



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n°	10925.000349/2005-96
Recurso n°	148.321 Voluntário
Matéria	IRPF - Exs.: 2002 e 2003
Acórdão n°	102-48.163
Sessão de	26 de janeiro de 2007
Recorrente	CLAUDIVAN FERNANDO PASSINATO
Recorrida	4ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2001, 2002

Ementa: APLICAÇÃO DA NORMA NO TEMPO - RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174, de 2001 - Ao suprimir a vedação existente no art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, a Lei nº 10.174, de 2001, ampliou os poderes de investigação do Fisco, sendo aplicável retroativamente essa nova legislação, por força do que dispõe o § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional.

CONTA CONJUNTA - Em se tratando de conta conjunta, é necessário intimar todos os co-titulares da conta para que informem sobre a origem dos recursos. A divisão do total de rendimentos ou receitas pela quantidade de co-titulares somente é cabível, quando, intimados os titulares da conta não se obtenha êxito quanto à prova da titularidade dos recursos.

- Não pode a fiscalização, sem a intimação do co-titular da conta, cuja declaração de rendimentos tenha sido apresentada em separado, presumir que a metade das receitas pertence a um dos correntistas e o saldo remanescente ao outro contribuinte. (inteligência art. 42, § 6º, da Lei nº 9.430, de 1996).

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL - CONSTRUÇÃO CIVIL - Nos casos em que o contribuinte não possui comprovantes dos valores gastos em construção civil, a fiscalização, levando em consideração as características do imóvel, pode arbitrar o valor tendo

NR

✓

por base o custo do metro quadrado publicado pelo SINDUSCON.

MULTA QUALIFICADA – A falta de declaração da receita que deu origem aos depósitos bancários e a não comprovação da procedência dos recursos empregados na construção de determinada obra não caracteriza, por si só, situação que justifique a qualificação da multa.

Preliminar rejeitada.
Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva (Relator) que acolhe. Designado o Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho para redigir o Voto Vencedor. No mérito, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo o montante de R\$ 30.507,65 e R\$ 1.200,00, nos anos de 2001 e 2002, respectivamente e, por maioria de votos, desqualificar a multa, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Naurý Frágoso Tanaka que não a desqualifica.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
Presidente


ALEXANDRADE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO
Redator designado

FORMALIZADO EM:

04 JUN 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: SILVANA MANCINI KARAM e ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA. Ausente, justificadamente, o Conselheiro JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS e, momentaneamente, o Conselheiro LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA.

Relatório

Conforme relatório de fls.274 a 276, que adoto, contra o recorrente foi lavrado o Auto de Infração de fls. 3 a 7, integrado pelos demonstrativos de fls. 8 a 10, em virtude dos seguintes fatos:

acréscimo patrimonial a descoberto, onde verificou-se excesso de aplicações sobre origens não respaldadas por rendimentos declarados/comprovados nos meses de abril, maio, agosto e setembro de 2002, conforme demonstrativo de fl. 21.

omissão de rendimentos proveniente da falta de comprovação da origem de depósitos bancários em conta corrente do contribuinte, efetuados nos anos-calendário 2001 e 2002, conforme demonstrativos de fls. 19 e 20;

Foi aplicada multa qualificada de 150%, com base nos seguintes fundamentos descritos as fls. 16/17:

"...constatamos a atitude violadora da lei adotada pelo contribuinte ao omitir rendimentos cuja comprovação dá-se através das informações acima demonstradas. Com isso, deixa de pagar o tributo devido que ora se exige, com a aplicação da multa qualificada de 150%...

A conduta dolosa do contribuinte está evidentemente materializada ante o grande percentual de movimentação financeira não declarada ao longo dos anos, totalmente incompatível com os rendimentos declarados e a variação patrimonial aqui demonstrada."

Por meio do auto de infração, exige-se do contribuinte acima qualificado a importância de R\$ 350.612,23, a título de Imposto de Renda Pessoa Física, anos-calendário 2001 e 2002, incluído neste valor multa no percentual de 150% e juros de mora.

Encerrando os trabalhos fiscais, foi elaborada Representação Fiscal Para Fins Penais, protocolizada sob o nº 10925.000350/2005-11.

Inconformado, o interessado interpôs a impugnação de fls. 243 a 259, fazendo inicialmente um breve resumo da ação fiscal no item "1. DOS FATOS" (fls.243 e 244). Em seguida, apresenta um conjunto de alegações requerendo a nulidade do lançamento às fls. 244 a 253 (item 2. DAS PRELIMINARES).

Primeiramente, argui a nulidade do crédito tributário lançado com base na presunção de depósitos bancários de origem não comprovada (item 2.1 – fls. 244 a 251) se insurgindo contra a retroação da Lei nº 10.174, de 9 de janeiro de 2001, alegando que foram feridos os princípios constitucionais da anterioridade e irretroatividade das leis. Pugna, portanto, pelo cancelamento dos créditos tributários lançados para o ano-calendário 2001, visto que foram apurados mediante a utilização da movimentação da CPMF.

Ainda com relação aos depósitos bancários, sustenta que a utilização única e exclusiva do somatório dos ingressos na conta corrente para fins de apuração da omissão de rendimentos, com base no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, sem compensar qualquer rendimento declarado, transferência entre contas, ou considerar o fato de que o contribuinte é casado,

constituem vícios que maculam a sua legalidade, dada a ausência de elementos válidos para a concreção do lançamento e evidente cerceamento do direito de defesa. Transcreve trecho de decisão do STF e diversos excertos doutrinários sobre o tema.

Como último argumento neste tópico, afirma que houve cerceamento no direito de defesa, pois a fiscalização efetuou lançamento de depósitos bancários da conta conjunta no Banco HSBC, mantida junta com seu cônjuge, Sra. Franciele Daiprai Passinato, a qual nunca foi intimada acerca da origem dos recursos que transitaram na conta conjunta, ferindo frontalmente o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430/1996 que serviu de sustentação para o lançamento, inquinando todo o procedimento com relação a esta parte do lançamento.

Já no item 2.2 (fls. 251 a 253), reclama a nulidade do lançamento decorrente do acréscimo patrimonial a descoberto apurado no ano-calendário 2002, pois afirma que jamais lhe foi submetido o demonstrativo da variação patrimonial, e tampouco a sua esposa, para que pudesse se manifestar e contestar, eivando de nulidade também esta parcela no lançamento. Defende que a prévia audiência do contribuinte é baseada em preceito constitucional que garante a ampla defesa e o contraditório. Neste sentido, cita o art. 149, inciso II, do Código Tributário Nacional e o art. 841, inciso II, do Decreto nº 3.000/1999 (RIR/99).

Passa, em seguida, a questionar o mérito do lançamento (item 3 – fls. 253 a 257).

No que tange ao lançamento efetuado com base em depósitos bancários de origem não comprovada (item 3.1 – fls. 253 a 255), alega, inicialmente, que dispunha a própria autoridade fiscal de elementos para aferir a origem e destino dos recursos, *“pois solicitou cópias frente e verso dos depósitos e cheques superiores a R\$ 1.000,00, conforme RMF do Banco do Brasil (fls. 133) e RMF do Banco HSBC Bamerindus (fls. 136) e que estranhamente não foram utilizadas e tampouco juntadas ao processo”*.

Afirma que os depósitos bancários em sua conta corrente decorreram de operações da empresa PASSINATO & ROJAS LTDA, CNPJ 01.975956/0001-71 (atual PASSINATO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.) que atua na compra e venda de cereais e utilizou a conta do contribuinte para tal fim. A título de exemplo lista uma série de depósitos no Banco do Brasil que teriam sido efetuados por diversas empresas, informando, contudo, não ter sido possível até aquele momento reunir os documentos comprobatórios das referidas transações, os quais seriam juntados com a maior brevidade possível.

Às fls. 255 a 257 (item 3.2), contesta o lançamento relativo ao acréscimo patrimonial a descoberto, discordando, inicialmente do arbitramento do custo da construção de seu residência efetuado com base na tabela do SINDUSCON.

Alega que a fiscalização limitou-se a efetuar mero arbitramento com base naquela tabela sem investigar quais seriam os custos reais, facilmente disponíveis nas lojas de Barracão e Dionísio Cerqueira, onde os materiais foram adquiridos.

Defende, ainda, que a casa foi construída em 24 meses, sendo que a engenheira responsável por parte da obra informou apenas o período em que esteve a frente da construção.

No que tange ao empréstimo obtido junto a seu progenitor, alega ser evidente que empréstimos efetuados entre pessoas de tão íntimo relacionamento são desguarnecidos de qualquer cautela, sendo dispensável qualquer garantia ou documento.

Questiona, também, que a fiscalização inclui no cálculo de sua variação patrimonial bens particulares de seu cônjuge, como o veículo Golf adquirido em março de 2002 e devidamente declarado, o qual não constitui bem comum do casal nos termos da legislação civil.

Argumenta que a fiscalização desconsiderou, arbitrariamente, as disponibilidades existentes na declaração de sua esposa, em janeiro de 2002, no valor de R\$ 18.000,00.

Aduz, ainda, que todos os rendimentos do casal foram considerados como recebidos no mês de dezembro, evidenciando ilegal agravamento da exigência.

Entende, assim, o interessado que restou demonstrado o descabimento da exigência com relação ao pseudo-acrécimo patrimonial não justificado.

Por fim, no item 4 (fls. 257 e 258), questiona a multa qualificada de 150%, alegando que *“o dolo não se presume e dever ser efetivamente comprovado”*. Aduz que o lançamento está estribado na presunção prevista art. 42 da Lei nº 9.430/1996, *“que de modo algum permite inferir a existência de qualquer atitude dolosa no sentido do cometimento de qualquer fraude tributária”*. Ou seja, a lei permite que se apure a matéria tributária por presunção, jamais a comprovação de crime tributário por mera presunção. Cita acórdão do Conselho de Contribuintes neste sentido.

Requer, assim o arquivamento da representação fiscal para fins penais, formalizada no processo nº 10925.000350/82005-71, conforme determina a Portaria SRF nº 326/2005.

O acórdão de fls. 271 a 290 julgou procedente o lançamento, sendo que desta decisão o contribuinte foi intimado em 20/07/05(fl. 294) e em 17/08/2005 ingressou com o recurso de fls. 297/316, com arrolamento de bens as fls. 338, alegando, sem síntese:

Em preliminar:

- (i) nulidade do lançamento em virtude da irretroatividade da Lei 10.174, de 2001.
- (ii) inadequação dos depósitos bancários para quantificação de seus valores como renda.
- (iii) Nulidade por vício formal do lançamento que incluiu todos os depósitos bancários da conta conjunta do Banco HSBC, mantida com seu cônjuge, que não é sua dependente, conforme declarações de ajuste anual existente nos autos e que em momento algum foi intimada acerca da origem dos recursos que transitaram na conta conjunta. Alega o recorrente, neste ponto, que não foi observado as disposições do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996..
- (iv) Nulidade do lançamento por acréscimo patrimonial não justificado, uma vez que o contribuinte jamais foi intimado para se manifestar em relação a este item.

No mérito:

- (v) sustenta que os depósitos efetuados nas contas correntes fiscalizadas têm origem determinada, pois decorrem das operações da empresa PASSINATO & ROJAS LTDA que atuando na compra e venda de frutas e cereais utilizou a conta bancária do recorrente, conforme lista de operações comerciais que relaciona na fl. 310 dos autos.
- (vi) Quanto ao acréscimo patrimonial não justificado o contribuinte alega que o arbitramento do custo de construção da residência, utilizando apenas a tabela do SINDUSCON não pode prosperar, pois a referida tabela não guarda qualquer relação com o efetivo custo da construção.
- (vii) Diz o recorrente que a fiscalização utilizou-se simplesmente da tabela do SINDUSCON, pela cômoda forma de arbitramento, sem anexar ao processo os documentos (pedidos) que foram enviados pelo recorrente e que continham grande parte do material aplicado na obra.
- (viii) Alega, ainda, que a casa foi construída ao longo de 24 meses, sendo que a engenheira responsável por parte da obra informou apenas o período em que esteve à frente da construção, sendo desligada por incompatibilidade com o recorrente.
- (ix) Em relação ao empréstimo obtido com seu genitor, é evidente que empréstimos entre pai e filho são desguarnecidos de documentos, pois o sentimento afetivo, nestas circunstâncias, supera qualquer garantia ou documento.
- (x) Diz o recorrente que não prospera o procedimento da fiscalização que, para apurar a variação de acréscimo patrimonial a descoberto no mês de março/2002, incluiu os recursos utilizados na aquisição do veículo Golf ano 2000, pertencente ao cônjuge, devidamente, conforme declaração de rendimento deste de fls. 36/38.
- (xi) Que a fiscalização também desconsiderou as disponibilidades existentes na Declaração do cônjuge em 31/12/2001 e que sendo bens e rendimentos particulares do cônjuge, devidamente consignados em sua declaração de rendimentos, resta evidente a impertinência em levá-los para o cálculo do acréscimo patrimonial não justificado do impugnante.
- (xii) Em relação à multa agravada, alega o recorrente que em momento algum agiu com dolo e que este não se presume e deve ser efetivamente comprovado.

Por fim, registro que constam dos autos os seguintes documentos: (i) atestado de fls. 79, datado de 21-01-2003, por meio do qual o Corpo de Bombeiros aprova o projeto contra incêndio; (ii) Guia de Arrecadação Municipal, correspondente ao pagamento da taxa de licença sanitária referente à construção antes referida; (iii) ART noticiando o contrato abrangendo o projeto e a construção da obra com a engenheira Lidiane Pavani, com vigência entre 15/11/2001 a 15/11/2002 e os documentos de fls. 80 a 126, compostos por cupons fiscais relativos à compra de materiais de construções, onde se verificam compras de cimento, em

quantidade considerável no mês de janeiro de 2002, sendo que o último recibo relativo a aquisição de material, no caso vidros, está datado de janeiro 07 de janeiro de 2003.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA, Relator

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

(i) Da Preliminar de nulidade do lançamento em virtude da irretroatividade da Lei n.º 10.174, de 2001.

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, § 3.º, desta Lei possuía a seguinte redação:

"§ 3.º. 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."

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 possa compreender as regras de proteção do sigilo bancário existentes até 1996. Assim, retroagimos ao ano de 1964 para analisar as disposições da Lei n.º 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 § 7.º, a seguir transcritos:

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

.....

§ 1.º. 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.

§ 7.º. 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 n.º 9.311, de 1996, valem para as disposições do artigo 38 da Lei n.º 4.495, de 1964. A quem se destinam as expressões: "as informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário", contidas no § 1.º do artigo 38 e a previsão do § 7.º 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 n.º 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-jurisdicção 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 4.495, de 1964, sendo que estou grifando as expressões em relação as quais quero fazer considerações:

§ 3º. do artigo 11 da Lei nº 9.311/96, em sua redação primitiva	Artigo 38 da Lei nº 4.595/64, em sua redação primitiva
"§ 3º. 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> "	<u>"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.</u> <u>§ 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.</u>

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 possa desconsiderar direitos, que de forma plena, se verificaram na vigência da lei revogada é o mesmo que admitir que tal lei 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 carácter 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 nº 10.174, de 2001 e a Lei Complementar nº 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 em recurso patrocinado junto à Segunda Turma do Primeiro Conselho, enfrenta o tema com a seguinte precisão:

“Com efeito, a Lei nº 10.174/01 revogou expressamente a proibição contida na Lei nº 9.311/96, criando novo direito para a Administração tributária. Logo, verifica-se que o ordenamento posterior não se amolda ao contexto delimitado no § 1º. do artigo 144 do Código Tributário Nacional, pois a inovação legislativa não ampliou os poderes de fiscalização pré-existentes, 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 § 1º. 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 § 1º, 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 passagem:

"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 § 3.º 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).

Pelos exposto, voto na linha dos que, assim como eu, entendem que "apenas a partir da vigência da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, é possível o acesso às informações bancárias do contribuinte na forma instituída pela Lei n.º 10.174/2001, ou seja, sem a requisição judicial. A aplicação desse conjunto de normas para a obtenção de dados relativos a exercícios financeiros anteriores sem autorização judicial, implica ofensa ao princípio da irretroatividade das Leis. Assim, não pode a autoridade fazendária ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte anteriores a 10.01.01, como preconiza a Lei Complementar n.º 105/01, sem o crivo do judiciário

Assim, por tais fundamentos, acolho a preliminar de irretroatividade da Lei n.º. 10.174, DE 2001.

(ii) Da alegação preliminar de inadequação dos depósitos bancários para quantificação de seus valores como renda.

Tenho enfrentado o mérito das alegações de impossibilidade de efetuar lançamento de imposto de renda com base apenas em depósitos bancários, com as seguintes considerações:

Os depósitos bancários, por si só, não se constituem em rendimentos. Entretanto, por força do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, "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"

Diante do texto legal, parece-nos importante identificar se a situação versada pelo legislador se constitui em presunção legal ou ficção legal. Para tanto, louvo-me da doutrina que segue:

As presunções segundo doutrina de Alfredo Augusto Becker

Alfredo Augusto Becker¹, alicerçado na doutrina francesa e espanhola, ao distinguir presunção legal e ficção legal, assim escreveu:

Existe uma diferença radical entre a presunção legal e a ficção legal. 'A presunção tem por ponto de partida a verdade de um fato: de um fato conhecido se infere outro desconhecido. A ficção, todavia, nasce de uma falsidade. Na ficção, a lei estabelece como verdadeiro um fato que é provavelmente (ou com toda a certeza) falso. Na presunção a lei estabelece como verdadeiro um fato que é provavelmente verdadeiro. A verdade jurídica imposta pela lei, quando se baseia numa provável (ou certa) falsidade é ficção, quando se fundamenta numa provável veracidade é presunção legal'.

A regra jurídica cria uma presunção legal quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é certa, impõe-se a certeza jurídica da existência do fato desconhecido cuja existência é provável em virtude da correlação natural de existência entre estes dois fatos.

A regra jurídica cria uma ficção legal quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é improvável (ou falsa) porque falta correlação natural de existência entre os dois fatos.

Para Alfredo Augusto Becker, a observação do acontecer dos fatos segundo a ordem natural das coisas, permite que se estabeleça uma correlação natural entre a existência do fato conhecido e a probabilidade de existência do fato desconhecido. A correlação natural entre a existência de dois fatos é substituída pela correlação lógica. Basta o conhecimento da existência de um daqueles fatos para deduzir-se a existência do outro fato cuja existência efetiva se desconhece, porém tem-se como provável em virtude daquela correlação natural.

¹ BECKER, Alfredo Augusto, Teoria Geral do Direito Tributário, 3ª. ed. – São Paulo: Lejus, 1998, pág. 509. Ed. Lejus

Presunção é o resultado do processo lógico mediante o qual do fato conhecido cuja existência certa infere-se o fato desconhecido cuja existência é provável.²

As presunções segundo doutrina de Moacir Amaral dos Santos

Moacir Amaral dos Santos³, citando Clóvis Beviláqua, que em notas ao artigo 136, define presunção como “a ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido” e RAMPONI, que define presunções como “hipóteses que correspondem, provavelmente, ou seja na maior parte dos casos, à verdade”, tem a presunção como uma atividade do pensamento em que graças a um fato certo, “raciocinando-se com aquilo que freqüentemente acontece, chega-se ao fato desconhecido, isto é, presume-se o fato desconhecido.”

Prossegue o autor:

“Decorre daí que, da dedução presuntiva, geralmente chega-se a conclusões que são mais ou menos seguras conforme as circunstâncias especiais ou particulares de cada hipótese. Vale dizer que, mais propriamente do que certeza, a presunção estabelece probabilidade, maior ou menor, quanto à existência ou inexistência do fato probando. Mas em se tratando de probabilidade que tem por fundamento um princípio derivado da ordem natural das coisas, isto é, do que comumente acontece, e, pois, suficientemente alicerçada para satisfazer convicção judicial quanto à existência ou inexistência, do fato presumido. Presume-se, quer dizer, o fato presumido resulta daquilo que na maior parte dos casos corresponde à verdade.”

Tal presunção autoriza a convicção judicial porque ao fato presumido se pode opor prova em contrário. Em suma, o que é provavelmente segundo o ordinariamente acontece é suficiente para o juízo de um fato, desde que o contrário não seja provado.”

As presunções segundo doutrina de Pontes de Miranda

Para Pontes de Miranda⁴, 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. Para este autor:

“Na presunção legal, absoluta, tem-se A, que pode não ser, como se fosse, ou A, que pode ser, como se não fosse. Na presunção *iuris tantum*, e não *de iure*, tem-se A, que pode não ser, como se fosse, ou A, que pode ser, como se não fosse, admitindo-se prova em contrário. A presunção mista é a presunção legal relativa, se contra ela se admite a prova em contrário a, ou a ou b.”

.....

² BECKER, Alfredo Augusto, Teoria Geral do Direito Tributário, 3ª. ed. – São Paulo: Lejus, 1998, pág. 508. Ed. Lejus

³ SANTOS, Moacir Amaral, Prova Judiciária no Cível e Comercial, 2ª. Ed. – Vol. V, São Paulo, 1955, pág. 348.

⁴ MIRANDA, Pontes, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, pág. 234, Ed. Forense, 1974.

“A presunção simplifica a prova, porque a dispensa a respeito do que se presume. Se ela apenas inverte o ônus da prova, a indução, que a lei contém, pode ser ilidida in concreto e in hypothesisi”

Fixados o conceito de presunção e a diferença entre esta e a ficção, tenho que o depósito bancário feito em conta corrente ou de investimento do contribuinte, dentro da correlação natural dos fatos, pressupõe a existência de rendimento prévio e se assim o é estamos diante de uma presunção legal, cabendo ao contribuinte fazer prova em contrário, usando de todos os meios em direito admitidos.

Conforme destacado anteriormente, na presunção o legislador apanha um fato conhecido, que no caso são os depósitos bancários 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 numerários 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 mero crédito efetuado na conta bancária, pois, se o crédito tiver por origem uma simples 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, presumido pela lei em face da ausência de esclarecimentos da origem respectiva.

Quanto à tese de ausência de evolução patrimonial 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.

Antes de prosseguir, faço um parêntese para observar a semelhança entre o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996 e parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, cujos textos seguem transcritos em nota de rodapé⁵. O legislador ordinário, da mesma forma que

⁵ Art. 42 da Lei nº 9.430/96

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.

procedeu quando da edição da Lei n.º 9.430, de 1996, ao estabelecer no parágrafo 1º do artigo 3º da Lei n.º 9.718, de 1998 que “*entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas*”, também criou uma presunção *iuris et de iure* (absoluta), pois sabidamente nem todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica são oriundas do exercício das atividades empresarias.

Ao que me parece, o legislador ordinário, por presunção relativa, no primeiro caso, definiu como receita ou rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento em relação aos quais o titular não comprovar a origem e, no segundo caso, por presunção absoluta, definiu como receita da atividade empresarial a soma dos valores auferidos pela pessoa jurídica. Em assim procedendo, o legislador extrapolou os limites previstos no artigo 146, III, a, da Constituição Federal que reservou à lei complementar, e não à lei ordinária, a prerrogativa para, em relação aos impostos previstos na Constituição, definir os respectivos fatos geradores.

Antes de retomar a matéria objeto do julgamento, deixo consignado que o Primeiro Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula n.º 02 entendendo que o Órgão “*não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*” Entretanto, ressalvo meu entendimento pessoal entendendo que da mesma forma que o STF uniformizou jurisprudência no sentido de que “*é inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei n.º 9.718/89, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais*”, também é inconstitucional o artigo 42 da Lei n.º 9.430/96, no ponto em que amplia o conceito de renda para além dos limites previstos no artigo 43 do CTN, lei de natureza complementar que é.⁶

Retomando a matéria, em face da impossibilidade do Conselho de Contribuintes manifestar-se sobre a inconstitucionalidade de lei, reconheço que nos termos do artigo 43, do CTN, renda é o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos. Em relação aos depósitos bancários não há incidência de regra-matriz de exigência tributária. A movimentação financeira, por si só, não é fato gerador do imposto de renda. O que interessa, para fins de exigência do imposto de renda, é a origem do depósito bancário. Nos casos em que o

Art. 3º da Lei n.º 9.718/98.

§ 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

⁶ Conforme publicação na Revista Consultor Jurídico de 06/02/2007, dentre os projetos de Súmulas Vinculantes de que trata o art. 103-A da CF, acrescentado ao texto constitucional por meio da Emenda Constitucional n.º 45, regulamentado pela Lei n.º 11.417, de 2006, a Súmula de n.º 6, se aprovada, terá a seguinte redação:

“Súmula n.º 6 - “E inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 3º da lei n.º 9.718/89, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais”.

OBSERVAÇÃO: Quando da votação do Enunciado da Súmula 02 do Primeiro Conselho de Contribuintes votei pela aprovação por entender que o Poder Judiciário, no controle direto ou difuso de constitucionalidade, pode deixar de aplicar lei que considere em inconstitucional, sendo que tal prerrogativa não se estende aos órgãos da jurisdição administrativa.

contribuinte é intimado para comprovar a origem dos depósitos bancários e deixar de comprovar a procedência dos mesmos, o legislador, por meio da norma contida no artigo 42 da Lei n.º 9.430, de 1996, fez presumir que as receitas que deram origem à movimentação financeira são produtos do trabalho, do capital e da combinação de ambos, inexistindo razões para se confundir depósito bancário com a presunção contida no artigo 42 da Lei n.º 9.430, de 1996. Assim, nego provimento à preliminar ora analisada.

(iii) Da alegação preliminar de nulidade por vício formal do lançamento que incluiu os depósitos bancários da conta conjunta do Banco HSBC, mantida com o cônjuge do recorrente que não é sua dependente, conforme declarações de ajuste anual existente nos autos e que em momento algum foi intimada acerca da origem dos recursos que transitaram na conta conjunta. Alegação de violação das disposições do artigo 42, § 6º, da Lei n.º 9.430, de 1996.

Da análise dos documentos de fls. 139/155, verifica-se que a conta corrente existente no BANCO HSBC possui como titulares o recorrente e Fanciele Daiprai Passinato, que o recorrente declara ser sua mulher.

Tratando-se de conta conjunta, o § 6º. do art. 42, da Lei n.º. 9.430, de 1996, acrescentado pela Lei n.º. 10.637, de 30.12.2002, dispõe que nestas hipóteses devem ser intimados todos os titulares da conta para que comprovem, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Somente na hipótese de não comprovação da origem dos recursos é que o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.

Os extratos de fls. 139 a 155 revelam situação de conta conjunta do recorrente e de Fanciele Daiprai Passinato que não consta nas Declarações de ajuste anual como sua dependente nos exercícios de 2002 e 2003, conforme Declarações de ajuste anual de fls. 31 a 35. O recorrente e Fanciele Daiprai Passinato também não apresentaram declaração em conjunto. Por outro lado, a Declaração de ajuste anual de fls. 36 a 37, prova que a esposa do recorrente faz declaração em separado e declara ter patrimônio próprio, como o veículo GOLF e as cotas sociais da empresa PASSINATO IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA.

Em se tratando de conta conjunta, o artigo 42 e o respectivo § 6º, da Lei 9.430, de 1996, assim dispõe:

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.

.....

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

titulares. (NR) (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 10.637, de 30.12.2002, DOU 31.12.2002 - Ed. Extra.,

À luz dos dispositivos legais acima transcritos, nos casos de conta conjunta, há necessidade da intimação de todos os titulares para que se manifestem em relação à origem dos recursos. Não pode a fiscalização, sem a intimação do outro co-titular da conta, cuja declaração de rendimentos tenha sido apresentada em separado, presumir que a metade das receitas pertence a um dos titulares e a outra metade ao outro contribuinte. É necessário, em primeiro lugar, intimar todos os titulares da conta para que informem sobre a origem dos recursos. A divisão entre o total de rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares somente é cabível após a regular intimação destes para prestarem esclarecimentos.

No caso dos autos, conforme se depreende do documento de fls. 19 e 20, o auditor fiscal registra textualmente: “quanto aos valores correspondentes a conta do Banco HSBC, os valores acima correspondem a 50% do valor depositado, por se tratar de conta conjunta.” Todavia, a forma de lançamento adotada pela fiscalização somente seria possível caso a outra co-titular da conta, regularmente intimada, não tivesse comprovado a origem dos recursos.

Neste ponto, por inobservância das disposições do artigo 42 da Lei n.º 9.430, de 1996, interpretado em conjunto com o § 6º, do mesmo dispositivo de lei, dou provimento ao recurso para afastar da exigência da base tributária os valores de R\$ 30.507,65 (fl. 19) e de R\$ 1.200,00 (fl. 20), relativos aos anos de 2001 e 2002, respectivamente, correspondentes aos depósitos na conta conjunta do Banco HSBC.

(iv) Preliminar de alegação de nulidade do lançamento por acréscimo patrimonial não justificado, uma vez que o contribuinte jamais foi intimado para se manifestar em relação a este item.

Cabe à autoridade fiscalizadora realizar todos os procedimentos necessários ao lançamento, atividade plenamente vinculada, conforme dispõe o artigo 142 do CTN. Salvo as exceções previstas em lei, como por exemplo as disposições do artigo 42 da Lei n.º. 9.430, de 1996, antes referido, a autoridade fiscal, caracterizada a materialidade e autoria da infração, não está obrigada a intimar previamente o contribuinte para que o mesmo se manifeste. Não existe no processo administrativo tributário o instituto da defesa prévia, antecedente ao auto de infração. Efetuado o lançamento por meio do auto de infração inaugura-se a fase processual em que se assegura ao interessado alegar todas as matérias e apresentar as provas que possuir em seu favor.

Neste ponto, não há o que se falar em nulidade do auto de infração por falta de intimação do contribuinte para justificar a origem do acréscimo patrimonial a descoberto.

NO MÉRITO:

(i) Da alegação do recorrente de que os depósitos efetuados nas contas correntes fiscalizadas têm origem determinada, pois decorrem das operações da empresa PASSINATO & ROJAS LTDA que atuando na compra e venda de frutas e cereais utilizou a conta bancária do recorrente, conforme lista de operações comerciais que relaciona na fl. 310 dos autos.

Sem ignorar que a Administração Pública tem como norte a busca da verdade real, podendo inclusive realizar as diligências que julgar necessárias para buscar o esclarecimento dos fatos, é preciso que se tenha presente que alegações desprovidas de quaisquer provas não possuem valor para afastar a presunção de que os valores creditados na conta de determinado contribuinte são de sua propriedade e não de terceiros. O normal se presume e o extraordinário se prova. No caso dos autos, a presunção é de que os valores relacionados à fl. 310, depositados na conta do contribuinte, pertencem a este, a quem cabia fazer prova em contrário.

Não desconheço, na análise da matéria, que o contribuinte consta como sócio da empresa PASINATO E ROJAS LTDA, que segundo o recorrente dedica-se ao comércio de hortifrutigranjeiros. Todavia, não há nos autos, sequer indícios de prova de que a referida empresa efetivamente tenha depositado na conta corrente do contribuinte quaisquer valores. Também não existe nos autos qualquer prova capaz de demonstrar que os recursos que saíram da contra corrente do recorrente se destinavam a pagar mercadorias pertencentes à pessoa jurídica da qual o recorrente é sócio.

Assim, neste ponto, nego provimento ao recurso.

(ii) Do arbitramento do valor de construção pelo CUB/SINDUSCON

A apuração dos gastos nas construções residenciais em que os contribuintes não possuem contabilidade organizada, até porque a isto não estão obrigados, tem gerado situações de difícil solução. O Direito e o julgador não podem ignorar a realidade do meio em que estão inseridos. A realidade mostra, de forma cotidiana, em relação às pessoas que constroem suas próprias residências que elas vão adquirindo materiais e efetuando pagamentos mediante cupons fiscais, tíquetes de caixa que não identificam o consumidor, recibos fornecidos por pedreiros, talões de pedidos que relacionam a mercadoria, o prazo de entrega, formas de pagamento etc. Observo, por exemplo, o documento de fls. 119, identificado como se tratasse de um pedido, mas que descreve as mercadorias adquiridas, o preço e a entrega das mesmas. Se as mercadorias foram entregues não se trata de um simples pedido, mas juridicamente de verdadeira operação de compra e venda em que não foi emitida a nota fiscal pelo vendedor. Estas mesmas considerações valem em relação a outros documentos trazido aos autos. Exigir nota fiscal quando alguém entrega, por exemplo, um caminhão de aterro é ignorar como os fatos se dão na vida real, onde na maioria das vezes o engenheiro responsável pela obra vai adquirindo o material durante determinado período, normalmente semanal, e ao término da semana o dono da construção lhe alcança os recursos destinados ao pagamento.

O recorrente, ao apresentar sua defesa, manifesta-se dizendo que reconhece que nem todas as despesas feitas na obra estão relacionadas nos documentos de fls. 80 a 123. Neste conflito de interesses há duas realidades: A realidade do contribuinte que não tomou o cuidado de exigir os documentos fiscais correspondentes a todas as despesas realizadas na obra e a posição da fiscalização que é obrigada a exigir o ganho de capital decorrente da construção da residência. Certamente nem o contribuinte e nem a fiscalização têm condições de precisar o valor exato na construção da obra. Tal obrigação, isto é, de ter consigo os documentos relacionados aos gastos existentes na obra era do contribuinte. Não tendo o contribuinte tais documentos e sendo a fiscalização obrigada a lhe exigir o tributo decorrente do ganho de capital, considero adequado o arbitramento feito com base no valor do metro quadrado do Custo Unitário Básico da Construção Civil.

Destaco, ainda, que em suas razões recursais o contribuinte se insurge contra a adoção do CUB como parâmetro, mas em nenhum momento demonstrou, por dados objetivos, o porquê tais dados não refletem o padrão da obra mostrada nas fotografias de fls. 23/25.

Ainda em relação às demais alegações do recorrente, quando menciona que a obra foi construída no prazo de 24 meses e não no tempo informado pela arquiteta, tenho que nem as informações da arquiteta e nem as informações do recorrente estão corretas. Se a obra tivesse sido construída no prazo de dois anos, certamente o recorrente teria comprovante de despesas que abrangeriam outros anos e não somente o ano de 2002, conforme demonstram os documentos de fls. 80 a 129. Por outro lado, quando a arquiteta diz que a obra foi edificada no período de fevereiro a setembro de 2002, tenho que tal dado também não é fidedigno e neste ponto, ao que parece, tem razão o recorrente quando diz que após tal data outro profissional assumiu a obra. Não tenho como crível que tendo concluído a construção no mês de setembro de 2002, nos meses de novembro e dezembro de 2002 o recorrente ainda estivesse adquirindo materiais de construção conforme demonstram os documentos de fls. 121 e seguintes. Todavia, em que pese as considerações aqui lançadas, face à inexistência de outros elementos que demonstram a continuidade da construção no ano de 2003, considerando que o único gasto neste ano foi de R\$ 500,00 referente à colocação de alguns vidros, tenho por correto o procedimento da fiscalização que considerou que a construção iniciou e terminou no ano de 2002.

(iii) Do Empréstimo que o recorrente diz ter obtido de seu pai.

As considerações que fiz no item anterior quando destaquei que o direito e o julgador não podem ignorar como os fatos ocorrem no dia-a-dia da sociedade podem ser aplicadas em relação ao presente caso. Aqui, o normal é o pai não exigir do filho qualquer documento que demonstre a efetiva existência do mútuo. Para este relator, nos negócios inerentes às relações familiares não se pode exigir, como meio de prova, documentos que provariam a existência do negócio com terceiros. Todavia, assim como é normal não existir contrato de mútuo entre pai e filho, também não é normal que alguém alcance a outrem, em moeda corrente, o valor de R\$ 40.000,00. Além desta importância não estar declarada na Declaração do Imposto de Renda de nenhum dos contratantes, o recorrente não trouxe aos autos qualquer prova de que seu pai efetivamente lhe alcançou dita importância. Se o citado empréstimo estivesse declarado nas Declarações de Ajuste Anual do mutuante ou do mutuário, poder-se-ia, inclusive, admitir o alcance dos recursos em moeda corrente.

Diante da inexistência de prova (cheque, transferência bancária, declaração tempestiva de ajuste anual do imposto de renda etc) de que o genitor do recorrente efetivamente lhe alcançou ditos recursos não se pode admitir a existência dos referidos valores para justificarem as despesas de aumento patrimonial ou os depósitos em conta corrente.

(iv) Das questões envolvendo o veículo GOLF

A Declaração de ajuste anual da contribuinte Franciele Daiprai Passinato de fls. 36, da conta de que esta contribuinte declarou que no mês de março de 2002 adquiriu um veículo Golf pelo valor de R\$ 28.000,00 e alienou o citado veículo no mês de novembro de 2002, pelo mesmo valor. O documento de fl. 230 e 230-verso, demonstram que a proprietária anterior vendeu o veículo à Franciele Daiprai Passinato, esposa do recorrente que apresenta declaração em separado.

Havendo provas nos autos de que quem adquiriu o veículo foi a esposa do contribuinte, que apresenta Declaração em separado, não se pode considerar o valor da aquisição do citado veículo como sendo acréscimo patrimonial a descoberto. De igual forma, quando da venda do citado automóvel, não é possível considerar ditos valores para justificar o ingresso de receitas em favor do recorrente.

Excluído o valor correspondente ao veículo Golf, tanto na aquisição quanto na alienação que se deu no mesmo ano-calendário, resulta inalterado o lançamento no ponto em que apura acréscimo patrimonial a descoberto no ano-calendário de 2002.

(v) Da alegação de que a fiscalização desconsiderou as disponibilidades existentes na Declaração do cônjuge.

Nos casos em que cada um dos cônjuges possui sua própria declaração de ajuste anual, não se pode pretender utilizar a sobra de recursos de um dos cônjuges para justificar acréscimo patrimonial ou movimentação financeira levada a efeito pelo outro cônjuge. Os fundamentos pelos quais não se pode incluir o veículo GOLF acima referido, adquirido pela esposa, como sendo despesas do recorrente, utiliza-se aqui para refutar a possibilidade de utilizar os recursos de um dos cônjuges para justificar acréscimo patrimonial ou movimentação financeira levada a efeito pelo outro.

(vi) Da multa qualificada

Nos termos dos fundamentos descritos as fls. 16/17, foi aplicado multa qualificada de 150% por entender a fiscalização que “a atitude violadora da lei adotada pelo contribuinte ao omitir rendimentos cuja comprovação dá-se através das informações acima demonstradas. Com isso, deixa de pagar o tributo devido que ora se exige, com a aplicação da multa qualificada de 150%. “A conduta dolosa do contribuinte está evidentemente materializada ante o grande percentual de movimentação financeira não declarada ao longo dos anos, totalmente incompatível com os rendimentos declarados e a variação patrimonial aqui demonstrada.”

A falta de declaração da receita que deu origem aos depósitos bancários e a não comprovação da origem dos recursos empregados na construção de determinada obra não caracteriza, por si só, situação que justifique a qualificação da multa. A omissão na declaração de rendimentos não se constitui em elemento suficiente para demonstrar que o contribuinte agiu de forma dolosa com a finalidade de sonegar o imposto devido, em especial quando se trata de lançamento feito com base em movimentação financeira em que o recorrente alega que os recursos que transitaram em sua conta corrente pertenciam à empresa do qual é sócio.

Pelo exposto, voto no sentido de acolher a preliminar de irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001 e, no mérito, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo o montante de R\$ 30.507,65 e R\$ 1200,00, nos anos de 2001 e 2002, respectivamente e, desqualificar a multa.

Sala das Sessões-DF, em 26 de janeiro de 2007.


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA

Voto Vencedor

Conselheiro ALEXANDRADE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO

Inicialmente registro que o voto a seguir diz respeito à(s) preliminar(es) de irretroatividade, permanecendo, quanto às demais matérias, o voto do conselheiro relator.

A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724 da mesma data, estabelece os procedimentos administrativos concernentes à requisição e o acesso e o uso pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações financeiras dos contribuintes, independentemente de ordem judicial; portanto, não há o que se falar em quebra de sigilo bancário.

Com relação, à aplicação da Lei nº 10.174/2001, para os fatos geradores ocorridos em 1997 e 1998, observe-se que a mesma, em seu art. 1º, assim preceitua:

“Art. 1º O art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.11.....

“§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.” (NR)

O § 1º do art. 144 do CTN, por sua vez, assim determina:

“Art. 144. 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.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processo de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros”.

A Lei nº 10.174/01 instituiu, assim, norma que trata de “novos critérios de apuração ou processo de fiscalização”, possuindo aplicação imediata. No caso concreto, o lançamento foi lavrado em 2003, sob a égide da nova norma legal, de modo que o fiscal



poderia ter investigado todos os anos calendários não atingidos pela decadência do direito de lançar, conforme previsão do art. 144, § 1º do CTN.⁷

Neste sentido é o Acórdão 104-20483, da Quarta Câmara deste Primeiro Conselho, em julgado de Sessão de 24/02/2005, tendo como Relator o Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, cuja Ementa tem o seguinte teor:

“APLICAÇÃO DA NORMA NO TEMPO - RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174, de 2001 - Ao suprimir a vedação existente no art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, a Lei nº 10.174, de 2001 nada fez do que ampliar os poderes de investigação do Fisco, sendo aplicável essa legislação, por força do que dispõe o § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional. SIGILO BANCÁRIO - Os agentes do Físico podem ter acesso a informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes sem que isso se constitua violação do sigilo bancário, eis que se trata de exceção expressamente prevista em lei. OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Caracterizam omissão de rendimentos valores creditados em conta bancária mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

No mesmo sentido, igualmente, é o Acórdão 108-07875, da Oitava Câmara deste Primeiro Conselho, tendo como Relator o Conselheiro Luiz Alberto Cava Maceira, cuja Ementa tem o seguinte teor:

Ementa: IRPJ – ARBITRAMENTO DO LUCRO – LANÇAMENTO EFETUADO COM BASE NA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DA CPMF – RETROATIVIDADE DO ART. 1º DA LEI 10.174/2001. O art. 1º da Lei nº 10.174/2001, que alterou o §3º do art. 11 da Lei nº 9.311/96, possibilitando a obtenção de extratos bancários com base na movimentação da CPMF, retroage aos fatos pretéritos à sua vigência, haja vista que a dita alteração apenas ampliou os meios de fiscalização e investigação da autoridade administrativa, estando em consonância com a regra do §1º do art. 144 do CTN. O mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação à vigência do Decreto nº 3.724/2001 e da LC 105/2001.

Sendo assim, não deve prosperar a preliminar de quebra de sigilo bancário, bem como de irretroatividade de lei posterior.

⁷ Art. 144. 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.

§ 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.

Pelas razões expostas, portanto, voto no sentido de REJEITAR as preliminares de irretroatividade e quebra de sigilo bancário.

Sala das Sessões - DF, em 26 de janeiro de 2007.



ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO
Redator-Designado