



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

**Processo n°** 10930.003124/2004-31  
**Recurso n°** 147.964 Voluntário  
**Matéria** IRPF - Ex(s): 2000 a 2003  
**Acórdão n°** 102-48.998  
**Sessão de** 23 de abril de 2008  
**Recorrente** GILBERTO FRANZOI DA SILVA  
**Recorrida** 4ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF**

Exercício: 2000, 2001, 2002, 2003

**DECADÊNCIA - DEPÓSITO BANCÁRIO** - Nos casos de lançamento por homologação, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário expira após cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, que se perfaz em 31 de dezembro de cada ano-calendário. A omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada deve ser apurada em base mensal e tributada na tabela progressiva anual, juntamente com os demais rendimentos declarados.

**NULIDADE DO LANÇAMENTO. VÍCIO FORMAL. JUNTADA POSTERIOR DA RMF.** O sistema preconiza para o reconhecimento da nulidade do ato processual a necessidade que se demonstre, de modo objetivo, os prejuízos conseqüentes, com influência no direito material e reflexo na decisão da causa.

**NULIDADE DO LANÇAMENTO. NORMAS PROCESSUAIS VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.** Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

**NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DA VEDAÇÃO AO CONFISCO - PEDIDO REITERADO EM SEDE RECURSAL** - Os Órgãos da Administração Pública são obrigados a cumprir as determinações legais. A presunção de omissão de rendimentos com base em depósito bancário sem origem comprovada tem suporte em lei aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, ao qual a DRJ e o Primeiro Conselhos de Contribuintes estão vinculados pelo poder hierárquico.

*f*

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

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - QUEBRA INDEVIDA DO SIGILO BANCÁRIO - INOCORRÊNCIA** - A Lei Complementar nº 105, de 2001, e o Decreto nº 3.724, também de 2001, permitem à autoridade administrativa requisitar informações às instituições financeiras, nos casos em que especifica. Pressupõe-se que os princípios constitucionais estejam nelas contemplados pelo controle *a priori* da constitucionalidade das leis. A apreciação de alegação de inconstitucionalidade de lei compete exclusivamente ao Poder Judiciário, sendo vedada sua apreciação na via administrativa pelo Conselho de Contribuintes (Regimento Interno, art. 22A).

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

**MULTA DE OFÍCIO** - A multa aplicada no percentual básico de 75% encontra suporte no artigo 44 da Lei 9.430, de 1996.

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

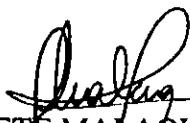
Preliminares rejeitadas.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



Acordam os Membros da SEGUNDA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, REJEITAR as preliminares de: I - nulidade do lançamento, por quebra de sigilo bancário e pela irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva que as acolhe e apresenta declaração de voto; II - por unanimidade de votos, afastar as demais preliminares. No mérito, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da tributação no ano de 1999 o valor R\$ 116.200,00 e em 2000, o valor de R\$ 4000,00 nos termos do voto do Relator.

  
IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO  
PRESIDENTE

  
JOSÉ RAIMUNDO COSTA SANTOS  
RELATOR

FORMALIZADO EM: 01 JUL 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Naurý Fragoso Tanaka, Silvana Mancini Karam, Alexandre Naoki Nishioka, Núbia Matos Moura e Vanessa Pereira Rodrigues Domene.

## Relatório

O recurso voluntário em exame pretende a reforma do Acórdão DRJ/CTA nº 8.496 (fls. 304/324), de 24/05/2005, que, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares suscitadas, e, no mérito, julgou parcialmente procedente o lançamento, mantendo a exigência de R\$ 841.072,14 de imposto de renda pessoa física, R\$ 630.804,10 de multa de ofício de 75%, e encargos legais.

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

Trata o presente processo de exigência de Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF formalizada por meio do auto de infração de fls. 188 a 196, do qual faz parte o Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal de fls. 179 a 187, no valor de R\$ 860.591,91 de imposto de renda de pessoa física, R\$ 645.443,91 de multa de ofício de 75%, prevista no art. 44, I da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, além de acréscimos legais.

A exigência fundamentada no art. 42 da Lei 9.430, de 1996; art. 4º da Lei 9.481, de 13 de agosto de 1997; art. 21 da Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997; art. 849, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 3.000, de 26 de março de 1999 – RIR/1999; art. 1º da Lei 9.887, de 07 de dezembro de 1999; e art. 1º da Medida Provisória nº 22, de 2002, convertida na Lei 10.451, de 10 de maio de 2002, decorreu da omissão de rendimentos provenientes de valores creditados em duas contas de depósito, nos anos-calendário de 1999 a 2002, mantidas em Instituições Financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal de fls. 179 a 187, que é parte integrante do Auto de Infração.

Regularmente cientificado do lançamento em 21/09/2004 (fl. 197), o interessado ingressa, em 19/10/2004, por meio de seu representante legal (procuração à fl. 208), com a impugnação de fls. 213/263, instruída com os documentos de fls. 264/270, onde, inicialmente, alega que o procedimento encontra-se irremediavelmente viciado e eivado de nulidades por afrontar inúmeros princípios e garantias constitucionais, além de estar fundamentado em renda meramente presumida a partir de documentos obtidos de forma ilícita e que, por si só, não se constitui em fato gerador do imposto de renda.

Ainda, em preliminar, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional – CTN, alega decadência do direito de a Fazenda Pública proceder ao lançamento em relação aos fatos geradores ocorridos de 01 de janeiro a 20/09/1999, uma vez que foi cientificado do lançamento em 21/09/2004.

Enfatiza que a autoridade lançadora, contrariando a legislação, doutrina e jurisprudência pátria, violou os princípios da anterioridade e irretroatividade, além de infringir a hierarquia das leis, uma vez que efetuou o lançamento com base em lei ordinária, desrespeitando a Lei 4.595, de 1964, que foi recepcionada com o patamar de Lei Complementar pelo art. 192 da CF/1988, onde em seu art. 38, determina que a quebra do sigilo bancário só se processará por ordem judicial.



Afirma que a consumação da violação à garantia da privacidade na forma incondicional proclamada pelas Leis 10.174, de 2001, 9.430, de 1996, e pelas Leis Complementares 104, de 2001 e 105, de 2001, soa como ato arbitrário e genérico carente de qualquer sustentáculo jurídico. Acrescenta que as referidas Leis desrespeitam igualmente o princípio da proporcionalidade, posto que sem qualquer razoabilidade atingem o núcleo fundamental do direito ao sigilo bancário, transformando o que antes poderia ser um sistema de fiscalização, num sistema de devassa fiscal, além de ignorar a condição estatuída na parte final do § 1º do art. 145, descartando a inviolabilidade da privacidade e de dados cristalizados nos incisos X e XII do art. 5º da CF/1988.

Quanto ao não atendimento às intimações, alega que atendeu a todas as intimações, e apenas invocou em seu favor, as garantias constitucionais que lhe reservam o seu direito legítimo de não se pronunciar sobre os documentos ilicitamente obtidos e apresentados pela autoridade autuante, aduzindo que não há nos autos a comprovação de que os extratos bancários que deram origem ao lançamento, foram encaminhados pelas instituições financeiras conforme determina a legislação, sendo que para tal cumprimento os bancos deveriam ser intimados por meio de Mandado de Procedimento Fiscal.

Salienta que o art. 42 da Lei 9.430, de 1996, não tem força de obrigatoriedade, tampouco se reveste de legalidade para aplicação da presunção sobre os depósitos bancários, inferindo destes a omissão de receita, pois como tem cunho de lei ordinária é inferior a Lei 4.595, de 1964, que estabelece até a sua revogação pelo art. 13, da Lei Complementar no 105, de 2001, que a quebra do sigilo bancário somente pode ocorrer por determinação judicial, o que não ocorreu no presente caso.

No mérito, cita a súmula 182, do extinto TRF e o art. 9º, VII do Decreto 2.471, de 1988, para argüir que a presunção legal estabelecida pelo art. 42, da Lei 9.430, de 1996 colide com as diretrizes do processo de criação das presunções legais, uma vez que não se evidenciou nos autos a existência de nexos causal, não havendo, por conseguinte, liame absoluto entre o depósito bancário e o rendimento omitido.

Relaciona às fls. 248 depósitos que teriam origem em contas de sua titularidade, ou de transferência de aplicações do mesmo banco, salientando que os "Docs" foram solicitados aos Bancos para posterior encaminhamento a DRJ, protestando pela juntada a posteriori. Argumenta, também, a possibilidade de haver depósitos efetuados com recursos de retiradas anteriores, o que não caracterizaria novo depósito de origem diversa.

Manifesta-se contra a aplicação dos juros aplicados com base na taxa SELIC, por possuir natureza remuneratória, e a sua utilização nos moldes pretendidos desobedece a regra contida nos arts. 161, § 1º do CTN.

Contesta a aplicação da multa de ofício de 75%, uma vez que não há dolo ou má-fé, apurados em processo regular, com contraditório pleno e amplo, constituindo, por conseguinte, em abuso de poder, além de ferir o princípio da capacidade contributiva e ter caráter confiscatório vedado pela Constituição Federal, caso mantida, pede que seja reduzida ao percentual de 20%.

Argumenta que o processo de representação fiscal para fins penais teve a perda de objeto no presente processo, pois não ficou tipificado o delito apontado ou caracterizada a tese do crime atribuído, na conduta do impugnante.

Para corroborar, transcreve jurisprudências e doutrinas acerca dos diversos questionamentos.



Finaliza solicitando a improcedência do lançamento pelas razões expostas e, se ad absurdum for mantida a exigência, requer que seja acatado o princípio da anterioridade, mantendo-se a tributação do lançamento com base nos extratos bancários a partir de 01/01/2002, ou seja, a partir da publicação da Lei 105, de 2001; se exclua os depósitos originados de saques ou transferência de contas de sua titularidade; se reduza a taxa dos juros de mora e a multa de ofício aos percentuais de 1% e 20%, respectivamente e seja cancelado o processo de representação fiscal para fins penais.

Em 20/10/2004, ingressa com a petição de fls. 273/274, onde requer o sobrestamento ou o não encaminhamento da Representação Fiscal para fins penais ao Ministério Público Federal, até a decisão final do presente processo administrativo.

Em face das alegações do autuado de que não havia nos autos provas da requisição regular dos extratos bancários às Instituições Financeiras, retornou-se o processo à unidade de origem, para juntada aos autos das Requisições sobre Movimentação Financeira - RMF, encaminhamento de cópias ao autuado, com reabertura de prazo pronunciamento do autuado (fl. 278).

Em atendimento juntou-se os documentos de fls. 281/288, tendo o autuado apresentado a impugnação complementar de fls 289/290, onde aduz que a junção das requisições de fls. 283 e 285, em nada altera as questões suscitadas na peça impugnatória, pois, tais documentos não trazem a comprovação de que os extratos foram efetivamente encaminhados pelos bancos, também, não há provas de que as referidas RMF foram efetivamente encaminhadas e recepcionadas pelo Banco do Brasil e Unibanco.

Considerando as alegações do impugnante de que alguns depósitos tiveram origem em transferências de contas de mesma titularidade, resgate de aplicações ou de saques redepósitos, e que não havia sido acostados aos autos a totalidade dos extratos, retornou-se o processo à unidade de origem para que fossem juntados os extratos faltantes, e caso tivessem sido devolvidos ao autuado que fosse intimado a apresenta-los, inclusive os "docs" que teriam sido solicitados aos Bancos (fls.292), tendo resultado na juntada dos documentos de fls. 293/302, sendo que à fl. 302, a autoridade autuante informe que, apesar de intimado, o contribuinte não se manifestou a respeito da Intimação de fls. 296/300.

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

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF*

*Exercício: 2000, 2001, 2002, 2003*

*Ementa: NULIDADE.*

*Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*

*PRAZO DE DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO* No lançamento de ofício a contagem do prazo decadencial obedece à regra geral expressamente prevista no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, iniciando-se a contagem a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

**LEGISLAÇÃO QUE AMPLIA OS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO.  
INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE.**

*É incabível falar-se em irretroatividade da lei que amplia os meios de fiscalização, pois esse princípio atinge somente os aspectos materiais do lançamento.*

**SIGILO BANCÁRIO – ACESSO A DOCUMENTAÇÃO BANCÁRIA.**

*Iniciado o procedimento de fiscalização, a autoridade fiscal pode, por expressa autorização legal, solicitar informações e documentos relativos às operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras.*

**OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTOS COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. EXCLUSÃO.**

*Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1997 a Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações; devendo-se, no entanto, excluir os valores justificados.*

**INCONSTITUCIONALIDADE.**

*Não compete à autoridade administrativa manifestar-se quanto à inconstitucionalidade das leis, por ser essa prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.*

**DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.**

*As decisões administrativas e judiciais, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.*

**MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO.**

*Tratando-se de lançamento de ofício, é legítima a cobrança da multa de ofício de 75%, a qual é devida em face de infração às regras instituídas pelo Direito Fiscal e, por não constituir tributo, mas penalidade pecuniária prevista em lei, é inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso V, do art. 150 da Constituição Federal.*

**JUROS DE MORA. TAXA SELIC.**

*Os tributos e contribuições sociais não pagos até o seu vencimento, com fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1995, serão acrescidos na via administrativa ou judicial, de juros de mora equivalentes, a partir de 01/04/1995, à taxa referencial do Selic para títulos federais.*

**Lançamento Procedente em Parte**

Em sua peça recursal, às fls. 720/725, a recorrente repisa as mesmas questões suscitadas perante o Órgão julgador *a quo*: decadência para os períodos de janeiro a 20 de setembro/1999, considerando o tributo sujeito ao lançamento por homologação, com termo

inicial do prazo decadencial regido pelo § 4º do artigo 150 do CTN. Cita doutrina e jurisprudência para robustecer a sua tese.

Argúi que o procedimento administrativo incorreu em manifesta e clara inobservância a princípios e garantias constitucionais da anterioridade e irretroatividade: não há como amparar o lançamento e a cobrança de um tributo em lei ou em procedimento instituído posteriormente a cada exercício financeiro considerado, como ocorreu no presente caso. Nesse contexto cita a Lei Complementar nº 105/2001, e a Lei nº 10.174/2001. Entende que a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial viola o direito a liberdade, intimidade, vida privada, razoabilidade e proporcionalidade, sendo inconstitucional a LC 105/2001. Referidos diplomas legais ignoram o respeito aos direitos individuais estatuídos no § 1º do artigo 145 e nos incisos X e XII do artigo 5º da CF.

Considera prova ilícita os extratos bancários utilizados no lançamento em exame, sem a comprovação do seu regular pedido às instituições financeiras e do encaminhamento destas ao fisco. As Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira de nºs 09.1.02.00-2004-00012-0 e 09.1.02.00-2004-00013-8 foram juntadas aos autos por determinação da DRJ, o que evidencia o vício formal alegado.

Entende que a Lei 4.595, de 1964, que tem força de lei complementar e admitia a quebra do sigilo bancário somente por decisão judicial, somente teve seu artigo 38 revogado pela LC 105/2001. Não pode, portanto, a Lei Ordinária nº 9.430, de 1996, admitir forma de lançamento do imposto de renda com base em presunção de omissão de receita, sem malferir a Constituição Federal.

No mérito, discute inicialmente a inadequação da presunção do artigo 42 da Lei 9.430, de 1996, e a correlação lógica, direta e segura entre o fato indiciário e o fato provável. Cita a Súmula 182 do extinto TRF e o artigo 9º, inciso VII do Decreto-Lei nº 2.471/88, que não admitiram o lançamento do imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em extratos bancários ou comprovantes de depósitos. Relaciona, a seguir, depósitos que tiveram origem de outra conta da mesma titularidade ou por transferência de conta de aplicação no mesmo banco, e suscita a possibilidade concreta de haver depósitos efetuados com base em retiradas anteriores, o que não caracteriza novo depósito.

Considera incontestável o seu direito à utilização de juros de mora de 1% ao mês para atualização de seus débitos, pois a taxa SELIC que a lei/decreto pretende equiparar a juros moratórios, possui natureza remuneratória, e a sua aplicação para fins tributários desobedece a regra contida no artigo 161, § 1º, do CTN. Entende exacerbada a multa de ofício no percentual de 75%, que viola os princípios constitucionais tributários da capacidade contributiva, da não utilização do tributo com efeito de confisco e da legalidade, razão pela qual deve ser afastada ou então reduzida a 20%.

Por fim, requer o cancelamento da Representação Fiscal para Fins Penais, por não ter sido comprovado nos autos deste procedimento administrativo qualquer conduta do contribuinte que caracterize crime.

Arrolamento de bens controlado no processo administrativo nº 10930.003126/2004-21.

É o Relatório.



## Voto

Conselheiro JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, Relator

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

Em relação à preliminar de decadência, este Primeiro Conselho de Contribuintes tem reiteradamente decidido que as alterações legislativas do imposto de renda, ao atribuir à pessoa física a incumbência de apurar e pagar o imposto, sem prévio exame da autoridade administrativa, classifica-se na modalidade de lançamento por homologação, na forma do artigo 150 do CTN, pois a entrega da declaração de rendimentos converteu-se em mero cumprimento de obrigação acessória (repasse ao órgão administrativo de informações para fins de controle do adequado cumprimento da legislação tributária, com ou sem obrigação principal a ser adimplida – Acórdão CSRF/01-04.493 de 14/04/2003 – DOU de 12/08/2003).

A natureza do lançamento é determinada pela legislação do tributo, que impõe ao sujeito passivo a obrigação de ocorrido o fato gerador, identificar a matéria tributável, apurar o imposto devido e efetuar o pagamento sem prévio exame da autoridade. Se não houver imposto a pagar, por ter havido prejuízo ou pela operação não estar sujeita à incidência tributária, a natureza do lançamento não se altera.

Com efeito, a existência ou não do pagamento é irrelevante para fins de aplicação do prazo decadencial previsto no parágrafo 4º, consoante entendimento consagrado neste Conselho:

*IRPF – DECADÊNCIA – GANHO DE CAPITAL - A regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento. Se a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, o tributo amolda-se à sistemática de lançamento denominada homologação, onde a contagem do prazo decadencial dá-se na forma disciplinada no §4º do artigo 150 do CTN, hipótese em que os cinco anos têm como termo inicial a data de ocorrência do fato gerador. (Acórdão CSRF/01-04.493 de 14/04/2003 – DOU de 12/08/2003).*

*DECADÊNCIA – IRPJ – Exercício 1993 – O Imposto de renda pessoa jurídica se submete à modalidade de lançamento por homologação, eis que é exercida pelo contribuinte a atividade de determinar a matéria tributável, o cálculo do imposto e pagamento do “quantum” devido, independente de notificação, sob condição resolutória de ulterior homologação. Assim, o fisco dispõe do prazo de 5 anos, contado da ocorrência do fato gerador, para homologá-lo ou exigir seja complementado o pagamento antecipadamente efetuado, caso a lei não tenha fixado prazo diferente e não se cuide de hipótese de sonegação,*



*fraude ou conluio (ex-vi do disposto no parágrafo 4º do art. 150 do CTN). A ausência de recolhimento do imposto não altera a natureza do lançamento, vez que o contribuinte continua sujeito aos encargos decorrentes da obrigação inadimplida (atualização, multa, juros etc. a partir da data de vencimento originalmente previsto, ressalvado o disposto no art. 106 do CTN).*

*PRELIMINAR QUE SE ACOLHE. (Recurso 121157, Acórdão 101-93.146, Julgamento em 16.08.2000).*

No mesmo sentido, na edição de outubro/dezembro de 2000 da “Tributação em Revista”, foi publicado um artigo da lavra dos Auditores Fiscais Antonio Carlos Atulin e José Antonio Francisco, em que se exalta este entendimento com as seguintes considerações:

*(...) ousamos afirmar que o pagamento antecipado não é da essência do lançamento por homologação.*

*A hipótese típica do lançamento por homologação é a previsão legal do dever de o sujeito passivo antecipar o pagamento: o fato de haver ou não pagamento não altera a tipicidade do lançamento por homologação, que, para ocorrer, deve apenas ter previsão legal a respeito do dever de o sujeito passivo fazer a antecipação do pagamento.*

*O fato de eventualmente inoocorrer a antecipação do pagamento não desnatura o lançamento por homologação (...).*

Claro está que a atividade não pode ser apenas a existência do pagamento. Na hipótese de não haver pagamento, pode, perfeitamente, incidir a hipótese típica do lançamento por homologação, posto que o sujeito passivo pode ter cumprido o dever legal e dele ter concluído que não há o que pagar.

No decorrer do ano-calendário o contribuinte antecipa, mediante a retenção na fonte ou por meio do pagamento espontâneo, o imposto que será apurado em definitivo quando encerramento do ano-calendário (31/12/1999). É nessa oportunidade que o fato gerador do imposto de renda resta concluído. Por ser do tipo complexo (complexivo, complessivo), segundo a classificação doutrinária, o fato gerador do imposto de renda surge completo no último dia do ano. A omissão constatada em meses do ano-calendário de 1999, a título de depósito bancário sem origem comprovada, comporta-se, portanto, no fato gerador concluído no último dia deste ano.

A omissão de rendimentos caracterizada por depósito bancário sem origem comprovada ou acréscimo patrimonial a descoberto deve ser apurada, portanto, em base mensal – como ocorre com vários tipos de rendimentos auferidos pelas pessoas físicas – em consonância com as disposições das Leis nºs 7.713/1988, 8.134/1990, 8.383/1991 e 9.430/1996, e tributadas na declaração de ajuste anual, pois não se pode presumir o regime de tributação dos rendimentos omitidos. Se a legislação não excepcionou a regra de tributação do acréscimo patrimonial a descoberto, impondo uma incidência autônoma e definitiva, deve-se levá-la à regra geral, que é apuração em base mensal, sem prejuízo do ajuste anual.

Neste sentido, dispõe a Instrução Normativa SRF nº 246, de 20 de novembro de 2002, que trata especificamente da tributação dos valores creditados em conta de depósito ou

de investimento mantida em instituição financeira, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprove a origem dos recursos:

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

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

(...)

*Art. 4º Os rendimentos omitidos, de origem não comprovada, serão apurados no mês em que forem recebidos e estarão sujeitos à tributação na declaração de ajuste anual, conforme tabela progressiva vigente à época.*

*§ 1º Ao imposto suplementar apurado na forma do caput será aplicada a multa de que tratam os incisos I ou II do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.*

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

O Auto de Infração foi cientificado ao sujeito passivo em 21/09/2004 (fl. 197), e, para omissões apurados durante o ano-calendário de 1999 (com fato gerador em 31/12/1999), a contagem do prazo decadencial tem início em 01/01/2000 com termo final em 31/12/2004. Rejeito, portanto, a preliminar de decadência.

O recorrente considera prova ilícita os extratos bancários utilizados no lançamento em exame, sem a comprovação do seu regular pedido às instituições financeiras e do encaminhamento destas ao fisco. As Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira de nºs 09.1.02.00-2004-00012-0 e 09.1.02.00-2004-00013-8 foram juntadas aos autos por determinação da DRJ, o que evidencia o vício formal alegado. Rejeito tal preliminar.

Os extratos bancários, suporte material do fato presuntivo da omissão de rendimentos, foram requisitados ao Banco do Brasil e UNIBANCO, em 14/05/2004 e 17/05/2004, respectivamente, conforme AR e RMF às fls. 283/286, ou seja, durante o procedimento de fiscalização que culminou com o lançamento em exame. A juntada aos autos das requisições ocorreu por solicitação da DRJ. Tal fato, entretanto, não trouxe prejuízo algum ao autuado. Por lapso da fiscalização as requisições não foram juntadas ao processo quando da sua formalização. A data da recepção pelos bancos, consignados no documento postal, espanca qualquer dúvida sobre o momento da solicitação e o atendimento pelas instituições financeiras. Logo em seguida, a movimentação financeira indicada nos extratos compôs a intimação fiscal ao contribuinte para esclarecimento quanto à origem dos recursos que aportaram em suas contas bancárias. Diante dos elementos de prova mencionados, firmo convencimento de que os extratos bancários que constam dos autos têm sua origem devidamente explicada. Se não



fossem juntadas referidas requisições (enviadas aos bancos em momento próprio), teria razão o recorrente. Alegar simplesmente que os extratos foram obtidos de forma ilícita, sem qualquer prova desta ocorrência, é querer apegar-se a um fato secundário, deixando ao largo a discussão principal, sobre a origem dos depósitos bancários.

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

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. O parágrafo único do artigo 142 do CTN ainda acrescenta: “*A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*”.

Em diversos momentos de sua peça recursal o contribuinte alega ofensa a princípios constitucionais garantidores de direitos individuais, como o direito a liberdade, intimidade, vida privada, razoabilidade e proporcionalidade. Referidos princípios dirigem-se ao legislador, que deve observá-los quando da elaboração das leis tributárias. Os Órgãos da administração não podem deixar de aplicar as leis aprovadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo Presidente da República, ao qual estão vinculados pelo poder hierárquico. Desta forma, vedada à própria administração declarar a inconstitucionalidade de norma legal, conforme dispõe a Súmula nº 02 do Primeiro Conselho de Contribuintes. Esta tarefa é reservada pela Constituição Federal ao poder Judiciário:

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

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

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

A Lei nº 10.174, de 2001, não estabeleceu nova forma de determinação do imposto. Como norma instrumental que é tem seus efeitos regidos pelo § 1º do artigo 144 do CTN. A exigência tributária em exame já era possível desde a vigência da Lei nº 9.430, de 1996, que passou a caracterizar como rendimentos omitidos, por presunção legal, os depósitos bancários sem origem comprovada.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

*9. Recurso Especial provido.*

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

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



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

Da mesma forma, não vislumbro qualquer inconstitucional no acesso aos dados bancários sem autorização judicial. Para obtenção dos extratos bancários a fiscalização utilizou-se das disposições da Lei Complementar nº 105, de 2001. A Lei nº 9.430, de 1996, não se relaciona com aspectos procedimentais, mas com a norma individual e concreta da exigência tributária em exame – omissão de rendimentos caracterizados por depósitos bancários sem origem comprovada.

Este Colegiado reiteradamente tem se manifestado pela possibilidade de acesso às informações financeiras dos contribuintes, com amparo na Lei Complementar nº 105, de 2001, inclusive em relação aos fatos ocorridos em momento anterior à sua publicação, nos termos do § 1º do artigo 144 do CTN. O acesso aos dados financeiros constitui uma das formas de obtenção de elementos para configurar os fatos econômicos possíveis de subsunção à hipótese de incidência do tributo. Assim, dita norma insere-se no campo do Direito Adjetivo ou Direito Processual Tributário, característica que lhe permite ação sobre os fatos pendentes.

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

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

Neste contexto, o jurista Hugo Brito de Machado se pronunciou: “não tivesse a Administração Pública a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, não poderia tributar, a não ser na medida em que os contribuintes, espontaneamente, declarassem ao fisco os fatos tributáveis. O tributo deixaria de ser uma prestação pecuniária e compulsória, para ser uma prestação voluntária, simples colaboração do contribuinte, prestada ao Tesouro Público” (Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 18 – Editora Resenha Tributária – São Paulo/1993).

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

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

Ainda sobre possível violação da ordem constitucional pela Lei Complementar nº 105, de 2001, vale ressaltar que o lançamento é ato administrativo de aplicação da norma tributária ao caso concreto. Não caberia, portanto, à fiscalização se posicionar acerca da inconstitucionalidade da lei que o embasou o procedimento fiscal (atitude que também é vedada aos Conselhos de Contribuintes – art. 22-A do Regimento Interno). Presume-se, inclusive, que os princípios constitucionais tributários e também os garantidores de direitos fundamentais encontrem na lei sua aplicação imediata. Antes de ser aprovada pelo Congresso Nacional o projeto de lei tramita por várias comissões que aquilatam sua constitucionalidade. Após essa fase, o presidente da República a sanciona. Ao poder Judiciário, cumpre velar pela constitucionalidade das leis, através do controle *a posteriori*. A mera submissão da matéria ao crivo do STF não as torna ineficazes. No âmbito do processo administrativo tributário, o Primeiro Conselho de Contribuintes editou a Súmula nº 02. Confira-se:

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

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

*Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante*



*documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

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

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

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

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

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

O fato gerador do imposto de renda é sempre a renda auferida. Os depósitos bancários (entrada de recursos), por si só, não se constituem em rendimentos. Daí por que não se confunde com a tributação da CPMF, que incide sobre a mera movimentação financeira, pela saída de recursos da conta bancária do titular. Por força do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, o depósito bancário foi apontado como fato presuntivo da omissão de rendimentos, desde que a pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados na operação.

Para Pontes de Miranda<sup>1</sup>, presunções são fatos que podem ser verdadeiros ou falsos, mas o legislador os têm como verdadeiros e divide as presunções em *iuris et de iure* (absolutas) e *iuris tantum* (relativas). As presunções absolutas, na lição deste autor, são irrefragáveis, nenhuma prova contrária se admite; quando, em vez disso, a presunção for *iuris tantum*, cabe a prova em contrário.

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

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

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

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

A partir da vigência do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, os depósitos bancários deixaram de ser “modalidade de arbitramento” — que exigia da fiscalização a demonstração de gastos incompatíveis com a renda declarada (aquisição de patrimônio a descoberto e sinais exteriores de riqueza), conforme interpretação consagrada pelo poder judiciário (súmula TFR 182), pelo Primeiro Conselho de Contribuintes (conforme arestos colacionados no recurso) e artigo 9º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 2.471/88, que determinava o cancelamento dos lançamentos do imposto de renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários — para se constituir na própria omissão de rendimento (art. 43 do CTN), decorrente de presunção legal, que inverte o ônus da prova em favor da Fazenda Pública Federal.

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

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

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



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

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

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

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

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

A presunção representa uma prova indireta, partindo-se de ocorrências de fatos secundários, fatos indiciários, que apontam para o fato principal, necessariamente desconhecido, mas relacionado diretamente ao fato conhecido. Nas situações em que a lei presume a ocorrência do fato gerador, as chamadas presunções legais, a produção de tais provas é dispensada.

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

*Art. 333. O ônus da prova incumbe:*

*I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*

*II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

*(...)*

*Art. 334. Não dependem de prova os fatos:*

(...)

*IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.*

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

*5.6. Realmente, a existência de depósito bancário em nome do contribuinte, ... é indício que autoriza a presunção de auferimento de renda. Cabe então ao contribuinte provar que os depósitos tiveram origem outra, que não seja tributável. Pode ser que decorra de transferências patrimoniais (doações e heranças), por exemplo, de rendimentos não tributáveis ou tributáveis exclusivamente na fonte, ou mesmo de rendimentos tributáveis auferidos. Há muito tempo, relativamente aos quais extinto já esteja, pela decadência, o direito de a Fazenda Pública fazer o lançamento do tributo, nos termos do art. 173 do Código Tributário Nacional. Ao contribuinte cabe o ônus da prova, que pode ser produzida antes ou durante o procedimento do lançamento, impedindo que este se consume, e pode até ser produzida depois, em ação anulatória.*

*5.7. Isto não significa considerar rendimentos os depósitos bancários. Tais depósitos são indícios, isto é, são fatos conhecidos que autorizam a presunção de existência de rendimentos, fatos sobre cuja existência se questiona. Ordinariamente a disponibilidade de dinheiro decorre de auferimento de renda. Por isso a existência de disponibilidade de dinheiro autoriza a presunção de auferimento de renda. Tudo de pleno acordo coma teoria das provas.*

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

O Termo de Verificação e Enceramento da Ação Fiscal às fls. 179/187 informa que o contribuinte apresentou movimentação de recursos financeiros relevantes nos períodos fiscalizados, e se encontrava omissa quanto à entrega das declarações de rendimentos dos anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, havendo apresentado a do ano-calendário de 2002 com os valores zerados (fls. 30/32). No Termo de Início de Fiscalização às fls. 03/05 foram solicitados diversos documentos, dentre eles os extratos bancários. Em sua resposta datada de 27/04/2004 (fls. 09/10), o contribuinte informa que não apresentará os documentos bancários em resguardo de seus direitos e prerrogativas constitucionais – sigilo bancário.



Os créditos efetuados na conta nº 128182-0 do UNIBANCO, por resgates de aplicações financeiras, indicados pelo recorrente às fls. 369/370, não foram incluídas na base de cálculo do lançamento em exame, conforme se verifica pela comparação entre os créditos indicados nos extratos bancários às fls. 50/90 e os depósitos sem comprovação de origem indicados pela fiscalização no Termo de Verificação e Enceramento da Ação Fiscal (fls. 180/184).

Os documentos bancários às fls. 389/390 não comprovam a transferência entre contas do mesmo titular, no valor de R\$62.608,00, em 16/09/1999, conforme alega o recorrente, pois não há comprovação de que conta bancária se originou referido numerário, nem os extratos bancários de outras contas do sujeito passivo indicam a saída de recursos neste na referida data. As operações a que se referem os documentos às fls 391/392 já foram excluídas da base de cálculo na decisão de primeiro grau, assim como os demais valores incluídos no Demonstrativo à fl. 321.

Pelos elementos de prova constantes dos autos, entendo que devem ser excluídos da base de cálculo os seguintes valores: DOC para o BB no valor de R\$100.000,00 (03/03/1999), sendo remetente o próprio contribuinte, conforme constam dos documentos às fls. 393 e verso. Da mesma forma, os documentos às fls. 394/399 comprovam a transferência de recursos entre contas do mesmo titular, nos valores de R\$2.000,00 (12/02/1999), R\$1.200,00 (25/05/1999), R\$2.000,00 (26/07/1999) e R\$1.000,00 (25/10/1999), R\$2.000,00 (13/03/2000) e R\$2.000,00 (19/07/2000). Deve-se também excluir da base de cálculo o valor de R\$10.000,00 (15/12/1999 – fl. 92), tendo em vista que se originaram de conta bancária do mesmo titular, sendo que outros depósitos na mesma situação já foram considerados justificados e retirados da tributação. A base de cálculo apurada no ano de 1999 deve ser reduzida de R\$116.200,00, e a do ano de 2000 deve ser reduzida de R\$4.000,00.

O recorrente considera incontestável o seu direito à utilização de juros de mora de 1% ao mês para atualização de seus débitos tributários. Entende também exacerbada a multa de ofício no percentual de 75%, que viola os princípios constitucionais tributários da capacidade contributiva, da não utilização do tributo com efeito de confisco e da legalidade, razão pela qual deve ser afastada ou então reduzida a 20%.

O percentual mínimo de aplicação da multa de ofício é de 75% (setenta e cinco por cento), consoante determina o artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996. A única previsão legal de abrandamento da multa está contida no artigo 6º da Lei nº 8.218, de 1991, que prevê a redução de cinquenta por cento da multa de lançamento de ofício, ao contribuinte que, notificado, efetuar o pagamento do débito no prazo legal de impugnação. Se houver impugnação tempestiva, a redução será de trinta por cento, se o pagamento do débito for efetuado dentro de trinta dias da ciência da decisão de primeira instância.

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

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

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



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

O § 3º, do art. 192 da Constituição Federal, de 1998, revogado pela Emenda Constitucional n.º 40, nunca chegou a ser regulamentado por lei complementar, conforme Acórdão proferido pelo STF na ADIN n.º 4-7 DF, razão pela qual nenhuma solução de continuidade sofreu o § 1º do art. 161 do CTN.

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

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

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

Referidos acréscimos legais têm suporte em norma legal vigente, expressamente indicada no lançamento, cuja constitucionalidade e legalidade são previamente examinada pela Comissão de Constituição e Justiça do poder Legislativo Federal e também pelo poder Executivo. O exame de constitucionalidade das leis e possível ofensa aos princípios da capacidade contributiva e vedação ao confisco é tarefa estritamente reservada aos órgãos do Poder Judiciário (art.102 da Constituição Federal, de 1988), em controle difuso ou concentrado. O artigo 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes também dispõe neste sentido, sendo aprovada a Súmula n.º 2, que dispõe:



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

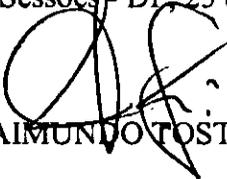
Já se encontrava pacificada no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes o entendimento quanto à aplicação da taxa SELIC aos débitos tributários. Para pôr uma pá de cal sobre o debate foi editada a Súmula nº 4, de aplicação obrigatória neste Órgão:

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

Por fim, vale ressaltar que não compete a este Órgão se pronunciar a respeito da Representação Penal para Fins Penais que se encontra apenso a este processo. As normas que regem a formulação da representação fiscal destinam-se às autoridades administrativas responsáveis pelo lançamento. A este Colegiado cabe apenas se pronunciar sobre o litígio fiscal instaurado com a impugnação da matéria tributada no Auto de Infração.

Em face ao exposto, REJEITO as preliminares de decadência, nulidade do lançamento por vício formal, nulidade do lançamento por quebra ilícita do sigilo bancário, anterioridade e irretroatividade da Lei Complementar nº 105/2001 e da Lei nº 10.174/2001, e, no mérito, DOU provimento PARCIAL ao recurso, para excluir o valor de R\$116.200,00 e R\$4.000,00 da base de cálculo apurada nos anos de 1999 e 2000, respectivamente.

Sala das Sessões - DE, 23 de abril de 2008.

  
JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS