



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 19515.001729/2002-00
Recurso nº 161.506 Voluntário
Acórdão nº 2201-00.451 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de outubro de 2009
Matéria IRPF
Recorrente ROBERTO SAIFI
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1998

PRELIMINAR DE NULIDADE - DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Não é nulo acórdão de primeira instância que exaure a matéria contida na impugnação

CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA

Não há cerceamento ao direito de defesa do contribuinte quando a ele foram conferidas todas as oportunidades de manifestação, tanto na fase de fiscalização, quanto na impugnatória e recursal, sempre com observância aos ditames normativos do Decreto nº 70.235/72.

DADOS OBTIDOS PELA CPMF. POSSIBILIDADE. RETROATIVIDADE

Retroagem os efeitos da Lei Complementar nº 105, de 2001, e da Lei nº 10.174 de 2001, pois trouxeram novos critérios de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - LANÇAMENTO COM BASE EM VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS BANCÁRIOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

Caracteriza omissão de rendimentos a existência de 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 comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (artigo 42, da Lei nº 9.430/96). Matéria já assente na CSRF.

PRESUNÇÕES LEGAIS RELATIVAS - DO ÔNUS DA PROVA

As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas

presunções, atribuindo ao contribuinte ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - CONTA CONJUNTA

Em caso de conta conjunta é obrigatório intimação de todos os correntistas para informarem a origem e a titularidade dos depósitos bancários. Impossibilidade de atribuir, de ofício, os valores como sendo renda exclusiva de um dos correntistas. Ao atribuir a integralidade dos depósitos a um único correntista, sem que o outro tenha sido intimado, o auto de infração adotou base de cálculo diferente daquela estabelecida pela regra-matriz do § 6º do artigo 42 da Lei nº. 9.430, de 1996, razão pela qual, neste ponto, deve ser cancelado.

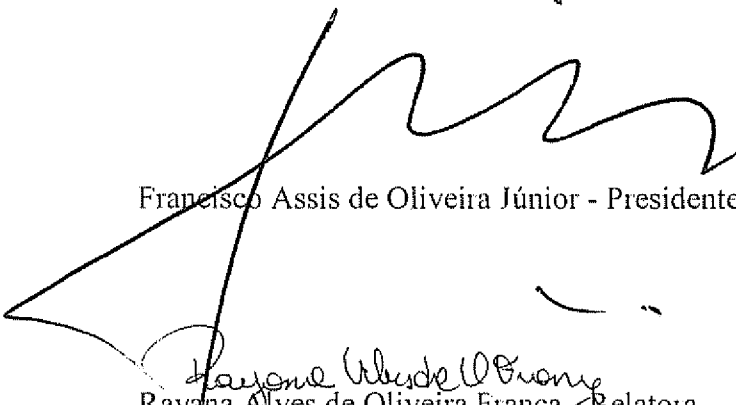
INCONSTITUCIONALIDADE

O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1º CC nº 3).

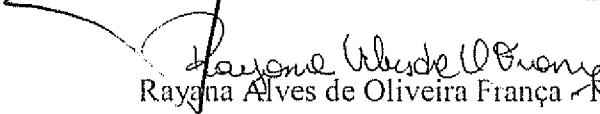
Recurso Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares argüidas. Por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para excluir da base de cálculo os valores movimentados na conta 014.566-1, do Banco Safra. Vencidos os conselheiros Eduardo Tadeu Farah e Francisco Assis de Oliveira Júnior.



Francisco Assis de Oliveira Júnior - Presidente



Rayana Alves de Oliveira França - Relatora

EDITADO EM: 22 OUT 2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Pedro Paulo Pereira Barbosa, Rayana Alves de Oliveira França, Eduardo Tadeu Farah, Janaina Mesquita Lourenço de Souza, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Francisco Assis de Oliveira Júnior (Presidente).

Relatório

DOS PROCEDIMENTOS FISCAIS

Contra o contribuinte acima identificado, foi lavrado Auto de Infração (fls.107/110), para exigir crédito tributário de Imposto de Renda de Pessoa Física no montante de R\$230.676,72,

dos quais R\$ 87.683,11 referem-se a imposto, R\$ 65.762,33 a multa de ofício e R\$ 77.231,28 a juros de mora, calculados até 29/11/2002.

A infração é referente ao ano-calendário 1997, originada da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada.

Em 01/07/2002 o contribuinte foi intimado, pelo Termo de Início de Fiscalização de fls. 06, a apresentar os seus extratos bancários do Banco Safra, Bradesco e Unibanco e a comprovar, mediante apresentação de documentação hábil, a origem dos recursos depositados nas contas bancárias.

O contribuinte apresentou cópia dos extratos da conta n. 015.606-0 do Banco Safra (fls.29/39), conta n. 014.566-1 do Banco Safra (fls.40/60) e conta 302202 do Unibanco (fls.11/28), mas não apresentou nenhum documento que comprovasse a origem dos depósitos efetuados nas suas contas bancárias.

Os demonstrativos da movimentação das contas correntes preparados pela fiscalização estão acostados aos autos: conta n. 015.606-0 do Banco Safra, às fls. 62/67; conta n. 014.566-1 do Banco Safra, às fls.68/85 e conta n.302202 do Unibanco, às fls.86/94.

Conforme se verifica no Termo de Verificação Fiscal (fls.97/99), o valor total não comprovado perfaz o montante de R\$350.732,46.

DA IMPUGNAÇÃO

O contribuinte foi pessoalmente cientificado deste lançamento, em 13/12/2002, contra o qual apresentou tempestivamente impugnação de fls.113/116, acompanhada dos documentos, fls.117/144, cujos principais argumentos estão sintetizados pelo relatório do Acórdão de primeira instância, o qual adoto, nesta parte:

3.1. De acordo com a legislação, o autuado somente está de posse dos documentos relativos aos dados apresentados na sua declaração de renda, dentre os quais não constam os elementos requeridos pela autoridade. Assim, não se recusou a apresentar a documentação, mas apenas teve dificuldade em localizá-la.

3.2. Entende que não é de sua responsabilidade apresentar tal documentação. Nada obstante, requisitou às instituições financeiras, cópia dos documentos relativos aos valores creditados em suas contas-correntes, as quais, até o presente momento, não forneceram. Assim, requer diligência, por motivo de força maior, junto a tais instituições para obtenção de tal documentação.

3.3. O critério adotado pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/96 é o do indício e, como tal, não pode consubstanciar prova. Assim, não é sua a responsabilidade para a apresentação de prova, mas sim do Fisco para efetivamente comprovar a receita omitida.

3.4. O valor do depósito de R\$ 30.274,81 corresponde a rendimento isento relativo a resgate de FGTS, conforme comprova a documentação carreada aos autos.

Road

3.5. Devem ser também considerados como comprovação de origem dos depósitos os valores informados em sua declaração de rendimentos tributáveis, isentos, não tributáveis e sujeitos à tributação exclusiva.

3.6. Os demais valores simplesmente transitaram em sua conta não caracterizando qualquer receita ou rendimento.

DA DECISÃO DA DRJ

Após analisar a matéria, os Membros da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo, acordaram, por unanimidade de votos, em julgar procedente em parte o lançamento, nos termos do Acórdão DRJ/SPO-II nº 17-17.226, de 15 de janeiro de 2007, fls. 147/150, em decisão assim ementada:

“DEPÓSITOS BANCÁRIOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS

Com o advento da Lei 9.430/96, a presunção de omissão de rendimentos calcada em depósitos bancários adquiriu status legal. Para infirmá-la, há que o particular apresentar documentação específica a cada depósito

Lançamento Procedente em Parte”

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Cientificado da decisão da DRJ em 29/06/2007 (“AR” fls. 151-verso), o interessado apresentou, em 02/10/2007, tempestivamente, o recurso de fls. 200/207, alegando, em apertada síntese:

- nulidade do auto, pois não atentou para trâmite legal do processo;
- nulidade da decisão proferida por preterição do direito de defesa;
- inaplicabilidade da CPMF

- deve ser afastada da obrigação da comprovação dos depósitos, os 3 primeiros meses do ano calendário 1997, para fins de aferição de receita por meio de movimentação financeira cruzada com a CPMF, por ferir o prazo de 90 dias estipulado no art. 150, III, c da Constituição Federal;

- a conta n. 014.566-1, do Banco Safra, era conjunta com sua esposa GISELE LOUIS SADER FAIFI, que movimentava a conta, apresentou declaração separada e sequer foi intimada a prestar esclarecimentos;

- o depósito de R\$43.616,92, feito em 14/02/1997 (fls.63), referia-se verbas da rescisão contratual não considerada e pela qual recebeu depósito de FGTS, já excluído pela decisão de primeira instância;

- os valores transitavam entre suas contas e da sua esposa, apresenta exemplos;



- alega que a fiscalização somente considerou as transferências entre contas, docs e cheques compensados, não atentou para a possibilidade de haver saque em espécie de uma conta e depósito em outra;

- a multa de ofício deve ser afastada, pois a infração apontada não foi praticada com dolo, fraude ou simulação.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Rayana Alves de Oliveira França, Relatora

O recurso preenche as formalidades legais, razão pela qual dele conheço.

Antes de adentrarmos ao mérito, mister se faz analisarmos as preliminares argüidas pelo recorrente.

1. Preliminares

1.1. Nulidade da Decisão

Toda a defesa da Recorrente circunscreve-se a aspectos da discricionariedade e finalidade do ato administrativo do lançamento, sendo, em essência, de caráter doutrinário e jurisprudencial.

A recorrente alega nulidade da decisão proferida por preterição do direito de defesa. Registro que o acórdão recorrido enfrentou todos os pontos de forma fundamentada em leis vigentes do país, sendo interpretado de acordo com a competência regimental própria das Delegacias da Receita Federal de Julgamento.

Inclusive no Acórdão recorrido ficou muito bem explicitado que a suposta infração apontada na peça básica, somente se derrui com provas, concretas e materiais, e não com argumentos, por mais bem postos que estejam. Inclusive acolheu a única prova documental apresentada pelo contribuinte.

1.2 Nulidade do lançamento

Quanto ao argumento de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, o mesmo não pode prosperar tendo em vista que durante a fiscalização, bem como durante todo o processo administrativo, lhe foi propiciada a oportunidade de apresentar provas para elidir o lançamento.



Da análise dos autos constata-se que o procedimento foi realizado observando os princípios constitucionais da ampla defesa e todos os outros que norteiam a atividade da administração pública.

O fato é que não se trata de inversão do ônus da prova, conforme aduz o Recorrente em seu Recurso, mas uma hipótese de presunção relativa ("juris tantum"), que admite prova em contrário, a cargo do contribuinte.

Inclusive o lançamento foi regularmente constituído, não havendo qualquer vício que compromettesse a validade do mesmo e o processo tramitou de forma a assegurar ao Recorrente todo o direito de defesa sobre as matérias discutidas nos autos.

1.3 Inaplicabilidade da CPMF

No que se refere à nulidade por inaplicabilidade da CPMF, por irretroatividade da Lei Complementar n. 105/2001 e a Lei n.10.174/2001, o fato gerador anterior a sua publicação, por afetar o princípio da irretroatividade da lei tributária, esta matéria restou pacificada neste Conselho pelos motivos a seguir esboçados.

Normalmente no direito, a norma não retroage no tempo. Esta assertiva tem a finalidade de defender a segurança jurídica. Em um Estado Democrático de Direito, os indivíduos devem ter a certeza que sua conduta não terá outra consequência jurídica além daquela determinada pelo direito vigente no dado momento.

O princípio da irretroatividade da lei possui assento na própria constituição que determina, em seu art. 5º, inciso XXXIV, que a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

Na égide do direito tributário, a regra também é que a lei não retroage a atos jurídicos anteriores a sua publicação. O art. 105 do Código Tributário Nacional determina que a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes. Segundo o próprio código, estes últimos são aqueles que cuja ocorrência tenha tido início, mas não esteja completa, conforme art. 116 do mesmo código.

No entanto, uma dicotomia de entendimentos se formou no passado neste Conselho, com base no artigo 144, § 1º do mesmo diploma legal:

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

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

Concluiu-se que o artigo 144 aparentemente insere outra hipótese de aplicação retroativa da lei tributária, prevendo no parágrafo primeiro a possibilidade de aplicação ao fato gerador de norma promulgada posteriormente se ela instituir novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação administrativa.

Doof
6

A discussão se respaldou na diferenciação das normas entre materiais e adjetivas. As primeiras são aquelas que descrevem o fato típico tributário e contém a respectiva implicação consistente no pagamento do tributo; já as segundas são as que dizem respeito ao modo pelo qual é realizada a atividade do lançamento.

Assim como leis adjetivas dizem respeito à atividade do lançamento e não a objeto, elas são aplicadas as normas vigentes quando a atividade é realizada independente de serem posteriores ao fato gerador.

Deste modo as normas que instituem novos critérios de apuração, ou novos processos de fiscalização, ou ainda ampliem os poderes de fiscalização, são externas ao fato gerador, ou seja, não alteram nenhum aspecto da incidência tributária, afetando apenas a atividade do lançamento e não o crédito tributário.

Desta forma, a lei 10.174 modificou o artigo 11, § 3º da lei 9.311/96 que possuía a seguinte redação:

Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

§ 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.

Segundo este artigo, a Receita Federal não poderia utilizar os dados coletados para apuração de CPMF para constituir outro crédito tributário. Tal proibição foi retirada do ordenamento através da nova redação dada ao dispositivo, conforme transcrevemos:

Art. 11 (...)

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

A nova redação permite a utilização dos dados referidos para aferir se houve omissão de receita através de depósitos bancários sem origem comprovada, conforme art. 42 da Lei 9.430/96.

Da mesma forma, a Lei Complementar 105/2001 que trata do sigilo das operações de instituições financeiras também permite a operação acima descrita.

Destarte, formou-se o entendimento majoritário deste colegiado que estas normas são de natureza procedimental e tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos. Inclusive este foi também o entendimento do excelso Superior Tribunal de Justiça

Rodriguez
7

ao julgar o REsp 506232/PR, quando abordou a problemática do sigilo bancário e a fiscalização tributária:

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

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

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

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

4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente."

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

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

7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei

Real

10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência." (DJ 16/02/2004 p. 211)

Data máxima vênia, apesar de não coadunar com este entendimento, o mesmo é matéria pacificada neste Conselho, inclusive vários acórdãos, em sentido contrário, já foram reformados pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, *in verbis*:

IRPF - EXTRATOS BANCÁRIOS - MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS - Os dados relativos à CPMF à disposição da Receita Federal, são meios lícitos de obtenção de provas tendentes à apuração de crédito tributário na forma do art. 42 da Lei nº. 9.430, de 1996, mesmo em período anterior à publicação da Lei nº. 10.174, de 2001, que deu nova redação ao art. 11, § 3º da Lei nº. 9.311, de 24/10/1996. (CSRF/04-00.364,27/09/2006)

IRPF - NULIDADE – AUTUAÇÃO COM BASE EM DADOS DA CPMF - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 10.174, DE 2001 - Não é nulo o lançamento em que se aplica retroativamente a Lei nº. 10.174, de 2001, já que se trata do estabelecimento de novos critérios de apuração e processos de fiscalização que ampliam os poderes de investigação das autoridades administrativas (precedentes do STJ e da Câmara Superior de Recursos Fiscais). (CSRF/04-00.435 de 12/12/2006)

USO DE INFORMAÇÕES DA CPMF - FISCALIZAÇÃO DE OUTROS TRIBUTOS - EFICÁCIA DA LEI 10174/2001 - Ficou estabelecido pelo E. Superior Tribunal de Justiça que a permissão trazida pela Lei 10.174/2001 que deu nova redação ao parágrafo 3º do art. 11 da Lei 9.311/1996 corresponde a critério de fiscalização (art. 144, parágrafo 1º, do CTN), de modo que pode ser utilizado para fiscalização de períodos anteriores à Lei 10174. (Precedentes CSRF) (CSRF: 192-00092 de 06/10/2008)

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, é norma procedimental e por essa razão não se submetem ao princípio da irretroatividade das leis, ou seja, incidem de imediato, ainda que relativas a fato gerador ocorrido antes de sua entrada em vigor. (CSRF/04-00.161 de 13/12/2005)

Da mesma forma, o Princípio da Anterioridade Nonagesimal não se aplica ao art.42 da Lei 9.430/96, pois não trata da criação de um novo tributo, mas apenas de um novo regime jurídico, como será a seguir detalhado.

Reed

Tampouco, o prazo estabelecido na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que determina que o prazo será de 45 dias, salvo disposição ao contrário. A Lei n. 9430/96 expressamente prevê a sua vigência:

"Art. 87 Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação, produzindo efeitos financeiros a partir de 1º de janeiro de 1997 "

Assim pacificada a questão pela legislação vigente e a jurisprudência mais autorizada, resta ao contribuinte comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, para afastar a presunção omissão de receita ou rendimento.

Desta forma, deixo de acolher as preliminares argüidas.

2. Mérito

2.1 Depósito Bancário

No mérito, o contribuinte se insurge contra a presunção legal determinada pelo art. 42 da Lei 9.430/96 que criou um novo regime jurídico para a tributação com base em operações bancárias:

"Art. 42 Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações

§ 1º O valor das receitas ou 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). (Valores alterados pela Lei n.º 9.481, de 13 de agosto de 1997);

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na

Doat

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. (Acrescido pela Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002)

§ 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. (Acrescido pela Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002)''

Esta norma criou a possibilidade do lançamento com base em depósitos e investimentos que não possuem origem comprovada. No entanto, antes de criar o crédito tributário, o fisco deve intimar o contribuinte para que comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

É mister salientar que existe um procedimento a ser observado pelo fisco, de modo que não é verdade a afirmação de que o lançamento é realizado somente com base na CPMF ou nos extratos bancários. O direito de defesa do contribuinte deve ser respeitado, e este deve exercê-lo no momento conveniente, ou seja, quando intimado para justificar a discrepância entre a renda e a movimentação bancária.

O Conselheiro Nelson Mallmann ao julgar o acórdão desta Câmara, nº 104-20.026, de 17.06.2004, relaciona quais os critérios a serem observados pelo poder público, ao interpretar o art. 42 da Lei. 9.430/96, conforme transcrevo abaixo:

"I – não serão considerados os créditos em conta de depósito ou investimento decorrentes de transferências de outras contas de titularidade da própria pessoa física sob fiscalização;

II – os créditos serão analisados individualizadamente, ou seja, a análise dos créditos deverá ser procedida de forma individual (um por um),

III – nesta análise não serão considerados os créditos de valor igual ou inferior a doze mil reais, desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de oitenta mil reais (com a exclusão das transferências entre contas do mesmo titular),

IV – todos os créditos de valor superior a doze mil reais integrarão a análise individual, exceto os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física fiscalizada,

V – no caso de contas em conjunto cuja declaração de rendimentos tenham sido apresentadas em separado, os

Real

lançamentos de constituição de créditos tributários efetuados a partir da entrada em vigor da Lei nº 10.637, de 2002, ou seja a partir 31/12/02, deverão obedecer ao critério de divisão do total da omissão de rendimentos apurada pela quantidade de titulares "

Desta forma conforme item II acima, baseado no artigo 3º do art.42 de referida Lei, os créditos serão analisados individualmente. O contribuinte argumenta que os valores não comprovados movimentados na conta do Unibanco de uso predominante do recorrente, no valor de R\$76.985,29, está próximo aos vencimentos recebidos e declarados de pessoas jurídicas, excluindo as receitas isentas e não tributadas como a do FGTS e da Rescisão do Contrato de Trabalho. Somado ao valor da conta 015.606-0 do Safra, cuja movimentação é preponderantemente da sua esposa, alcança valor bem próximo ao movimentado na conta 014566-1, no valor de R\$175.242,68, que era movimentada por ambos.

É bem verdade que os valores são aproximados, mas se o contribuinte não identificar de forma individualizada as transferências entre estas contas e os depósitos nelas realizados, esse argumento não pode subsistir.

A questão em apreço está adstrita as provas. Não há nos autos, documentação hábil e idônea que comprove a origem dos recursos depositados em suas contas correntes; simples alegações não são provas.

A única prova trazida aos autos refere-se ao FGTS recebido e esta já foi acolhida desde a decisão de primeira instância, mas nenhuma outra prova foi apresentada, sequer a rescisão do seu contrato de trabalho.

Referente ao exíguo prazo para comprovar os depósitos, também não assiste razão ao recorrente. Da primeira intimação, em 01/07//2002 e a lavratura do auto de infração em 13/12/2002, passaram 5 meses.

Mesmo após a decisão de primeira instância, mais de 5 anos depois da lavratura do auto, que ressaltou novamente a necessidade da apresentação da comprovação individualizada, o contribuinte não apresentou novas provas, somente alegações. Assim não há que se falar em prazos exíguos e falta de tempo para apresentar as provas solicitadas.

Na verdade, o contribuinte não está obrigado a apresentar as provas. Precisos são os ditames de Paulo Bonilha em torno do ônus da prova ao afirmar que *"as partes, portanto, não têm o dever ou obrigação de produzir as provas, tão-só o ônus. Não o atendendo, não sofrem sanção alguma, mas deixam de auferir a vantagem que decorreria do implemento da prova"* (in Da Prova no Processo Administrativo Fiscal, Ed. Dialética, 1997, pág. 72). Ou seja, apresentado provas da origem dos recursos, o contribuinte teria afastada a presunção legal de omissão de rendimentos.

Sobre o assunto, o entendimento do Conselho de Contribuintes é pacífico no sentido de considerar válido o lançamento por presunção legal, quando o contribuinte, devidamente intimado, não lograr êxito em comprovar a origem dos depósitos ou investimentos:

"DEPÓSITO BANCÁRIO. A existência de depósito bancário não contabilizado e cuja origem não foi comprovada configura presunção de omissão de receita não elidida pela interessada "
(Oitava Câmara, Acórdão 108-09736, Data da Sessão 19/09/2008)



"OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS - PRESUNÇÃO LEGAL RELATIVA ESTABELECIDADA PELO ART 42 DA LEI 9 430 DE 1 996 - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - Não logrando o sujeito passivo comprovar a origem dos depósitos realizados na conta corrente bancária de sua titularidade, deve ser mantido o lançamento. Excluem-se, contudo, os depósitos menores de R\$ 12 000,00 e que somem, no ano calendário, até R\$ 80 000,00, conforme admite o parágrafo 3º, inciso II da mesma legislação mencionada. Na hipótese de conta corrente conjunta, aplicação deste último dispositivo legal por CPF, observando-se tratamento isonômico aos contribuintes titulares, lançados conforme rateio praticado pela autoridade fiscal " (Segunda Câmara, Acórdão 102-48799, Data da Sessão: 07/11/2007)

"DEPÓSITO BANCÁRIO - PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a Lei nº 9 430/96, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações." (SEGUNDA CÂMARA, Acórdão 102-48982, Data da Sessão: 23/04/2008)

"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 " (SEXTA CÂMARA, Acórdão 106-15433, Data da Sessão: 23/03/2006.)

Deste modo, por ser uma presunção legal relativa, caberia ao contribuinte comprovar a origem dos depósitos apontados pela fiscalização, e tal oportunidade lhe foi ofertada, sem que tenha juntado outros documentos que fizessem prova a seu favor. Restando, portanto, confirmada a presunção de omissão de rendimentos.

2.2. Conta Conjunta

Não obstante, conforme levantado pelo contribuinte, verifico que efetivamente a conta n. 014 566-1, do Banco Safra era conjunta e que a co-titular, sua esposa, apresentou declaração em separado. Como bem levantado pelo contribuinte em seu recurso, a co-titular não foi intimada a comprovar os valores movimentados nessa conta, em total afronte aos preceitos do parágrafo 6º, do artigo 42, da Lei nº 9.430/96, acrescentado pela Lei nº 10.637/2002 que deve ele ser interpretado conjuntamente com seu caput:

"Art. 42 - Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de

Doat

investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações

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

Diante destes dois dispositivos interpretados em conjunto, ficou evidenciado que os mesmos prevêem um critério objetivo de quantificação da base de cálculo, justamente para conferir critérios de liquidez, certeza e justiça ao lançamento. Trata-se, portanto de um comando impositivo e incondicional, apresentado por dois requisitos exigidos pelo dispositivo retro-transcrito: 1º. que os titulares da conta conjunta tenham apresentado declaração de rendimentos em separado, o que efetivamente aconteceu; 2º. que todos os titulares da conta corrente sejam intimados para, querendo, comprovarem a origem dos depósitos bancários.

É dever da Fiscalização, pois, observado o prazo decadencial, intimar o outro titular da referida conta bancária para que ele, na condição de co-titular e contribuinte do IRPF, comprove ou informe a respeito da movimentação das contas bancárias, sob pena de mácula do lançamento.

Neste sentido, segue a jurisprudência deste Conselho:

"DEPÓSITO BANCÁRIO - CONTA CONJUNTA - Tratando-se de conta conjunta, é imprescindível que todos os titulares estejam sob o procedimento de ofício. Ademais, o lançamento com base em depósitos bancários deve ter a base tributável dividida pelo número de titulares da conta conjunta, nos casos em que estes tenham rendimentos próprios e declarem em separado " (Acórdão nº 104-21006, de 13 09 2005, Relatora Cons. Meigan Sack Rodrigues)

"OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - CONTA CONJUNTA - Em caso de conta conjunta é obrigatório intimação de todos os correntistas para informarem a origem e a titularidade dos depósitos bancários. Impossibilidade de atribuir, de ofício, os valores como sendo renda exclusiva de um dos correntistas. Ao atribuir a integralidade dos depósitos a um único correntista, sem que o outro tenha sido intimado, o auto de infração adotou base de cálculo diferente daquela estabelecida pela regra-matriz do § 6º do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, razão pela qual, neste ponto, deve ser cancelado. Exigência cancelada " (Acórdão nº 102-47838, de 16 08 2006, Relator Cons. Moises Giacomelli Nunes da Silva)

"OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - CONTA CONJUNTA - A partir da vigência da Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, nos casos de conta corrente bancária com mais de um titular, os depósitos bancários de origem não comprovada deverão, necessariamente,

Real

ser imputados em proporções iguais entre os titulares, salvo quando estes apresentarem declaração em conjunto. É indispensável, para tanto, a regular e prévia intimação de todos os titulares para comprovar a origem dos depósitos bancários ” (Acórdão nº 104-21419, de 23 02 2006, Relator Cons Pedro Paulo Barbosa)

Não intimado o co-titular da conta 014.566-1, do Banco Safra, essa conta deve ser excluída do lançamento.

Excluída da base de cálculo essa conta, não subsiste os exemplos dado pelo contribuinte, às fls.165 do recurso, relativa a transferência entre contas, pois em todos os exemplos o crédito foi feito na conta n. 014.566-1 de movimentação conjunta do casal.

Referente a transferência entre contas no dia 04/06/2007, consta no extrato, não como saque, mas pagamento (fls.76) e o depósito como cheque (“dep ch saf”), não podendo, portanto ser aceita essa justificativa.

Para considerar esse argumento para as outras contas, o contribuinte deveria ter apresentado relatório detalhado dessas transferências, no qual não pairasse dúvidas sobre as justificativas.

2.3. Multa de Ofício

O recorrente também se insurge contra a aplicação da multa de ofício no percentual de 75%%, pois no seu entender a infração apontada não foi praticada com dolo, fraude ou simulação.

No entanto é importante ressaltar que a multa pelo não pagamento do tributo devido é imposição de caráter punitivo, constituindo-se em sanção pela prática de ato ilícito, pelas infrações a disposições tributárias.

O permissivo legal que esteia a aplicação das multas punitivas encontra-se no artigo 161 do Código Tributário Nacional, já antes citado, quando afirma que a falta do pagamento devido enseja a aplicação de juros moratórios “*sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária*”, extraindo-se daí o entendimento de que o crédito não pago no vencimento é acrescido de juros de mora e multa – de mora ou de ofício -, dependendo se o débito fiscal foi apurado em procedimento de fiscalização ou não.

Assim, a multa de 75% é devida, no lançamento de ofício, em face da infração às regras instituídas pela legislação fiscal não declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja matéria não constitui tributo, e sim de penalidade pecuniária prevista em lei, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no art. 150, IV da CF, não conflitando com o estatuído no art. 5º, XXII da CF, que se refere à garantia do direito de propriedade.

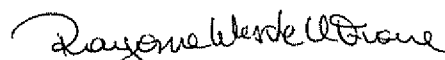
Desta forma, o percentual de multa aplicado está de acordo com a legislação de regência, sendo perfeitamente válida a aplicação da penalidade prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, independente da intenção do agente.



Inclusive no que se refere a suposta inconstitucionalidade da multa, bem como seu caráter confiscatório, já é posição sumulada deste 1º Conselho de que não compete à autoridade administrativa de qualquer instância o exame da legalidade/constitucionalidade da legislação tributária, tarefa exclusiva do poder judiciário:

O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1º CC nº 3).

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares argüidas pelo recorrente e no mérito, dou provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo os valores movimentados na conta 014.566-1, do Banco Safra.



Relatora Rayana Alves de Oliveira França



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA CÂMARA DA SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº: 19515.001729/2002-00

Recurso nº : 161.506

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à **Segunda Câmara da Segunda Seção**, a tomar ciência do Acórdão nº **2201-00.451**.

Brasília/DF, 28 de outubro de 2010.

EVELINÊ COÊLHO DE MELO HOMAR
Chefe da Secretaria
Segunda Câmara da Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

- (.....) Apenas com ciência
- (.....) Com Recurso Especial
- (.....) Com Embargos de Declaração

Data da ciência: ____/____/____

Procurador(a) da Fazenda Nacional