



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

**Processo n°** 11065.005081/2003-57  
**Recurso n°** 143.558 Voluntário  
**Matéria** IRPF - Ex(s): 1999  
**Acórdão n°** 102-48.948  
**Sessão de** 06 de março de 2008  
**Recorrente** AILTON ALBUQUERQUE DIAS  
**Recorrida** 4ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS

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

Exercício: 1999

NULIDADE DO LANÇAMENTO. VÍCIO FORMAL. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. INOCORRÊNCIA. O MPF não se constitui ato essencial à validade do lançamento, de sorte que a sua ausência ou falta da prorrogação do prazo nele fixado não retira a competência do auditor fiscal que é estabelecida em lei.

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.


OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OPERAÇÕES COMERCIAIS. EQUIPARAÇÃO A PESSOA JURÍDICA. Comprovado que os valores creditados em conta bancária têm origem em atividade comercial do autuado, a exigência tributária deve ser dirigida à cobrança do IRPJ e contribuições sociais.

Preliminares rejeitadas.


Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares e, no mérito, DAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.



IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO  
Presidente



JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS  
Relator

FORMALIZADO EM: **05 MAI 2008**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Naurý Frágoso Tanaka, Silvana Mancini Karam, Alexandre Naoki Nishioka, Núbia Matos Moura, Vanessa Pereira Rodrigues Domene e Moisés Giacomelli Nunes da Silva.

## Relatório

O recurso voluntário em exame pretende a reforma do Acórdão DRJ/POA nº 10.13.295, de 05/09/2007 (fls. 261/286), que, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares suscitadas e, no mérito, julgou procedente o Auto de Infração.

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

“Contra o contribuinte retro mencionado foi lavrado o Auto de Infração do Imposto de Renda de Pessoa Física de fls. 137/142, acompanhado do Termo de Verificação Fiscal de fls. 125/136, exigindo o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 561.711,33, incluindo multa de ofício de 75% e juros de mora.

Da ação fiscal restou a constatação da seguinte irregularidade: - OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA. Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em conta(s) de depósito ou de investimento, mantida(s) em instituição (ões) financeira(s), em relação as quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

**Enquadramento Legal:** Art. 42 da Lei nº 9.430/96; Art. 4º da Lei nº 9.481/97; Art. 21 da Lei nº 9.532/97.

Não se conformando com a exigência, o contribuinte apresentou impugnação tempestivamente às fls. 148/198. Esta 4ª Turma de Julgamento da DRJ/POA, apreciando o litígio na sessão ordinária de 16 de setembro de 2004, por unanimidade de votos, indeferiu as preliminares por incabíveis e, no mérito, julgou procedente o lançamento, conforme Acórdão nº 4.425 (fls. 200/208), tendo como relator o julgador José Maurício de Souza Queiroz.

Por sua vez, na fase recursal, os membros da Segunda Câmara do Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolheram a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância, por cerceamento do direito de defesa, determinando o retorno dos autos à autoridade julgadora para nova decisão, conforme Acórdão nº 102-47.524, de 27 de abril de 2006 (fls. 250/254).

Em visto disso, cabe inicialmente registrar as razões constantes da impugnação apresentada pelo contribuinte. A fim de embasar seu pleito alega o impugnante que:

- *“fazia consultoria na área econômica para diversas empresas”, pelo que a movimentação observada em tais contas-correntes “referia-se a empréstimos que se fazia as empresas que eram pagos com duplicatas e cheques”;*

- o Mandado de Procedimento Fiscal foi emitido posteriormente ao Termo de Intimação nº. 01 que deu início à fiscalização;

- cabia à fiscalização identificar e excluir as parcelas referentes a depósitos entre as contas do próprio contribuinte. E, de fato, é elevado, no caso concreto, o valor a ser excluído. Apenas para ilustrar – e a prova a ser juntada aos autos o comprovará – a totalidade, ou quase a totalidade, dos

cheques emitidos na conta-corrente do Banco Meridional Santander foram depositados na conta-corrente do Banco do Brasil;

- é óbvio que, se fosse do contribuinte o ônus de comprovar que determinado depósito tem como origem a transferência de outra conta do mesmo titular, não haveria a necessidade de que a lei o explicitasse, pois a hipótese estaria incluída no *caput* do dispositivo;

- a obrigação de identificar e excluir tal parcela, portanto, cabe ao fisco, constituindo-se em pressuposto essencial à correta apuração do crédito tributário. Logo, não se tendo atendido a tal exigência para a formalização do lançamento no caso concreto, cabe a sua anulação, para que outro seja formalizado, como de direito;

- a Lei nº 9.311, de 24/10/1996, ao instituir a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira, cuidou de resguardar, expressamente, o sigilo bancário dos contribuintes, proibindo, em seu Art. 11, § 3º, que a autoridade fiscal pudesse utilizar as informações a ele relacionadas para a constituição de crédito tributário diverso;

- em que pese a clareza do texto legal – expresso em estabelecer que a nova disposição legal entraria em vigor em 09/01/2001, data de sua publicação – a douda fiscalização resolveu, no curso do ano-base 2003, aplicar tal dispositivo legal retroativamente, ou seja, relativamente ao ano-base 1998, procedimento manifestadamente ilegal, por afronta ao princípio da *irretroatividade*;

- ainda que se pudesse aludir à aplicação de tal dispositivo na espécie, seu § 2º, por si só, exclui-lhe a aplicação. Com efeito, a autoridade fiscal, “in casu”, utilizou-se de informações cujo acesso, pela legislação em vigor à época do fato gerador do tributo, lhe era vedado, no ano de 2003, para o efeito de promover fiscalização de imposto de renda da pessoa física. A propósito, o fato gerador do IRPF se estabelece em período certo – um ano – devendo o contribuinte apresentar sua declaração de ajuste até o último dia útil do mês de abril subsequente ao período-base, nos termos do art. 12, § 2º, da Lei 8.383/91;

- portanto, deve ser anulado o presente lançamento, pois baseado em informações fornecidas pelas instituições financeiras, relativas à apuração e cobrança da CPMF, informações essas que não poderiam ser utilizadas para a “*constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos*”, nos termos da redação original do Art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96;

- ao ser intimado para que justificasse a origem dos depósitos efetuados em suas contas bancárias, o peticionário informou que a movimentação financeira observada “*referia-se a empréstimos que se fazia as empresas que eram pagos com duplicatas e cheques*” (fls. 124);

- tal afirmação foi inclusive acolhida no relatório Fiscal, sendo, portanto, fato incontroverso que o contribuinte – em pequena escala e de modo não-profissional – concedia empréstimos para algumas poucas empresas, antecipando, com determinado deságio, correspondente aos juros da operação, o valor de cheques e duplicatas que lhe eram repassados;

- dessa forma, ainda que se pretenda fazer incidir no caso concreto o art. 42 da lei nº 9.430/96, porque, segundo o Relatório Fiscal, o contribuinte não teria logrado, durante a fiscalização, proceder à “*identificação individualizada dos depósitos, sendo necessário coincidir valor, data e até mesmo depositante com os respectivos documentos probantes*” (fls. 127), para a aplicação da presunção legal nele prevista, deve-se ter em consideração as circunstâncias do caso concreto. Assim, ainda que, nos termos do aludido dispositivo, fossem considerados todos os depósitos efetuados em sua conta-corrente, não se poderia olvidar que a origem dos mesmos são operações de empréstimo, pelo que apenas seria passível de tributação a parcela auferida a título de juros ativos, e não a totalidade dos créditos, como se tudo fosse receita;



- mostra-se fundamental verificar se a invocada presunção legal fora, ou não, adequadamente aplicada ao caso. Isso porque, pelo princípio da tipicidade do direito tributário – que abrange os tipos presuntivos – não é possível estender os tipos tributários para hipóteses outras, por ele não contempladas, o que, no caso concreto, serviria de artifício para, obliquamente, inverter o *onus probandi*. Assim sendo, demonstrado que o fisco utilizou-se de forma inadequada da presunção, para finalidades além das que lhe são próprias, impõe-se a improcedência do lançamento, à falta de prova dos elementos que compõem a hipótese de incidência do imposto de renda da pessoa jurídica e reflexos;

- feita essa referência, resta examinar a hipótese de incidência da presunção legal erigida no art. 42 da Lei nº 9.430/96, e se a utilização dela feita na presente ação fiscal circunscreveu-se, ou não, aos limites do tipo. E neste ponto, com todo o respeito, verifica-se equívoco manifesto! Simplesmente, ampliou-se a aplicabilidade e os efeitos da referida presunção, pra “*legitimar*” um lançamento sem a mínima base empírica;

- com efeito, é de sabença comum que o art. 42 da Lei nº 9.430/96 foi introduzido visando ao aperfeiçoamento da legislação tributária no que se refere à tributação de depósitos bancários não declarados. Até então, era bastante comum efetuar-se um lançamento de ofício, exclusivamente com base depósitos em conta bancária, considerando-se como receita omitida o total creditado e não declarado;

- porém, já nessa época, não bastava provar a existência dos depósitos. Esse elemento era essencial, mas não suficiente à tributação de que se trata. Deveria a fiscalização, ainda, provar que os depósitos decorriam de atividades do contribuinte, e que não haviam sido submetidos à tributação, não se podendo inferir, pura e simplesmente, que os depósitos corresponderiam a receitas omitidas;

- tão pacífico tal entendimento, que sobreveio o Decreto-lei 2.471/88, determinando, no seu art. 9º, inciso VII, a anulação de todos os lançamentos feitos com base em depósitos bancários.

- no caso, o contribuinte afirmou que a movimentação financeira constatada em suas contas bancárias decorria de empréstimos que concedia, de forma não-profissional, a algumas poucas empresas. Essa alegação é inclusive acolhida pelo relatório fiscal;

- relevante notar que, embora se trate de fato incontroverso nos autos, a documentação a ser juntada oportunamente, tão logo fornecida pelas instituições financeiras, demonstrará justamente a veracidade da alegação do contribuinte, evidenciando, igualmente, o equívoco em que incidiu o lançamento;

- já se viu que o peticionário, de forma não-profissional, concedia empréstimos a determinadas empresas. Tais operações consistiam na antecipação, com certo deságio, de valores referentes a cheques e duplicatas que lhes eram entregues por tais pessoas jurídicas, pessoas de sua relação, tudo sem caráter profissional;

- nota-se, assim, que a atividade do contribuinte muito se assemelhava à atividade de fomento comercial, mormente com esta não se confunda, face ao seu caráter não-profissional. Realmente, a *factoring* – assim como procedia o peticionário, embora esse atuasse de forma não-profissional – adquire títulos de créditos e outros papéis de terceiros, tudo por um determinado valor. Posteriormente, a *factoring* vai resgatando esses mesmos papéis (“*direitos creditórios*”) pelo seu valor de face, ingressando em seu caixa, destarte, a totalidade da operação. Esse o ponto fundamental: quando a *factoring* resgata determinado papel, ela recebe o valor de face! A receita a ser considerada, contudo, corresponde apenas à diferença entre o valor de compra do título e o valor de venda, ou seja, o deságio aplicado sobre o valor de face do título, no ato de sua aquisição;

- logo, mostra-se impossível considerar como receita omitida a totalidade dos depósitos efetuados na conta bancária do peticionário, devendo-se aplicar na espécie, por analogia, a

regulamentação específica da atividade de *factoring*, o que, igualmente, impõe seja modificado o lançamento formalizado;

- a própria legislação exclui a exigência de comprovação dos depósitos até o limite de R\$ 80.000,00 no ano, parcela que, por essa razão, deve ser excluída do lançamento;

Por fim, se insurge contra a inaplicabilidade da taxa SELIC para apuração dos Juros de Mora.

Suas razões de impugnação podem ser sintetizadas na seguinte linha de raciocínio:

Razões de Impugnação
<i>Preliminarmente: a ação fiscal é nula "ab initio", porquanto inexistia autorização para a emissão do Termo de Intimação nº. 01.</i>
<i>Preliminarmente: o procedimento adotado na ação fiscal não é adequado, tendo-se tributado parcelas que a própria lei determina expressamente sejam excluídas, sendo nulo por isso o lançamento.</i>
<i>Preliminarmente: o lançamento é nulo, porquanto baseado em prova colhida a partir da aplicação retroativa de alteração legal.</i>
<i>O Art. 42 da Lei 9.430/96 é inaplicável na espécie, em que, quando muito, poderia haver presunção de juros ativos.</i>
<i>Depósitos em conta-corrente, por si só, não são fato gerador do IRPF, sendo vazio o lançamento.</i>
<i>Dever-se-ia, por analogia, ter aplicado o Ato Declaratório nº 31/97, que regula a tributação das factoring.</i>
<i>Não se pode admitir que a aplicação de presunção legal venha a ter efeito de confisco.</i>
<i>A própria lei tem como natural, no caso específico das pessoas físicas, não haja comprovação dos depósitos efetuados em conta bancária, ao menos até o limite de R\$ 80.000,00, devendo-se excluir essa parcela da base de cálculo do lançamento.</i>
<i>É inaplicável a SELIC para a apuração dos juros de mora.</i>

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

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

*Exercício: 1999*

***NULIDADE - IMPROCEDÊNCIA.***

*Não procedem as argüições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72.*

***LEGISLAÇÃO QUE AMPLIA OS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO.***

*A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, sendo incabível falar-se em irretroatividade de lei que amplia os meios de fiscalização.*

***OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.***

*f*

*Caracterizam-se como omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

*INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA* Tratando-se de uma presunção legal de omissão de rendimentos, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova ao contribuinte. Somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

*JUROS DE MORA. TAXA SELIC.*

*Sobre os créditos tributários vencidos e não pagos incidem juros de mora calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.*

*"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, nos período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais".*

*Lançamento Procedente.*

Em sua peça recursal às fls. 288/317, foram suscitadas as mesmas questões declinadas em sede de impugnação

Arrolamento de bens controlado no Processo de nº 11065.005082/2003-00.

É o Relatório.



## Voto

Conselheiro JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento por falta de mandado de procedimento fiscal ao tempo do início da ação fiscal. Nos termos do artigo 7º do Decreto nº 70.235, de 1972, o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, inaugura o procedimento de fiscalização. No caso em exame, o Termo de Início de Fiscalização encontra-se datado de 05/02/2003 e o MPF, de 06/02/2003.

No entanto, ambos foram enviados ao domicílio tributário do sujeito passivo na mesma oportunidade, conforme consta no AR à fl. 06. Desta forma, quando o contribuinte tomou ciência do Termo de Início de Fiscalização, em 14/02/2003 (momento a partir do qual se exclui a espontaneidade por sessenta dias), o MPF estava plenamente válido.

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*".

Considerando que o funcionário encontrava-se no exercício de suas funções de acordo com a lei, que lhe outorgou competência para as atividades de fiscalização e lançamento, sob pena de responsabilidade funcional (Decreto-lei nº 2225/85 e artigo 142 do CTN), e que Portaria da SRF não tem o condão de alterar a competência do fiscal, por sua posição hierarquia de norma complementar e em face da reserva legal sobre a matéria, rejeito a preliminar suscitada.

Eventuais falhas, portanto, decorrente do MPF caracteriza poderá caracterizar uma irregularidade administrativa, a ensejar apuração de falha funcional do autuante, mas jamais irá macular de nulidade o lançamento, regido estritamente por norma jurídica de base legislativa.



Neste sentido, filio-me ao entendimento majoritário expressado em diversos acórdãos dos Conselhos de Contribuintes que nem mesmo a falta do MPF inicial acarreta a nulidade do procedimento, mas tão-somente uma irregularidade administrativa. Confira-se:

*Ementa :MPF – FALTA DE RENOVAÇÃO NO PRAZO REGULAMENTAR – NULIDADE – INOCORRÊNCIA – O desrespeito à renovação do MPF no prazo previsto na Portaria SRF 1265/99 não implica na nulidade dos atos administrativos posteriores. Recurso voluntário negado. (CSRF/01-05.189, Sessão de 14/03/2005).*

*Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PORTARIA SRF Nº 1.265/99. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE. O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infralegal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal. A Portaria SRF nº 1.265/99 estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, sendo o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF mero instrumento de controle administrativo da atividade fiscal. EXIGÊNCIA FISCAL. FORMALIZAÇÃO. Não provada violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, nem nos arts. 7º, 10 e 59 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade, quer do lançamento, quer do procedimento fiscal que lhe deu origem. (ACÓRDÃO 203-08483, Sessão de 16/10/2002) Ementa: NULIDADE - INOCORRÊNCIA - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infralegal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal. (Acórdão 108-08091, Sessão de 01/12/2004).*

*Ementa : recurso "ex officio" – MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – MPF. O Mandado de Procedimento Fiscal instituído pela Port. SRF nº 1.265, de 22/11/99, é um instrumento de planejamento e controle das atividades de fiscalização, dispondo sobre a alocação da mão-de-obra fiscal, segundo prioridades estabelecidas pelo órgão central. Não constitui ato essencial à validade do procedimento fiscal de sorte que a sua ausência ou falta da prorrogação do prazo nele fixado não retira a competência do auditor fiscal que é estabelecida em lei (art. 7º do Lei nº 2.354/54 c/c o Dec.lei nº 2.225, de 10/01/85) para fiscalizar e lavrar os competentes termos. A inobservância da mencionada portaria pode acarretar sanções disciplinares, mas não a nulidade dos atos por ele praticados em cumprimento ao disposto nos artigos 950, 951 e 960 do RIR/94. 142 do Código Tributário Nacional. (Acórdão 107-07756, Sessão de 12/08/2004)*

A preliminar de nulidade do lançamento por violação ao princípio da irretroatividade também não merece melhor sorte.

A Lei nº 10.174, de 2001, não estabeleceu nova forma de determinação do imposto. 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

f

bancários sem origem comprovada. Como norma instrumental que é tem seus efeitos regidos pelo § 1º do artigo 144 do CTN.

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 da presunção estabelecida no 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.

Não houve, portanto, aplicação retroativa da Lei nº 10.174, de 09/01/2001, mas apenas sua aplicação imediata sobre os efeitos ainda pendentes dos atos jurídicos praticados ou constituídos sob a vigência da lei anterior (§ 3º, artigo 11, da Lei nº 9.311, de 1996), com base no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e no § 1º, do art. 144, do CTN, desde que os procedimentos de fiscalização não alcancem fatos geradores atingidos pela decadência. Inaplicável ao caso a ressalva do §2º do artigo 144 do CTN, pois o IRPF, diferentemente do IPTU e IPVA que a lei fixa expressamente uma data em que se considera o fato gerador ocorrido (quem adquire e revende um imóvel dentro do mesmo ano não será contribuinte do IPTU), tem fato gerador complexo, anual com antecipações mensais, sendo contribuinte qualquer pessoa que aufera renda dentro desse período.

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 n.º 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 N.º 10.174/2001 - APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI NOVA AOS EFEITOS PENDENTES DE ATO JURÍDICO CONSTITUÍDO SOB A ÉGIDE DA LEI ANTERIOR - LEI N.º 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 n.º 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).*

As demais questões suscitadas pelo recorrente, a meu ver, estão circunscritas ao exame do mérito, à aplicação da norma do artigo 42 da Lei n.º 9.430, de 1996.

As presunções servem para que fatos de difícil comprovação direta sejam substituídos por outros que, em ocorrendo, darão fortes indícios de que o fato gerador do imposto efetivamente ocorreu. O fato indiciário deve ser cuidadosamente examinado de modo que possa ser aproveitado como presunção de ocorrência do fato gerador do imposto, o que, meu ver, ainda não é possível no presente caso. Do contrário, a exigência tributária estará incidindo sobre o que não é rendimento. A norma que se constrói a partir do texto da lei deve dar vigor e contemplar todo o ordenamento jurídico.

A presunção, autorizada pelo artigo 44 do CTN, deve estabelecer seguramente o nexo causal entre o fato conhecido e o fato desconhecido e satisfazer a critérios de pertinência, razoabilidade e proporcionalidade. Se a movimentação bancária decorrer do fluxo financeiro de uma atividade comercial (capital de giro), então não poderá ser tomada como rendimento das



peças físicas nela envolvida, devendo ser arbitrado o lucro do empreendimento. A fiscalização também deve colaborar para que a verdade e a justiça prevaleçam. O Estado não tem interesse subjetivo nas questões. O fato indiciário deve ser alçado à condição de fato presuntivo após exame rigoroso por parte da fiscalização.

Desde o início do procedimento fiscal o contribuinte apresentou espontaneamente os extratos bancários e prestou os esclarecimentos solicitados, relacionando a movimentação bancária com a atividade de *factoring* (fl. 124). A fiscalização, no entanto, ficou-se inerte e constituiu o crédito tributário sem efetuar qualquer verificação complementar, mesmo havendo indícios da plausibilidade dos fatos alegados. O simples exame dos extratos bancários, com grande volume de cheques depositados, devolvidos e crédito de cobrança (fls. 115/122) já contém evidências suficientes que demonstram que a presunção adotada não tem sólidos fundamentos, ou seja, não leva a um juízo de probabilidade sustentável e contamina de incertezas o lançamento, fazendo nascer uma obrigação com vício de bases principiológicas relativas à segurança jurídica e à capacidade contributiva, o que não se admite no Direito Tributário. O princípio da verdade material decorre do princípio da oficialidade: é do interesse da administração tributária que o lançamento seja efetuado com base na verdade real.

Segundo Suzy Gomes Hoffmann<sup>1</sup>, “prova é a demonstração – com o objetivo de convencer alguém – por meios determinados pelo sistema, de que ocorreu ou deixou de ocorrer um certo fato”.

Tratando da prova jurídica, a autora utiliza conceito posto por Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>2</sup> (em Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 3ª Ed. São Paulo, Atlas, 1990, pág. 291), transcrito a seguir:

*“A prova jurídica traz consigo, inevitavelmente, o seu caráter ético. No sentido etimológico do termo – probatio advém de probus que deu, em português, prova e probo – provar significa não apenas uma constatação demonstrada de um fato ocorrido – sentido objetivo – mas também aprovar ou fazer aprovar – sentido subjetivo.*

*Fazer aprovar significa a produção de uma espécie de simpatia, capaz de sugerir confiança, bem como a possibilidade de garantir, por critérios de relevância, o entendimento dos fatos num sentido favorável (o que envolve questões de justiça, equidade, bem comum etc.)” (grifei)*

Em recente voto proferido no Acórdão nº 102-47.457, acolhido à unanimidade por este Colegiado, o i. Conselheiro Nauray Fragoso Tanaka faz as seguintes ponderações:

*(...) a verdade material deve sempre constituir objeto de busca pelo procedimento fiscal, mesmo nas situações em que a lei permite ao fisco obter o fato gerador por intermédio da ocorrência de outros que a ele estão ligados logicamente.*

*(...) a busca da verdade material que se externa obrigatória pela ordem contida no artigo 142, do CTN, e para que, por utilização*

<sup>1</sup> HOFFMANN, Suzy Gomes. Teoria da prova no Direito Tributário, Campinas, Coppola Editora, 1999, págs. 67 e 68.

<sup>2</sup> HOFFMANN, Suzy Gomes. Ob. Citada, pág. 68.

*inadequada da base presuntiva, evite-se formalização de créditos exorbitantes e em descompasso com aquele que realmente seria devido.*

Deve-se ressaltar que o *caput* do artigo 42 contém ordem para que o sujeito passivo apresente provas da origem dos recursos que serviram para efetivar os depósitos e créditos. Porém, independente da comprovação da origem e por obediência à norma do parágrafo 3º, do referido artigo, os depósitos e créditos bancários devem ser analisados individualmente pela autoridade fiscal, e, por consequência, excluídas as transferências, os valores correspondentes à renda oferecida à tributação, empréstimos, entre outros não passíveis de compor fatos que poderiam estar ligados logicamente à renda tributável não declarada. Essa análise constitui passo obrigatório para evitar ofensas à capacidade contributiva e o enriquecimento ilícito da União em razão de eventual formalização de crédito tributário em descompasso com aquele efetivamente devido, caso desprezada essa investigação.

A contribuir para esse raciocínio, verifica-se que o legislador quis eliminar de comprovação valores individuais inferiores a R\$ 12.000,00, quando durante todo o período a somatória destes resultar inferior a R\$ 80.000,00, justamente porque não se desejou colocar sob análise valores de difícil comprovação pelo titular da conta – retornos de saques, depósitos de pequenas quantias cedidas a amigos, etc. – e somente quando estes superem o limite de R\$ 80.000,00 devem, então, sujeitar-se à comprovação da origem. Neste ponto, o pedido do recorrente para que se exclua referido montante não se aplica ao caso em exame, pois o volume de crédito supera referido limite.

Um dos motivos determinante desse posicionamento foi a premissa de que ultrapassando esse patamar poderia indicar a existência de uma atividade profissional de fundo - comercial, prestação de serviços, factoring etc - que merecesse investigação mais detalhada, e por consequência, os dados apresentados pela pessoa investigada estariam a permitir a identificação da atividade exercida, situação que levaria a uma tributação correta pela aplicação da norma à espécie de rendimentos identificada. No entanto, não é essa forma de abstrair os conceitos postos na dita lei que está predominando na interpretação do fisco, e exige-se tributo sobre toda a renda apurada com base na somatória dos depósitos, independente das provas indiciárias da presença de outras atividades. A situação em exame não foge à regra citada.

De acordo com essa interpretação é que vejo a tributação posta neste ato administrativo como resultante de uma aplicação da norma em conflito com aquela que determina a hipótese de incidência do tributo, justamente porque permite exigir tributo de valores que, comprovadamente, não se prestam para servir de base presuntiva de renda omitida, situação da qual resulta exigência de tributo sobre renda que não é renda.

Como afirmado antes, o exame dos extratos bancários é o ponto de partida para a aplicação do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. O histórico dos lançamentos a crédito nas contas bancárias do contribuinte, conforme listagem elaborada pela própria fiscalização (fls. 115/122) demonstra que a presunção adotada não tem sólidos fundamentos. A elevada quantidade de cheques depositados, créditos de cobrança e cheques devolvidos são fatos denotativos de atividade de *factoring*, passível de ser tributado no IRPJ. Capital de giro pertencente à atividade comercial do autuado ou de terceiro não pode ser considerado rendimento líquido. Se não for possível aferir a margem de lucro, por falta de escrituração e de documentação hábil a comprovar as operações, deve-se efetuar o arbitramento do lucro, conforme determina a legislação tributária.



A jurisprudência desse Conselho de Contribuintes tem caminhado no mesmo sentido das conclusões aqui expostas; e não poderia ser diferente, pois converge à melhor interpretação das normas vigentes sobre a matéria:

*EQUIPARAÇÃO DE PESSOA FÍSICA A PESSOA JURÍDICA – INSCRIÇÃO DE OFÍCIO NO CNPJ – Constatado pela fiscalização, que a pessoa física exercia atividade mercantil, correta a sua consideração como pessoa jurídica e a sua inscrição de ofício no CNPJ, nos termos do art. 127 do RIR/94, de forma a buscar a sua exata qualificação e possibilitar o adequado lançamento dos tributos cabíveis.*

*OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA – INEXISTÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO - ARBITRAMENTO DO LUCRO. Constatado pela fiscalização que a movimentação bancária da pessoa física provém da exploração de atividade mercantil e uma vez equiparada a pessoa jurídica, correta a consideração dos depósitos bancários de origem não comprovada, de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430/96, como receita, para fins de arbitramento do lucro, por inexistência de escrituração. (Acórdão 107-08228, Sessão de 11/08/2005).*

*IMPOSTO SOBRE A RENDA. TRIBUTAÇÃO. EQUIPARAÇÃO DE PESSOA FÍSICA A PESSOA JURÍDICA - Caracterizam-se como empresas individuais, as pessoas físicas que, em nome individual, explore, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços. Comprovado que nos anos-calendário de 1998 a 2002 as atividades exercidas pelo contribuinte equipara-o a pessoa jurídica, os resultados destas estão excluídos das regras para a incidência do imposto sobre a renda de pessoa física. (Acórdão 106-14602, Sessão de 18/05/2005).*

*IRPJ - REVENDA DE MERCADORIAS - EQUIPARAÇÃO À PESSOA JURÍDICA - A venda de mercadorias por pessoa física que desenvolve com habitualidade, em nome individual, atividade econômica de natureza comercial, impõe-se a equiparação à pessoa jurídica.*

*ARBITRAMENTO - A inexistência de escrituração fiscal e comercial, justifica-se o arbitramento dos lucros, com base nas receitas apuradas pelo fisco. (Acórdão 104-16978, Sessão de 14/04/1999).*

*OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - COMPROVAÇÃO DA ORIGEM - INTERMEDIÇÃO DE NEGÓCIOS - Na apreciação de prova o julgador tem plena liberdade para formar seu convencimento. Comprovada a origem de depósitos bancários, deve cancelar-se a exigência nessa parte.*

*DEPÓSITOS BANCÁRIOS - TRIBUTAÇÃO - OPERAÇÕES DE EMPRÉSTIMOS DE RECURSOS FINANCEIROS - EQUIPARAÇÃO A PESSOA JURÍDICA - À luz do art. 150, inciso II, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), verificado que o contribuinte realiza operações de empréstimos de recursos financeiros, em caráter habitual, deve ser efetuada a equiparação a pessoa jurídica para fins*

*de exigência dos tributos devidos nessa parte. (Acórdão 102-47928, Sessão de 21/09/2006).*

Resta, por fim, esclarecer o recorrente que no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes não cabe mais discutir a respeito da aplicação da taxa SELIC como juros de mora nos créditos tributários, tendo em vista a edição da Súmula nº 04, a seguir transcrita, de aplicação obrigatória pelas Câmaras que compõem referido Órgão:

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

Em face ao exposto, REJEITO as preliminares de nulidade do lançamento e, no mérito, DOU provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 06 de março de 2008.

  
JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS