



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

Processo nº 11634.000545/2006-80
Recurso nº 159.360 Voluntário
Matéria IRPF - Ex(s): 2002 a 2005
Acórdão nº 102-49.256
Sessão de 10 de setembro de 2008
Recorrente MEHEIDIN HUSSEIN JENANI
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003, 2004

**LANÇAMENTO.DECISÃO DE PRIMEIRA
INSTÂNCIA.NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA**

Somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa. Estas são as hipóteses em que o legislador presume, de forma absoluta ter havido prejuízo à ampla defesa e ao contraditório. A autoridade julgadora de primeira instância tem a competência de alterar o lançamento em virtude da impugnação tempestiva do sujeito passivo (art. 145, inciso I, do CTN).

**OMISSÃO DE RENDIMENTO. LANÇAMENTO COM BASE
EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS**

A presunção legal de omissão de rendimento, prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo, cabendo a exclusão do montante tributável os valores considerados comprovados pelo autuado.

**DEPOSITO BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.
FATO GERADOR**

O IRPF é tributo de incidência anual e o fato gerador ocorre no último dia do ano, nos termos da legislação de regência. Não se acolhe alegação de incidência mensal. Correta da tipificação do lançamento conforme artigo 42 da Lei 9.430 de 1.996.

SELIC

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.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. DOUTRINA. EFEITOS

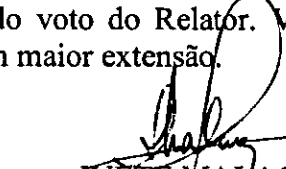
As decisões judiciais e administrativas invocadas, sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário. Assim, seus efeitos não podem ser estendidos genericamente a outros casos, somente se aplicam à questão em análise e vinculam as partes envolvidas naqueles litígios, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade de lei, que não é o caso dos julgados transcritos. A doutrina reproduzida não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, sobretudo em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade.

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 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; por unanimidade de votos, AFASTAR as demais preliminares. No mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir o valor de R\$ 44.653,11, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva que provê em maior extensão.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
Presidente


EDUARDO TADEU FARAH
Relator

10 MAR 2009

FORMALIZADO EM:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Silvana Mancini Karam, José Raimundo Tosta Santos, Alexandre Naoki Nishioka, Núbia Matos Moura e Vanessa Pereira Rodrigues Domene.

Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração de Imposto de Renda Pessoa Física, que exige R\$ 202.995,75 de imposto de renda, R\$ 152.246,80 de multa de ofício, além dos acréscimos legais.

A autoridade lançadora apurou omissão de rendimentos, caracterizada por depósito bancários de origem não comprovada. De acordo com a fiscalização as referidas omissões foram provenientes de valores creditados em contas de depósitos 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.

O contribuinte foi regularmente intimado a justificar a origem dos depósitos (fl 020). Como se trata de conta conjunta, a contribuinte Rosa Alice Valente também foi intimada a justificar a origem dos depósitos no processo nº 11634000544/2006-35 (fl.027).

O recorrente interpôs impugnação (fls. 357 a 410), sustentando, em síntese:

(a) Nulidade do lançamento, uma vez que foi utilizada a alíquota de 27,5% sobre o total do valor apontado no Auto de Infração, quando deveria ter sido tributado mês a mês; (b) Decadência de acordo com art. 150, § 4º do C.T.N referente ao ano-base de 2001; (c) Que o depósito bancário não importa necessariamente em renda auferida; (d) Cerceamento ao direito de defesa, uma vez que é impossível a produção de provas; (e) Dever legal de determinar de ofício a produção de provas necessárias à elucidação dos fatos; (e) Diversos valores tributados são decorrentes de transferências entre contas de mesma titularidade, estorno de débitos, depósitos de cheques devolvidos; (f) Desconsideração dos valores referente a transferências de conta de mesma titularidade e/ou conta conjunta, conforme planilha anexa. Os créditos de R\$ 417,00, R\$ 610,00, R\$ 447,00, R\$ 180,00, R\$ 360,00 e R\$ 260,00 na CEF que tiveram como origem saques feitos em dinheiro na conta do Banco do Brasil, mantida junto com sua companheira. A importância de R\$ 6.536,00 creditado na CEF que teve origem em transferência do Banco do Brasil. Os depósitos em dinheiro de R\$ 5.000,00, R\$ 800,00, R\$ 9.900,00, R\$ 9.900,00 e R\$ 12.000,00 que correspondem a importâncias sacadas e, por não terem sido totalmente utilizadas, retornaram parcialmente em sua conta bancária; e os créditos de R\$ 19.500,00, R\$ 10.000,00, R\$ 20.000,00, R\$ 300,00 e R\$ 20.000,00, conforme Planilha IV, que tiveram origem comprovada e mesmo assim foram levados à tributação; (g) Que a fiscalização submeteu à tributação, em nome de sua companheira, o ganho de capital na alienação do imóvel sobre o valor total da escritura, sem contudo considerar o custo de aquisição, fazendo incidir a alíquota de 15% sobre a importância de R\$ 40.000,00, e que não foi considerada essa alienação para comprovar o depósito de R\$ 39.000,00; bem como deixaram de ser considerados os depósitos por ela efetuados na conta bancária do contribuinte; (h) Em se tratando de conta conjunta, os limites individuais anuais de R\$ 12.000,00 e R\$ 80.000,00, estabelecidos na Lei nº 9.430, de 1996, serão dirigidos a cada titular da conta conjunta; (i) Aplicação de juros de mora com base na taxa Selic.

A DRJ proferiu Acórdão nº 06-13.908, do qual se extrai, resumidamente:



Em se tratando de lançamento correspondente à omissão de rendimentos, esses valores somente são detectados pelo fisco quando da apresentação da Declaração de Ajuste Anual. O fato gerador do imposto de renda de pessoa física é de tributo que se enquadra na classificação de fato gerador complexo, apurado no ajuste anual, ou seja, aqueles que se completam após o transcurso de um determinado período de tempo e abrange um conjunto de fatos e circunstâncias que, isoladamente considerados, são destituídos de capacidade para gerar a obrigação tributária exigível.

A base de cálculo da declaração de rendimentos abrange todos os rendimentos tributáveis recebidos durante o ano-calendário abatidas das deduções pleiteadas. O § 2º do art. 2º do Decreto nº 3.000, de 26/03/1999 – RIR/1999, cuja base legal é o art. 2º da Lei nº 8.134, de 1990, dispõe que *“O imposto será devido mensalmente à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, sem prejuízo do ajuste estabelecido no art. 85”*. O ajuste de que trata o artigo 85 do RIR/1999 refere-se à apuração anual do imposto de renda, na declaração de ajuste anual.

Tratando-se de lançamento de ofício em razão de omissão de rendimentos, o prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário obedece à regra geral expressamente prevista no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, ou seja, o direito de proceder ao lançamento decai somente após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Efetuada a entrega da Declaração de Ajuste Anual, relativamente ao ano-calendário de 2001, em 29/04/2002 (fls. 129/131), o termo inicial para contagem do prazo quinquenal é 1º de janeiro de 2003, já que o fisco somente poderia efetuar o lançamento após a data da entrega da Declaração de Ajuste Anual. Assim sendo, não há que se falar em decadência do lançamento cuja ciência se deu em 22/11/2006 (fl. 352).

Sem prejuízo a existência de diversas correntes defendidas por juristas e doutrinadores, amparando-se em decisões administrativas e judiciais, apontando para as mais variadas linhas de entendimentos, a omissão de rendimentos desses valores somente são detectados pelo fisco quando da apresentação da Declaração de Ajuste Anual.

O art. 59, II, do PAF somente admite a caracterização de cerceamento do direito de defesa como causa de nulidade quando se tratar de decisões e despachos e não contra atos administrativos. Portanto, não há cerceamento ao direito de defesa na fase investigatória do processo. O momento adequado para o interessado oferecer sua contestação à exigência está previsto no art. 15 do Decreto nº 70.235, de 1972, é na impugnação, observado o contraditório e da ampla defesa.

Cabe ao contribuinte demonstrar a origem de recursos utilizados em suas contas bancárias, uma vez que a própria legislação estabelece a presunção legal de omissão de rendimentos, autorizando 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. Assim dispõe o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, c/c o art. 4º da Lei nº 9.481, de 1997, base do lançamento de ofício:

“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."

A lei definiu que os depósitos bancários, de origem não comprovada, caracterizam omissão de rendimentos e não meros indícios de omissão. Inverte o ônus da prova, impondo ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação da origem de recursos, pois se trata de uma presunção legal, do tipo condicional ou relativa (*juris tantum*), estabelecida em lei. A falta de justificativa da origem de recursos utilizados em conta bancária autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos.

A comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte. Não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder/dever de auferir a omissão no valor dos depósitos bancários recebidos. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do Princípio da Legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente tão-somente a inquestionável observância da Lei.

A resposta à indagação de ter ou não havido crescimento do patrimônio depende apenas da origem dos recursos que aportaram em sua conta bancária. Se esses recursos provêm de meros remanejamentos de outros ativos (transferências entre contas bancárias, venda de ativos, etc.) ou se resultarem de idêntico crescimento no passivo (empréstimos contraídos), então não ocorrerá crescimento no patrimônio e não se poderá falar no auferimento de renda. Contudo, se o numerário que ingressou na conta bancária, não provier de valores já pertencentes ao cabedal daquela pessoa, ou se não resultar de uma obrigação contraída, então é inequívoca a conclusão de que auferiu um rendimento no exato valor em que seu patrimônio cresceu.

A movimentação bancária, demonstrada pelos extratos bancários, constituídos por depósitos e/ou créditos representa, evidentemente, um item do patrimônio de seu titular e, assim, corresponde a rendimentos, tributáveis ou não, obtidos anteriormente, ou a dívidas e obrigações assumidas.

A caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um depósito bancário, considerado isoladamente. Pelo contrário, a presunção de omissão de rendimentos está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos numerários depositados em contas bancárias, com a análise individualizada dos créditos, conforme expressamente trazida pela lei.

O fato gerador é a circunstância de tratar-se de dinheiro novo no patrimônio, presumida pela lei em face da ausência de esclarecimentos da origem respectiva.

Em relação ao momento de tributação dos rendimentos considerados omitidos, cabe lembrar que, a partir de 1º de janeiro de 1989, com a edição da Lei nº 7.713, de 1988, o imposto de renda das pessoas físicas passou a ser exigido mensalmente, à medida que os rendimentos forem percebidos. Com o advento da Lei nº 8.134, de 1990, mudou a sistemática de tributação das pessoas físicas, sendo uma das modificações introduzidas, nessa oportunidade, a criação da Declaração de Ajuste Anual do IRPF, conforme preceitua o seu artigo 11. O art. 2º, desse mesmo Diploma Legal, determina que o imposto será devido pelas pessoas físicas à medida que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, sem



prejuízo da apuração do saldo de imposto a pagar, ou o valor a ser restituído, relativamente aos rendimentos percebidos no ano-calendário, na declaração de rendimentos.

A Lei nº 9.250 de 1995, por sua vez, manteve essa mesma sistemática de exigência e apuração do imposto. Embora os créditos bancários sejam analisados individualizadamente, considerando como rendimentos omitidos no mês em que não forem justificados, a tributação desloca-se para o ajuste anual, com a entrega da declaração de rendimentos, submetendo-se à aplicação das alíquotas constantes na tabela progressiva anual, ou seja, é nesse momento que se terá o *quantum* de imposto devido.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade, esclareça-se que o Parecer Normativo CST n.º 329, de 1970, determina:

"Iterativamente tem esta Coordenação se manifestado no sentido de que a arguição de inconstitucionalidade não pode ser oponível na esfera administrativa, por transbordar os limites de sua competência o julgamento da matéria, do ponto de vista constitucional."

No caso de existir declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal de lei, de tratado ou de ato normativo, é permitido às autoridades fiscais afastar a sua aplicação (arts. 4º, 5º e 6º do Decreto n.º 2.346, de 10 de outubro de 1997 e Parecer da PGFN/CRE n.º 948, de 02 de junho de 1998).

Em relação ao mérito, observa-se, pelos extratos bancários, lançamento a débito na conta nº 52.362-3 do Banco do Brasil S/A, no valor de R\$ 6.536,00 (fl. 285), que corresponde ao crédito de TED na CEF, na mesma data de 17/11/2003; do valor de R\$ 365,00, em 15/10/2004, relativo à transferência da conta nº 52.362-3 do Banco do Brasil para a conta poupança do mesmo Banco (fl. 301); e dos valores de R\$ 136,58 e R\$ 450,00, em 19/10/2004, relativos à transferência da conta nº 17918-3, do Banco do Brasil, em nome de Rosa Alice Valente, para a conta conjunta de poupança, proporcionalmente a participação de cada um dos correntistas. Dessa forma, deve ser excluída a importância de R\$ 6.536,00, no ano-calendário de 2003, e de R\$ 951,58, no ano-calendário de 2004, pela comprovação de transferência de recursos em contas da mesma titularidade.

Observa-se, ainda, que a fiscalização considerou indevidamente o valor de R\$ 3.650,00 como sendo 50% do depósito de R\$ 730,00, em 15/10/2004, no Banco do Brasil, que deve ser alterado, excluindo da base de cálculo a importância de R\$ 3.285,00.

Quanto aos demais valores alegados pelo interessado como transferências entre contas bancárias, correspondem, na verdade, a saques efetuados em uma conta corrente e depositadas em outro Banco na mesma data, mas, normalmente, em valores diferentes. Nesses casos, embora não haja a coincidência de valores entre as retiradas e os depósitos em dinheiro, na maioria dos casos, não se pode afirmar a inexistência dessas operações, já que se trata de uma situação perfeitamente plausível quando se busca recurso existente em uma conta corrente para socorrer outra com saldo negativo, ou por qualquer outro motivo. Assim, não há como desconsiderar a situação aventada na impugnação, devendo ser excluídos os depósitos realizados em dinheiros, que estão lastreados em retiradas de outras contas bancárias, nas mesmas datas, que totalizam R\$ 2.014,00, no ano-calendário de 2003 (R\$ 417,00, em 17/02/2003, CEF – fl. 273; 610,00, em 16/09/2003, CEF – fl. 281; R\$ 447,00, em 17/09/2003, CEF – fl. 281; R\$ 180,00, em 15/10/2003, CEF – fl. 283; e R\$ 360,00, em 15/10/2003, CEF – fl. 283); e R\$ 2.014,32, no ano-calendário de 2004 (R\$ 200,00, 25/02/2004, CEF – fl. 291; R\$

22,50, em 13/01/2004, BB – fl. 219; R\$ 625,00, em 23/06/2004, BB – fl. 228; R\$ 450,00, em 03/08/2004, BB; R\$ R\$ 414,32, em 30/08/2004, BB; R\$ 202,50, em 19/11/2004, BB; e R\$ 100,00, em 14/09/2004, BB – fl. 231).

Por outro lado, não há como considerar que o saque efetuado em 23/03/2004, no valor de R\$ 32.206,00, no Banco do Brasil, tenha sido utilizado para efetuar os depósitos na CEF nos valores de R\$ 5.000,00 em 24/03/2004, R\$ 800,00 em 29/03/2004, R\$ 9.900,00 em 01/04/2004 e R\$ 9.900,00 em 01/04/2004 (fl. 222), tendo em vista um único saque para acobertar vários depósitos em datas distantes. No mesmo sentido, como também o saque de R\$ 14.891,00, em 24/03/2004 (fl. 223), na CEF, não comprova que tenha sido utilizado para efetuar o depósito de R\$ 12.000,00 em 02/04/2004, na própria CEF. Quanto às transferências nos valores de R\$ 1.300,00, em 11/03/2004, e R\$ 200,00, em 13/04/2004, da conta nº 17918-3, do Banco do Brasil, em nome de Rosa Alice Valente, para a conta nº 52.362-3, do Banco do Brasil, não há comprovação nos extratos das contas correntes; e em relação ao saque de R\$ 200,00, em 23/06/2004, da CEF, utilizado para o depósito no Banco do Brasil – poupança, não foi considerado no lançamento e, portanto, nenhum reparo merece.

No ano-calendário de 2002, o depósito de R\$ 39.000,00, em 16/08/2002, na conta poupança conjunta do Banco do Brasil, deve ser acatado como justificado pela venda de um imóvel de Rosa Alice Valente, em 15/08/2002, no valor de R\$ 40.000,00, conforme Escritura Pública de Compra e Venda (fls. 441/447), devendo ser excluída a importância respectiva de R\$ 19.500,00.

Observa-se, também, que foi considerado em duplicidade, na relação de depósitos sem justificativa de origem o valor de R\$ 20.000,00, em 29/09/2003, no Banco do Brasil, correspondente a “DEP.BL.4D ÚTEIS” e “DEP.CH.LIBERADO”. No entanto, em 30/09/2003, consta o lançamento a débito de “EST. DEP. 3D”, no mesmo valor de R\$ 20.000,00 (fl. 282), o que demonstra tratar-se de lançamento indevido a crédito na conta corrente e, por isso, deve ser excluído do montante de depósitos sem justificativa o valor de R\$ 10.000,00, no ano-calendário de 2003, relativa a 50% da participação do contribuinte na conta conjunta.

Em relação ao depósito na CEF, em 15/07/2003, de R\$ 10.000,00, argumenta o interessado que já teve a sua origem comprovada, mas, sem qualquer justificativa, não foi considerada pela autoridade lançadora. Sem tecer maiores detalhes a respeito, certamente deve tratar-se de uma Nota Promissória emitida por Magali Fernandes M. Pantolfi, no valor de R\$ 10.000,00, com vencimento para 25/06/2003, a favor de Otavio Tagushi Posibon (fl. 128), apresentada durante o curso da ação fiscal. Apesar da coincidência do valor e proximidade da data de depósito com o título de crédito, pode-se dizer que houve a identificação da fonte de recursos, entretanto, essa identificação não corresponde, de forma alguma, a exigida comprovação da origem dos recursos trazida pelo art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, *in verbis*:

“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.

(...)



§ 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.”

Ora, percebe-se que não basta para justificar a origem dos recursos pura e simplesmente a identificação de sua origem, deve-se, sobretudo, estar comprovada, mediante documentação hábil e idônea, a natureza jurídica das operações realizadas, ou seja, não é suficiente a mera identificação de quem efetuou o depósito, mas, é imprescindível demonstrar a finalidade ou o motivo pelo qual o crédito foi realizado. Em suma, a origem do crédito deve estar justificada de forma hábil e não apenas identificada. Sendo certo que nenhum valor “brota” em contas bancárias da noite para o dia, mas sempre existe alguém ou algum lançamento que dá origem a esse crédito, não cabe apenas a identificação da pessoa que realizou o depósito, remeteu ou creditou um determinado valor na conta corrente, caso contrário, bastaria simplesmente que o titular da conta apresentasse recibos de depósitos identificados, cheques nominiais, ou documentos que identificassem o remetente de remessas para justificar créditos em sua conta bancária. Sem dúvida alguma, não é esse o intuito da Lei, pois, se assim fosse, não haveria qualquer sentido prático na sua aplicação ou mesmo qualquer controvérsia sobre a sua edição. Portanto, deve restar comprovada a natureza jurídica da operação, de forma a verificar se o recurso deveria ou se já foi submetido à tributação, caso contrário, deverá ser submetido às normas específicas de tributação, conforme previsto no § 2º do art. 42 daquela Lei; se não comprovada a natureza jurídica da operação, considera-se não justificada a origem dos recursos, caracterizando omissão de rendimentos, nos termos do *caput* desse mesmo artigo. No caso em análise, não se comprovou a origem do recurso que ingressou em sua conta corrente, tão-somente identificou a fonte, o que se torna insuficiente para descaracterizar a omissão de rendimentos.

Quanto ao depósito de R\$ 20.000,00, em 30/09/2003, na CEF, aduz o interessado que a sua companheira, também titular da conta bancária, apresentou os documentos que comprovaram a origem dos recursos, sendo acatado no processo formalizado em seu nome, mas, ao contrário, neste processo a autoridade lançadora o incluiu na base de cálculo da exação, tributando 50% do valor respectivo. Nesse ponto, cabe frisar que, em se tratando de matéria tributária, os fatos devem ser devidamente comprovados de forma coerente e com meios de prova idôneos, que não deixe margem à dúvida quanto à consistência das operações, cabendo a apresentação da prova documental por ocasião da impugnação, nos termos do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972. Assim, o fato de a fiscalização não ter considerado o referido depósito dentre os créditos não justificados em outro processo, por se tratar de procedimento fiscal distinto, ainda que em nome de sua companheira e co-titular da conta bancária, Rosa Alice Valente, não exime o autuado da apresentação de provas que demonstrem a origem de recurso utilizado na operação de crédito, para que possa ser excluído o valor da base de cálculo do imposto.

No caso do crédito de R\$ 20.000,00, em 29/03/2004, no Banco do Brasil (fl. 223), a título de “CRÉD TED”, consta na conta corrente nº 17.918-3, em nome de Rosa Alice Valente, na mesma data de 29/03/2004, o lançamento a débito – “TED”, o que demonstra a transferência entre contas bancárias do mesmo titular, devendo ser excluído como crédito justificado. No mesmo sentido, deve-se considerar justificado o depósito de R\$ 300,00, em 13/02/2004, na CEF (fl. 220), por ter sido efetuado por meio de cheque emitido pela companheira Rosa Alice Valente em conta nº 17.918-3 do Banco do Brasil.



Em relação aos limites trazidos pelo inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, c/c o art. 4º da Lei nº 9.481, de 1997, assim dispõe:

“§ 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).”

Verifica-se que o limite anual de R\$ 80.000,00, compreendendo os depósitos que individualmente sejam iguais ou inferiores a R\$ 12.000,00, deve ser aplicado em relação ao montante dos créditos existentes em conta bancária, independentemente de tratar-se de conta conjunta. Veja-se que, apenas para efeito de tributação, deve ser considerado como rendimento omitido o valor dos depósitos não comprovados proporcional a cada um dos titulares da conta corrente, no caso 50%, conforme trazido pelo art. 58 da Lei nº 10.637, de 2002, *in verbis*:

“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.”

No presente caso, em nenhum dos anos-calendário apresentou o somatório de créditos de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 que não tenha ultrapassado o limite anual de R\$ 80.000,00. Mesmo no ano-calendário de 2002, questionado pelo interessado, os créditos não justificados importaram R\$ 90.362,13, acima, portanto, do limite estabelecido, ainda que a tributação se tenha dada sobre o valor de R\$ 78.940,63, já que nesse valor foi considerada a sua participação de 50% nos créditos não justificados existentes na conta conjunta do Banco do Brasil S/A.

Em relação a exigência com base na taxa Selic, é de se destacar que o art. 161, § 1º, do CTN estabelece que: *“Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês”*. Isso significa que a taxa de juros de mora a ser exigida sobre os débitos fiscais de qualquer natureza para com a Fazenda Pública pode ser em percentual diferente de 1%, desde que haja disposição legal expressa nesse sentido. Assim é que a Lei nº 8.981, de 1995, art. 84, inciso I, § 1º, com as alterações da Lei nº 9.065, de 1995, art. 13, e da Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, § 3º, determinam que *“Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1995, os créditos tributários da União não pagos até a data do vencimento serão acrescidos de juros de mora equivalentes à variação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento”*. Portanto, não existe qualquer vedação constitucional à



instituição da taxa referencial Selic para fins de utilização no cálculo dos juros de mora devidos pelo contribuinte em mora.

A discussão que verse sobre inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de normas regularmente editadas exorbita a competência legal das instâncias administrativas, não tendo, a autoridade julgadora, competência para apreciar tais arguições, prerrogativa essa do Poder Judiciário.

Em virtude dos valores acatados, as bases de cálculo e os impostos de renda devidos ficam alterados para os seguintes valores:

Discriminação	AC 2001	AC 2002	AC 2003	AC 2004
Depósitos não-justificados (AI)	107.447,19	98.440,63	184.474,30	377.103,07
- Depósitos considerados Justificados		(19.500,00)	(18.550,00)	(26.550,90)
Omissão de Rendimentos	107.447,19	78.940,63	165.924,30	350.552,17
Base de Cálculo Declarada	6.284,23	10.741,00	13.372,90	11.765,74
Base de Cálculo Apurada	113.731,42	89.681,63	179.297,20	362.317,91
Imposto Devido Apurado	26.956,14	19.585,54	44.229,83	94.560,52
- Imposto Pago	0,00	0,00	101,53	0,00
= Imposto Devido Apurado	26.956,14	19.585,54	44.128,30	94.560,52
= Multa de Ofício	20.217,10	14.689,15	33.096,22	70.920,39

Valores em R\$

Isso posto, voto no sentido de julgar procedente em parte o lançamento, mantendo a exigência de R\$ 185.230,50 de imposto de renda, R\$ 138.922,87 de multa de ofício, além dos acréscimos legais.

Em seu Recurso Voluntário Meheidin Hussein Jenani, alega, em síntese:

(a) Deve ser aplicada a alíquota mensal (e não anual) sobre a totalidade da omissão e, conseqüentemente, operar a decadência de acordo com art. 150, § 4º do C.T.N, referente ao ano-base de 2001; (b) O lançamento afronta ao princípio da capacidade contributiva, confisco, reserva legal, nos termos art 150, I da C.F; (c) Cerceamento de defesa, produção de prova impossível; (d) A tributação com fundamento no art 42 da Lei 9.430/96, viola o princípio da legalidade e tipicidade; (e) Deve ser considerados créditos decorrentes de retorno de saques em espécie feitos anteriormente; (f) Afronta a Lei – inteligência do artigo 42 parágrafo 5º da 9.430/96; (g) Ilegalidade do lançamento ano base 2002; (h) Declaração de ajuste Anual – IRRF não considerado no auto de infração; (i) Impossibilidade de aplicação da taxa Selic.

É o relatório.

 10

Voto

Conselheiro EDUARDO TADEU FARAH, Relator

Conheço do recurso, vez que é tempestivo e com o atendimento dos pressupostos legais e regimentais de admissibilidade e passo a análise do pleito do contribuinte:

PRELIMINARES

NULIDADE DO LANÇAMENTO E DO JULGAMENTO

Na impugnação são invocadas circunstâncias envolvendo o lançamento e o julgamento de primeira instância que, na visão da impugnante, eivam de nulidade o ato administrativo.

Diante da alegação de nulidade, cumpre notar que não se verifica nesses autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

"Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa."

Pelo exame do dispositivo citado, somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa. Estas são as hipóteses em que o legislador presume, de forma absoluta ter havido prejuízo à ampla defesa e ao contraditório.

O presente lançamento foi levado a efeito por autoridade competente e concedido à contribuinte o mais amplo direito à defesa e ao contraditório, pela oportunidade de apresentar, tanto da fase de instrução do processo, quanto na fase de impugnação, argumentos, alegações e documentos no sentido de tentar ilidir as infrações apuradas pela fiscalização.

APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA ANUAL - DECADÊNCIA

O Recorrente argumenta que a Autoridade Fiscal deveria ter aplicado a alíquota mensal e não anual sobre a totalidade da omissão. Cumpre esclarecer que os depósitos bancários omitidos, embora sejam apurados, individualizadamente, a cada mês, são totalizados e tributados, utilizando a tabela do imposto de renda anual. O referido procedimento encontra-se respaldado nos artigos 2º, 9º e 11º da Lei nº 8.134, de 1990:

"Art. 2º O Imposto de Renda das pessoas físicas será devido à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, sem prejuízo do ajuste estabelecido no art. 11.

(...)

Art. 9º As pessoas físicas deverão apresentar anualmente declaração de rendimentos, na qual se determinará o saldo do imposto a pagar ou a restituir.

Parágrafo único. A declaração, em modelo aprovado pelo Departamento da Receita Federal, deverá ser apresentada até o dia vinte e cinco do mês de abril do ano subsequente ao da percepção dos rendimentos ou ganhos de capital.

(...)

Art. 11. O saldo do imposto a pagar ou a restituir na declaração anual (art. 9º) será determinado com observância das seguintes normas."

Farta é a jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes reconhecendo esta forma de tributação:

"Ementa: DEPOSITO BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - O IRPF é tributo de incidência anual e o fato gerador ocorre no último dia do ano, nos termos da legislação de regência. Não se acolhe alegação de incidência mensal. Preliminar rejeitada (Acórdão 153284 - 2ª. câmara)"

Em sua peça recursal o contribuinte manifesta também, como preliminar, a decadência do direito de constituir o crédito tributário em relação aos depósitos bancários sem origem comprovada relativo ao ano-calendário 2001. Segundo o recorrente (fl. 488), a data fatal para a constituição do crédito tributário concernente ao ano-calendário de 2001, seria o dia primeiro de janeiro de 2006.

Cumpra esclarecer que o fato gerador anual do tributo (artigos 2º e 9º da Lei nº 8.134, de 1990), abarca todos os rendimentos auferidos no ano, as deduções, sendo esta base de cálculo que irá prevalecer para a apuração em sua declaração.

O imposto será apurado em definitivo após o encerramento do ano-calendário, em que pese haver ao longo do ano antecipações, mediante a própria retenção na fonte. Assim, o fato gerador do imposto de renda surge completo no último dia do ano. As omissões identificadas pelos depósitos bancários de origem não comprovadas, são apurados mensalmente, contudo, sua tributação ocorre no ajuste anual.

A Instrução Normativa SRF nº 246/2002, disciplina a tributação dos valores creditados em conta de depósito ou de investimento, em relação aos quais o contribuinte pessoa física, 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.

(...)

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."

A omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem comprovação da origem, que transitaram pela conta bancária do recorrente, nos meses de janeiro a dezembro de 2001, deve ser apurada, portanto, em base mensal – como ocorre com vários tipos de rendimentos auferidos pelas pessoas físicas e tributada no ajuste anual. Portanto, o crédito tributário constituído pelo lançamento, relativo ao ano-calendário 2001, ainda não havia sido atingido pela decadência.

LANÇAMENTO - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, CONFISCO, RESERVA LEGAL E TIPICIDADE

O lançamento baseado em omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada encontra respaldo no art. 42 da Lei 9.430 de 1996, razão pela qual não pode prosperar alegações de ilegalidade, ilegitimidade no lançamento. O referido diploma legal autorizou a presunção legal, quando a contribuinte, regularmente intimado, não logrou êxito em comprovar mediante documentação hábil e idônea a origens dos depósitos/créditos efetuados em sua conta bancária. Correta da tipificação do lançamento conforme artigo 42 da Lei 9.430 de 1.996. Este é o entendimento deste Conselho de Contribuintes, conforme ampla jurisprudência:

"Ementa: DEPOSITO BANCARIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - Correta da tipificação do lançamento conforme artigo 42 da Lei 9.430 de 1.996. Preliminar rejeitada(Acórdão 153284 – 2ª. câmara)"

As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional mantêm essa presunção de legitimidade até que sejam declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, na via direta, ou pelos demais órgãos do Poder Judiciário, *inter partes*, no controle difuso de constitucionalidade. De qualquer modo, somente o Poder Judiciário Nacional tem autorização constitucional para afastar a aplicação de lei regularmente editada.

Cumpra esclarecer que a Autoridade Administrativa não dispõe de competência legal para examinar a constitucionalidade de leis inseridas no ordenamento jurídico nacional (competência privativa do Poder Judiciário – artigo 102, da Constituição Federal). Esse entendimento foi pacificado no 1º. Conselho de Contribuinte, conforme Súmula nº 2:

"O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

CERCEAMENTO DIREITO DE DEFESA – PRODUÇÃO DE PROVA

O Recorrente alega em preliminar o cerceamento do direito de defesa, pois, segundo a mesma, a produção de prova é impossível. Contudo, o art. 42 da Lei nº 9.430/96, conforme dito anteriormente, define que os depósitos bancários, de origem não comprovada,

caracterizam omissão de rendimentos e não, meros indícios de omissão. Assim, a presunção em favor do Fisco transfere ao impugnante o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos depositados.

Existem situações em que a lei presume a ocorrência do fato gerador (presunções legais) e dispensa a produção de provas. 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."

Desta forma, na falta de outros elementos que comprovem a natureza do rendimento recebido, é perfeitamente cabível a tributação com base na presunção definida em lei. O depósito bancário é considerado uma omissão de receita ou rendimento quando sua origem não for devidamente comprovada.

Como se trata 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.

Portanto, cabe o interessado, inclusive na fase impugnatória, comprovar a origem desses depósitos, conforme disposto no art. 16, III, §4º, que foi acrescido ao artigo 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, pelo artigo 67 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

Desta forma, a presunção legal operada por força do art. 42 da Lei 9.430/96, inverte o ônus da prova, cabendo ao contribuinte, durante a fiscalização ou em sua impugnação, exercer o contraditório probatório. Assim, o contribuinte é quem deve demonstrar que o numerário creditado não é renda tributável.

MÉRITO

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS

A contribuinte sustenta a impossibilidade de se presumir omissão de receitas com base em depósitos bancários e que o lançamento foi constituído em afronta direta a lei.

A presente tributação da omissão de rendimentos provenientes de depósitos bancários pautou-se no art. 42 e parágrafos, da Lei nº 9.430, de 1996, que estabeleceu, a partir

de 01/01/1997, uma presunção legal de omissão de rendimentos, autorizando o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprovasse, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Transcreve-se, a seguir, o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que embasou o lançamento, com as alterações posteriores introduzidas pelo art. 4º da Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997, e pelo art. 58 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002:

"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).

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

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

Como se depreende da leitura do dispositivo legal acima, os depósitos bancários cujo titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimada, não comprovar a origem, mediante documentação hábil e idônea, tornam-se sujeitos à tributação, por presunção legal de omissão de rendimentos. Este caso há uma inversão do ônus da prova característica das presunções relativas, que admite prova em contrário.



A autoridade fiscal ao constatar a existência dos depósitos bancários nos limites que a lei prevê, intima a contribuinte a comprovar a origem dos mesmos, como ocorreu na presente ação fiscal, cuja comprovação a contribuinte não fez. Diante da situação, ficou configurada a hipótese de incidência presente no ordenamento legal.

Para a comprovação da origem dos depósitos é necessária a vinculação de cada depósito a uma operação realizada, já tributada, isenta ou não tributável ou que será tributada após ser identificada, por meio de documentos hábeis e idôneos.

Não comprovada a origem dos recursos, a autoridade fiscal deve considerar os valores depositados como rendimentos tributáveis e omitidos na declaração de ajuste anual, efetuando o lançamento do imposto correspondente. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do Princípio da Legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente a observância da legislação.

É função do fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento, examinar a correspondente declaração de rendimentos e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos/informações/ esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de rendimentos de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação da contribuinte.

Em um primeiro momento os depósitos bancários se apresentam como simples indício da existência de omissão de rendimentos. Entretanto, esse indício se transforma na prova da omissão de rendimentos, quando a contribuinte, tendo a oportunidade de comprovar a origem dos recursos aplicados em tais depósitos, se nega a fazê-lo, ou não o faz satisfatoriamente. Se lograsse demonstrar qual a efetiva origem de seus créditos bancários, seriam estes excluídos da matéria tributável.

Não logrando o titular comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, tem-se a autorização para considerar ocorrido o fato gerador, forma do artigo 43 do Código Tributário Nacional:

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

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

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

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)"

Em face de ausência de esclarecimentos da origem respectiva, a fiscalização considerou como efetiva a disponibilidade econômica representada pelos créditos bancários.



Assim, a base de cálculo do imposto é o montante apurado pela fiscalização, na forma do artigo 44 do Código Tributário Nacional:

"Art. 44 - A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis(grifei)."

Portanto, não comprovada a origem dos depósitos levantados pelo Fisco, os mesmos serão presumidos como rendimentos auferidos pela autuada no ano-calendário em apreço. Assim tem decidido o Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, conforme ementa a seguir transcrita:

"Ementa - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a Lei 9.430/96, em seu artigo 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. (Acórdão 106-13086, ocorrido em sessão de 05/12/2002)".

A simples alegação genérica não pode ser considerada suficiente para refutar, inequivocamente, que os valores não correspondem a disponibilidade econômica ou renda da contribuinte e que os mesmos já foram oferecidos a tributação em um momento anterior.

O recorrente alega que o valor de saque da poupança no dia 23/03/2004, no valor de R\$ 32.206,00 no Banco do Brasil e R\$ 14.891,00, em 24/03/2004 (fl. 223), na CEF em nome de Meheidin Hussein Jenani, foram utilizados para os seguintes depósitos em dinheiro: R\$ 5.000,00 em 24/03/2004, R\$ 800,00 em 29/03/2004, R\$ 9.900,00 em 01/04/2004, R\$ 9.900,00 em 01/04/2004 (fl. 222) e R\$ 12.000,00. Contudo, a falta de materialidade probatória, bem como a distância entre as operações financeiras encaminham para que seja refutada a alegação do contribuinte.

O recorrente solicita ainda a exclusão do valor correspondente **R\$ 365,00 e R\$ 150,24** (fl 504), que teria já teria sido considerado justificado quando da revisão pela DRJ. De acordo com do auto de infração, bem como análise da revisão fiscal efetuada pelo julgamento de primeira instância, verifica-se que procede a alegação do contribuinte, devendo os referidos valores serem excluídos do lançamento por ter sido indevidamente considerados.

Quanto aos demais valores alegados pelo interessado deverão ser excluídos os valores de **R\$ 200,00**, referente a transferência entre contas da mesma titularidade conforme fls 532 e 533, bem como o depósito no valor de **R\$ 1.300,00**, tendo em vista o saque em cheque efetuado no mesmo dia no Banco do Brasil, da conta 17918-3 de Rosa Alice Valente.

O recorrente alega ainda que a autoridade lançadora, bem como a julgadora não considerou suficientemente comprovado o depósito na CEF, em 15/07/2003, no valor de R\$ 10.000,00, referente ao recebimento de uma Nota Promissória emitida por Magali Fernandes M. Pantolfi, no mesmo valor com vencimento para 25/06/2003, a favor de Otavio Tagushi Posibon (fl. 128). Entretanto, pelo que se depreende da análise documental, não ficou suficientemente comprovado a natureza jurídica da operação e a origem tributada do recurso objeto do depósito. A mera identificação da origem não constitui prova hábil para refutar a

presunção operada pela fiscalização quando da tributação de depósitos de origem não comprovada.

O contribuinte sustenta ainda que com a revisão do lançamento efetuada pela Delegacia de Julgamento, quando da exclusão o valor de R\$ 19.500,00 do ano-calendário de 2002, o total das omissões, representou R\$ 78.940,63, portanto, inferior aos R\$80.000,00 (limite legal), razão pela qual deve ser desconsiderado o lançamento para o referido ano.

O inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430/96, dispõe:

"§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\$1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$12.000,00 (doze mil reais)."

Cumpre destacar que os valores mencionados no inciso II acima transcrito foram alterados pelo art. 4º da Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997:

"Art. 4º Os valores a que se refere o inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passam a ser de R\$12.000,00 (doze mil reais) e R\$80.000,00 (oitenta mil reais), respectivamente.

(...)

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 1997."

Neste sentido, deve ser excluído os valores inferiores a R\$ 12.000,00 relativamente ao ano-calendário 2002, na forma do art 4º da Lei nº 9.481/97, representando o montante de **R\$ 42.637.87.**

O contribuinte alega ainda que a autoridade fiscal não deduziu o imposto de renda retido na fonte no valor de R\$ 3.163,25, referente ao ano-calendário 2001,2002,2003,2004. Contudo, conforme análise nas declarações do recorrente (fls. 129 a 140) verifica-se que as mesmas apresentaram imposto de renda a restituir, no montante igual ao imposto de renda retido na fonte. Desta forma, não há nenhum reparo a ser feito no lançamento em relação a essa matéria, pois os valores pleiteados já foram restituídos.

DOUTRINAS E DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS CITADAS

O contribuinte acrescenta ao recurso voluntário diversas doutrinas e decisões judiciais e administrativas, como argumentos de combate ao lançamento. Contudo, a doutrina transcrita não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, sobretudo em se tratando do direito tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade.

As decisões judiciais e administrativas invocadas, sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário. Assim, seus efeitos não

podem ser estendidos genericamente a outros casos, somente se aplicam à questão em análise vinculando, apenas, as partes envolvidas naqueles litígios, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade de lei, que não é o caso dos julgados transcritos.

SELIC

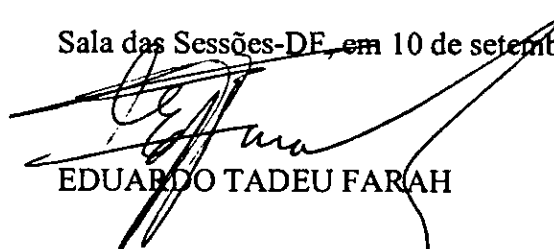
A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.

Esse entendimento é pacífico no Primeiro Conselho de Contribuinte, conforme Súmula 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."

Ante o exposto, voto por AFASTAR as preliminares de nulidade e no mérito DAR provimento PARCIAL ao recurso, para exclusão do valor de R\$ 44.653,11 da base de cálculo do ano calendário 2002.

Sala das Sessões-DE, em 10 de setembro de 2008.



EDUARDO TADEU FARAH

Declaração de Voto

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA

DA IRRETROATIVIDADE DA LEI

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

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

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

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

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

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

.....

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



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

As indagações feitas anteriormente em relação à Lei nº 9.311, de 1996, valem para as disposições do artigo 38 da Lei nº 4.495, de 1964. A quem se destinam as expressões: "as informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário", contidas no § 1º do artigo 38 e a previsão do § 7º de que se constitui crime a quebra do sigilo bancário? Qual a natureza desta norma: instrumental ou material? Se tais dados estão sob o controle do Estado, ente soberano, é preciso que se compreenda o porquê este impõe limitação à sua atuação, instituindo dois outros poderes, um com a função de criar leis e outro com a tarefa de verificar a legalidade dos atos praticados pelo próprio Estado, por meio do Poder Executivo.

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

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

Partindo da singela concepção de que direito material deve ser compreendido como sendo a norma que confere determinado bem jurídico a alguém e de que direito instrumental se constitui da norma de que se valem os jurisdicionados para exigirem do Estado-jurisdicção o bem da vida que lhes foi subtraído ou espontaneamente não lhes foi alcançado pelo obrigado, tenho que o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, era norma de natureza material. Assim, por meio do dispositivo legal aqui citado, antes de sua alteração, integrava o rol de direito de todos os indivíduos a garantia de que, sem ordem judicial, ninguém teria acesso aos seus dados bancários.

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

Diante de tais considerações, volto ao texto do § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311, de 1996, antes de sua alteração pela Lei nº 10.174, de 2001, e peço vênha para comparar com o

artigo 38 da Lei nº. 4.495, de 1964, sendo que estou grifando as expressões em relação as quais quero fazer considerações:

§ 3º. do artigo 11 da Lei nº 9.311/96, em sua redação primitiva	Artigo 38 da Lei nº 4.595/64, em sua redação primitiva
"§ 3º. A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, <u>vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.</u> "	<i>"Art. 38. <u>As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.</u></i> <i>§ 1º. <u>As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.</u></i>

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

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

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

A Lei nº. 10.174, de 2001 e a Lei Complementar nº. 105, de 2001, que introduziram, respectivamente, alterações nos artigos 11, § 3º. da Lei 9.311, de 1996 e artigo 38 da Lei 4.595, de 1964, ampliaram as hipóteses de prestação de informações bancárias, permitindo a utilização de dados a partir da arrecadação da CPMF para a



apuração e constituição de crédito referente a outros tributos. Havendo ampliação dos poderes em busca de informações, à luz do artigo 144, § 1º, a seguir transcrito, tratam-se de normas de natureza instrumental.

Art. 144.....

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

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

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

A Lei nº 10.174, de 2001 e a Lei Complementar nº 105, de 2001, ao admitirem a utilização de dados bancários a partir da arrecadação da CPMF para a apuração e constituição de crédito referente a outros tributos, não possuem natureza instrumental porque extinguiram direito de natureza material que conferia aos contribuintes a segurança que, durante a vigência das normas que resultaram modificadas, salvo por decisão judicial, não seriam utilizados os dados referentes às operações bancárias para exigência de qualquer tributo além da CPMF.

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

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



poderes de fiscalização pré-existent, mas sim trouxe novo poder de investigação para as autoridades administrativas, permitindo a utilização de dados da CPMF para a constituição do crédito tributário, quando na legislação anterior tal procedimento era expressamente proibido."

Ademais, registra-se que movimentação financeira, por si só, não é fato gerador do imposto de renda. Assim, em oposição aos utilizam o § 1º do art. 144, do CTN, para justificarem a retroatividade da Lei nº. 10.174 e da Lei Complementar nº. 105, ambas de 2001, para investigar a existência de outros tributos que não a CPMF, ao meu sentir, precisariam identificar, de forma prévia, a ocorrência do fato gerador, pois o artigo 144 § 1º, do CTN, faz referência "a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação". Ora, se o depósito bancário, não é fato gerador do imposto sobre a renda, não se pode falar em ocorrência de fato gerador para justificar a aplicação retroativa de tais normas.

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

2. A lei no tempo

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

...

6. Revogação

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

....

11. Fundamentos da irretroatividade

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

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

....



14. Exceção à irretroatividade

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

Conforme escreve Roubier, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho no artigo anteriormente apontado, se a lei pretender aplicar-se a situações em curso será preciso estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da mudança da legislação, que não podem ser antigas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, pode ser aplicada. Nesta linha de raciocínio, conclui-se que as Leis nº. 10.174 de 2001 e a Lei Complementar nº 105, de 2001, ao serem aplicadas, devem estabelecer a separação entre os períodos posteriores a 10 de janeiro de 2001, data que entraram em vigor, e os períodos anteriores a 10 de janeiro de 2001, época em que o artigo 38 da Lei nº. 4.595, de 1964 e o § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311, de 1996, conferia aos jurisdicionados a garantia material de inviolabilidade de seus dados bancários, salvo, no último caso, para fins de cobrança da CPMF.

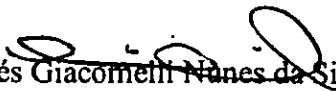
Para este conselheiro, com a devida vênia dos que pensam em contrário, conforme observado por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. “a doutrina da irretroatividade serve ao valor da segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado sob pena de se instaurarem intermináveis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

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

“...a regra superveniente regula situações presentes e futuras. O que ocorreu no tempo transacto está a salvo de sua incidência. Em suma, porque visa reger aquilo que ora existe ou que ainda vai existir, não atinge o que já sucedeu. Respeita fatos e situações que se criaram no passado e cujos efeitos nele se esgotaram ou simplesmente se perfizeram juridicamente. Com isto em nada se afeta aquilo que já se passou e comodou na poeira dos tempos, ressalvada uma possível retroação benéfica.” (In. Ato Administrativo e Direitos dos Administrados. Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 112).

Pelo exposto, entendo que “apenas a partir da vigência da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, é possível o acesso às informações bancárias do contribuinte na forma instituída pela Lei nº 10.174/2001, ou seja, sem a requisição judicial. A aplicação desse conjunto de normas para a obtenção de dados relativos a exercícios financeiros anteriores sem autorização judicial, implica ofensa ao princípio da irretroatividade das Leis. Assim, não pode a autoridade fazendária ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte anteriores a 10.01.01, como preconiza a Lei Complementar nº 105/01, sem o crivo do judiciário.”

Sala das Sessões-DF, 10 de setembro de 2008.


Moisés Giacomelli Nunes da Silva