



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

Processo nº 10120.005456/2005-76
Recurso nº 152.176 Voluntário
Matéria IRPF - Ex.: 2000 a 2004
Acórdão nº 102-48.845
Sessão de 05 de dezembro de 2007
Recorrente AGRIPINO GOMES DE SOUSA
Recorrida 3^a TURMA/DRJ-BRASÍLIA/DF

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 2000, 2001, 2002, 2003, 2004

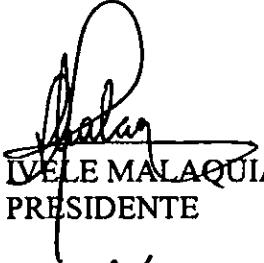
DECADÊNCIA. DEPOSITOS BANCÁRIOS. ANO CALENDARIO DE 1999. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO EM 20.08.2005. Lançamento decadente conforme art.150, parágrafo 4º. Do CTN.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Presunção legal relativa estabelecida 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.

Preliminar de nulidade rejeitada.
Preliminar de decadência acolhida.
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEGUNDA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, REJEITAR a preliminar 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 a acolhe e apresenta declaração de voto. Por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência para o ano de 1999. Vencidos os Conselheiros Naury Fragoso Tanaka que não acolhe a preliminar e Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira em relação aos fatos geradores ocorridos até 07/2000; inclusive, e por erro no critério temporal em relação aos fatos geradores até 11/2000, suscitadas pelo Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, que fica vencido e apresenta declaração de voto. No mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.



IVELE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
PRESIDENTE



SILVANA MANCINI KARAM
RELATORA

FORMALIZADO EM: 11 MAR 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO, LUIZA HELENA GALANTE DE MORAES (Suplente convocada) e MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA.

Relatório

O interessado acima indicado recorre a este Conselho contra a decisão proferida pela instância administrativa “a quo”, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Em razão de sua pertinência, peço vênia para adotar e transcrever como relatório deste documento, o relatório e voto da decisão recorrida, *in verbis*:

“Contra o contribuinte acima identificado foi lavrado por auditor da Delegacia da Receita Federal em Goiânia, o auto de infração de fl. 762/838 referente ao imposto de renda pessoa física, exercícios 2000 a 2004, anos-calendário 1999 a 2003, do qual tomou ciência em 05.09.2005. O crédito tributário apurado está assim constituído:

<i>Imposto</i>	<i>1.308.700,75</i>
<i>Juros de Mora (calculados até 29/07/2005)</i>	<i>773.501,78</i>
<i>Multa de ofício (passível de redução)</i>	<i>981.525,53</i>
<i>Valor do Crédito Tributário apurado</i>	<i>3.063.728,06</i>

O presente lançamento teve origem na constatação da infração de OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimento, mantida em instituições financeira, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, nos valores de R\$1.036.526,30, R\$1.467.406,47, R\$462.693,13, R\$697.444,17 e R\$1.094.841,81, nos anos de 1999 a 2003, respectivamente.

No decorrer da ação fiscal, foram emitidos os Mandados de Procedimento Fiscal, todos devidamente notificados ao contribuinte.

Através do termo de início de fiscalização, fls.14, o contribuinte foi intimado a apresentar os extratos bancários de todas as contas correntes e das aplicações financeiras, inclusive caderneta de poupança, mantidas em seu nome, do cônjuge e de seus dependentes, referentes aos anos-calendário de 1999 a 2003.

Em atendimento ele solicitou prorrogação do prazo, o qual foi concedido e, posteriormente, apresentou parte dos extratos de suas contas bancárias dos Bancos do Brasil e HSBC.

Para complementar os dados bancários necessários à ação fiscal, o auditor requisitou aos mencionados Bancos os extratos bancários do contribuinte através da Requisição de Movimentação Financeira – RMF, tendo eles apresentado a documentação solicitada.

De posse dos extratos bancários a fiscalização elaborou demonstrativos dos valores depositados em suas contas bancárias e através do Termo de Intimação Fiscal nº 201/2005, fl. 624, o intimou a comprovar com documentação hábil e idônea a origem destes créditos e, também, a operação de empréstimo no valor de R\$965.000,00, informada em sua declaração de rendimentos do exercício 2001, como recebido do Sr. Laerte Bortolo José, bem como a quitação na data especificada.

Em resposta o contribuinte informa que a origem dos recursos representados pelos créditos em suas contas bancárias foi à venda do álcool adquirido pela firma da qual é sócio, Goiás Cloro e Derivados de Petróleo a Centroálcool S/A – Cenasa, juntando como prova Instrumentos Particulares de Compra e Venda de álcool hidratado firmado entre as duas empresas, e demonstrativos, sem qualquer lastro documental das supostas vendas. Relativamente ao empréstimo contraído junto ao Sr. Laerte Bortolo apresenta a declaração do imposto de renda deste e cópia de uma nota promissória assinada pelo devedor.

Mediante o Termo de Intimação nº 646/2005 o contribuinte é intimado a comprovar com documentação hábil e idônea a venda do álcool conforme alegado, operação por operação, coincidente em datas e valores com os créditos constantes dos demonstrativos integrantes do Termo de Intimação anterior. Foi solicitada, também, a comprovação dos pagamentos efetuados para quitação do empréstimo no valor de R\$965.000,00.

Em atendimento o contribuinte apresentou as justificativas de fl. 721, porém, não trouxe ao processo os documentos solicitados.

Verifica-se que a fiscalização intimou o Sr. Laerte a comprovar a efetiva operação de empréstimo através da prova do recebimento por doação e da Venda do título de dívida pública que teria dado origem ao valor emprestado. Conforme descrição da infração e documentos de fls.726 nada ficou comprovado.

Em 30/08/2005 foi lavrado o presente auto de infração.

Na impugnação apresentada, o contribuinte, inicialmente, a título “Dos Fatos” se reporta à fase do procedimento fiscal para em seguida, contestar a infração apurada, sob os títulos destacados, trazendo questões preliminares e de mérito, alegando em síntese, o seguinte:

Do Direito

Da Decadência

Neste tópico o contribuinte alega decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente ao período de 31/01/1999 a 31/10/1999.

Faz uma explanação sobre a matéria, citando, inclusive, jurisprudência administrativa e orientação interna da SRF, dada pela Nota MF/SRF/Cosit nº 577, de 24/08/2000, para defender a tese de que se trata de lançamento por homologação, e por consequência o prazo decadencial conta-se a partir do fato gerador.

Entende que o fato gerador do IRPF se perfaz em 31/12 de cada ano, ocasião em que se inicia o prazo decadencial de cinco anos, e conclui que as supostas diferenças relativas ao fato gerador ocorrido em 31 de dezembro de 1999 já não mais poderia ter sido lançada em Auto de infração que somente se aperfeiçoou em 05/09/2005, com a regular notificação do sujeito passivo.

Da proteção constitucional do sigilo bancário

O contribuinte questiona a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, pois, entende que somente o Poder Judiciário está autorizado a permitir a quebra de sigilo bancário, em decorrência do preceituado no art. 5º, X da Constituição Federal.

Argumenta que o próprio Decreto nº 3.724/2001, editado com vistas a complementar o art. 6º da mencionada Lei Complementar, preceitua, em seu art. 2º, que a SRF, por intermédio de Auditor Fiscal, somente poderá lançar mão das informações bancárias de contribuintes quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

Transcreve o art. 3º do Decreto 3.724/2001 que estabelece as situações que podem ensejar a quebra do sigilo bancário, e os parágrafos 5º e 6º do art. 4º do mesmo Decreto que versa sobre a RMF, para concluir que as exigências legais não foram cumpridas, pois, como se observa dos autos, em nenhum momento foi elaborado qualquer relatório contendo a motivação e a demonstração de que a presente situação se enquadrava em qualquer hipótese de indispensabilidade prevista no art. 3º do Decreto nº 3.724/2001, o que torna sem efeito o presente lançamento, em decorrência da expressa vedação constante do inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, eis que amparado em prova obtida por meio ilícito.

Continuando aduz que o rigor estabelecido pelo próprio Decreto, com vista a evitar a banalização do instituto da quebra do sigilo bancário pela autoridade administrativa é tanto que sujeita o infrator a sanções de ordem administrativa. Conclui que os extratos bancários não podem ser utilizados isoladamente como no presente caso.

Da irretroatividade da lei tributária:

Alega o contribuinte a impossibilidade de aplicação retroativa da Lei Complementar nº 105, cujo art. 6º encontra-se regulamentado pelo Decreto nº 3.724/2001, e da Lei nº 10.174, de 2001, que alterou o art. 11 da Lei nº 9.311/96, dando nova redação ao seu § 3º, para os anos anteriores a 2002.

Argumenta que antes da vigência de tais normas o § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/96 vedava expressamente a utilização de informações da CPMF para fins de constituição do crédito tributário. Assim, a nova Lei que alterou este dispositivo somente poderia surtir efeitos para o futuro, até mesmo em respeito e obediência ao princípio da irretroatividade das Leis insculpido no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal da 1988 e no art. 101 c/c o art. 106 do Código Tributário Nacional.

Entende que a vedação constante do texto original ao art. 11, § 3º, da Lei 9.311/1996, se referia expressamente à constituição do crédito tributário, de forma que a revogação desse dispositivo pela Lei 10.164/2001 deve ser compreendida como nova possibilidade de lançamento, o que, forçosamente, submete tal norma à observação dos

princípios da irretroatividade e anterioridade da Lei tributária. Portanto, não há que se alegar que mencionadas normas são de caráter procedural e se aplicam a fatos geradores anteriores à sua publicação.

Transcreve jurisprudências administrativas e judiciais.

Da necessidade da comprovação do nexo de causalidade entre os depósitos bancários e a omissão de rendimentos.

O contribuinte cita o art. 42 da Lei 9.430/96 para argumentar que o presente lançamento foi levado a efeito com base em presunção legal.

Alega que a despeito do entendimento equivocado que se tem dado ao dispositivo legal em questão, esclarece que o patrimônio do contribuinte tanto pode sofrer diminuição quanto aumento, e, nesse último, o seu patrimônio só poderá ser considerado acrescido se houver a comprovação do ingresso de riqueza nova, e as movimentações bancárias, por si só, não são suficientes para comprovar ingresso dessa mesma riqueza, podendo, em última análise, apenas representar indício, presunção simples, de sonegação fiscal.

Em seguida discorre sobre a presunção citando ensinamentos de Alfredo Augusto Becher, e, conclui que com relação às pessoas físicas a presunção legal de que trata o art. 42, da Lei 9.430/96 tem sua aplicabilidade inadequada, uma vez não existir nexo causal entre o depósito bancário e o fato que representa a omissão de rendimentos.

Argumenta que não é por outra razão que a Lei nº 7.713/88, em seu art. 3º § 4º impõe a necessidade de o Fisco comprovar que o contribuinte se beneficiou de tal valor, seja consumindo em seu sustento, seja na aquisição de bens, ou ainda, em investimento.

Cita a Súmula do extinto TRF, que diz ser ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extrato bancário ou depósito bancários, para reafirmar a impropriedade do presente lançamento sem a devida prova do acréscimo patrimonial advindo de tais recursos. No mesmo sentido, transcreve ementas de julgados judiciais e administrativos.

Continuando, cita a legislação anterior relativa a tributação com base em depósitos bancários, art. 6º e § 5º da Lei 8.021/90, para argumentar que mesmo quando vigente a jurisprudência administrativa já se posicionava contra aos lançamentos baseados apenas em depósitos bancários, e, conclui que não obstante o mencionado dispositivo tenha sido excluído da ordem jurídica, há de se convir que continua em vigor o art. 3º, §4º da Lei 7.713/88, que impõe a necessidade de o fisco comprovar que o contribuinte se beneficiou de tais depósitos, sendo inválido todos os lançamentos que não atender a essa determinação, conforme se verifica das decisões mencionadas.

Entende, ele que a revogação expressa do art. 6º, § 5º da Lei 8.021/90, bem como o redisciplinamento do assunto pelo art. 42 da Lei 9.430/96, não excluiu a obrigatoriedade do Fisco em comprovar a utilização dos valores depositados como renda consumida, evidenciando sinais exteriores de riqueza, pois os depósitos bancários, por si só, não constituem fato gerador do imposto de renda, eis, que não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos. Ilustra esta posição citando lições do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso.

Quanto à comprovação da origem dos recursos dos valores depositados em suas contas bancárias e da operação de empréstimo no valor de R\$965.000,00, informada na declaração de rendimentos do exercício 2001, o contribuinte, alega, que durante a ação fiscal informou à fiscalização que os valores que transitaram em suas contas correntes se referiam à venda de álcool hidratado, liberado pela justiça para que o mesmo pudesse fazer frente aos seus compromissos. Acrescenta que na oportunidade justificou que o empréstimo contraído tratava-se de um contrato de mútuo, o qual foi quitado gradativamente, na medida em que o álcool era vendido.

Diz que apresentou toda a documentação comprobatória, como declarações de rendimentos sua e do mutuante e nota promissória para comprovar a operação de empréstimo. Apresentou ainda, os contratos particulares de compra e venda de álcool e cópia da decisão judicial que determinou a entrega da mencionada mercadoria, a qual foi vendida e o produto da venda depositado em suas contas bancárias, sendo esta a origem do dinheiro movimentado. Mesmo tendo apresentado estas provas a fiscalização optou por autuá-lo, com a alegação de que não restou comprovada a origem dos depósitos.

Prosseguindo em sua defesa o contribuinte tenta demonstrar que o mencionado empréstimo foi realizado e que restou devidamente comprovado, bem como a origem dos valores creditados em suas contas bancárias.

Ao final, requer a improcedência do lançamento.

É o relatório.

VOTO

A impugnação é tempestiva, uma vez que foi apresentada no prazo estabelecido pelo art. 15 do Decreto nº 70.235, de 03 de março de 1972, motivo pelo qual dela toma-se conhecimento para examinar as razões trazidas pelo sujeito passivo.

Das questões Preliminares

Da Decadência

O contribuinte suscita a preliminar de decadência, referente ao período de 31/01/1999 a 31/10/1999, por entender que, em se tratando de lançamento por homologação, à contagem do prazo quinquenal se inicia a partir da ocorrência do fato gerador, conforme § 4º do art. 150 do CTN.

Não cabe razão ao contribuinte: no caso em tela, não se operou a decadência uma vez que não se aplica o art. 150, § 4º, e sim o inciso I, do art. 173 do CTN, pelas razões a seguir explicitadas.

Os tributos sujeitos ao lançamento por homologação são aqueles em que a lei determina que o sujeito passivo, interpretando a legislação aplicável, apure o montante tributável e efetue o recolhimento do imposto devido, sem prévio exame da autoridade administrativa, conforme definição contida no art. 150, do CTN:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar

o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Dessa forma, para efeitos da contagem do prazo de decadência para a constituição do crédito tributário, há que se distinguir duas hipóteses para os tributos em que a lei prevê sejam lançados por homologação: aquela em que o sujeito passivo da obrigação tributária antecipa o pagamento e aquela em que, não obstante obrigado a isso, deixa de fazê-lo.

Ocorrendo a primeira hipótese, a contagem do prazo decadencial tem como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o disposto no § 4º, do art. 150, do CTN, anteriormente transrito.

Por outro lado, não havendo o contribuinte efetuado pagamento prévio, não mais se está diante dessa modalidade de lançamento, pois o objeto da homologação é o pagamento antecipado; sem ele, simplesmente, não há o que ser homologado. Assim, somente se sujeitam às normas aplicáveis ao lançamento por homologação, os créditos tributários satisfeitos por via do pagamento. Inexistindo essa situação, o prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário obedece à regra geral, prevista no art. 173, inciso I, do CTN, a seguir transscrito:

Art. 173 – O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (...);

Portanto, no caso em questão, o impugnante parte da premissa equivocada de que se está tratando de um lançamento por homologação, quando, na realidade, o presente Auto de Infração constitui-se em um lançamento de ofício ou direto. O fundamento jurídico de lançamentos da modalidade ora debatida reside no artigo 142, combinado com o artigo 149, inciso V, ambos do CTN.

Reflete este entendimento o jurista Alberto Xavier, em sua obra “Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário”, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 93, ao afirmar:

(...) artigo 150, § 4º, pressupõe um pagamento prévio – e daí que ele estabeleça um prazo mais curto, tendo como dies a quo a data do pagamento, dado que este fornece, por si só, ao Fisco uma informação suficiente para que permita exercer o controle. O artigo 173, ao contrário, pressupõe não ter havido pagamento prévio – e daí que alongue o prazo para o exercício do poder de controle, tendo como dies a quo não a data da ocorrência do fato gerador, mas o exercício

seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. (negritos da transcrição).

No mesmo sentido referido, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do Acórdão RESP n.º 169246/SP, Recurso Especial n.º 98/0022674-5, publicado no Diário da Justiça de 29/06/1998, p. 153, tendo como Relator o Ministro Ari Pargendler, decidiu:

Tributário. Decadência. Tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação. Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, parágrafo 4º, do Código tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; a incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo. Se o pagamento do tributo não for antecipado já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no artigo 173 do Código Tributário Nacional. Recurso Especial não conhecido." (negrito da transcrição)

Dessa forma, no caso dos autos, como não houve antecipação do pagamento do imposto devido, tendo ocorrido lançamento de ofício, ficou descaracterizado o lançamento por homologação, passando o termo inicial para a contagem do prazo quinquenal a se iniciar no primeiro dia do exercício seguinte ao que poderia ter sido efetuado o lançamento, a teor do inciso I, do artigo 173, do CTN.

Por conseguinte, rejeita-se a preliminar de decadência do lançamento.

Da proteção constitucional do sigilo bancário

Inicialmente é de se observar que, no âmbito da instância administrativa, descebe discutir os aspectos constitucionais levantados pelo impugnante. A atividade de fiscalização é vinculada, devendo a autoridade lançadora se ater ao cumprimento da legislação vigente. Assim se procedeu. Até que o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, se manifeste sobre a constitucionalidade de algum dispositivo legal, é de se observar à legislação em vigor e efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade administrativa.

Quanto a esta preliminar, ressalte-se que a utilização dos dados bancários do contribuinte pelo Fisco sem autorização judicial não é ilegítima, pois a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra, imagem etc. são garantias constitucionais previstas nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, não têm o alcance de impedir a ação da fiscalização.

A legislação tributária vigente permite o acesso das autoridades fiscais aos dados bancários, dando respaldo ao procedimento fiscal, isto porque, a Constituição Federal, ao tratar do Sistema Tributário Nacional, assim dispõe em seu art. 145, § 1º, in verbis :

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos":

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a

esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Repcionado pela Constituição Federal, em nível de lei complementar, o Código Tributário Nacional – CTN disciplina as formas de acesso da administração tributária aos bancos de dados dos agentes econômicos, estabelecendo no art. 197, II, parágrafo único:

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

(...)

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

(...)

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Ao mesmo tempo, o art. 198 do CTN salvaguarda a inviolabilidade das informações fornecidas ao Fisco, consagrando o sigilo fiscal, nos seguintes termos:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

Ainda, é de se observar o disposto no art. 6º, da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 2001, onde é expressa a autorização para o exame fiscal das operações bancárias, sem prévia autorização judicial. Diz a Lei Complementar citada:

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.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Admite-se, então, que a autoridade fiscal pode, em procedimento de fiscalização, solicitar diretamente às instituições financeiras os extratos das contas bancárias do interessado, por meio da emissão de Requisição e Movimentação Financeira – RMF, sem que isso se caracterize quebra de sigilo bancário. O § 3º do art. 1º da LC nº 105, de 2001 é claro neste sentido, ao dispor que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações às autoridades fiscais tributárias da União Federal, posto que o sigilo é transferido à Secretaria da Receita Federal – SRF.

O contribuinte questiona, também, a emissão da RMF, que no seu entender foi emitida de forma ilegal, na medida que não consta dos autos qualquer relatório contendo a motivação e a demonstração de que a situação se enquadrava nas hipóteses de indispensabilidade prevista no art. 3º do Decreto n° 3.724/2001.

A esse respeito esclarece-se que o contribuinte apresentou parcialmente os seus extratos bancários após ser intimado a fazê-lo, e para complementar os dados bancários necessários à aça fiscal, o auditor requisitou diretamente aos Bancos HSBC e Bradesco os extratos bancários de que necessitava, através da Requisição de Movimentação Financeira – RMF, sob a justificativa de que a referida requisição era indispensável ao andamento do procedimento de fiscalização em curso, nos termos do art. 4º, § 6º do Decreto n° 3.724, de 2001, fl. 457 e 605.

Para que a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF seja emitida pelo Delegado da Receita Federal é necessário que o auditor responsável pela ação fiscal apresente um relatório circunstanciado constando à motivação de tal pleito. Ora, se no presente caso houve a requisição é porque todos os requisitos foram atendidos, não sendo obrigatório à juntada ao processo do relatório por se tratar de documento interno da SRF.

O Primeiro Conselho de Contribuintes tem se manifestado da seguinte forma, conforme se depreende da ementa que se transcreve:

"PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO. EXTRATOS BANCÁRIOS. PROVAS ILÍCITAS. DESVIO DE PODER. Os extratos bancários regularmente requisitados pela autoridade administrativa, com fundamento no artigo 11 da Lei Complementar nº 105/01, artigo 38 da Lei nº 4.595/64 e artigo 8º da Lei nº 7.021/90, não podem ser taxados como provas obtidas de forma ilícita e nem com desvio de poder. A Lei Complementar nº 105/01 e Lei nº 10.174/01 tem aplicação retroativa face ao comando expresso no § único, do artigo 144, do Código Tributário Nacional". (1ª Câmara, Ac. 101-94196, sessão de 14/05/2003)"

Em face do exposto, conclui-se que as provas utilizadas na autuação são lícitas e rejeita-se a preliminar de nulidade do lançamento.

Da irretroatividade da lei tributária

Alega o contribuinte a impossibilidade de aplicação retroativa da Lei Complementar nº 105 e da Lei nº 10.174, de 2001, para os anos anteriores a 2002.

Argumenta que antes da vigência de tais normas o § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/96 vedava expressamente a utilização de informações da CPMF para fins de constituição do crédito tributário. Assim, a nova Lei que alterou este dispositivo somente poderia surtir efeitos para o futuro, até mesmo em respeito e obediência ao princípio da irretroatividade das Leis insculpido no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal da 1988 e no art. 101 c/c o art. 106 do Código Tributário Nacional.

Entende que a vedação constante do texto original ao art. 11, § 3º, da Lei 9.311/1996, se referia expressamente à constituição do crédito tributário, de forma que a revogação desse dispositivo pela Lei 10.164/2001 deve ser compreendida como nova

possibilidade de lançamento, o que, forçosamente, submete tal norma à observação dos princípios da irretroatividade e anterioridade da Lei tributária. Portanto, não há que se alegar que mencionadas normas são de caráter procedural e se aplicam a fatos geradores anteriores à sua publicação.

A LC nº 105, de 2001, estabeleceu, dentre outras coisas, o procedimento para o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras entre instituições financeiras e a SRF, por meio da emissão da RMF.

Veja-se que o §1º do art. 144 do CTN, a seguir transcrito, deixa claro que ao lançamento aplica-se a legislação posterior à ocorrência do fato gerador que houver instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

Art. 144. O lançamento reporta-se à data 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

(...)

O §1º do art. 144, regulando matéria diferente de seu caput, consagra a regra da aplicação imediata da legislação vigente ao tempo do lançamento, quando tenha instituído novos critérios de apuração ou de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

A solicitação pela SRF das informações necessárias à fiscalização do sujeito passivo, diretamente às instituições financeiras, simplificou o procedimento fiscalizatório, mas não trouxe alteração substancial ao modo de agir do Órgão. A utilização de dados bancários nos procedimentos fiscais é praxe na SRF, mas dependia do fornecimento gracioso do sujeito passivo ou de autorização judicial para quebra de sigilo bancário.

Saliente-se que a lei de regência do fato gerador é que deve reportar-se à data de sua ocorrência e não a lei que regula a forma de obtenção das informações que possam servir de base para a averiguação do cumprimento das obrigações tributárias. O lançamento em questão decorre da omissão de rendimentos provenientes de depósitos bancários não justificados, relativos aos anos-calendário de 1999 a 2003. Tal infração está definida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, vigente à época da ocorrência do fato gerador.

Igual raciocínio aplica-se a utilização de informações referentes à CPMF para dar início ao procedimento fiscalizatório, posto que a ação fiscal teve início após a alteração do § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, feito pelo art. da Lei nº 10.174, de 2001. Com o advento da Lei nº 10.174, de 2001, o dispositivo acima foi alterado nos seguintes termos:

§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.

Como se percebe, a partir de janeiro de 2001, a SRF deveria continuar guardando sigilo das informações referentes à CPMF, porém, tais informações poderiam ser utilizadas para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a outros tributos e contribuições, observando o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430/1996.

Com a edição da Lei nº 10.174/2001 foram ampliados os poderes de investigação do Fisco, ficando autorizada à instauração de procedimento de fiscalização referente ao IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA, ou qualquer outro imposto ou contribuição, com base nas informações decorrentes da CPMF, observando-se o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430/96, e alterações posteriores.

Assim, autorizada à instauração do procedimento de fiscalização, a partir de informações sobre a movimentação bancária relativas a CPMF, caso seja detectada qualquer infração cujo fato gerador seja anterior à vigência da Lei nº 10.174/2001, esta infração pode ser objeto de lançamento.

No caso em concreto, a ação fiscal teve início em novembro de 2004, mediante recebimento pelo interessado do Mandado de Procedimento Fiscal e do Termo de Início de Fiscalização, na vigência da Lei nº 10.174, de 2001, que ampliou os poderes de investigação da fiscalização.

Por sua vez, o lançamento em questão decorre da omissão de rendimentos provenientes de depósitos bancários não justificados, relativos aos anos-calendário de 1999 a 2003. Tal infração está definida no art. 42 da Lei nº 9.430/1996, vigente à época da ocorrência do fato gerador.

O consagrado tributarista José Souto Maior Borges, na obra intitulada “Lançamento Tributário” (São Paulo: Malheiros. 2 ed.) ao tratar do direito intertemporal e lançamento, assim preleciona:

“Lançamento está, aí, no art. 144, caput, no sentido de ato do lançamento. O vocábulo é, no Código Tributário Nacional, plurissignificativo. Ora é referido ao ato, ora ao procedimento que o antecede. Diversamente, já no seu § 1º o art. 144 reporta-se ao procedimento administrativo de lançamento. A este se aplica, ao contrário, a legislação que posteriormente à data do fato jurídico tributário 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.

O art. 144, § 1º, disciplina o procedimento administrativo do lançamento, em contraposição ao caput desse dispositivo, que se aplica ao ato de lançamento. Duas realidades /

normativas diversas e submetidas, por isso mesmo, a disciplina jurídica nitidamente diferenciada no Código Tributário Nacional. Ao ato de lançamento aplica-se, em qualquer hipótese, a legislação contemporânea do fato jurídico tributário.

Ao procedimento de lançamento, todavia, aplica-se legislação que, se confrontada temporalmente com o fato jurídico tributário, venha posteriormente e estabelecer as alterações estipuladas no §1º do art. 144. Se não sobrevier ao fato jurídico – enquanto *in fieri* o procedimento de lançamento - legislação nova, aplicar-se-lhe-á também a legislação coetânea à data do fato jurídico tributário.”

Vale ressaltar que o Poder Judiciário vem se manifestando no mesmo sentido, conforme demonstrado nas decisões abaixo transcritas.

“TRIBUTÁRIO. REPASSE DE DADOS RELATIVOS À CPMF PARA FINS DE FISCALIZAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. SIGILO BANCÁRIO.

O acesso da autoridade fiscal a dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes, no bojo de procedimento fiscal regularmente instaurado, não afronta, a priori, os direitos e garantias individuais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e de inviolabilidade do sigilo de dados, assegurados no art. 5º, incisos X e XII da CF/88, conforme entendimento sedimentado no tribunal.

No plano infraconstitucional, a legislação prevê o repasse de informações relativas a operações bancárias pela instituição financeira à autoridade fazendária, bem como a possibilidade de utilização dessas informações para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento do crédito tributário porventura existente (Lei 8.021/90, Lei 9.311/96, Lei 10.174/2001, Lei Complementar 105/2001).

As disposições da Lei nº 10.174/2001 relativas à utilização das informações da CPMF para fins de instauração de procedimento fiscal relacionado a outros tributos não se restringem a fatos geradores ocorridos posteriormente à edição da lei, pois, nos termos do art. 144, § 1º, do CTN, aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.” (Agravo de Instrumento nº 2001.04.01.045127-8/SC – TRF 4ª Região)

“Não há que se falar em aplicação retroativa da Lei nº 10.174/2.001, em ofensa ao art. 144 do CTN, na medida em que a lei a ser aplicada continuará sendo aquela lei material vigente à época do fato gerador, no caso, a lei vigente para o IRPJ em 1998, o que não se confunde com a lei que conferiu mecanismos à apuração do crédito tributário remanescente, esta sim promulgada em 2.001, visto que ainda não decorreu o prazo decadencial de cinco anos para a Fazenda constituir o crédito previsto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, o que dá ensejo ao lançamento de ofício, garantido pelo art. 149, VIII, /

parágrafo único do CTN."(Mandado de Segurança nº 2001.61.00.028247-3 – 16ª Vara Federal do Estado de São Paulo)

Saliente-se que foi aprovado pelo Sr. Ministro da Fazenda o Parecer PGFN/CAT/Nº 1.649/2003 que conclui pela aplicação imediata da alteração legislativa que possibilita a utilização de informações obtidas no âmbito da fiscalização da CPMF para instaurar procedimento administrativo destinado a verificar a existência de obrigação tributária relativa a outros tributos e a constituir o respectivo crédito.

Após longo arrazoado, ficou assentado no Parecer o seguinte:

81.1) alteração introduzida na parte final do § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, por força da Lei nº 10.174, de 2001, deve ter aplicação imediata, de modo que a Secretaria da Receita Federal está autorizada a utilizar as informações obtidas no âmbito da fiscalização da CPMF, já disponíveis ou obtidas após o advento da nova Lei, para, após o início da vigência da Lei nº 10.174, de 2001, instaurar procedimento administrativo com o objetivo de verificar a ocorrência do fato gerador de obrigação tributária relativa a tributo distinto da CPMF e de realizar o lançamento respectivo, ainda que se trate de obrigação cujo fato gerador tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 10.174, de 2001;

*81.2) não se trata, no caso, de aplicação retroativa da Lei nº 10.174, de 2001, mas da sua aplicação imediata, com espeque no princípio *tempus regit actum*, no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, e no § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional, pois não ocorre, no caso, ofensa potencial a ato jurídico perfeito, a direito adquirido ou a coisa julgada devendo-se, apenas nesta última hipótese, realizar o exame caso a caso;*

81.3) não está correto o entendimento adotado pela Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, de que a Lei nº 10.174, de 2001, criou nova hipótese de incidência do imposto de renda; 8.4) o § 2º do art. 144 do Código Tributário Nacional não constitui exceção à regra do § 1º do mesmo dispositivo, não sendo relevante para o deslinde da questão relativa à aplicação no tempo da alteração introduzida pela Lei nº 10.174, de 2001;

(.....)

Diante do exposto, rejeita-se, também, esta preliminar e passa-se, adiante, à análise do mérito.

Do Mérito

Conforme relatado, foi imputado ao contribuinte crédito tributário relativo a imposto de renda dos exercícios de 2000 a 2004, apurado mediante procedimento fiscal de ofício, em face da infração de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários não comprovados.

No que se refere às ementas de julgados judiciais e administrativos trazidos pelo contribuinte, serão as mesmas consideradas meramente como ilustrativas, posto que não são fontes autorizadas de interpretação ou integração da legislação tributária. Igualmente, quando

utilizados neste Acórdão, julgados/ementas somente terão como objetivo ilustrar/reforçar a posição desta julgadora.

Primeiramente, para análise dos argumentos trazidos pelo contribuinte, mencionados no relatório, faz-se necessário assinalar, que, o que se tributa, no presente processo, não são os depósitos bancários, como tais considerados, mas a omissão de rendimentos representada pelos mesmos, uma vez que não comprovada a origem desses recursos. Os depósitos bancários são apenas a forma, o sinal de exteriorização, pelo qual se manifesta à omissão de rendimentos objeto de tributação.

As alegações do contribuinte carecem de sustentação, já que o lançamento foi realizado sob a égide do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, que, com as alterações posteriores introduzidas pelo art. 4º da Lei nº 9.481, de 13/08/1997, e pelo art. 58 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (conversão em lei da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002), assim dispõe:

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 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). (art. 42, § 3º, II, da Lei nº 9.430/1996 c/c art. 4º da Lei nº 9.481, de 13/08/1997).

§ 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.”

Portanto, o dispositivo legal acima estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Assim, a partir de 01.01.1997, com a mencionada lei, os valores depositados em instituições financeiras, de origem não comprovada, pelo contribuinte passaram a ser considerados receita ou rendimentos omitidos. Basta a comprovação dos depósitos em nome do contribuinte para os quais ele não comprovou a origem dos recursos, para que sejam considerados rendimentos omitidos.

Sabendo-se que o principal objetivo do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, foi conferir base legal sólida para lançamentos alicerçados em depósitos bancários, não é possível equiparar lançamentos fundamentados nessa lei a outros anteriores a ela, e que foram invalidados exatamente pela inexistência da base legal que ela veio a outorgar.

Confrontando-se este dispositivo atual com o anterior, fica claro que não mais se exige do fisco o levantamento dos sinais exteriores de riqueza, nem tampouco a comparação destes com os depósitos considerados incomprovados. Da mesma forma, não há necessidade de que o fisco comprove que o contribuinte se beneficiou de tais depósitos. A nova previsão legal estabeleceu que a mera falta de comprovação da origem dos depósitos em contas-correntes ou de investimentos, por si só, caracteriza omissão de rendimentos.

A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos. Conclui-se, por conseguinte, que, por se tratar de uma presunção relativa de renda, caracterizada por depósitos bancários, caberia ao contribuinte apresentar comprovações válidas e legais para os ingressos ocorridos em sua conta-corrente.

Com relação aos acórdãos e a doutrina que rechaçam o lançamento com base em depósitos bancários e citam a Súmula 182 do TFR, cabe esclarecer que as jurisprudências, bem assim a Súmula do TFR, se reportam a lançamentos efetuados com base em legislação anterior à Lei nº 9.430, de 1996, base legal do auto de infração ora analisado. Logo, não servem como parâmetro para balizar decisões a serem proferidas em face desta nova realidade jurídica.

A jurisprudência administrativa consolidada após a presunção legal do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, é no seguinte sentido:

IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTO - SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA - LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS

BANCÁRIOS - *A presunção legal de omissão de receitas, 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. (Ac. 1º CC, 104.18.896, de 21/08/2002).*

IRPF - OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - *Lei nº 9.430, de 1996, ART. 42 - O art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996 autoriza a presunção de omissão de receitas amparada em depósitos bancários de origem não identificada pelo contribuinte, restrita a presunção autorizada às normas e parâmetros que lhe foram legalmente fixadas. (Ac. 1º CC, 104-18.555, de 23/01/2002).*

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. - *Insubsiste o lançamento realizado com base exclusivamente em depósitos bancários sem a vinculação deles à receita desviada. Esta prova direta de omissão da receita competia ao fisco, até o advento do art. 42 da Lei nº 9.430/96, com eficácia a partir de 01/01/97 (CSRF, Acórdão nº 01-03.311, data da Sessão: 16.04.2001) (destaque da transcrição).*

“IRPF - LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS- O lançamento de ofício por meio de arbitramento com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações, somente pode ser realizado quanto aos fatos ocorridos após a edição da Lei 8.021/90 que autorizou tal modalidade, imprescindível que a fiscalização compare-os com a renda presumida mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza e que aquela modalidade de arbitramento se mostre mais benéfica ao contribuinte (Lei 8.021/90 art. 6.º, § 6.º). **O arbitramento com base em depósitos bancários não justificados pelo contribuinte, sem a comparação supra, somente foi autorizado a partir da edição da Lei nº 9.430/96.**” (Ac. 102-44098, sessão de 27/01/00) (grifei)

Verifica-se do exame das peças constantes dos autos que a fiscalização de posse dos extratos bancários mensais do contribuinte, relativos aos anos autuados, relacionou todos os valores creditados e o intimou a comprovar a origem dos valores ali depositados. Conforme relato da fiscalização as justificativas e documentos apresentados pelo contribuinte foram insuficientes para comprovar a origem dos créditos em suas contas bancárias.

O § 3º, do art. 42, da Lei nº 9.430/1996, estabelece categoricamente que para efeito de determinação da receita omitida, os créditos deverão ser analisados individualizadamente. Ou seja: cada depósito de origem não comprovada será considerado como receita omitida, de tal sorte que a omissão de rendimentos, em determinado período, deve corresponder à soma de todos os depósitos de origem não comprovada. E foi isso exatamente o que a fiscalização fez para cada um dos meses dos anos-calendário de 1999 a 2003.

Da mesma forma, deve ser a comprovação da origem destes recursos. O contribuinte deveria ter apresentado a comprovação de forma individualizada para cada depósito. Portanto, as justificativas de que os valores que transitaram por suas contas bancárias se referiam à venda de álcool hidratado, adquirido pela empresa da qual é sócio, Goiás Cloro e Derivados de Petróleo, não podem ser aceitas sem a comprovação da efetiva venda e que os créditos se referem à efetiva transação.

Relativamente ao empréstimo contraído no ano de 2000, no valor de R\$ 965.000,00, junto ao Sr. Laerte Bortolo, o contribuinte apresenta a declaração do imposto de renda deste e cópia de uma nota promissória para comprovar o mútuo. Acrescenta que o mesmo foi quitado gradativamente, na medida em que o álcool era vendido.

No tocante a esta prova é importante ressaltar que a presente autuação não se trata de acréscimo patrimonial a descoberto, que bastaria a comprovação do empréstimo contraído para que a quantia fosse considerada origem de recursos. Na tributação em questão há a necessidade de que se comprove que o valor obtido através de empréstimo tenha transitado pela contas bancárias e tenha sido objeto de tributação. No caso, não houve esta comprovação.

Em vista do exposto, o meu voto é no sentido de rejeitar as preliminares de decadência, de ilegalidade na quebra do sigilo bancário e de irretroativa da Lei Complementar nº 105 e da Lei nº 10.174, de 2001, para os anos anteriores a 2002, e, no mérito, julgá-lo procedente, para manter o crédito tributário lançado.”

No Recurso voluntário, o interessado em síntese, ratifica as razões expostas anteriormente.

É o relatório.

Voto

Conselheira SILVANA MANCINI KARAM, Relatora

O recurso é tempestivo e atende a todos os pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

O auto de infração, apenado com multa de ofício de 75%, foi lavrado em 20.08.2005 e se refere aos depósitos bancários com origem não conhecida praticados nos anos calendário de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003.

Acolho inicialmente, a preliminar de decadência suscitada pelo interessado relativa aos fatos geradores ocorridos no ano calendário de 1999. De fato, o artigo 150, parágrafo 4º, do CTN estabelece o prazo quinquenal para a autoridade fazendária lançar o tributo em discussão, sob pena de decadência. O termo inicial de contagem do mencionado prazo se deflagra na data da ocorrência do fato gerador, *in casu*, 31.12.1999. Portanto, inegável a decadência do lançamento relativo ao ano calendário de 1999.

Afasto, entretanto, as demais preliminares suscitadas, quais sejam, da impossibilidade de quebra do sigilo bancário e da irretroatividade da Lei 10174 de 2001 com fundamento nos inúmeros precedentes seja desta Egrégia 2ª. Câmara como de outras deste Primeiro Conselho de Contribuintes.

Ocorre que o E. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 532004 / SC, 2ª Turma, DJ 03.10.2005, pág 171, apreciando a matéria definiu que:

A Lei 10174/2001 veio estabelecer novos critérios de fiscalização e que a transferência de informações das instituições financeiras para a Receita Federal não consistia em quebra do sigilo, posto que (as informações) permanecem em segredo;

A doutrina e jurisprudência, sob a égide da CF 88, proclamavam ser o sigilo bancário corolário do princípio constitucional da privacidade (inciso XXXVI do art. 5º), com a possibilidade de quebra por autorização judicial, como previsto em lei (art. 38 da Lei 4.595/96); com o advento da LC 105/2001 a orientação se alterou, permitindo a possibilidade de quebra do sigilo pela autoridade fiscal, independentemente de autorização do juiz, tudo em conjunto com a Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, alterada pela Lei 10.174/2001, possibilitando inclusive aplicação retroativa em face de sua natureza meramente procedural; restou afastada assim, a tese do direito adquirido para posto que a vedação antecedente tratava-se de mera garantia e não um princípio, sobre a qual se aplica o art. 144, § 1º, do CTN que pugna pela retroatividade da norma procedural.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais, a seu turno, no CSRF/04-00.108 assim decidiu:

"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 procedural 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. Assim, não se acata a pretensão de nulidade do lançamento."

O artigo 42 da Lei 9430 de 1996 traz em si uma presunção relativa que admite prova em contrário a cargo, contudo, do interessado. Ou seja, a presunção estabelecida pela legislação tem o condão de inverter o ônus da prova, incumbindo ao contribuinte provar à autoridade fiscal, a origem dos valores depositados e/ou movimentados em sua conta corrente bancária, sob pena de serem considerados - sob presunção legal - como rendimentos omitidos.

As presunções legais são legítimas no direito pátrio e, portanto, não cabe a alegação de ausência de nexo causal entre os depósitos bancários e o lançamento tipificado como omissão de rendimentos.

Para afastar a presunção legal, o contribuinte informa que os valores em trânsito por sua conta corrente referem-se à venda de álcool hidratado, liberado pela Justiça para que pudesse fazer frente aos compromissos assumidos. Alega ainda que teria tomado um empréstimo junto a terceiro, mediante contrato de mútuo quitado gradativamente, à medida em que o álcool era vendido. Instrui o feito com contratos de compra de álcool, apensados às fls. 695 e seguintes.

No primeiro contrato apensado, o interessado, sócio da empresa Goiás Cloro e Derivados, adquire de Centroalcool em 23 de outubro de 1997, 2.500.000 de litros de álcool ao preço de R\$ 427.000,00, valor pago em 1997 e uma parcela de R\$106.000,00 em 1998. No segundo contrato assinado em 20 de março de 1998, o Sr. Agripino, sócio da mesma empresa Goiás Cloro compra de Centroalcool, outros 1.250.000 litros de álcool no valor de R\$ 213.000,00 pagos em parcelas durante o ano de 1998. Justifica-se, ainda, alegando a venda do álcool para diversos compradores, sem, entretanto, apresentar nenhum outro documento relativo à operação de venda.

As fls. 725 consta termo de declaração do Sr. Laerte de Bartolo que teria emprestado ao interessado o valor de R\$ 925.000,00 com garantia de nota promissória. Referido documento foi apresentado em resposta a intimação da autoridade fiscal.

Em que pese à intimação da autoridade fiscal de fls. 720 dos autos requerendo apresentação de documentação idônea sobre a alegada venda do álcool e sobre o empréstimo contraído, o interessado confessa em resposta de fls. 721, que não conta com outros documentos senão os extratos bancários posto que o produto (álcool) foi vendido a diversos compradores em inúmeras operações, não havendo como individualizar os valores depositados. Quanto ao empréstimo, informou que estava à beira da falência e o pagamento foi realizado conforme sua disponibilidade.

Com relação ao empréstimo alegado, embora constante da declaração de rendimentos de ambos, devedor e credor, não há nos autos nenhum meio de estabelecer o nexo entre o valor do mútuo e os depósitos apontados no lançamento.

Os demais argumentos trazidos pelo interessado, de igual modo, não permitem estabelecer uma relação sequer razoável entre os montantes depositados apontados no lançamento e as alegadas vendas de álcool.

A matéria em discussão depende exclusivamente de prova. Em outras palavras, ou o interessado afasta a presunção legal de omissão de rendimentos através da apresentação de provas razoavelmente consistentes que demonstrem a origem da movimentação financeira existente em sua conta corrente, ou não há como acolher o recurso.

Nestas condições, ACOLHO a preliminar de decadência no que se refere ao ano calendário de 1999 e mantendo o lançamento relativo aos demais períodos, NEGANDO provimento ao recurso.

É o voto.

Sala das Sessões – DF, 05 de dezembro de 2007.


SILVANA MANCINI KARAM

Declaração de Voto

CONSELHEIRO LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA

Peço vênia ao eminente relator, por entender que não é o caso de se enfrentar a acusação de omissão de rendimentos constatada por meio de depósito bancário apontada pelo Fisco na peça vestibular do procedimento, na forma consignada no voto.

Com efeito, tenho entendido que o lançamento com base na constatação de movimentação de valores em instituição bancária deve, consoante preceitua a lei, ser apurado no mês, ou seja, o suposto rendimento omitido deve ser tributado no momento em que for recebido (depositado).

Diante a natureza da discussão, a qual, na essência, refere-se aos princípios constitucionais, notadamente o da legalidade, necessário transcrever o dispositivo que, como é cediço, consta na Constituição Federal de 1988, e por meio do qual atribuiu-se à União competência para instituir e cobrar imposto sobre a **renda e proventos de qualquer natureza, verbis:**

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...);

III – renda e proventos de qualquer natureza;”

Daí infere-se que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem seu suporte legal no artigo 153, III da Constituição Federal de 1998, no qual, além de conferir à União competência para instituí-lo, estabeleceu **princípios** que delineiam a sua regra-matriz de incidência.

Por sua vez, o artigo 43 do Código Tributário Nacional, cuidou de normatizar a cobrança do referido imposto e disciplinar os elementos que o compõem, *verbis:*

“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.”

Destarte, em razão de a Constituição ocupar no sistema jurídico pátrio posição mais elevada, todos os conceitos jurídicos utilizados em suas normas passam a vincular tanto o legislador ordinário quanto os operadores do direito.

Verifica-se, pois, que os conceitos de renda e proventos de qualquer natureza estão albergados na Carta Magna. Para a melhor aplicação a ser adotada relativamente à regrametriz de incidência dos tributos, imprescindível perscrutar quais princípios estão condicionando a exação tributária.

É de se notar que para que haja a obrigação tributária seja ela pagamento de tributo ou penalidade (principal) ou acessória (cumprimento de dever formal), necessário a adequação do fato existente no mundo real à hipótese de incidência prevista no ordenamento jurídico, sem a qual não surgirá a subsunção do fato à norma.

Neste contexto, sobreleva o princípio da legalidade que, como um dos fundamentos do Estado de Direito eleito pelo o legislador foi reproduzido à exaustão na Carta da República. Dentro dos direitos e garantias fundamentais, fixou o artigo 5º, II, “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*”, conferiu, também, à Administração Pública a observância do princípio da legalidade, conforme artigo 37 (redação dada pela Emenda constitucional n.º 19 de 1998): “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*” (grifou-se).

Já no âmbito tributário a Constituição trouxe no artigo 150, I: “*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;*”

Ultrapassadas as anotações com vistas, em apertada síntese, ressaltar a importância dos princípios como alicerces nucleares do ordenamento jurídico, pode-se especificamente apontar o da legalidade como condição de legitimidade para que seja perpetrada a exigência tributária. É, portanto, o princípio da legalidade referência basilar entre a necessidade do Estado arrecadar e a proteção aos direitos fundamentais dos administrados.

No caso ora em discussão, o enquadramento legal que se apoiou a suposta existência de fatos geradores com intuito de exigir tributos foi o artigo 42, da Lei nº 9430/1996:

“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, pessoas física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.”

De fato, compulsando os autos verifica-se que nos Demonstrativos (fls.) anexos ao Auto de Infração, a fiscalização procedeu à contagem das supostas omissões no decorrer do (s) ano-calendário (s) apurando ao final de cada mês, o total do valor a ser tributado.

No entanto, ao invés de exigir o tributo com base no fato gerador do mês que foi identificada a omissão, promoveu o fisco, indevidamente e sem base legal, a soma dos valores ali apurados e tributou-as no final do mês de dezembro do (s) ano-calendário (s) que consta (am) do Auto de Infração.

Assim, o esforço que a fiscalização engendrou na ânsia de exigir eventual crédito tributário foi atropelado pela opção do seu procedimento, o qual estabeleceu, repita-se, sem suporte legal, critério na apuração temporal da constituição do crédito tributário.

Por certo, o procedimento laborou em equívoco, eis que os rendimentos omitidos deverão ser tributados no mês em que considerados recebidos, consoante dicção do § 4º do artigo 42 da Lei nº 9.430/1996:

“§ 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.”

Por sua vez, o Regulamento do Imposto de Renda 1999 (Decreto nº 3000/1999), reproduziu no *caput* do artigo 849 e no seu § 3º os mesmos mandamentos do artigo 42 e § 4º, da Lei nº 9.430/1996.

Assim, do confronto do enquadramento legal que contempla a exigência em razão de movimentação de valores em conta bancária, com a opção da fiscalização em proceder a cobrança do crédito tributário mediante “fluxo de caixa”, apurado de forma anual, conforme o procedido nos presentes autos, evidente a transgressão dos fundamentos constitucionais, acima referidos, notadamente o princípio da legalidade.

À vista do exposto, resta patente a ilegitimidade de todo o feito fiscal, por processar-se em desacordo com a legislação de regência, seja em relação à base de cálculo, seja em relação à data do efetivo fato gerador, o que, por conseguinte, desperta a necessidade de cancelamento do lançamento por erro no critério temporal da constituição do crédito tributário.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 05 de dezembro de 2007.


LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA

Declaração de Voto

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA

DA IRRETRATIVIDADE DA LEI

Com a devida vénia 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-jurisdição 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 vênia 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> "	<p><i>"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.</i></p> <p><i>§ 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.</i></p>

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 transscrito, 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-existentes, 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.

....

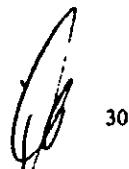
11. Fundamentos da irretroatividade

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


30

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 9.3111, de 1996, conferia aos jurisdicionados a garantia material de inviolabilidade de seus dados bancários, salvo, no último caso, para fins de cobrança da CPMF.

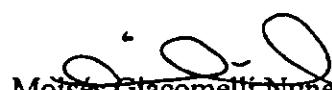
Para este conselheiro, com a devida vénia dos que pensam em contrário, conforme observado por TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. "a doutrina da irretroatividade serve ao valor da segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado sob pena de se instaurarem intermináveis 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, 05 de dezembro de 2007.


Moisés Giacomelli Nunes da Silva