



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.005250/2003-59
Recurso nº. : 142.603
Matéria : IRPF - Ex(s): 1999
Recorrente : CRISTIANO KROEFF
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ em PORTO ALEGRE - RS
Sessão de : 16 DE MARÇO DE 2005
Acórdão nº. : 106-14.475

IRPF – LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS –CONTA CONJUNTA - Tratando-se de conta bancária conjunta, a tributação com fulcro em omissão de rendimentos calcada em depósitos bancários, deve se dar rateando-se os valores dos depósitos de origem não justificada entre os co-titulares. O preceito que atribui a cada um dos co-titulares da conta bancária a responsabilidade pela omissão de rendimentos não veicula norma que modifica os aspectos materiais do tributo, devendo-se aplicar a fato geradores pretéritos.

EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO PELO COLEGIADO JULGADOR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - Apesar de ser definitivo, o lançamento pode ser alterado, quer em razão de impugnação levada a cabo pelo contribuinte, quer em razão de revisão de ofício pela autoridade lançadora. O agente administrativo tem por missão não só proceder obrigatoriamente ao lançamento, quando verificar a ocorrência de fato gerador, como também de rever o lançamento, quando verificar não estar a exigência de acordo com os ditames legais.

LEGISLAÇÃO QUE AMPLIA OS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE - A Lei nº 10.174, de 2001, que deu nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, permitindo o cruzamento de informações relativas à CPMF para a constituição de crédito tributário pertinente a outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, disciplina o procedimento de fiscalização em si, e não os fatos econômicos investigados, de forma que os procedimentos iniciados ou em curso a partir de janeiro de 2001 poderão valer-se dessas informações, inclusive para alcançar fatos geradores pretéritos.

TRIBUTAÇÃO PRESUMIDA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA - O procedimento da autoridade fiscal encontra-se em conformidade com o que preceitua o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, em que se presume como omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantidos em instituição financeira, cuja origem dos recursos utilizados nestas operações, em relação aos quais o titular pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, 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 utilizados



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

para acobertar seus depósitos bancários, que não pode ser substituída por meras alegações.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - À autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade da mesma, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, com atribuição determinada pelo artigo 102, I, "a", e III, "b", da Constituição Federal.

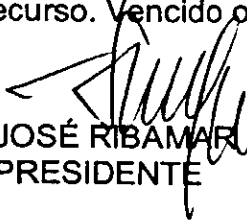
EXCLUSÃO DE DEPÓSITOS QUE NÃO ULTRAPASSAREM R\$ 12.000,00 - Por determinação legal, apenas devem ser retirados da tributação os depósitos que não ultrapassem o valor individual de R\$ 12.000,00, desde que o somatório anual dos valores depositados no conjunto de contas correntes seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00.

JUROS DE MORA - 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 em lei tributária (art. 161, CTN) **TAXA SELIC** - Legítima a aplicação da taxa SELIC, para a cobrança dos juros de mora, a partir de partir de 1º de abril de 1995 (art. 13, Lei nº 9.065/95).

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CRISTIANO KROEFF.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento relativa à impossibilidade de irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Romeu Bueno de Camargo, Gonçalo Bonet Allage, José Carlos da Matta Rivitti e Wilfrido Augusto Marques, e, no mérito, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Wilfrido Augusto Marques.


JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA
PRESIDENTE


ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA
RELATORA



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

FORMALIZADO EM: 27 MAR 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO e LUIZ ANTONIO DE PAULA.

J



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

Recurso nº : 142.603
Recorrente : CRISTIANO KROEFF

RELATÓRIO

O auto de infração de fls. 329 a 335 exige do contribuinte acima identificado o montante de R\$ 1.657.805,30 a título de imposto sobre a renda das pessoas físicas (IRPF), acrescido de multa de ofício equivalente a 150% do valor do tributo apurado, além de juros de mora, em face de haver sido constatada a omissão de rendimentos caracterizados por depósitos bancários cuja origem não restou comprovada, nos termos do disposto no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, artigo 4º da Lei nº 9.481, de 14/08/1997, artigo 21 da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 e artigo 58 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002. O enquadramento legal da multa e dos acréscimos está discriminado à fl. 334.

2. A operação fiscal foi desencadeada com a constatação da divergência entre os valores movimentados em contas-correntes bancárias de titularidade do Sr. Antônio Carlos Kroeff, CPF nº 003.572.000-04, pai do fiscalizado, cuja movimentação financeira, verificada a partir dos dados da CPMF, era incompatível com as declarações de rendimentos. Em verificação da titularidade das contas-correntes foi constatado que as contas bancárias mantidas no Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Brasil, sob nº 200532-9, no Banco Bandeirantes, sob nº 217-000767-1/001, e no Banco Matone, sob nº 026909.000-0, eram conjuntas com o Sr. Cristiano Kroeff, sendo que as Declarações de Ajuste Anual do ano-calendário de 1998 foram apresentadas em separado.

3. O detalhamento das ocorrências durante a ação fiscal encontra-se detalhado no Relatório de Ação Fiscal de fls. 300 a 309.

4. O sujeito passivo foi cientificado do lançamento em 17/11/2003, e, não concordando com a exigência, apresentou, em 09/12/2003, a impugnação de fls. 341 a 387, onde apresenta em sua defesa, em apertada síntese, os seguintes argumentos:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

I – a autoridade fiscal valeu-se indevidamente das informações fornecidas pelas instituições financeiras do Sr. Antônio Carlos Kroeff, seu pai, no ano de 1988, que somente deveriam servir à apuração da CPMF, pois relativas a período anterior à alteração legislativa introduzida pela Lei nº 10.174, de 09/01/2001;

II – não obstante a afirmação prestada pelo seu pai, de que os recursos que transitaram em suas contas-correntes bancárias são de sua inteira responsabilidade, pois decorreram exclusivamente de suas atividades profissionais, o que foi confirmado pelo autuado;

III – indevida aplicação do § 6º, do artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, inserido pelo artigo 58 da Lei nº 10.637, de 2002, por ser esta norma posterior à ocorrência do fato gerador;

IV - não foram excluídas da tributação as parcelas referentes a depósitos entre contas do mesmo titular;

V – após retirar-se da empresa Finansinos, da qual era sócio, e com os recursos daí decorrentes, na qualidade de pessoa física, continuou emprestando dinheiro para pessoas conhecidas, de modo que a movimentação financeira é concernente a operações de empréstimos, mediante desconto de cheques ou notas promissórias, ante a cobrança de um percentual de deságio de no máximo 3%, informação prestada durante a ação fiscal, e que não foi rechaçada no Relatório Fiscal;

VI – impossibilidade de fundar o lançamento do imposto sobre a renda exclusivamente em depósitos bancários;

VII – a atividade do primeiro titular das contas-correntes muito se assemelhava ao fomento mercantil, embora com esta não se confunda, face ao seu caráter não profissional, devendo aplicar-se à espécie, por analogia, a regulamentação específica da atividade de *factoring*;

VIII – o auto de infração viola os princípios da capacidade contributiva e da vedação do confisco;

IX – impõe-se a redução da base de cálculo, excluindo-se os depósitos inferiores a R\$ 12.000,00, até a soma no ano de R\$ 80.000,00, conforme determina o artigo 42, § 3º, II, da Lei nº 9.430, de 1996;

5 f



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59

Acórdão nº : 106-14.475

X – inaplicabilidade da multa agravada por não ter agido com evidente intuito de fraude;

XI – inaplicabilidade da utilização da taxa SELIC para apuração dos juros de mora.

5. Os membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre- RS acordaram por dar o lançamento como parcialmente procedente, desqualificando a multa de ofício e reduzindo o seu percentual a 75%, e reduzindo a base de cálculo, para excluir valores referentes operações oriundas de transferências de outras contas em que o autuado também era titular, resumindo seu entendimento no termos da ementa a seguir transcrita:

“Ementa: Caracterizam-se como omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a 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.

MULTA QUALIFICADA - Não se verificando o evidente intuito de fraude caracterizado por atos tendentes a não pagar ou reduzir o tributo improcede a aplicação da multa qualificada.

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.

Lançamento Procedente em Parte.”

6. Intimado em 10/08/2004, o sujeito passivo, irredimido, interpôs, tempestivamente, recurso voluntário, para cujo seguimento foi considerado o arrolamento de bens prestado pela autoridade fiscal e formalizado pelo processo administrativo nº 11065.005251/2003-01.

7. Na petição recursal o sujeito passivo apresenta os seguintes argumentos de defesa:

I – como preliminar de nulidade do acórdão recorrido:

a) não tratou da requisição para realização de prova testemunhal, pelo que deve ser anulado, nos termos do artigo 59, II, do Decreto nº 70.235, de 1972;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

b) os esclarecimentos por ele prestados, corroborados por diversas provas, não poderiam ter sido simplesmente desconsiderados, sem prova de inexatidão ou falsidade;

II – como preliminar de nulidade do auto de infração:

a) a indevida aplicação do § 6º, do artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, inserido pelo artigo 58 da Lei nº 10.637, de 2002, pois que posterior à ocorrência do fato gerador;

b) a não exclusão da tributação das parcelas referentes a depósitos entre contas do mesmo titular, pois que, indevido o ajuste empreendido pelo acórdão de primeira instância, quando cabia a desconstituição integral da exigência fiscal;

c) o auto de infração foi lavrado com base em alteração legislativa introduzida pela Lei nº 10.174, de 09/01/2001, violando o princípio da irretroatividade;

III – no mérito:

a) impossibilidade, na espécie, de fundar o lançamento exclusivamente em depósitos bancários, pois, tendo esclarecido que os depósitos teriam como origem operações de empréstimos, necessário era verificar materialmente a veracidade de tal afirmação;

b) estando provado que o primeiro titular das contas bancárias objeto da exação, ainda que de modo não profissional, concedia empréstimos para determinadas empresas e pessoas físicas, não é possível aplicar, sem qualquer moderação, a presunção legal prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, pois que os créditos efetuados em tais contas-correntes correspondem ao pagamento de empréstimos antes concedidos, sendo que a receita efetiva é apenas a diferença entre o valor emprestado e aquele recebido, ou seja, os juros ativos, sobre os quais deve recair a tributação;

c) a atividade do primeiro titular das contas-correntes muito se assemelhava ao fomento mercantil, embora com esta não se confunda, face ao seu caráter não profissional, devendo aplicar-se à espécie, por analogia, a regulamentação específica da atividade de *factoring*;

J

P



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

d) a exação viola os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, por representar valor superior a duas vezes a totalidade de seu patrimônio;

e) impõe-se a redução da base de cálculo, excluindo-se os depósitos inferiores a R\$ 12.000,00, até a soma no ano de R\$ 80.000,00, conforme determina o artigo 42, § 3º, II, da Lei nº 9.430, de 1996;

f) inaplicabilidade da utilização da taxa SELIC para apuração dos juros de mora.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

VOTO

Conselheira ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA, Relatora.

O recurso obedece aos requisitos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

O objeto da controvérsia ora em análise é o auto de infração lavrado contra o recorrente, que teve como objeto depósitos bancários efetuados em contas-correntes das quais é co-titular, cuja origem dos recursos não foi esclarecida pelo autuado.

A base legal que deu suporte à exação foi o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, artigo 4º da Lei nº 9.481, de 14/08/1997, artigo 21 da Lei nº 9.532, de 10/12/1997 e artigo 58 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002.

Primeiramente, cabe analisar as argumentações do recorrente acerca da nulidade do auto de infração, por serem questionamentos que podem deitar por terra a exação.

Aduz o recorrente que foram aplicadas as determinações do § 6º, do artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, inseridas pelo artigo 58 da Lei nº 10.637, de 2002, cuja entrada em vigor se deu posteriormente à ocorrência do fato gerador.

Realmente, ao citado artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, foram acrescentados os §§ 5º e 6º, por meio do artigo 58 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002, com a seguinte redação:

Art. 58. O art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 5º e 6º:

"Art. 42.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

peessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

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

A norma veiculada no novel § 6º determina que, restando comprovado trata-se de conta bancária em que figurem co-titulares, deve a exação referente a depósitos bancários de origem não justificada recair sobre cada um deles proporcionalmente.

Nada mais acertado que a adoção de providência no sentido de que, em se tratando a tributação veiculada pelo *caput* do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, de presunção de omissão de rendimentos, registrada por depósitos bancários cuja origem não fora devidamente comprovada, a imposição tributária, em casos de contas bancárias conjuntas, recaia sobre cada um dos co-titulares de forma proporcional.

Portanto, correta a posição adotada pelos membros do órgão julgador de primeira instância, ao exonerar o co-titular da exação do valor referente a 50% dos depósitos bancários, devendo, entretanto, ser efetuado o lançamento da parte exonerada tendo como sujeito passivo o outro co-titular da conta bancária, desde que observado o prazo decadencial.

Pois que, conforme dita o artigo 43 do Código Tributário Nacional, o imposto sobre a renda tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza. Dessarte, nada mais pertinente que, na tributação da omissão de rendimentos, seja atribuído a cada um dos co-titulares da conta bancária a responsabilidade pela infração no valor proporcional a cada uma das partes.

Tratando-se tal norma de princípio basilar da tributação do imposto sobre a renda, a inserção do § 6º ao artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, apenas



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

veiculou norma no sentido de esclarecer como deve se dar a tributação da presunção da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, quando a conta bancária fosse de mais de um titular. Disciplinando o procedimento de fiscalização em si, e não os fatos econômicos investigados, de forma que os procedimentos iniciados ou em curso a partir da data de sua publicação, sejam pautados pela sua diretiva, mesmo para alcançar fatos geradores pretéritos.

Isto porque o direito tributário contém normas materiais ou substantivas e normas procedimentais ou adjetivas. Sendo que o direito tributário material diz respeito à relação jurídica tributária, onde se delineiam os contornos da obrigação tributária e seus elementos: a lei e o fato gerador, enquanto as normas procedimentais se referem ao lançamento. Enquanto o direito tributário formal trata da organização administrativa tributária, do lançamento como procedimento administrativo, sua natureza jurídica, função e modalidades.

Destarte, na atividade do lançamento distingue-se a lei material, que descreve o fato típico tributário e contém a respectiva implicação consistente no pagamento do tributo, das leis de natureza apenas adjetiva, que dizem respeito ao modo pelo qual é realizada a atividade de lançamento.

A lei material é aquela aplicada na atividade do lançamento, determinando e quantificando a obrigação tributária principal e o correlativo crédito tributário. Integra o próprio objeto do lançamento, na medida em que é dele a fonte formal e, por isso, há de ser aquela vigente na data em que surgiram a obrigação e o respectivo crédito.

Já as leis meramente adjetivas não integram o objeto do lançamento, pois que são aplicadas à atividade de lançamento. Por se tratarem de normas de caráter processual, devem ser observadas aquelas vigentes na data em que é exercida a atividade de lançamento, sendo irrelevante que sejam posteriores ao surgimento do direito que é objeto do lançamento.

Por oportuno, trazemos excerto do item 42 da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 66, de 2002, que foi convertida na Lei nº 10.637, de 2002:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

42. As alterações propostas por meio do art. 58 objetivam estabelecer regras precisas nos casos de lançamento de ofício baseado em omissão de renda detectada por meio de movimentação financeira de origem não comprovada, nas hipóteses de utilização de interposta pessoa ou de contas conjuntas.

Sob este pórtico, pertinente que o balizamento da exação tenha se dado pelo em observância ao § 6º do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, acrescentado pelo artigo 58 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002.

Outra alegação para a nulidade do auto de infração reporta-se aos ajuste feitos á base de cálculo pelo colegiado julgador de primeira instância, pois que, entende o recorrente, que a exclusão das transferências de valores entre contas de sua titularidade, seria a comprovação de que o lançamento se dera de forma viciada.

Não assiste razão ao recorrente, pois que, outra não poderia ter sido a providência adotada pelo órgão julgador *a quo*, vez que as instâncias julgadoras administrativas, no curso do processo administrativo tributário, têm a finalidade primordial de exercer o controle da legalidade dos atos dos agentes públicos na atividade de lançamento, através da revisão dos mesmos. E, como o lançamento submetido ao contencioso administrativo fiscal somente estará definitivamente constituído após a decisão administrativa contra que não caiba mais recurso ou que o prazo para sua interposição tenha se esgotado sem tal providência, o ajuste empreendido na base de cálculo da exação não vicia o lançamento.

Cabível aqui trazermos à baila excerto de Antônio da Silva Cabral *Processo Administrativo Fiscal*, Editora Saraiva, 1993, p. 232, que ratifica a providência adotada:

Apesar de ser definitivo, o lançamento pode ser alterado, quer em razão de impugnação levada a cabo pelo contribuinte, quer em razão de revisão de ofício pela autoridade lançadora. O agente administrativo tem por missão não só proceder obrigatoriamente ao lançamento, quando verificar a ocorrência de fato gerador, como também há de ser capaz de fazer justiça e ter coragem de rever o lançamento, quando verificar não estar a exigência de acordo com a lei. (grifos da transcrição)

Assim, ao verificar que constavam da base de cálculo do lançamento transações bancárias entre contas do mesmo titular, que a lei determina sejam



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

desconsideradas, correta a determinação de sua exclusão pelos julgadores *a quo*, portanto não merecem guarida as considerações do recorrente, no sentido da nulidade do auto de infração, tendo em vista o ajuste na base de cálculo empreendido pelo colegiado julgador de primeira instância.

O recorrente argüi mais uma vez a nulidade do auto de infração, pois que, fora lavrado com base em alteração legislativa introduzida pela Lei nº 10.174, de 09/01/2001, violando o princípio da irretroatividade as leis.

Tem se firmado neste colegiado o entendimento de que a Lei nº 10.174, de 2001, que deu nova redação ao § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311, de 1996, permitindo o cruzamento de informações relativas à CPMF para a constituição de crédito tributário pertinente a outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, disciplina o procedimento de fiscalização em si, e não os fatos econômicos investigados, de forma que os procedimentos iniciados ou em curso a partir de janeiro de 2001 poderão valer-se dessas informações, inclusive para alcançar fatos geradores pretéritos.

Isto porque se trataria tal mandamento de norma procedimental ou adjetiva, que, como antes enfatizado, integra o denominado direito tributário formal, que trata da organização administrativa tributária, do lançamento como procedimento administrativo, sua natureza jurídica, função e modalidades.

Tais normas por versarem sobre matéria de caráter processual, como antes reportado, devem ser observadas aquelas vigentes na data em que é exercida a atividade de lançamento, sendo irrelevante que sejam posteriores ao surgimento do direito que é objeto do lançamento.

A distinção entre as normas materiais e as norma meramente adjetivas fica bem demarcada nas linhas do artigo 144 e seu § 1º do Código Tributário Nacional, *in litteris*:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiro.

Da leitura do dispositivo legal, depreende-se que o *caput* do artigo 144 do CTN estabelece que quanto aos aspectos materiais do tributo (contribuinte, hipótese de incidência, base de cálculo, etc), aplica-se ao lançamento a lei vigente no momento da ocorrência do fato gerador da obrigação, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

No entanto, o § 1º do mesmo artigo 144 do CTN manda aplicar a lei posterior ao fato gerador se ela instituiu novos critérios de apuração, processos de fiscalização e investigação com poderes mais eficazes da autoridade ou outorgou maiores garantias ou privilégios ao crédito tributário. Ou seja, quanto aos aspectos meramente formais ou procedimentos atinentes ao lançamento, aplica-se a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

Com efeito, segundo este dispositivo, 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, as leis que instituem novos critérios de apuração ou novos processos de fiscalização, ou, ainda, que ampliem os poderes de investigação das autoridades administrativas, são todas, por assim dizer, externas ao fato gerador, no sentido de que não alteram nenhum dos aspectos da hipótese de incidência tributária, afetando, apenas, a atividade do lançamento, e não o crédito tributário.

A Lei nº 10.174, de 2001, faculta a utilização das informações relativas à CPMF para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativa, exatamente como prevê o § 1º do artigo 144 do CTN, e vige, desse modo, no que concerne aos aspectos formais e procedimentais do lançamento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59

Acórdão nº : 106-14.475

Assim, entrando em vigor a Lei nº 10.174, de 2001, 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. Por tais motivos há de se entender que aquela norma não inovou a tributação do imposto de renda, dado que a partir de sua edição não passou a estar descrita em lei nova hipótese de incidência.

Partindo-se do entendimento de que a norma que autoriza a utilização dos dados da CPMF tem natureza procedimental, não há como defender o seu afastamento com base na irretroatividade, pois a legislação vigente à época do fato gerador, para efeito de determinar o tributo devido, estaria sendo respeitada. A norma em questão respeita a lei tributária no tempo da ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação, permitindo a aplicação da legislação posterior que não afeta os elementos legais tomados para o lançamento tributário.

Portanto, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade do auto de infração pela utilização das prerrogativas inscritas no artigo 1º da Lei nº 10.174, de 2001, aludindo desrespeito ao princípio da irretroatividade das leis.

Ultrapassadas as preliminares, passamos à análise das questões de mérito.

Argumenta o recorrente a impossibilidade de se fundar o lançamento exclusivamente em depósitos bancários, pois, tendo esclarecido que os depósitos teriam como origem pagamentos por operações de empréstimos, necessário era verificar materialmente a veracidade de tal afirmação. Ademais, estando provado que o primeiro titular das contas bancárias objeto da exação, ainda que de modo não profissional, concedia empréstimos para determinadas empresas e pessoas físicas, não é possível aplicar, sem qualquer moderação, a presunção legal prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, pois que os créditos efetuados em tais contas-correntes correspondem ao pagamento de empréstimos antes concedidos, sendo que a receita efetiva é apenas a diferença entre o valor emprestado e aquele recebido, ou seja, os juros ativos, sobre os quais deve recair a tributação. Também, que a atividade do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

primeiro titular das contas-correntes muito se assemelhava ao fomento mercantil, embora com esta não se confunda, face ao seu caráter não profissional, devendo aplicar-se à espécie, por analogia, a regulamentação específica da atividade de *factoring*.

O *caput* do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, que embasou a exação, estabelece uma presunção legal de omissão de rendimentos que 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 creditados em sua conta de depósito ou de investimento, *in litteris*:

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.

É a própria lei definindo que os depósitos bancários, de origem não comprovada, caracterizam omissão de receita ou de rendimentos e não meros indícios de omissão; razão por que não há obrigatoriedade de se estabelecer o nexo causal entre cada depósito e o fato que represente omissão de receita e nem de se comprovar a ocorrência de acréscimo patrimonial.

A hipótese em que existe a inversão do ônus da prova no direito tributário se opera quando, por transferência, compete ao sujeito passivo o ônus de provar que não houve o fato infringente, sendo que inversão sempre se origina da existência em lei.

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:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

causal entre cada depósito e o fato que represente omissão de receita e nem de se comprovar a ocorrência de acréscimo patrimonial.

A hipótese em que existe a inversão do ônus da prova no direito tributário se opera quando, por transferência, compete ao sujeito passivo o ônus de provar que não houve o fato infringente, sendo que inversão sempre se origina da existência em lei.

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.

Verifica-se no texto legal que a tributação por meio de depósitos bancários deriva de presunção de renda legalmente estabelecida, como bem indicam os argumentos expostos por Hugo de Brito Machado (Imposto de Renda – Estudos, Editora Resenha Tributária, pág. 123), que convém trazermos à baila:

5.6. Realmente, a existência de depósito bancário em nome do contribuinte, ... é indício que autoriza a presunção de auferimento de renda. Cabe então ao contribuinte provar que os depósitos tiveram origem outra, que não seja tributável. Pode ser que decorra de transferências patrimoniais (doações e heranças), por exemplo, de rendimentos não tributáveis ou tributáveis exclusivamente na fonte, ou mesmo de rendimentos tributáveis auferidos Há muito tempo,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

relativamente aos quais extinto já esteja, pela decadência, o direito de a Fazenda Pública fazer o lançamento do tributo, nos termos do art. 173 do Código Tributário Nacional. Ao contribuinte cabe o ônus da prova, que pode ser produzida antes ou durante o procedimento do lançamento, impedindo que este se consume, e pode até ser produzida depois, em ação anulatória.

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

No caso vertente, o fisco especificou, em seus demonstrativos, cada depósito considerado, logo, não há imprecisão na apuração, restando assente que a autoridade autuante agiu com acerto: diante do indício de omissão de rendimentos, detectado através das movimentações financeiras objeto da autuação em tela, operou a inversão do ônus da prova, cabendo à interessada, a partir de então, provar a inoccorrência do fato ou justificar sua existência.

Porém, não foram trazidos aos autos quaisquer elementos probantes que individualizem e comprovem a origem dos depósitos bancários, limitando-se o recorrente, tão-somente, a enumerar suas teses, sem trazer as provas cabais correspondentes, encargo que lhe incumbia, quer durante a ação fiscal, na fase impugnatória ou na fase recursal. As simples alegações desprovidas de lastro não ilidem o lançamento.

Advoga o recorrente não ter sustentação a exação, pois que viola os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, por representar valor superior a duas vezes a totalidade de seu patrimônio.

Nesse tocante, cabe firmar que o lançamento se deu com base em normas vigentes, cuja inconstitucionalidade não foi declarada, e, se o seu dimensionamento confronta ditames constitucionais, como os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, as instâncias julgadoras administrativas não possuem competência legal para se manifestar sobre a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

inconstitucionalidade de leis, atribuição reservada ao Poder Judiciário, conforme disposto nos incisos I, "a", e III, "b", ambos do artigo 102 da Constituição Federal, onde estão configuradas as duas formas de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de ação ou concentrado, e o controle por via de exceção ou difuso.

A depender da via utilizada para o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, os efeitos produzidos pela declaração serão diversos.

No controle de constitucionalidade por via de ação direta, o Supremo Tribunal Federal é provocado para se manifestar, pelas pessoas determinadas no artigo 103 da Constituição Federal, em uma ação cuja finalidade é o exame da validade da lei em si. O que se visa é expurgar do sistema jurídico a lei ou o ato considerado inconstitucional. A aplicação da lei declarada inconstitucional pela via de ação é negada para todas as hipóteses que se acham disciplinadas por ela, com efeito *erga omnes*.

Quando a inconstitucionalidade é decidida na via de exceção, ou seja, por via de Recurso Extraordinário, a decisão proferida limita-se ao caso em litígio, fazendo, pois, coisa julgada apenas *in casu et inter partes*, não vinculando outras decisões, nem mesmo judiciais. Não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, não anula nem revoga a lei, que permanece em vigor e eficaz até a suspensão de sua executoriedade pelo Senado Federal, de conformidade com o que dispõe o artigo 52, X, da Constituição Federal.

À Administração Pública cumpre não praticar qualquer ato baseado em lei declarada inconstitucional pela via de ação, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle abstrato acarreta a nulidade *ipso jure* da norma. Quando a declaração se dá pela via de exceção, apenas sujeita a Administração Pública ao caso examinado, salvo após suspensão da executoriedade pelo Senado Federal.

A propósito da controvérsia empreendida pelo contribuinte, citemos excerto do professor Hugo de Brito Machado (Temas de Direito Tributário, Vol. I, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994, p. 134):

J



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

(...) 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 apreciação de matéria versando sobre constitucionalidade de leis ou ilegalidade de decretos, por órgão administrativo, é totalmente estéril e descabida, já que tal competência é privativa do Poder Judiciário. À instância administrativa compete, apenas, o controle da legalidade dos atos praticados por seus agentes, isto é, apreciar se tais atos observaram e deram cumprimento às determinações legais vigentes.

impõe-se a redução da base de cálculo, excluindo-se os depósitos inferiores a R\$ 12.000,00, até a soma no ano de R\$ 80.000,00, conforme determina o artigo 42, § 3º, II, da Lei nº 9.430, de 1996;

O recorrente aduz, ainda, que deve ser empreendida retificação no auto de infração, da base de cálculo, excluindo-se os depósitos inferiores a R\$ 12.000,00, até a soma no ano de R\$ 80.000,00, conforme determina o artigo 42, § 3º, II, da Lei nº 9.430, de 1996.

Tal dispositivo legal, com a redação que lhe foi dada pelo artigo pelo artigo 4º da Lei nº 9.481, de 13/08/1997, determina que:

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

(...)

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).

Do dispositivo legal acima transcritos, pode-se extrair que para a determinação da omissão de rendimentos na pessoa física, a fiscalização deverá proceder a uma análise preliminar dos valores creditados em conta de depósito ou



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

de investimento mantidos junto às instituições financeiras, ou seja: primeiro, os créditos deverão ser analisados um a um; segundo, não serão considerados os créditos de valor igual ou inferior a doze mil reais, desde que o somatório de todos os valores depositados, dentro do ano calendário, considerando-se o conjunto das contas correntes, não ultrapasse o valor de oitenta mil reais; terceiro, excluindo-se as transferências entre contas do mesmo titular.

Compulsando-se os extratos bancários que constam dos autos, como também os demonstrativos elaborados pela autoridade fiscal, observa-se não caber razão ao recorrente, pois que, embora haja depósitos de valores inferiores a R\$ 12.000,00, entretanto, o somatório anual do volume de depósito na conta-corrente está além dos R\$ 80.000, 00.

Com efeito, incabível o pleito do recorrente.

Insurge-se ainda o recorrente contra a aplicação dos juros de mora com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, e que encontra respaldo na Lei nº 9.065, de 20/06/1995, cujo artigo 13 delibera:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea "c" do parágrafo único do ART. 14 da Lei número 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo ART. 6 da Lei número 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo ART. 90 da Lei número 8.981, de 1995, o ART. 84, inciso I, e o ART. 91, parágrafo único, alínea "a.2", da Lei número 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Ademais, o Código Tributário Nacional, no § 1º do seu artigo 61, determina que somente se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora deverão ser calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

Na espécie, a incidência dos juros se deu com base em lei cuja constitucionalidade não foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, donde se presume ela tem seus efeitos garantidos e, em obediência ao princípio constitucional da legalidade, as autoridades administrativas estão obrigadas a aplicá-la e zelar pelo



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11065.005250/2003-59
Acórdão nº : 106-14.475

seu cumprimento, não cabendo às instâncias julgadoras administrativas a manifestação acerca de argumentações sobre a sua inconstitucionalidade.

Por outro lado, o crédito tributário não integralmente pago no vencimento sofre o acréscimo 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 em lei. E, como se reveste o crédito tributário de matéria de ordem pública, em sua constituição não se privilegia a vontade das partes, mas o interesse público, de modo que os juros de mora não são convencionados, mas fixados por lei.

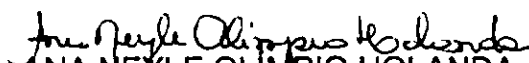
Por derradeiro, cabe analisar as considerações de nulidade do acórdão de primeira instância, por não ter se manifestado acerca da requisição para realização de prova testemunhal, pelo que deve ser anulado, nos termos do artigo 59, II, do Decreto nº 70.235, de 1972. Também que os esclarecimentos por ele prestados, corroborados por diversas provas, não poderiam ter sido simplesmente desconsiderados, sem prova de inexatidão ou falsidade.

Quanto à requisição de prova testemunhal, não vejo prejuízo ao sujeito passivo, vez que, no trâmite do processo administrativo fiscal, não há previsão legal para que seja empreendida a oitiva de testemunhas.

No tocante à desconsideração dos esclarecimentos por ele prestados, não há o que se retocar, pois apenas se presta a elidir a exação baseada em omissão de rendimentos por depósitos bancários de origem não comprovada a apresentação de provas documentais capazes de demonstrar que os valores creditados na conta bancária tiveram respaldo em rendimentos já submetidos à tributação, isentos ou não tributáveis.

Forte no exposto, não merecem guarida os argumentos de defesa apresentados pelo recorrente, pelo que somos pelo não provimento do recurso apresentado.

Sala das Sessões - DF, em 16 de março de 2005.


ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA