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, SILVANA MANCINI KARAM, LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO e LUIZA HELENA GALANTE DE MORAES (Suplente convocada).

Relatório

Conforme relatório de fls. 572/581, o qual adoto, contra o contribuinte acima qualificado foi lavrado o auto de infração de fls. 07 a 17 em virtude da apuração das seguintes infrações:

OMISSÃO DE GANHOS LÍQUIDOS NO MERCADO DE RENDA VARIÁVEL – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE GANHOS LÍQUIDOS NO MERCADO DE RENDA VARIÁVEL – Falta de recolhimento do imposto incidente sobre ganhos líquidos no mercado de renda variável, referente às operações realizadas na Bolsa de Mercadorias e Futuros de acordo com as notas de corretagem e planilhas-resumo apresentadas pelo contribuinte, consideradas as compensações dos prejuízos, de acordo com a legislação vigente.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA – OMISSÃO DE RENDIMENTOS PROVENIENTES DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS – Omissão de rendimentos provenientes de valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantidos em instituição financeira, cuja origem dos recursos utilizados, nestas operações, não foram comprovados mediante documentação hábil e idônea. O contribuinte afirma em documento de 03/10/2001 que toda movimentação das contas correntes é decorrente de operações em Bolsa de Valores e Bolsa de Mercadoria e Futuros, porém, apresentou documentação comprobatória relativa à movimentação de R\$3.947.813,05 (que gerou ganho de renda variável de R\$2.016.955,55, tributado em infração específica) e de R\$1.241.325,66, relativo à transferência do mesmo titular e devoluções de margem (não significando ingresso de novos recursos e, por isso, não sofrendo tributação).

A infração atribuída ao recorrente foi enquadrada nas normas jurídicas especificadas às fls. 09, 10 e 17.

Foi lançado o imposto de renda pessoa física, do ano-calendário 1998, no valor de R\$655.900,80 (seiscentos e cinquenta e cinco mil, novecentos reais e oitenta centavos), mais multa de 75% (setenta e cinco por cento) e juros de mora regulamentares, perfazendo um total de R\$1.616.549,63.

Cientificado do auto de infração em 31/03/2003 (fl. 08), o interessado, em 30/04/2003, apresentou a impugnação de fls. 218 a 221, valendo-se, em síntese, dos seguintes argumentos:

Quanto à Nulidade:

- O ato administrativo que regulou o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF é a Portaria SRF n.º 1.265/99. O mesmo poderá ser prorrogado pela autoridade administrativa, sendo obrigatória a comunicação ao contribuinte por parte dos responsáveis pela ação fiscal. Na hipótese de não ter havido a prorrogação, considera-se extinto o MPF originário, podendo a autoridade reabrir ação fiscal mediante um novo MPF com a designação de outros fiscais;

- Como o impugnante não recebeu a comunicação de prorrogação da ação fiscal, tudo leva a crer que o MPF originário foi extinto. Neste caso deveria ter havido a substituição dos AFRFs, o que não houve;

- Consta das fls. 2 e 3 um documento apócrifo onde se observa que o MPF originário teria sido prorrogado várias vezes, porém, não lhe foi dada ciência. Esse fato torna nulo o auto de infração;

- Embora não conste da referida Portaria, resultando o procedimento em constituição de crédito tributário, cópia do respectivo mandado deve ser juntado aos autos do processo administrativo, visto que se conferiu a esse mandado a condição de procedibilidade da fiscalização, cuja inexistência determinará a nulidade dos atos praticados, pela incompetência da autoridade;

- O último MPF cuja cópia foi fornecida ao impugnante não se encontra anexada ao processo e tem a validade prorrogada até 26 de janeiro de 2002, justificando dessa forma, a nulidade processual;

Quanto ao Cerceamento de Defesa:

- A apuração dos ganhos de renda variável também se acha incorreta, em face do disposto no at. 760 do RIR/99, ao conceituar o ganho líquido, o que impediu ao impugnante realizar a sua defesa plena, carreando para a nulidade processual, nos precisos termos do art. 10, inciso III, visto tratar-se de descrição sucinta e incompleta, combinado com o art. 59, inciso II, do Decreto 70.235/72;

Quanto à Omissão de Rendimentos Provenientes de Depósitos Bancários e Falta de Recolhimento do Imposto sobre Ganhos Líquidos no Mercado de Renda Variável:

- A fiscalização ainda que tenha permitido a prorrogação de prazo, este não foi suficiente para a anexação ao processo da comprovação no valor de R\$1.667.364,57, tido como depósito bancário de origem não comprovada;

- Dada à complexidade das operações em bolsa de valores os fiscais só conseguiram chegar a um valor parcial aproximado referente aos valores depositados a título de margem e garantia de operações em bolsa. Tal situação se deve ao fato de que uma das corretoras foi fechada e o contribuinte ficou em dificuldade em localizar os sócios e responsáveis;

- Os Auditores-Fiscais, sem conhecimento específico das operações do mercado de capitais, tributaram de forma errônea todos os “ganhos de capital” compensando operações distintas (day trade, hedge e posições), assim, solicita diligência fiscal e perícia de fiscais da Delegacia de Instituições Financeiras (DEINF) junto à corretora Norsul, CCVM e Novinvest Corretora;

- Os Auditores-Fiscais utilizaram para apuração dos ganhos de renda variável os mesmos depósitos na apuração do “acréscimo patrimonial a descoberto”, efetuados em 1998, no Unibanco S/A (conta corrente n.º 203.659-9) e Banco Mercantil de São Paulo S/A – FINASA (caderneta de poupança n.º 4788953-5);



- Uma vez apurados os ganhos de renda variável decorrentes de depósitos, não se pode deduzir que existe acréscimo patrimonial a descoberto de depósitos outros não considerados nos primeiros, pelo fato de que a renda líquida disponível é o resultado final a ser comparado com o montante dos depósitos não declarados, pois os depósitos são os mesmos;

- A renda líquida disponível é o rendimento tributável menos deduções menos imposto de renda na fonte, com essa renda líquida disponível o contribuinte obtém todo o seu patrimônio material e financeiro com a compra de bens e direitos, a técnica fiscal estabelece que esta renda líquida deve ser comparada com a variação patrimonial positiva, resultante da diferença do montante do ano-base em relação ao ano anterior, excluindo-se os rendimentos isentos e tributados exclusivamente na fonte;

- Se a variação patrimonial for superior à renda líquida disponível, então, ocorrerá a variação patrimonial a descoberto;

- Tributar os mesmos depósitos que serviram de base para apuração da renda variável é dupla tributação, o que contraria a definição de fato gerador previsto no art. 43 do CTN;

- A tributação só seria válida se houvesse outros depósitos não declarados e não considerados na apuração dos ganhos de renda variável;

- Já que os Fiscais aceitaram o total de R\$3.947.813,05 como base para incidência da tributação sobre ganhos de renda variável, não pode ser novamente tributado parte dele sob a alegação de depósitos de origem não comprovada;

- A fiscalização ao tributar os ganhos de renda variável não levou em consideração que os valores resultantes das vendas fossem apropriados como origem de recursos para o autuado, deste modo, o auto de infração indicou como omissão de rendimentos por depósitos bancários não comprovados quantias oriundas dessas mesmas vendas, as quais já estavam tributadas e portanto serviriam de origem para quaisquer aplicações, conclui-se assim, não proceder a tributação sobre suposto acréscimo patrimonial a descoberto.

Após a impugnação, o contribuinte apresentou os documentos de fls. 225 a 243, dentre os quais:

(i) a planilha de fls. 227 com a consolidação dos resultados apurados em bolsa no ano de 1998, em “operações comuns” e de “day trade”, fazendo um comparativo com os valores utilizados pela Receita Federal e apurando a respectiva diferença.

(ii) a planilha de fl. 228 que se constitui no demonstrativo de resultados com operações de renda variável com a corretora NORSUL – “operações comuns” – “mercado à vista de ações”, envolvendo ações da TELEBRÁS, CESP, TRIKEM, INEPF, USIMINAS, ELETROBRÁS e REC CART.

(iii) a planilha de fl. 229 que se constitui no demonstrativo de resultados com operações de renda variável com a corretora NORSUL – “operações comuns” – “demais mercados”, índices IBOVSP.

(iv) a planilha de fl. 230 que se constitui no demonstrativo de resultados com operações de renda variável com a corretora NORSUL – “operações comuns” – “demais

mercados”, envolvendo aplicações identificadas como OTC28; RIOGRAND e ELETROBRÁS.

(v) a planilha de fl. 231 que se constitui no demonstrativo de resultados com operações de renda variável com a corretora NORSUL – “operações day trade”, – “demais mercados”, aplicações financeiras OTC53, RCA, RIOGRAND e TEL NORT.

(vi) a planilha de fl. 232 que se constitui no demonstrativo de resultados com operações de renda variável com a corretora NORSUL – “operações day trade”, – “demais mercados”, índices IBOVSP.

(vii) a planilha de fl. 233 que se constitui no demonstrativo de resultados com operações de renda variável com a corretora NOVINVEST – “operações COMUNS”, – “demais mercados”, especificando os resultados das aplicações feitos nos títulos nominados na referida planilha.

(viii) a planilha de fl. 234 que se constitui no demonstrativo de resultados com operações de renda variável com a corretora NOVINVEST – “operações comuns”, – “mercado à vista - ações”, especificando os resultados das aplicações feitas em ações da TELEMAR no ano de 1998.

(ix) a planilha de fl. 235 que se constitui no demonstrativo de resultados com operações de renda variável, no ano de 1998, com a corretora NOVINVEST – “operações comuns”, – “demais mercados”, especificando os resultados das aplicações nos investimentos nominados na citada planilha.

(x) além das planilhas de fls. 236 e 237, também analisadas por este relator, consta dos autos a planilha de fl. 238 com a identificação dos créditos depositados em Caderneta de Poupança no Banco Finasa, sendo que numa coluna registra R\$ 100.000,00 oriundos do Unibanco; R\$ 200.000,00 oriundos do Banco Norsul; R\$ 5.959.668,11 oriundos de depósitos em cheque do Banco Bandeirantes. Esta planilha também registra o valor de R\$ 124.499,95 como crédito não identificado, sendo que os créditos identificados somam R\$ 6.320.753,59

(xi) as planilhas de fls. 239 a 242, com os valores referentes aos créditos identificados e créditos não identificados em conta corrente dos Bancos Norsul; Unibanco; Bandeirantes e Finasa.

(xii) a planilha de fls. 243 sintetiza os créditos não identificados e os créditos identificados, sendo R\$ 22.114.338,11 de créditos identificados e R\$ 254.922,26 de créditos não identificados.

O acórdão de fls. 246/261, não tomou conhecimento das planilhas acima referidas entendendo “que não ficou comprovado nos autos os pressupostos para a admissibilidade de entrega de documentação comprobatória após o prazo limite de oferecimento da impugnação, de acordo com o artigo 16, do Decreto n.º. 70.235/72.”

Quanto ao exame da matéria, a decisão recorrida não acolheu as preliminares e, no mérito, confirmou o lançamento.



O contribuinte foi intimado do acórdão em 07-07-04 (fl. 279) e em 05-08-04 apresentou o recurso de fls. 284/303, reportando-se às razões de fato e de direito expostas na impugnação e nos documentos juntado aos autos reiterando, em síntese, as seguintes preliminares e questões de mérito:

1 – PRELIMINARES SUSCITADAS:

1.1 – Nulidade do julgamento de primeira instância por não ter apreciado todas as provas apresentadas pelo impugnante.

(i) diz o recorrente que as planilhas de fls. 225 a 243 somente foram juntadas após a impugnação em razão das dificuldades encontradas para reunir a prova pertinente e efetuar as devidas demonstrações no curso do procedimento fiscal.

(ii) que improcede o entendimento da autoridade julgadora que não tomou conhecimento da prova produzida sob o argumento de que não se achava “comprovado nos autos os pressupostos de admissibilidade de entrega de documentação comprobatória após o prazo limite de oferecimento da impugnação.”

1.2 – Cerceamento do direito de defesa.

(i) sustenta o recorrente que o processo é nulo eis que se trata de uma imposição fiscal com notório cerceamento do direito de defesa e que, como tal, impossibilitava a instrução do contraditório. Afirma o recorrente que a matéria tributável não ficou perfeitamente definida no auto de infração de forma a lhe possibilitar a devida impugnação (fl. 288);

1.3 – Nulidade do Lançamento por falta de requisitos formais

(i) afirma o recorrente que o lançamento deve ser nulo por não estar comprovado nos autos a data da prorrogação do MPF. Tanto é assim que o último MPF, cuja cópia foi fornecida ao recorrente, teve sua validade prorrogada até 26 de janeiro de 2002 e o auto de infração foi lavrado em 25-03-2003, sendo notificado ao contribuinte em 31-03-03.

NO MÉRITO:

I – EM RELAÇÃO À OMISSÃO DE GANHOS LÍQUIDOS NO MERCADO DE RENDA VARIÁVEL.

(i) diz o recorrente que o fisco apurou os ganhos líquidos no mercado de renda variável em 31-05-1998; 31-08-1998; 30-09-1998 e 30-11-1998, nos valores de R\$490.688,25; R\$1.061.415,70; R\$421.777,80 e R\$43.073,80, respectivamente, perfazendo o total de R\$ 2.016.955,55.

(ii) ocorre, porém, que os valores acima especificados foram apurados de forma incorreta, por força, inclusive, de equivocadas compensações levadas a efeito, por exemplo, em operações de “day trade”, “hedge” e “posições”, em face do que dispõe o art. 760 do RIR/99.

(iii) que além dos equívocos apontados no item anterior, os valores apurados pelo Fisco também não retratam a efetividade das operações realizadas pelo recorrente no mercado de renda variável durante o ano de 1998, visto que deixou de computar aqueles efetuados por intermédio da NORSUL, já que esta à data da ação fiscal não mais se encontrava

em funcionamento. No entanto, o recorrente logrou obter o devido relatório após a conclusão do procedimento fiscal e, com isso, reformular a apuração do resultado correspondente ao ano-calendário de 1998, chegando a valor diverso daquele apontado pelo fisco, já que ali não se encontravam computadas as operações da corretora NORSUL.

(iii) que o resultado a que chegou o Fisco na apuração do ganho em questão mostra-se incompleto, posto que deixou de computar a movimentação indicada no extrato da NORSUL, que somente foi obtido pelo recorrente após a conclusão da ação fiscal.

(iv) que a incompleta apuração do ganho em questão pelo Fisco está comprovada no próprio termo de constatação lavrado em 25-03-2003, que integra o auto de infração, conforme se vê às fls. 11 dos autos, onde os autores do procedimento assinalam *in verbis*:

I imposto sobre o ganho de Renda Variável à alíquota de 10%:

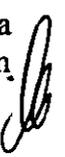
Foi efetuada com base nas notas de corretagem da Bolsa de Mercadorias & Futuros, anexadas às planilhas apresentadas pelo contribuinte em 08/01/2002 a apuração a seguir, na qual verificou-se um ganho de R\$ 2.016.955,55. Este ganho justifica a movimentação de R\$ 3.947.813,05 no banco FINASA. (grifos do recorrente).

(v) que os documentos existentes nos autos, completados pelos documentos anexados ao recurso, (fls. 305 a 518) demonstram a existência de ganhos em valores diversos daqueles apontados pelo fisco, nos meses de agosto, setembro, outubro novembro e dezembro de 1998, nos valores de R\$ 244.621,64; R\$ 44.125,68; R\$ 14.655,92; R\$ 176.365,38 e R\$ 63.400,00, respectivamente, perfazendo um total de R\$ 543.160,14 e não de R\$ 2.016.955,55, conforme considerado pelo auto de infração.

Junto com o recurso o contribuinte junta vasta documentação composta de planilhas por meio das quais especifica o que diz ter sido o ganho líquido no mercado de renda variável; (fl. 304 a 305); demonstrativo ao qual se reporta afirmando tratar-se dos depósitos considerados não comprovados (fls. 306 a 312); extratos da movimentação financeira do Banco Bandeirantes e das aplicações na corretora NOVINVEST, por meio dos quais pretende demonstrar a origem dos depósitos não comprovados (fl. 313 a 352); extrato da conta corrente do Banco Mercantil de São Paulo S/A – FINASA por meio do qual pretende demonstrar a origem dos depósitos tido por não comprovados; extrato dos investimentos por meio da NORSUL CCVM S/A (fls. 374 a 409); movimentação financeira do UNIBANCO com a finalidade de demonstrar a origem dos depósitos tidos por não comprovados (fls. 410 a 482); documento de fls. 503, datado de 22-04-2004, encaminhado ao UNIBANCO, solicitando cópias de todos os cheques provenientes de depósitos na conta corrente nº 2036599 (fl. 503); documento datado de 25-05-04, dirigido ao Unibanco reiterando pedido de cópia microfilmada dos cheques depositados na conta corrente antes identificada; microfilmagem dos cheques de fls. 507 a 509 e dos cheques de 513 a fls.516, estes emitidos pela corretora NOVISTAR, em favor do recorrente.

Finalmente, o requerente junta o documento de fl. 517, fazendo referência às notas de corretagem que segundo afirma estão anexadas ao processo existente na DRF.

Em sessão de 18 de outubro de 2006 esta egrégia segunda Câmara, anulou a decisão e determinou o retorno dos autos à DRJ para que apreciasse as demais provas em



relação aos quais não tinha se manifestado. A DRJ, por meio do julgamento de fls. 589 e seguintes re-ratificou o acórdão, mantendo o lançamento. Desta decisão o contribuinte foi intimado e tempestivamente apresentou o recurso de fls. 612 a 642.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA, Relator

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 33 do Decreto n.º 70.235 de 06 de março de 1972, foi interposto por parte legítima, está devidamente fundamentado. Assim, conheço do recurso e passo ao exame do mérito.

Quanto as preliminares relativas ao cerceamento do direito de defesa, ao lançamento como atividade vinculada, à inversão do ônus da prova e os requisitos formais do auto de infração já formam objeto de manifestação constante das fls. 582 e 584, as quais me reporto como razões de decidir, a seguir transcritas:

I – Da preliminar de nulidade do auto de infração pela inobservância de requisitos formais que disciplinam o MPF.

Postula o recorrente a nulidade do lançamento por não haver sido observada formalidade essencial prevista em normas administrativas para a legitimação do procedimento fiscal. Sua tese está alicerçada no fato de que o MPF - cuja cópia foi fornecida ao recorrente - foi prorrogado até 26 de janeiro de 2002, sem que conste dos autos e que após esta data não lhe foi comunicado qualquer prorrogação, sendo violado formalidade essencial para conferir validade ao lançamento feito por meio do auto de infração datado de 25-03-2003, isto é, mais de um ano após a última notificação entregue ao contribuinte.

O artigo 142 do CTN estabelece que o lançamento é constituído pelo 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 o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Os requisitos essenciais para conferir ao lançamento feito por meio de ao auto de infração estão especificados no artigo 10 do Decreto n.º 70.235, de 1972, a saber:

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

I - a qualificação do autuado;

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

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.



O Mandado de Procedimento Fiscal não é instrumento que se destina a verificar a ocorrência de fato gerador da obrigação tributária, mas sim meio através do qual o auditor fiscal deve se identificar perante o contribuinte.

A falta de MPF pode causar irregularidade administrativa ou recusa legítima do contribuinte de prestar informações ao auditor que não possuir MPF. Todavia, a nulidade do auto de infração somente ocorre quando faltar um dos requisitos especificados no artigo 10 do Decreto n.º 70.235, de 1972.

Neste ponto, não merece reparo a decisão da Turma Julgadora.

II – Da Preliminar de Nulidade do Processo

Em relação à preliminar por nulidade do processo por não ter a decisão de primeira instância apreciado as provas existentes nos autos, o que importaria em cerceamento do direito de defesa, tal preliminar, após a decisão deste colegiado que anulou a decisão de primeira instância¹ para que outra fosse proferida, após a nova decisão resulta prejudicada, razão pela qual não acolho.

Da preliminar de irretroatividade da Lei:

Apesar do recorrente alegar como matéria de mérito as questões relativas à irretroatividade da Lei Complementar n.º 105, de 2001, o enfrentarei como preliminar, pois, se acolhida, desnecessário apreciar as questões especificadas nos itens 8.2; 8.3 e 8.4 do recurso do contribuinte.

Com a devida vênia da douta maioria do colegiado, em relação à alegação de irretroatividade da lei, tenho que a **norma que suprime direito não é norma de natureza instrumental, mas sim lei material. Imaginar que a lei nova tenha eficácia para desconsiderar direitos, que de forma plena se verificaram na vigência da lei revogada, é o mesmo que admitir que a norma revogada não produziu efeitos em relação aos fatos que se concretizaram durante sua vigência.**

Nesta linha de raciocínio, em se tratando de lançamento feito a partir da movimentação financeira, tenho enfrentado a **Preliminar de irretroatividade da lei, com as considerações e fundamentos que seguem.**

Em 25 de outubro de 1996, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei n.º 9.311, de 24 de outubro de 1996, que institui a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira - CPMF, e dá outras providências, sendo que o artigo 11, § 3º, desta Lei possuía a seguinte redação:

"§ 3º. A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos."

¹ Na realidade, quando a decisão de fl. 571 a 586 decidiu em determinar o retorno dos autos à Segunda Turma da DRJ do Rio de Janeiro II para apreciar todas as provas existentes nos autos e proceder de forma cabível, tal decisão importou em reconhecimento de nulidade do acórdão anterior, tanto é assim que novo acórdão foi proferido.

Posto o conteúdo da norma, cabe analisar a quem se destinam as expressões: **“vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.”** Tais expressões estariam conferindo algum tipo de direito aos jurisdicionados e, caso afirmativo, qual a natureza deste direito? Antes de responder estas indagações, algumas considerações se fazem necessárias para que se possam compreender as regras de proteção do sigilo bancário existentes até 1996. Assim, retroagimos ao ano de 1964 para analisar as disposições da Lei nº 4.595, norma esta com status de Lei Complementar, que dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional, e dá outras providências, contendo os seguintes preceitos no artigo 38 e respectivo § 7º, a seguir transcritos:

"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

.....

§ 1º. As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 7º. A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis."

As indagações feitas anteriormente em relação à Lei nº 9.311, de 1996, valem para as disposições do artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964. A quem se destinam as expressões: “as informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário”, contidas no § 1º do artigo 38 e a previsão do § 7º. de que se constitui crime a quebra do sigilo bancário? Qual a natureza desta norma: instrumental ou material? Se tais dados estão sob o controle do Estado, ente soberano, é preciso que se compreenda o porquê este impõe limitação à sua atuação, instituindo dois outros poderes, um com a função de criar leis e outro com a tarefa de verificar a legalidade dos atos praticados pelo próprio Estado, por meio do Poder Executivo.

A propósito deste assunto e sem nos ater a digressões doutrinárias, a história revela que a humanidade percebeu que era necessário limitar as ações do Estado-soberano como forma de proteção dos indivíduos frente ao Estado. Inicialmente concebido para proteger seus súditos, houve determinado período na história em que os indivíduos passaram ter medo das ações ilimitadas do Estado, surgindo a conhecida doutrina dos “freios e contra-pesos”, por meio da qual um órgão do Estado-soberano limita e fiscaliza a atuação do outro. Nesta linha, o Judiciário tem sua atuação limitada pelo Poder Legislativo, o Poder Executivo, quando age em desconformidade com a lei, tem seus atos corrigidos pelo Judiciário, sendo que os limites de atuação do Poder Legislativo são fixados por meio do pacto social que institui o Poder Constituinte que aprova norma de hierarquia superior que deve ser observada por todos.

Voltando às disposições do artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, quando tal norma prevê que somente o Poder Judiciário poderá quebrar o sigilo bancário, não nos resta dúvida que se trata de uma norma que limita a atuação do Estado-soberano e confere direito aos indivíduos, cabendo perquirir qual a natureza deste direito: material ou instrumental?



Partindo da singela concepção de que direito material deve ser compreendido como sendo a norma que confere determinado bem jurídico a alguém e de que direito instrumental se constitui da norma de que se valem os jurisdicionados para exigirem do Estado-jurisdição o bem da vida que lhes foi subtraído ou espontaneamente não lhes foi alcançado pelo obrigado, tenho que o artigo 38 da Lei n.º 4.595, de 1964, era norma de natureza material. Assim, por meio do dispositivo legal aqui citado, antes de sua alteração, integrava o rol de direito de todos os indivíduos a garantia de que, sem ordem judicial, ninguém teria acesso aos seus dados bancários.

Chegando a conclusão de que o artigo 38 da Lei n.º 4.595, era norma de natureza material, é preciso que se diga que as normas desta natureza só podem ser alteradas por leis de idêntica qualidade, sendo vedado, em qualquer hipótese a aplicação retroativa. Ao se admitir a aplicação retroativa de norma de natureza material voltar-se-ia aos primórdios em que os súditos não mais acreditavam no Estado que passou a ser visto como o Estado-tirano. Nenhuma garantia teria o indivíduo se o Estado, a qualquer momento, viesse elaborar leis para subtrair direitos ou prerrogativas decorrentes de relações jurídicas concebidas sob a égide de norma anterior.

Diante de tais considerações, volto ao texto do § 3.º do artigo 11 da Lei n.º 9.311, de 1996, antes de sua alteração pela Lei n.º 10.174, de 2001, e peço vênias para comparar com para o artigo 38 da Lei n.º 4.595, de 1964, sendo que estou grifando as expressões em relação as quais quero fazer considerações:

§ 3.º do artigo 11 da Lei n.º 9.311/96, em sua redação primitiva	Artigo 38 da Lei n.º 4.595/64, em sua redação primitiva
"§ 3.º. A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, <u>vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.</u> "	<i>"Art. 38. <u>As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.</u></i> <i>§ 1.º. <u>As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.</u></i>

Inequivocadamente, as expressões acima grifadas possuem a mesma natureza. Conferem aos administrados a garantia de que, salvo por ordem judicial, toda e qualquer movimentação bancária feita na vigência de tais normas, em momento algum será utilizada para quaisquer fins, que não os previstos nas leis vigentes na época em que ocorreram os depósitos bancários.

Sabidamente as leis existem e produzem efeitos até que norma subsequente, de idêntica hierarquia, as revogue. Entretanto, é preciso que se tenha presente que a lei que vier modificar norma anterior destina-se a regular os atos da vida que se efetivarem a partir de sua vigência. Imaginar que a lei nova tenha eficácia para desconsiderar direitos, que de forma plena se verificaram na vigência da lei revogada é o mesmo que admitir que a norma revogada não produziu efeitos em relação aos fatos que se concretizaram durante sua vigência.



Concluindo que o § 3º. do artigo 11 da Lei nº 9.311, de 1996, é norma de natureza material que confere aos administrados o direito de que ninguém irá investigar suas movimentações financeiras, salvo por ordem judicial, em razão da divergência jurisprudencial, ora o STJ julgando na esteira do Recurso Especial nº. 608.053 entendendo que a Lei Complementar nº. 105, de 2001 e a Lei nº. 10.174, de 2001, não têm aplicação a fatos ocorridos antes de sua vigência, “sob pena de violar o princípio da irretroatividade das leis”, ora julgando na linha seguida no Recurso Especial nº 668.012, decidido por voto de desempate da Ministra Denise Arruda, admitindo a aplicação retroativa das leis aqui citadas, tramitando ainda, junto ao Supremo Tribunal Federal as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 2406; 2397 e 2390, cujo relator é o Ministro Sepúlveda Pertence, cabe-nos fazer algumas considerações em relação aos argumentos utilizados por aqueles que admitem a aplicação das referidas leis para investigar fatos ocorridos antes do início de sua vigência que, em síntese, assim sustentam o entendimento que defendem:

A Lei nº. 10.174, de 2001 e a Lei Complementar nº. 105, de 2001, que introduziram, respectivamente, alterações nos artigos 11, § 3º. da Lei 9.311, de 1996 e artigo 38 da Lei 4.595, de 1964, ampliaram as hipóteses de prestação de informações bancárias, permitindo a utilização de dados a partir da arrecadação da CPMF para a apuração e constituição de crédito referente a outros tributos. Havendo ampliação dos poderes em busca de informações, à luz do artigo 144, § 1º., a seguir transcrito, tratam-se de normas de natureza instrumental.

Art. 144.....

§ 1º 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.

Na linha do entendimento liderado pelo Des. Fed. Wellington Mendes de Almeida, do TRF da 4ª. Região, atualmente aposentado, “mostra-se destituído de fundamento constitucional o argumento de que o art. 144, § 1º, do CTN, autoriza a aplicação da legislação posterior à ocorrência do fato gerador que instituiu novos critérios de apuração ou processos de fiscalização ao lançamento do crédito tributário, visto que este dispositivo refere-se a prerrogativas meramente instrumentais, não podendo ser interpretado de forma colidente com as garantias de inviolabilidade de dados e de sigilo bancário, decorrentes do direito à intimidade e à vida privada, elencadas como direitos individuais fundamentais no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição de 1988”.

Aos fundamentos anteriormente transcritos, destaco que é preciso se ter presente de que toda a **norma que suprime direito não é norma de natureza instrumental, mas sim lei material.** Na linha do que colocamos anteriormente, quando o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, garantiu aos correntistas a inviolabilidade do sigilo bancário, salvo mediante determinação judicial, dita norma outorgou aos administrados garantia de natureza material. Idêntico entendimento aplica-se em relação ao § 3º. do artigo 11 da Lei 9.311, de 1996. Não se pode dizer que o citado dispositivo possuía natureza instrumental. Tratava-se de norma de caráter material que limitava o poder do Estado-soberano frente ao indivíduo. A limitação do poder do Estado-Administração frente ao cidadão é para este uma garantia de natureza material

que, se violada, legitima o ofendido a recorrer ao Judiciário, usando-se para tal as normas de natureza instrumental como, por exemplo, o mandado de segurança.

A Lei n.º 10.174, de 2001 e a Lei Complementar n.º 105, de 2001, ao admitirem a utilização de dados bancários a partir da arrecadação da CPMF para a apuração e constituição de crédito referente a outros tributos, não possuem natureza instrumental porque extinguiram direito de natureza material que conferia aos contribuintes a segurança que, durante a vigência das normas que resultaram modificadas, salvo por decisão judicial, não seriam utilizados os dados referentes às operações bancárias para exigência de qualquer tributo além da CPMF.

A propósito do assunto, o ilustre advogado paulista José Antônio Minatel, em recurso patrocinado junto à Segunda Turma do Primeiro Conselho, enfrenta o tema com a seguinte precisão:

“Com efeito, a Lei n.º 10.174/01 revogou expressamente a proibição contida na Lei n.º 9.311/96, criando novo direito para a Administração tributária. Logo, verifica-se que o ordenamento posterior não se amolda ao contexto delimitado no § 1.º do artigo 144 do Código Tributário Nacional, pois a inovação legislativa não ampliou os poderes de fiscalização pré-existent, mas sim trouxe novo poder de investigação para as autoridades administrativas, permitindo a utilização de dados da CPMF para a constituição do crédito tributário, quando na legislação anterior tal procedimento era expressamente proibido.”

Ademais, registra-se que movimentação financeira, por si só, não é fato gerador do imposto de renda. Assim, em oposição aos utilizam o § 1.º do art. 144, do CTN, para justificarem a retroatividade da Lei n.º. 10.174 e da Lei Complementar n.º. 105, ambas de 2001, para investigar a existência de outros tributos que não a CPMF, ao meu sentir, precisariam identificar, de forma prévia, a ocorrência do fato gerador, pois o artigo 144 § 1.º, do CTN, faz referência “a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação”. Ora, se o depósito bancário, não é fato gerador do imposto sobre a renda, não se pode falar em ocorrência de fato gerador para justificar a aplicação retroativa de tais normas.

Até o presente momento, em busca de síntese, fugi das citações doutrinárias, entretanto, em face da pertinência ao tema, não posso deixar de citar artigo de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, publicado na Revista da Faculdade de Direito da UNG Vol. 1 - 1999, pág. 197, sob o título ANOTAÇÕES SOBRE O DIREITO ADQUIRIDO DO ÂNGULO CONSTITUCIONAL, texto este também existente no CD Júris Síntese IOB, n. 57, da Editora Thomson – IOB, de onde transcrevo a seguinte paisagem:

2. A lei no tempo

Como primeiro passo, registre-se o óbvio. Consiste ele em apontar que, ao tornar-se obrigatória, a lei incide no tempo. Ora, ao fazê-lo, ela “divide” o tempo em relação ao seu império. Separa o passado, anterior a ela que então não vigorava, de um novo período, presente, e futuro de duração indefinida, que persistirá enquanto ela vigorar.

...

6. Revogação



Esta é o ato por que deixa de existir uma lei, ou uma norma (embora tecnicamente se fale em derrogação quando é colhida pela "revogação" parcial) apenas uma ou algumas normas da lei até então em vigor. A revogação concerne, pois, à existência da norma. Em princípio, findando a existência da norma, cessa a sua eficácia, mas nem sempre, porque pode ocorrer a ultratividade de suas regras.

....

11. Fundamentos da irretroatividade

A principal razão que justifica a irretroatividade é ser ela necessária à segurança jurídica. De fato, esse princípio assegura que um ato praticado em determinado momento, de acordo com as regras então obrigatórias, será considerado sempre válido, mesmo que mudem as normas legais. Em consequência, os direitos e as obrigações que dele decorrem também serão considerados como tendo valor.

Outra razão é de índole lógica. Já está nas Novelas de Justiniano, segundo o recorda Carlos Maximiliano: 'Será absurdo que o que fora feito corretamente seja pelo que naquela época ainda não existia, posteriormente mudado.'

....

14. Exceção à irretroatividade

Há, porém, uma exceção à irretroatividade, sobre a qual não existe controvérsia. Trata-se da irretroatividade da "lei mais branda", ou in melius.

Conforme escreve Roubier, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho no artigo anteriormente apontado, se a lei pretender aplicar-se a situações em curso será preciso estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da mudança da legislação, que não podem ser antigas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, pode ser aplicada. Nesta linha de raciocínio, conclui-se que as Leis n.º. 10.174 de 2001 e a Lei Complementar n.º 105, de 2001, ao serem aplicadas, devem estabelecer a separação entre os períodos posteriores a 10 de janeiro de 2001, data que entraram em vigor, e os períodos anteriores a 10 de janeiro de 2001, época em que o artigo 38 da Lei n.º. 4.595, de 1964 e o § 3º. do artigo 11 da Lei n.º. 9.3111, de 1996, conferia aos jurisdicionados a garantia material de inviolabilidade de seus dados bancários, salvo, no último caso, para fins de cobrança da CPMF.

Para este conselheiro, com a devida vênia dos que pensam em contrário, conforme observado por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. "a doutrina da irretroatividade serve ao valor da segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos. Essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social. Seu fundamento é ideológico e se reporta à concepção liberal do direito e do Estado."

Na mesma linha dos fundamentos até aqui expostos, das lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, colhe-se a seguinte lição:

"...a regra superveniente regula situações presentes e futuras. O que ocorreu no tempo transacto está a salvo de sua incidência. Em suma, porque visa reger aquilo que ora existe ou que ainda vai existir, não

atinge o que já sucedeu. Respeita fatos e situações que se criaram no passado e cujos efeitos nele se esgotaram ou simplesmente se perfizeram juridicamente. Com isto em nada se afeta aquilo que já se passou e comodou na poeira dos tempos, ressalvada uma possível retroação benéfica.” (In. Ato Administrativo e Direitos dos Administrados. Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 112).

Pelo exposto, entendo que “apenas a partir da vigência da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, é possível o acesso às informações bancárias do contribuinte na forma instituída pela Lei nº 10.174/2001, ou seja, sem a requisição judicial. A obtenção de dados relativos a exercícios financeiros anteriores sem autorização judicial, implica ofensa ao princípio da irretroatividade das Leis. No entanto, no caso dos autos, a quebra do sigilo bancário deu-se em face de autorização judicial especificada na decisão de fls. 47 a 52, razão pela qual improcede a preliminar de irretroatividade da Lei Complementar nº 105, de 2001.

NO MÉRITO

Superadas as questões preliminares, passo ao exame do de mérito.

Duas as questões em litígio; ganhos de renda variável e depósitos bancários sem comprovação de origem. A Resolução nº 102-02.238, dessa Egrégia Segunda Câmara, face às provas documentais acostadas aos autos pelo contribuinte, antes da decisão de primeira instância e em sede de recurso voluntário, proporcionou à autoridade de primeira instância o reexame das questões litigadas. O acórdão nº 13-15.332, de fls. 589/603, apesar de mencionar que tais provas deviam ser apreciadas por este colegiado, de forma sintética destacou que tais provas não afastavam a procedência do lançamento. Desta forma, não há razões para se afirmar que as referidas provas não foram apreciadas na instância inferior. Cada instância atribui às provas o valor que entenda que elas possuem. Nesta linha, passo a examinar as provas existentes nos autos e o faço na ordem em que vinculadas à autuação.

GANHOS DE RENDA VARIÁVEL

Inicialmente, registro que na forma do artigo 72 da Lei nº 8.981, de 1995, são tributados à alíquota de 10% (dez por cento) os ganhos líquidos auferidos por quaisquer beneficiários em operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas.

Consoante definições dos artigos 4º, parágrafo 1º, da Lei nº 7.713, de 1988 e art. 55, parágrafos 1º e 5º da Lei nº 7.799, de 1989, reproduzidos no artigo 760 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999, considera-se ganho líquido o resultado positivo auferido nas operações realizadas em cada mês, admitida a dedução dos custos e despesas incorridos, necessários à realização das operações, e a compensação de perdas nelas apuradas.

Nesse contexto, as perdas apuradas nas operações poderão ser compensadas com os ganhos líquidos auferidos nos meses subseqüentes, em operações da mesma natureza, conforme dispõe o artigo 72, parágrafo 4º da Lei nº 8.981, de 1995 e artigo 760, parágrafo 1º, do Regulamento do Imposto de Renda.



Finalmente, apurado ganho líquido no mês, o imposto respectivo deverá ser recolhido até o último dia útil do mês subsequente, consoante dispositivos legais reproduzidos no Regulamento do Imposto de Renda, artigo 852.

Os dispositivos legais acima referidos permitem a solução da lide, no ponto sob exame.

Consoante Relatório fiscal de fls. 212/213 e documentação anexada aos autos, o contribuinte foi intimado, para comprovar a origem de seus créditos bancários na conta de poupança FINASA, nº 4.788.953-5 e na conta corrente UNIBANCO nº 108 203659-9, objetos da quebra judicial de seu sigilo bancário, fls. 5/170, inclusive, junto à Bolsa Mercantil de Futuros (BMV), fls. 171/199.

Em 03.10.01, informa que toda a sua movimentação financeira é decorrente de operações realizadas em Bolsa de Valores e na BMF, fls.28 e 212.

Em 05.12.01 apresentou extratos de movimentação na Bolsa de Valores, fls 171/209 e em 08.01.02, notas de corretagem consolidadas em planilhas mensais, componentes do anexo I deste processo.

Após diversas solicitações de prorrogações de prazo, em 30.07.02 informa não ter conseguido juntar documentos que convalidassem sua alegação de que a movimentação, não comprovada, seria de margem e garantia e não rendimentos (fls.43/46).

Por pertinente, registro que o recorrente é omissor não só na apresentação da declaração anual de ajuste do exercício de 1999, ano-calendário de 1998, como na apuração mensal dos seus ganhos líquidos em mercados de renda variável, consoante determina a legislação aplicável à matéria, mencionada anteriormente.

Fundado, materialmente, nas informações da BMV, integrantes do anexo I, a fiscalização apurou os ganhos líquidos mensais, exigindo, de ofício, o tributo e cominações legais pertinentes.

O contribuinte não questiona os ganhos levantados. Pretende, sim, a compensação de prejuízos apurados em outras operações realizadas através da corretora NORSUL, cujos comprovantes foram anexados aos autos em sede de recurso voluntário original, fls. 374/409.

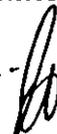
Assim, a seu entendimento, os ganhos líquidos apurados de ofício, seriam reduzidos, no ano-calendário, de R\$ 2.016.955,55 (fls. 10 e 12), para R\$ 543.160,14 (fls. 305).

Neste ponto, tenho que não merece prosperar o recurso do contribuinte, pois dos extratos de fls. 374 a 409, fornecidos pela NORSUL não há elementos por meio dos quais se possa apurar em que meses ocorreram os prejuízos alegados pelo contribuinte e que pretende que sejam compensados. Também, não há elementos para verificar os custos e despesas incorridos, necessários à realização das operações.

Por outro lado, observo que os extratos da NORSUL CCVM, fls. 374/409, relacionados à conta de suas aplicações/resgates, pertinentes aos meses do ano-calendário de 1988 foram emitidos nas seguintes datas:

MARÇO/98

12.08.98, fls. 396/399;



<i>ABRIL/98</i>	<i>11.08.98, fls. 393/395;</i>
<i>MAIO/98</i>	<i>08.08.98, fls. 391/392;</i>
<i>JUNHO/98</i>	<i>06.08.98, fls. 389/390;</i>
<i>JULHO/98</i>	<i>06.08.98, fls. 387/38;</i>
<i>AGOSTO/98</i>	<i>25.09.99, fl. 386;</i>
<i>SETEMBRO/98</i>	<i>20.05.99, fls. 382/385;</i>
<i>OUTUBRO/98</i>	<i>20.05.99, fls. 380/381;</i>
<i>NOVEMBRO/98</i>	<i>20.05.99, fls. 377/379;</i>
<i>DEZEMBRO/98</i>	<i>20.05.99, fls. 377/378.</i>

Portanto, anos antes do início da fiscalização (11.06.2001, fl. 212) o recorrente já possuía tais extratos, tempo suficiente para, ainda que a destempo, cumprir a obrigação legal da quitação do tributo sobre seus ganhos líquidos de renda variável, auferidos em 1998, omitidos até 08.01.02 (fls. 38 e 213).

Enquanto no anexo 01 se consegue identificar os custos das operações feitas por meio da corretora NOVOINVEST, para, a partir deles, apurar os resultados ou prejuízos, em relação à CORRETORA NORTON tal possibilidade não existe, razão pela qual, neste ponto, NEGO provimento ao recurso, quanto à pretendida dedução de prejuízos em renda variável.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS

Os depósitos/créditos bancários tidos como de origem não identificada, que fundamentaram a exação, são listados às fls. 14, depósitos em caderneta de poupança junto à FINASA, conta n.º 4.788.953-5 e depósitos em conta corrente n.º 203659-9, junto ao UNIBANCO, fls. 30.

Quanto à *conta 4.788.953-5 - FINASA*:

- os valores dos créditos foram obtidos nos extratos bancários de fls. 58/170, em decorrência da quebra judicial do sigilo bancário do recorrente.

- a fiscalização excluiu da base de cálculo da exigência R\$ 1.241.325,60, sendo R\$ 1.141.326,60 a título de devoluções de margem em operações de renda variável e R\$ 100.000,00 por transferência de mesma titularidade, fls. 13 e 14.

- as devoluções de margem foram extraídas dos documentos apresentados pelo contribuinte no curso do procedimento fiscal, fls. 171/209, novamente acostados aos autos, em sede de recurso voluntário, fls. 315/352.

- para os efeitos de encaminhamento da decisão relativa ao ponto, utilizamos os documentos de fls. 315/352, absolutamente idênticos àqueles de fls. 171/209. Assim:

a) o depósito, em 05.02.98, de R\$ 139.922,99, fls. 14 e 58, correspondeu à devolução de margem, em igual valor, também efetuada em 05.02.98, conforme fls. 172 e 315;

b) no depósito, em 16.02.98, de R\$ 226.265,90, fls. 14 e 58, está a devolução de margem de R\$ 188.231,18, efetuada na mesma data, conforme fls. 173 e 316. Assim, tal depósito não pode ser considerado como de origem não comprovada. Na realidade, o depósito de R\$ 226.265,90, feito por meio do cheque n.º 312033, incluiu a devolução de margem de R\$ 188.231,18, bem como os rendimentos decorrentes da aplicação na Bolsa, já tributados.



c) no depósito, em 06.04.98, de R\$ 21.034,24, fls. 14 e 59, integrava a devolução de margem de R\$ 17.597,00, efetuada na mesma data, conforme fls. 179 e 322. Assim, tal depósito não pode ser considerado como de origem não comprovada. Na realidade, o depósito de R\$ 21.034,24, feito por meio do cheque n.º 100013, incluiu a devolução de margem de R\$ 17.597,00 e os rendimentos decorrentes da aplicação na Bolsa, já tributados

d) o depósito em 01.06.98, de R\$ 155.930,37, fls. 14 e 63, correspondeu à devolução de margem, em igual valor, efetuada na mesma data, conforme fls. 186 e 329;

e) no depósito em 26.06.98, de R\$ 219.250,19, fls. 14 e 64, feito por meio do cheque n.º 705316 (fl. 188), integrava a devolução de margem, de R\$ 158.700,00, efetuada na mesma data, conforme fls. 188, ou fls. 331, bem como os rendimentos decorrentes da referida aplicação na Bolsa, já tributados em separado. Se tributarmos novamente iremos estar tributando duplamente.

f) no depósito, em 29.06.98, de R\$ 17.846,86, fls. 14 e 64, integrava a devolução de margem, de R\$ 9.742,00, efetuada na mesma data, conforme fls. 188, ou fls. 331;

g) o depósito, em 14.08.98, de R\$ 221.202,12, fls. 14 e 66, correspondeu à devolução de margem, em igual valor, efetuada na mesma data, conforme fls. 194, ou fls.337,

h) no depósito, em 02.09.98, de R\$ 79.476,36, fls. 14 e 67, integrava a devolução de margem, de R\$ 3.225,00, efetuada na mesma data, conforme fls. 197, ou fls. 340,

i) no depósito, em 10.09.98, de R\$ 368.872,90, fls. 14 e 67, integrava a devolução de margem, de R\$ 246.775,00, efetuada na mesma data, conforme fls. 198, ou fls. 341.

A exaustiva exposição dos fundamentos materiais das exclusões, levadas a efeitos pela fiscalização, objetiva apenas evidenciar do equívoco incorrido quanto à listagem de créditos/depósitos bancários considerados sem origem identificada, constantes das fls. 14. Porquanto, exceto quanto aos valores a seguir identificados, todos os demais corresponderam a depósitos em cheques, emitidos e identificados nas planilhas de fls. 171/209, ou fls. 315/352. Isto é, decorreram de pagamentos e/ou restituições de margens em decorrência das operações efetuadas junto a BMF. Exemplifiquem-se;

- os depósitos efetuados entre 10.03.98 a 13.03.98 tem suas origens identificadas no documento de fls. 318 – cheques emitidos em pagamento de operações junto a BMF, inclusive, nas mesmas datas e idênticos valores,

- depósitos efetuados entre 15.04.98 e 23.04.98, fls. 14 e 323,

- depósitos efetuados entre 21.05.98 e 28.05.98, fls. 14 e 327,

- depósitos efetuados entre 08.06.98 e 19.06.98, fls. 14 e 330,

- depósitos efetuados entre 01.07.98 e 17.07.98, fls. 14 e 333,

- depósitos efetuados entre 29.07.98 e 11.08.98, fls. 14 e 336,

-depósitos efetuados entre 07.12.98 e 28.12.98, fls. 14 e 351.

Em síntese, a fiscalização dispunha dos elementos identificadores das origens dos créditos/depósitos. Por lapso, deles não fez objetivo uso.



Ressalte-se, por oportuno, que os depósitos de R\$ 100.000,00, em 25.02.98, e de R\$ 100.000,00, em 16.03.98, igualmente decorreram de operações de renda variável, através da NORSUL CCVM, conforme fls. 406 e 399, ainda que não integrantes do lançamento de renda variável, pelas razões antes expostas neste voto. Identificadas suas origens, não podem integrar o contexto de renda presumida, como depósitos bancários de origem identificada, a dizer da vedação do artigo 42 § 2º, II, da Lei nº 9.430/96.

Do exposto, em relação à listagem de depósitos de poupança na conta de nº 88.953-5, junto a FINASA, do confronto com suas origens, antes consignadas, restam, como de origem não identificadas os depósitos efetuados nas seguintes datas e valores, fls. 14:

27.10.98	R\$ 90.007,00
27.10.98	R\$ 34.492,25
18.11.98	R\$ 170.387,61
19.11.98	R\$ 911,57
03.12.98	R\$ 371,84
03.12.98	R\$ 959,08
04.12.98	R\$ 432,68
TOTAL	R\$ 297.562,03

No que se relaciona à *conta nº 203659-5, UNIBANCO*, FLS. 30:

Pela mesma motivação atinente aos depósitos analisados na conta anterior, devem ser excluídos da base de cálculo, porque identificadas as origens – resultados de operações nos mercados de renda variável, os seguintes depósitos/créditos constantes da listagem de fls. 30:

15.01.98	R\$ 30.716,71, conforme fls. 314
16.01.98	R\$ 558,03, idem
19.01.98	R\$ 259,63, idem
21.01.98	R\$ 278,48, idem
22.01.98	R\$ 46.930,75, idem
23.01.08	R\$ 375,13, idem
27.01.98	R\$ 483,69, idem
28.01.98	R\$ 480,36, idem
29.01.98	R\$ 651,93, idem
30.01.98	R\$ 239,62, idem
02.02.98	R\$ 194,71, conforme fls. 315
03.02.98	R\$ 802,04, idem
27.02.98	R\$ 30.000,00, conforme fls. 308 e 407
08.05.98	R\$ 30.000,00, conforme fls. 309 e 391
06.08.98	R\$ 20.000,00, conforme fls. 308 e 386
04.11.98	R\$ 10.000,00, conforme fl. 377
24.11.98	R\$ 10.000,00, conforme fl. 378
04.12.98	R\$ 70.000,00, conforme fls. 374
TOTAL	R\$ 221.971,08
Origem não comprovada	R\$ 134.085,67
Total dos créditos, fls. 30	R\$ 356.056,75

Portanto, do montante de depósitos junto ao UNIBANCO, conta 203659-9, permanece, com de origem não identificada o valor de R\$ 134.085,67 (= 356.056,75 – 221.971,08).

Considerando as contas bancárias acima referidas, o somatório dos depósitos de origem não comprovada remanescem no montante de R\$ 431.647,70 (= R\$ 297.562,03 + R\$ 134.085,67).

ISSO POSTO, no que se relaciona à renda presumida caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, DOU provimento PARCIAL ao recurso, para excluir da base de cálculo da exigência tributária, com base em depósitos bancários, o montante de R\$ 1.235.716,87 (R\$ 1.667.364,57 - R\$ 431.647,70 = R\$ 1.235.716,87), porque comprovadas as origens.

Sala das Sessões-DF, em 05 de dezembro de 2007.


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA

Declaração de Voto

CONSELHEIRO LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA

Peço vênha ao eminente relator, por entender que não é o caso de se enfrentar a acusação de omissão de rendimentos constatada por meio de depósito bancário apontada pelo Fisco na peça vestibular do procedimento, na forma consignada no voto.

Com efeito, tenho entendido que o lançamento com base na constatação de movimentação de valores em instituição bancária deve, consoante preceitua a lei, ser apurado no mês, ou seja, o suposto rendimento omitido deve ser tributado no momento em que for recebido (depositado).

Diante a natureza da discussão, a qual, na essência, refere-se aos princípios constitucionais, notadamente o da legalidade, necessário transcrever o dispositivo que, como é cediço, consta na Constituição Federal de 1988, e por meio do qual atribuiu-se à União competência para instituir e cobrar imposto sobre a **renda e proventos de qualquer natureza**, *verbis*:

"Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...);

III – renda e proventos de qualquer natureza;"

Daí infere-se que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem seu suporte legal no artigo 153, III da Constituição Federal de 1998, no qual, além de conferir à União competência para instituí-lo, estabeleceu **princípios** que delinham a sua regra-matriz de incidência.

Por sua vez, o artigo 43 do Código Tributário Nacional, cuidou de normatizar a cobrança do referido imposto e disciplinar os elementos que o compõem, *verbis*:

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

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

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

Destarte, em razão de a Constituição ocupar no sistema jurídico pátrio posição mais elevada, todos os conceitos jurídicos utilizados em suas normas passam a vincular tanto o legislador ordinário quanto os operadores do direito.

Verifica-se, pois, que os conceitos de renda e proventos de qualquer natureza estão albergados na Carta Magna. Para a melhor aplicação a ser adotada relativamente à regramatriz de incidência dos tributos, imprescindível perscrutar quais princípios estão condicionando a exação tributária.

É de se notar que para que haja a obrigação tributária seja ela pagamento de tributo ou penalidade (principal) ou acessória (cumprimento de dever formal), necessário a adequação do fato existente no mundo real à hipótese de incidência prevista no ordenamento jurídico, sem a qual não surgirá a subsunção do fato à norma.

Neste contexto, sobreleva o **princípio da legalidade** que, como um dos fundamentos do Estado de Direito eleito pelo o legislador foi reproduzido à exaustão na Carta da República. Dentro dos direitos e garantias fundamentais, fixou o artigo 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”, conferiu, também, à Administração Pública a observância do princípio da legalidade, conforme artigo 37 (redação dada pela Emenda constitucional n.º 19 de 1998): “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (grifou-se).

Já no âmbito tributário a Constituição trouxe no artigo 150, I: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”

Ultrapassadas as anotações com vistas, em apertada síntese, ressaltar a importância dos princípios como alicerces nucleares do ordenamento jurídico, pode-se especificamente apontar o da legalidade como condição de legitimidade para que seja perpetrada a exigência tributária. É, portanto, o princípio da legalidade referência basilar entre a necessidade do Estado arrecadar e a proteção aos direitos fundamentais dos administrados.

No caso ora em discussão, o enquadramento legal que se apoiou a suposta existência de fatos geradores com intuito de exigir tributos foi o artigo 42, da Lei nº 9430/1996:

“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito o 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.”

De fato, compulsando os autos verifica-se que nos Demonstrativos (fls.) anexos ao Auto de Infração, a fiscalização procedeu à contagem das supostas omissões no decorrer do (s) ano-calendário (s) apurando ao final de cada mês, o total do valor a ser tributado.

No entanto, ao invés de exigir o tributo com base no fato gerador do mês que foi identificada a omissão, promoveu o fisco, indevidamente e sem base legal, a soma dos valores ali apurados e tributou-as no final do mês de dezembro do (s) ano-calendário (s) que consta (am) do Auto de Infração.

Assim, o esforço que a fiscalização engendrou na ânsia de exigir eventual crédito tributário foi atropelado pela opção do seu procedimento, o qual estabeleceu, repita-se, sem suporte legal, critério na apuração temporal da constituição do crédito tributário.

Por certo, o procedimento laborou em equívoco, eis que os rendimentos omitidos deverão ser tributados no mês em que considerados recebidos, consoante dicção do § 4º do artigo 42 da Lei nº 9.430/1996:

“§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.”

Por sua vez, o Regulamento do Imposto de Renda 1999 (Decreto nº 3000/1999), reproduziu no *caput* do artigo 849 e no seu § 3º os mesmos mandamentos do artigo 42 e § 4º, da Lei nº 9.430/1996.

Assim, do confronto do enquadramento legal que contempla a exigência em razão de movimentação de valores em conta bancária, com a opção da fiscalização em proceder a cobrança do crédito tributário mediante “fluxo de caixa”, apurado de forma anual, conforme o procedido nos presentes autos, evidente a transgressão dos fundamentos constitucionais, acima referidos, notadamente o **princípio da legalidade**.

À vista do exposto, resta patente a ilegitimidade de todo o feito fiscal, por processar-se em desacordo com a legislação de regência, seja em relação à base de cálculo, seja em relação à data do efetivo fato gerador, o que, por conseguinte, desperta a necessidade de cancelamento do lançamento por erro no critério temporal da constituição do crédito tributário.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 05 de dezembro de 2007.



LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA