



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n°	10280.004854/2004-51
Recurso n°	146.684 Voluntário
Matéria	IRPF - Exs.: 1999 a 2000
Acórdão n°	102-48.304
Sessão de	28 de março de 2007
Recorrente	GECILDA MARIA DA SILVA CHIMITI
Recorrida	2ª TURMA/DRJ-BELÉM/PA

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 1999, 2000

Ementa:: DECADÊNCIA – Nos casos de lançamento por homologação, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário expira após cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. O fato gerador do IRPF se perfaz em 31 de dezembro de cada ano-calendário. Não ocorrendo a homologação expressa, o crédito tributário é atingido pela decadência após cinco anos da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º do CTN).

SIGILO BANCÁRIO - Os agentes do Fisco podem ter acesso a informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes sem que isso se constitua violação do sigilo bancário, eis que se trata de exceção expressamente prevista em lei.

APLICAÇÃO DA NORMA NO TEMPO - RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174, de 2001 - Ao suprimir a vedação existente no art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, a Lei nº 10.174, de 2001, ampliou os poderes de investigação do Fisco, sendo aplicável retroativamente essa nova legislação, por força do que dispõe o § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Caracterizam omissão de rendimentos valores creditados em conta bancária mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova,

mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

TAXA SELIC – SÚMULA Nº 04 DO 1º CC - O Primeiro Conselho de Contribuintes aprovou o Enunciado da Súmula Nº 04 que dispõe que “a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais”.

Preliminares parcialmente acolhidas.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, ACOLHER a preliminar de decadência do ano-calendário de 1998. Vencido o Conselheiro Naury Fragoso Tanaka que não a acolhe. Por unanimidade de votos, NÃO CONHECER da extensão dos efeitos da decisão judicial para o ano-calendário de 1999. Por unanimidade de votos, AFASTAR a alegação de vício do MPF. Por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de irretroatividade da Lei 10.174, e da Lei Complementar nº 105, ambas de 2001. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva (Relator). Designado o Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho para redigir o voto vencedor. No mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
Presidente



ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO
Redator designado

FORMALIZADO EM: **10 DEZ 2007**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, SILVANA MANCINI KARAM e ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA.

Relatório

Nos termos da descrição dos fatos contidas no auto de infração de fls.160/171, cientificado à recorrente em 15/12/94 (fl. 189), “no curso da execução de procedimento fiscal do contribuinte FREDERICO CHIMITI NETO, CPF nº 019.292.322-68, ao amparo do Mandado de Procedimento Fiscal/MPF nº 0210100.2002.00819, emitido em 21/05/2002, visando apurar o cometimento de infrações à legislação do Imposto de Renda da Pessoa Física, constatou-se que o fiscalizado mantinha as contas nº 9383-1 e 8425-5, junto ao Banco Bradesco, em conjunto com Cecilda Maria da Silva Chimiti, CPF 257.1215.192-91, segunda titular da referida conta.”

Prossegue a descrição dos fatos contidos no auto de infração de fls. 160/171, informando que em 02/07/2002 o contribuinte Frederico Chimiti Neto, esposo da recorrente e co-titular das contas bancárias anteriormente referidas, foi intimado para apresentar os extratos bancários e comprovar movimentação financeira no valor de R\$ 1.916.568,00, dados estes que a fiscalização obteve “com base nas informações prestadas pela instituição financeira à Secretaria da Receita Federal, de acordo com o art. 11, parágrafo § 2º da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996. (fl. 10).”

No curso da fiscalização aqui referida, o co-titular das contas conjuntas Frederico Chimiti Neto ingressou com mandado de segurança e 09/09/2002 a fiscalização recebeu a decisão judicial (fl. 14 e fls. 16 a 18), cuja parte dispositiva transcrevo:

“Ante o exposto, defiro o pedido liminar para que o Delegado da Receita Federal, por seus agentes, se abstenha de exigir do Impetrante Frederico Chimiti Neto os extratos de sua movimentação bancária relativa ao exercício de 1998, bem assim a comprovação das fontes dos recursos depositados nas contas bancárias arroladas no Termo de Fiscalização juntado aos autos.”

....

Belém (PA), 27 de agosto de 2002

*Hind Ghassan Kayath
Juíza Federal da 2ª. Vara.*

Em face da decisão acima transcrita, foi suspensa a fiscalização que tinha por finalidade apurar a origem da movimentação financeira nas contas de que a recorrente é co-titular sendo retomada em 20/08/2003, quando a Procuradoria da Fazenda Nacional informou à SRF de que a liminar havia sido cassada.

De posse das informações recebidas da Procuradoria da Fazenda Nacional, o esposo da recorrente, co-titular das contas, foi novamente intimado para apresentar a origem da movimentação financeira no valor de R\$ 1.916.568,00 que transitou junto ao Banco Bradesco (fls. 75 a 120, fls. 130/140 e fls. 144/154).

Em resposta à intimação, em 10/10/2003, o fiscalizado encaminhou cópia da sentença de fls. 49 a 63, datada de 25 de agosto de 2003, com o seguinte dispositivo:

"Ante o exposto, concedo a segurança para desobrigar o contribuinte a apresentar os extratos bancários e documentos a eles pertinentes."

Belém, 25 de agosto de 2003.

*Hind Ghassan Kayath
Juíza Federal da 2ª. Vara.*

Diante da decisão proferida na sentença cuja cópia consta dos autos, a fiscalização oficiou novamente à Procuradoria para saber como proceder, sendo que esta lhe enviou o parecer de fls. 66 a 72 informando que a sentença ainda não era exeqüível visto que sujeita a reexame necessário, nos termos do artigo 475 do CPC.

Com base nas informações prestadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional, a fiscalização, por meio do documento de fl. 73, datado de 21 de maio de 2004, requisitou ao Banco Bradesco, em meio magnético e eletrônico, os extratos das contas correntes de que a contribuinte é co-titular, documentos estes juntados as fls. autos (fls. 75 a 120).

Por meio do termo de intimação de fls. 121/121, datado de 13/09/2004, o Banco Bradesco foi intimado para informar o nome do co-titular da conta nº 9382-1, oportunidade em que informou o nome da recorrente (fl. 125), o que fez com que a fiscalização emitisse o MPF de fls. 01 contra a recorrente e lhe intimasse para comprovar, individualmente a origem dos recursos creditados na conta conjunta nº 8425-5, mantida com Frederico Chimiti Neto, conforme extratos de fls. 130/140 e fls. 144/154.

O AR de fl. 141 comprova que a recorrente recebeu o termo de início de fiscalização em 10/11/2004, para, em relação às contas acima referida, atender a solicitação no prazo de 20 (vinte) dias, sendo que em 11/11/2004 a fiscalização expediu o termo de intimação de fl. 142 para que a recorrente, no prazo de 10 (dez) dias, comprovasse a origem dos depósitos bancários especificados na conta nº 0993, cujos extratos constam das fls. 144 a 154.

O AR de fl. 155 foi entregue no endereço da contribuinte em 17/11/04 e esta, em 07/12/04, apresentou a manifestação de fls. 156/157 dizendo que, em face de ação judicial ajuizada pelo co-titular da conta a Receita Federal estava impedida de ter acesso à movimentação financeira que transitou pelas referidas contas, mas que, de qualquer forma, esclarecia que todos os recursos eram decorrentes de atividades comerciais lícitas desenvolvidas por seu marido, especificando que não possui qualquer ingerência sobre as contas bancárias.

Diante da manifestação referida no parágrafo anterior, conforme se depreende do último parágrafo do relatório de descrição dos fatos anexo ao auto de infração (fl. 165), a fiscalização concluiu "que a liminar que amparava o fiscalizado havia sido cassada e que a sentença judicial de 25/08/2003 estava sujeita a reexame necessário, nos termos do artigo 475 do Código de Processo Civil (CPC) e desta forma, a decisão não era definitiva, portanto não tinha efeito suspensivo, o que permitia o andamento normal da ação fiscal e, inclusive a obtenção dos extratos bancários pela Receita Federal, na forma da Lei Complementar nº 105."

De posse dos dados bancários, requisitados às instituições financeiras a partir de maio de maio de 2004 (fl. 73), isto é, após a sentença judicial, a fiscalização considerou que

não havia como provar a quem pertencia a titularidade dos depósitos bancários, atribuindo 50% (cinquenta por cento) para cada um dos dois correntistas e lavrou o auto de infração de fls. 160 a 171 exigindo o crédito tributário de R\$ 1.623.164,03 em face da omissão caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada.

Notificada, a recorrente apresentou a impugnação de fls. 192 a 207 alegando:

EM PRELIMINAR:

(i) que por força dos efeitos da sentença proferida nos autos do mandado de segurança, plenamente vigentes, a fiscalização não poderia ter utilizado os dados de suas contas bancárias.

(ii) irretroatividade dos efeitos da Lei n.º 10.174, de 2001 e da Lei Complementar n.º 105, de 2001.

(iii) ilegalidade do procedimento fiscal visto que o MPF emitido contra o seu marido faz referência somente em relação ao ano de 1998 e que a fiscalização extrapolou os limites destes para abranger o ano de 1999.

NO MÉRITO:

(i) alega que os recursos transitados pelas contas bancárias eram decorrentes das atividades de seu marido que atuava como procurador de diversas empresas, conforme procurações por instrumento público de fls. 238 a 240, por meio das quais empresas comerciais constituem o esposo da recorrente e co-titular das contas em questão conferindo-lhes amplos poderes, inclusive para receber importâncias, cobrar e receber quantias junto a órgãos públicas e empresas privadas, conforme o seguinte exemplo prático:

- Depósito bancário de R\$ 31.636,20 feito em sua conta no dia 31.12.1998, se refere a crédito da empresa F. G. S. LTDA, recebido da prefeitura Municipal de Baião.

- Com a prefeitura Municipal de Itaiuba, no ano de 1998, o marido da Impugnante, em nome de diversas empresas que representava, teve depositados em sua conta não menos de que R\$ 1.204.267,70 (um milhão duzentos e quatro mil duzentos e sessenta e sete reais e setenta centavos), recursos esse que evidentemente não representam em momento algum renda que tivesse auferido, o que, quando muito era representada no percentual de 2% (dois por cento).

- O marido da impugnante chegou a requerer ao Tribunal de Contas do Município do Estado do Pará, documentação a respeito das operações de algumas das empresas realizadas por seu intermédio, não tendo sido, todavia, atendido a contento, como se vê dos documentos inclusos."

Como elemento de provas, além das procurações antes referidas, a autora trouxe aos autos os documentos de fls. 241/242, manuscritos em papel com timbre do Tribunal de Contas dos Municípios do Pará, as notas de empenho de fls. 243 a 273 em favor das empresas D.H. RODRIGUES; J.P.D. MORAES; F. G. S. COMÉRCIO LTDA; COMERCIAL RESPLENDOR LTDA; F.G.S. COMÉRCIO LTDA; F. M. OLIVEIRA CRUZ; SOTREQ S/A; os recibos de fls. 274 a 285 emitidos em favor da Prefeitura de Itaituba, correspondente às

notas fiscais a que mencionam e a microfilmagem dos cheques de fls. 286 a 305, correspondente às contas da recorrente e de seu marido junto ao Banco Bradesco, sacados das contas antes referidas.

Finalmente a requerente alega que a multa aplicada no percentual de 75% é absurda e que também não é cabível a aplicação da taxa SELIC como critério de correção.

O acórdão de fls. 333 a 356 julgou procedente o lançamento entendendo inexistir qualquer vício de nulidade e que a sentença judicial não interrompeu a ação fiscal e, portanto, não vedou a lavratura do auto de infração e “desta forma não havia empecilhos para a exatidão do lançamento, e a decisão judicial não foi desrespeitada, eis que o crédito tributário foi constituído a partir de dados fornecidos pela instituição financeira.” (fl. Item 11 fl. 342).

Quanto ao rateio dos valores entre os cônjuges entendeu o acórdão ser correto o procedimento adotado pelos auditores, pois ao movimentar a quantia de R\$ 1.008.120,60 no ano-calendário de 1998 e R\$ 1.274.237,84 no ano-calendário de 1999, deveria a contribuinte ter apresentado documentos que formalizassem as atividades de representação de seu marido, de modo a definir o percentual sobre as receitas da representada que caberia ao representante a título de rendimento.

Intimada do acórdão em 20-05-2005 (sexta-feira) em 21-06-2005, a recorrente apresentou o recurso de fls. 360 a 375, rearticulando os argumentos apresentados quando da impugnação e informando não possuir bens para fazer arrolamento. A fiscalização juntou aos autos o documento de fl. 402, referente à Declaração de Ajuste Anual do ano de 2004, demonstrando não haver patrimônio em nome da recorrente e os autos foram remetidos para apreciação pelo Primeiro Conselho de Contribuintes.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA, Relator

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 33 do Decreto n. 70.235 de 06 de março de 1972, foi interposto por parte legítima, está devidamente fundamentado. A contribuinte informa não possuir patrimônio, dado que é ratificado pelo documento de fls. 402. Assim, considerando as disposições do artigo 33, § 2º do Decreto 70.235, conheço do recurso e passo ao exame do mérito.

Da preliminar quanto aos efeitos da sentença do Mandado de Segurança e sua respectiva extensão:

A tramitação do mandado de segurança e os efeitos das decisões nele proferidas são regulados por norma especial, no caso da Lei n.º 1.533, de 1951, cujo artigo 7º dispõe:

Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo requerente com as cópias dos documentos a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações que achar necessárias;

II - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.

Nos casos em que o juiz, liminarmente, determina a suspensão do ato impugnado, a autoridade tida como coatora, enquanto estiver em vigor a decisão liminar, não pode deixar de cumpri-la, sob pena da prática do crime de desobediência judicial. Assim, agiu certo a fiscalização quando, ao tomar conhecimento da decisão liminar, suspendeu os procedimentos de fiscalização que tinham por finalidade verificar a origem dos valores movimentados nas contas correntes de números contas n.º 9383-1 e 8425-5, junto ao Banco Bradesco, cuja titularidade pertence à requerente e ao seu marido .

Concedida a medida liminar pelo juiz de primeiro grau ou por força de agravo de instrumento, tem-se uma decisão provisória que produzirá efeitos enquanto estiver em vigor. Assim, no mandado de segurança podem ocorrer as seguintes situações:

- a) o juiz competente para conhecer da lide não concede a suspensão liminar do ato impugnado, decisão esta que pode ser atacada por agravo de instrumento em que o impetrante pleiteia ao Tribunal a imediata suspensão do ato que deu origem ao mandado de segurança;
- b) o juiz competente para conhecer da lide concede a suspensão do ato impugnado e a autoridade impetrada, por meio de agravo de instrumento, requer ao Tribunal que casse a medida liminar, suspendendo seus efeitos.

Nos exemplos acima referidos, tanto a decisão proferida pelo juiz de primeiro grau quanto àquela emanada do Tribunal competente para apreciar o recurso não requerem

cognição exauriente, razão pela qual têm natureza provisória e serão substituídas pela sentença que julgar o mérito, esta sim com cognição exauriente da matéria.

A característica marcante da ação de mandado de segurança que a distingue dos demais processos é a natureza mandamental de suas decisões. Proferida sentença concedendo a segurança, a autoridade julgadora emite ordem mandamental determinando que se observe os comandos existentes na decisão. Diferentemente das demais sentenças proferidas contra a Fazenda Pública que, em regra, à luz do artigo 475 § 2º do CPC, só podem ser executados após reexame necessário, a sentença que concede a segurança contém em si mesma uma ordem mandamental que obriga seu destinatário a observá-la. Neste sentido destaco a seguinte jurisprudência extraída do Repertório de Jurisprudência JURIS SÍNTESE IOB, nº 60, julho-agosto/2006:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – REEXAMENECESSÁRIO – APLICAÇÃO DO ARTIGO 12 DA LEI 1533/51 – DISPENSA DO ART – 475, 2º, DO CPC – LEI ESPECÍFICA – DESNECESSÁRIA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC – RECURSO PROVIDO – 1 - A exceção disciplinada no artigo 475, § 2º, do CPC não se aplica a Lei do mandado de segurança, tendo em vista, que a exigência do § único, do artigo 12 da lei 1533/51 é especial e, sua revogação somente ocorreria por expressa disposição legal. 2- A aplicação subsidiária do CPC às normas especiais ocorre tão somente quando as mesmas são omissas, o que não se configura no caso em tela. 3 - Recurso provido. (TJES – AG 047059000332 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Alinaldo Faria De Souza – J. 30.01.2006).

MANDADO DE SEGURANÇA – REMESSA OFICIAL – EXPEDIÇÃO DE CND – REQUERIMENTO AO INSS – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – INTELECÇÃO DO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, 'B', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RECURSO VOLUNTÁRIO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDOS – 1. A remessa oficial nas ações de mandado de segurança é regida pelo artigo 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, norma especial que prevalece sobre a regra geral do artigo 475, do Código de Processo Civil. 2. Embora o pleito formulado no presente feito seja a expedição específica de certidão negativa de débito referente à empresa impetrante, a procedência do writ toma outro enfoque, pois, confirmando-se a liminar, reconhece o juízo de primeiro grau, em exame exauriente, o direito da impetrante em ver expedida certidão - Seja qual conteúdo for. E, nesse aspecto, o mandamus procede e a sentença não merece reforma. 3. O direito líquido e certo de obter certidão de órgãos públicos é amparado pelo preceito constitucional esculpido no artigo 5º, inciso XXXIV, 'b', da Constituição Federal. 4. Recurso voluntário e remessa oficial improvidos. (TRF 3ª R. – AMS 2003.61.00.020332-6 – (259834) – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini – DJU 11.05.2006 – p. 259.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSO CIVIL – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – EFEITO SUSPENSIVO – INOCORRÊNCIA – 1. "É pacífica a jurisprudência no sentido de que a apelação em mandado de segurança deve ser recebida no efeito meramente devolutivo, face ao disposto no art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1533/51. " 2. Recurso improvido. (TRF 4ª R. – AI

2005.04.01.052252-7 – 4ª T. – Rel. Juiz Fed. Joel Ilan Paciornik – DJU 03.05.2006 – p. 512).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – SENTENÇA CONCESSIVA DA ORDEM – APELAÇÃO – EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO – PARCELA REMUNERATÓRIA SUPRIMIDA – LEI Nº 4.348/64 – INAPLICABILIDADE – I - A Lei nº 1.533/51 estabelece, no parágrafo único, do seu art. 12, que cabe execução provisória da sentença que concede a segurança. Em regra, a ordem concedida, seja liminar ou definitivamente, é executada com expedição de ofício à autoridade coatora para imediato cumprimento, sendo descabido o ajuizamento de ação de execução provisória. II - Trata-se, na espécie, de exceção à norma geral (parágrafo único, do art. 12, da citada Lei), haja vista que se discute restauração de vantagem suprimida a servidores inativos, que postularam o retorno ao status quo ante, ou seja, não se cuida de outorga de vantagens ou acréscimo de proventos, nem mesmo poder-se-ia cogitar de legislação que proíbe a execução antes de transitada em julgado a sentença (arts. 5º e 7º, da Lei nº 4.348/64), porque não é possível aplicar norma restritiva por interpretação ampliativa, segundo regras próprias da hermenêutica. III - Ademais, está-se diante de parcela de natureza alimentar, que sem a execução da ordem concedida, somente poderá ser recebida depois de percorridos muitos anos, considerados os privilégios de prazo, o recurso e a demora da prestação jurisdicional, o que poderá levar a casos de não recebimento, sem falar do precatório, que, por si só, representa inegável prejuízo de tempo, ou seja, no mínimo, depois de julgado em definitivo o mérito, mais dois anos deverão ser percorridos. IV - O verdadeiro sentido do judiciário é fazer com que o julgamento seja útil e possa justificar o uso do direito de ação, na essência de sua finalidade. V - Tanto é assim, que existe o mandado de segurança, ação de índole constitucional, com a carga mandamental necessária para o resguardo da ordem jurídica. VI - Agravo provido. (TRF 2ª R. – AG 2005.02.01.007757-6 – 6ª T.Esp. – Rel. Des. Fed. Benedito Gonçalves – DJU 20.04.2006 – p. 675)

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO – RECEBIMENTO DA APELAÇÃO – EFEITOS – 1. A apelação interposta contra sentença proferida em mandado de segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo. Exegese do artigo 12, parágrafo único, da Lei 1533/51. 2. Apenas será conferido efeito suspensivo ao recurso de apelação de sentença de mandado de segurança em casos excepcionais, de flagrante ilegalidade ou abusividade, ou de dano irreparável e de difícil reparação, o que não é o caso dos autos. 3. Agravo desprovido. (TRF 3ª R. – AG 2004.03.00.053929-9 – (218615) – 9ª T. – Rel. Des. Fed. Santos Neves – DJU 04.05.2006 – p. 526).

Em face da natureza mandamental da sentença que concede a segurança, de executoriedade imediata, antes de seu reexame necessário pelo Tribunal, é importante ter presente as disposições do artigo 13 da Lei do Mandado de Segurança, “in verbis”:

Art. 13. Quando o mandado for concedido e o presidente do tribunal, ao qual competir o conhecimento do recurso, ordenar ao juiz a

suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o tribunal a que presida. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 27.12.1973)

Da norma acima transcrita depreende-se que, em determinados casos, o Presidente do Tribunal, ao qual competir o conhecimento do recurso, poderá ordenar a suspensão da execução da sentença, isto é, poderá afastar os efeitos jurídicos que se irradiam a partir do instante em que a sentença é proferida. Em não ocorrendo a hipótese prevista no artigo 13 da Lei nº 1.533, de 1951, a liminar ou a sentença proferida em mandado de segurança, enquanto estiver em vigor, é norma jurídica concreta a qual está submetida a autoridade impetrada.

Diante das considerações e dos fundamentos até aqui expostos, adentro na análise dos autos e verifico que foi retomada a fiscalização contra o esposo da recorrente e cotitular das contas em questão, sendo estendida posteriormente à recorrente, em face das informações contidas no parecer de fl. 67 a 72, subscrito pelo Procurador da Fazenda Nacional Dr. Erivelton Almeida da Silva, de onde transcrevo a seguinte passagem:

“Diante da solicitação da DRF, quero crer que o procedimento administrativo relativo ao contribuinte em comentário encontra-se paralisado devido à sua recusa deste (sic) em fornecer a documentação solicitada, essencial para o desenvolvimento das atividades de lançamento. Todavia... entendo que a autoridade fiscal elaborou em equívoco, em não exigir do fiscalizado a documentação respectiva, pois a partir de 08.10.2002, (data em que foram cassados os efeitos da medida liminar que desobrigava o contribuinte a fornecer os documentos solicitados), a Receita poderia e deveria exigir a apresentação da documentação de que se trata. É que, como bem ressaltou a nobre julgadora, a sentença de mérito está sujeita a reexame necessário, previsto no artigo 473, do CPC, abaixo transcrito:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público.

“...Neste sentido, o reexame necessário é requisito para a eficácia da sentença prolatada em desfavor da Administração Pública.

....

Ora, se a sentença de mérito ainda não era exequível em decorrência de estar sujeita ao reexame necessário, infere-se então que, nada impedia a Secretaria da Receita Federal de exigir do contribuinte a documentação necessária ao exercício de seu mister.....”

Em relação ao parecer acima transcrito, observo que não se pode confundir as normas gerais do direito processual civil, dentre as quais a do artigo 475, I, do CPC, com as normas especiais contidas na Lei nº. 1.533, de 1951, que tratam do mandado de segurança. A regra geral contida no artigo 475, I, do CPC, dispendo que a sentença proferida em desfavor da

Administração Pública só poderá ser executada após o reexame necessário, não se aplica à ação de mandado de segurança em relação a qual há norma especial contida no artigo 12, parágrafo único, da Lei n.º 1.533, de 1951, a seguir transcrito:

Art. 12. Da sentença, negando ou concedendo o mandado, cabe apelação. (Redação dada ao "caput" pela Lei n.º 6.014, de 27.12.1973)

Parágrafo único. A sentença, que conceder mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente. (Redação dada pela Lei n.º 6.071, de 03.07.1974)

Tanto a regra geral do artigo 475, I, do CPC, não se aplica à sentença que conceder a segurança que o artigo 13 da Lei do Mandado de Segurança, anteriormente transcrito, prevê que, quando a segurança for concedida, a parte que desejar suspender os efeitos contidos na sentença mandamental deverá pleitear tal providência junto ao Presidente do Tribunal, ao qual competir o conhecimento do recurso.

A razão pela qual a sentença proferida em mandado de segurança produz efeitos imediatos está na natureza da prestação jurisdicional que só admite a utilização de tal instrumento quando se tratar de direito líquido e certo.

O acórdão recorrido sustenta que a fiscalização não violou os comandos da sentença porque a sentença judicial "não interrompeu a ação fiscal e, portanto, não vedou a lavratura do auto de infração." Em relação a este ponto, vejamos o trecho da sentença, transcrito no acórdão recorrido, para sustentar o entendimento nele consubstanciado:

"Por outro lado, é importante frisar que a postulação na presente demanda cinge-se a contestar a obrigatoriedade do Impetrante em fornecer a documentação requisitada. Nada foi reivindicado quanto à interrupção da ação fiscal em curso. Esse, portanto, é o limite do pronunciamento judicial, devidamente estabilizado após a notificação da autoridade coatora.

Assim, considerando que o juiz deve pronunciar-se rigorosamente dentro dos limites da demanda, não podendo prolatar sentença de natureza diversa, identifico que o objeto da pretensão em tela é tão-somente a não apresentação dos extratos que originara, a movimentação financeira no ano-calendário 1998, bem assim quaisquer documentos ao mesmo relativo.

[...] Como o writ não contemplou o pedido de suspensão do procedimento fiscal em curso, tal matéria refoge da pretensão deduzida em juízo, não estando a autoridade impetrada obrigada a fazê-lo.

Ante o exposto, concedo a segurança para desobrigar o contribuinte a apresentar os extratos bancários e documentos a eles pertinentes.

[...]

Sentença sujeita a reexame necessário". (grifos do original)

Tenho como correto o entendimento da decisão recorrida quando menciona que a sentença judicial não suspendeu o procedimento fiscal, vedando apenas o acesso à

movimentação financeira. A fiscalização tinha plenos poderes para prosseguir com o procedimento fiscal em curso, não podendo todavia, utilizar-se dos extratos bancários e isto está claro na primeira frase do primeiro parágrafo da fl. 63, que o acórdão recorrido omitiu ao fazer a transcrição, razão pela qual passo a transcrever:

*“No que tange ao fornecimento dos extratos bancários e documentação correspondente à origem dos recursos movimentados, por se tratar de questão protegida pelo direito à privacidade e à intimidade, assiste razão ao Impetrante, devendo prevalecer o amparo do direito individual, a menos que outro interesse de ordem pública necessite ser tutelado, o que irá depender de prévio exame do Poder Judiciário, providência não observada pela autoridade administrativa. Como o writ não contemplou o **pedido de suspensão do procedimento fiscal em curso**, tal matéria refoge da pretensão deduzida em juízo, não estando a autoridade impetrada obrigada a fazê-lo.*

Ante o exposto, concedo a segurança para desobrigar o contribuinte a apresentar os extratos bancários e documentos a eles pertinentes.

Ao conceder a segurança para desobrigar a apresentação dos extratos bancários e documentos, o que se extrai é que a fiscalização não podia requisitar aos Bancos extratos bancários, correspondentes ao ano de 1998, relativos às contas acima mencionadas, isto, sem prejuízo de, por outros meios de prova, que não a movimentação financeira da recorrente, realizar o lançamento.

Em Observo, por pertinente, que a sentença judicial somente contempla o ano de 1998, não abrangendo a quebra do sigilo referente ao ano de 1999.

Por outro lado, entendo que sendo a decadência do direito de lançar matéria de ordem pública, esta deve ser suscitada de ofício por este Conselho de Contribuintes, em respeito ao princípio da moralidade administrativa, independentemente de pedido do interessado.

Conforme disposto no artigo 150 do CTN, ocorre o lançamento por homologação quando a legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, a qual, tomando conhecimento da atividade assim exercida, expressamente a homologa. Inexistindo essa homologação expressa, ocorrerá ela no prazo de 05(cinco) anos, a contar do fato gerador do tributo. Em outras palavras, no lançamento por homologação, o contribuinte apura o montante e efetua o recolhimento do tributo de forma definitiva, independentemente de ajustes posteriores. Senão vejamos:

“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 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”.

O fato gerador do imposto de renda é complexo anual, encerrando-se apenas em 31 de dezembro de cada ano, data em relação à qual será apurada a tributação definitiva do exercício, devendo ser esse o termo inicial para contagem do prazo decadencial, na hipótese do artigo 150, § 4º do CTN. A omissão de rendimentos apurada no procedimento fiscal, assim, deve ser imputada à data da ocorrência do fato gerador, na forma do disposto no art. 144 do CTN.

, o lançamento do imposto de renda tributo sujeito à lançamento por homologação, considerando que a notificação deu-se em 15/12/2004, em relação ao ano de 1998 o crédito tributário já estava extinto pela decadência, aqui reconhecida de ofício por este relator.

Inicialmente,

Ocorre que o presente auto de infração somente foi lavrado em 15/12/2004, quando já teria ocorrido a decadência do direito de constituição do crédito tributário em relação aos rendimentos recebidos no ano-calendário de 1998. Assim, entendo que, à época do lançamento, já havia decaído o direito da Fazenda Pública à constituição do crédito tributário referente ao ano-base 1998.

Sobre a matéria, corroborando com o entendimento exposto, trago à colação o seguinte julgado desse Conselho de Contribuintes:

“IRPF - DECADÊNCIA - Sendo a tributação das pessoas físicas sujeitas a ajuste na declaração anual e independente de exame prévio da autoridade administrativa, o lançamento é por homologação (art. 150 § 4º, do CTN), devendo o prazo decadencial ser contado do fato gerador, que ocorre em 31 de dezembro.(...) Número do Recurso: 137582 Câmara: QUARTA CÂMARA número do Processo: 10930.000905/2001-21 Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO Matéria: IRPF Recorrente: WALTER OKANO Recorrida/Interessado: 2ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR Data da Sessão: 02/12/2004 01:00:00 Relator: José Pereira do Nascimento Decisão: Acórdão 104-20361”.

Com base nos fundamentos acima mencionados, dou provimento à preliminar em análise para afastar da base de cálculo da exigência tributária os valores que foram lançados com base nos extratos bancários relativos à movimentação financeira do ano de 1998 e o faço por dois motivos: (i) reconhecer, de ofício, a decadência em relação ao ano-calendário de 1998; (ii) decisão judicial que impedia a fiscalização de utilizar-se dos dados bancários, das contas acima apontadas, correspondentes ao ano de 1998;

Da preliminar de nulidade do auto de infração.

Alega a recorrente nulidade porque o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) que deu base ao auto de infração determinou a abertura de procedimento administrativo fiscal exclusivamente com relação à movimentação bancária ocorrida no ano-calendário de 1998. Todavia, extrapolando a determinação, os autuantes estenderam por conta própria a autuação ao ano-calendário 1999.

Não prospera a inconformidade da recorrente referida no parágrafo anterior. O MPF – Fiscalização n.º 02.101.00-2004.00381-2 (fl. 01), abrange os períodos de janeiro de 1998 a dezembro de 1999. Portanto, equivocados os argumentos articulados nesta preliminar, em relação à qual provimento.

Da Preliminar de nulidade do lançamento em virtude da irretroatividade da Lei n.º 10.174, de 2001 e da Lei Complementar n.º 105, de 2001.

Muito se tem debatido quanto à possibilidade de retroatividade dos efeitos da Lei n.º 10.174, publicada no D.O.U em 10 de janeiro do ano de 2001. O artigo 144, § 1º, dispõe que “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.”

Tendo por norte as disposições do artigo 144, § 1º, do CTN, observo que em 25 de outubro de 1996, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei n.º 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 possa compreender as regras de proteção do sigilo bancário existentes até 1996. Assim, retroagimos ao ano de 1964 para analisar as disposições da Lei n.º 4.595, norma esta com status de Lei Complementar, que dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional, e dá outras providências, contendo os seguintes preceitos no artigo 38 e respectivo § 7º, a seguir transcritos:

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

.....

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

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

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

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

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

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

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

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

com para o artigo 38 da Lei n.º. 4.495, de 1964, sendo que estou grifando as expressões em relação as quais quero fazer considerações:

§ 3º. do artigo 11 da Lei n.º 9.311/96, em sua redação primitiva	Artigo 38 da Lei n.º 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> "	<u>"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.</u> <u>§ 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.</u>

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 possa desconsiderar direitos, que de forma plena, se verificaram na vigência da lei revogada é o mesmo que admitir que tal lei não produziu efeitos em relação aos fatos que se concretizaram durante sua vigência.**

Concluindo que o § 3º. do artigo 11 da Lei n.º 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 n.º. 608.053 entendendo que a Lei Complementar n.º. 105, de 2001 e a Lei n.º. 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 n.º 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 n.º 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 n.º. 10.174, de 2001 e a Lei Complementar n.º. 105, de 2001, que introduziram, respectivamente, alterações nos artigos 11, § 3º. da Lei 9.311, de 1996 e artigo 38 da Lei 4.595, de 1964, ampliaram as hipóteses de prestação de informações bancárias, permitindo a utilização de dados a partir da arrecadação da CPMF para a apuração e constituição de crédito referente a outros tributos. Havendo ampliação dos poderes em busca de informações, à luz do artigo 144, § 1º., a seguir transcrito, tratam-se de normas de natureza instrumental.

Art. 144.....

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

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

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

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

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

“Com efeito, a Lei nº 10.174/01 revogou expressamente a proibição contida na Lei nº 9.311/96, criando novo direito para a Administração tributária. Logo, verifica-se que o ordenamento posterior não se amolda ao contexto delimitado no § 1º. do artigo 144 do Código Tributário Nacional, pois a inovação legislativa não ampliou os poderes de fiscalização pré-existent, mas sim trouxe novo poder de investigação para as autoridades administrativas, permitindo a utilização de dados da CPMF para a constituição do crédito tributário,

quando na legislação anterior tal procedimento era expressamente proibido."

Ademais, registra-se que movimentação financeira, por si só, não é fato gerador do imposto de renda. Assim, em oposição aos utilizam o § 1º. do art. 144, do CTN, para justificarem a retroatividade da Lei n.º. 10.174 e da Lei Complementar n.º. 105, ambas de 2001, para investigar a existência de outros tributos que não a CPMF, ao meu sentir, precisariam identificar, de forma prévia, a ocorrência do fato gerador, pois o artigo 144 § 1º., do CTN, faz referência "a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação". Ora, se o depósito bancário, não é fato gerador do imposto sobre a renda, não se pode falar em ocorrência de fato gerador para justificar a aplicação retroativa de tais normas.

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

2. A lei no tempo

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

...

6. Revogação

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

....

11. Fundamentos da irretroatividade

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

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

....

14. Exceção à irretroatividade

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

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

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

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

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

Pelos exposto, voto na linha dos que, assim como eu, entendem que apenas a partir da vigência da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, é possível o acesso às informações bancárias do contribuinte na forma instituída pela Lei n.º 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. Desta forma, não pode a autoridade fazendária ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte anteriores a 10.01.01, sem o crivo do Judiciário. Assim, por tais fundamentos, acolho a preliminar de irretroatividade da Lei n.º. 10.174, de 2001 e da Lei Complementar n.º 105, de 2001, para reconhecer, em relação ao ano de 1999, a impossibilidade de lançamento do crédito tributário com base, única e exclusiva, na movimentação financeira da contribuinte.

NO MÉRITO:

Vencido na preliminar de irretroatividade da lei, passo a enfrentar o mérito e observo que o mandado de segurança tinha por objeto impedir que a fiscalização tivesse acesso

aos dados bancários correspondentes ao ano de 1998, das contas conjuntas que a recorrente e seu marido possuem junto ao Banco Bradesco. Foi concedida a liminar e posteriormente a segurança deferindo a pretensão articulada na inicial do mandado de segurança cujo pedido não contemplou o ano de 1999. Assim, em relação ao ano de 1999, vencida a preliminar de irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001 e da Lei Complementar 105, do mesmo ano, ressalvado o ponto de vista pessoal deste relator, colocado na preliminar de irretroatividade em que fui vencido, é possível a requisição de informações das movimentações financeiras junto aos estabelecimentos bancários e o lançamento da exigência tributária em relação aos depósitos não justificados, conforme previsto no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, restando, portanto, para exame do mérito os seguintes pontos referentes à exigência do crédito tributário correspondente ao ano de 1999: a) alegação de origem dos recursos depositados; b) alegação de que a multa aplicada foi em valor exorbitante, no caso 75% e) alegação de impossibilidade de aplicação da taxa SELIC.

(i) Da alegação de comprovação da origem dos recursos depositados em conta corrente

Sustenta a recorrente que a documentação acostada à impugnação e desconsiderada pelo julgamento *a quo*, mais do que prova que o marido da contribuinte, com quem tinha conta conjunta, recebeu valores em nome e para pagamento de terceiros, em face de vendas feitas a órgãos públicos, decorrentes de processo de licitação regularmente promovidos. E a diligência requerida, caso realizada, certamente atestaria a razão da recorrente e de seu cônjuge.

Quanto a este ponto, as procurações por instrumento público de fls. 238 a 239, outorgadas antes do início do procedimento de fiscalização, comprovam que o esposo da recorrente, com quem mantinha conta conjunta, era procurador junto a órgãos públicos, das empresas D. H. Rodrigues, firma individual, também conhecida como Comercial São Francisco; J. R. SANTOS EQUIPAMENTOS –ME, firma individual e da empresa COMERCIAL RESPLANDOR LTDA. O documento de fl. 241, manuscrito à mão, após o nome da Prefeitura de Itaituba e da Comercial Resplandor Ltda, contém vários valores que, no ano de 1998, somam a importância de R\$ 1.204.267,70, montante este que a recorrente diz que seu marido recebeu na condição de procurador da referida empresa. Observando as notas de empenho de fls. 248 e seguintes, da Prefeitura de Itaituba, verifica-se que cada um dos valores referidos no papel que contém o timbre do Tribunal de Contas corresponde à uma nota de empenho. Entretanto, analisando os extratos, não se consegue lincar os valores especificados nos depósitos com as importâncias especificadas nas notas de empenho. Também não se verifica o ingresso nas contas correntes dos valores de maior importância, como por exemplo o de R\$ 541.750,00 e o de R\$ 366.000,00.

Na microfilmagem dos cheques de fls. 286 a 305, todos do ano de 1998, por meio dos quais a recorrente sustenta que seu marido transferiu aos seus constituintes os valores que recebeu em nome destes, é possível decifrar os efetivos beneficiários, o que importaria converter o julgamento em diligência, procedimento este que não estou adotando em face do entendimento por meio do qual acolhi parcialmente a preliminar antes analisada e exclui da base de cálculo da exigência tributária os créditos lançados a partir da movimentação financeira ocorrida no ano de 1998.

Quanto ao ano de 1999, há que se ter presente que se trata de lançamento a partir de presunção legal de que os valores creditados em conta corrente, de origem não

justificada, se constituem em rendimentos, sendo que tenho enfrentado o mérito desta matéria trilhando o seguinte entendimento:

Os depósitos bancários, por si só, não se constituem em rendimentos. Entretanto, por força do artigo 42 da Lei n.º 9.430, de 1996, "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"

Diante do texto legal, parece-nos importante identificar se a situação versada pelo legislador se constitui em presunção legal ou ficção legal. Para tanto, louvo-me da doutrina que segue:

As presunções segundo doutrina de Alfredo Augusto Becker

Alfredo Augusto Becker¹, alicerçado na doutrina francesa e espanhola, ao distinguir presunção legal e ficção legal, assim escreveu:

Existe uma diferença radical entre a presunção legal e a ficção legal. 'A presunção tem por ponto de partida a verdade de um fato: de um fato conhecido se infere outro desconhecido. A ficção, todavia, nasce de uma falsidade. Na ficção, a lei estabelece como verdadeiro um fato que é provavelmente (ou com toda a certeza) falso. Na presunção a lei estabelece como verdadeiro um fato que é provavelmente verdadeiro. A verdade jurídica imposta pela lei, quando se baseia numa provável (ou certa) falsidade é ficção, quando se fundamenta numa provável veracidade é presunção legal'.

A regra jurídica cria uma presunção legal quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é certa, impõe-se a certeza jurídica da existência do fato desconhecido cuja existência é provável em virtude da correlação natural de existência entre estes dois fatos.

A regra jurídica cria uma ficção legal quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é improvável (ou falsa) porque falta correlação natural de existência entre os dois fatos.

Para Alfredo Augusto Becker, a observação do acontecer dos fatos segundo a ordem natural das coisas, permite que se estabeleça uma correlação natural entre a existência do fato conhecido e a probabilidade de existência do fato desconhecido. A correlação natural entre a existência de dois fatos é substituída pela correlação lógica. Basta o conhecimento da existência de um daqueles fatos para deduzir-se a existência do outro fato cuja existência efetiva se desconhece, porém tem-se como provável em virtude daquela correlação natural. Presunção é o resultado do processo lógico mediante o qual do fato conhecido cuja existência certa infere-se o fato desconhecido cuja existência é provável.²

As presunções segundo doutrina de Moacir Amaral dos Santos

¹ BECKER, Alfredo Augusto, Teoria Geral do Direito Tributário, 3ª. ed. – São Paulo: Lejus, 1998, pág. 509. Ed. Lejus

² BECKER, Alfredo Augusto, Teoria Geral do Direito Tributário, 3ª. ed. – São Paulo: Lejus, 1998, pág. 508. Ed. Lejus

Moacir Amaral dos Santos³, citando Clóvis Beviláqua, que em notas ao artigo 136, define presunção como “a ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido” e RAMPONI, que define presunções como “hipóteses que correspondem, provavelmente, ou seja na maior parte dos casos, à verdade”, tem a presunção como uma atividade do pensamento em que graças a um fato certo, “raciocinando-se com aquilo que freqüentemente acontece, chega-se ao fato desconhecido, isto é, presume-se o fato desconhecido.”

Prossegue o autor:

“Decorre daí que, da dedução presuntiva, geralmente chega-se a conclusões que são mais ou menos seguras conforme as circunstâncias especiais ou particulares de cada hipótese. Vale dizer que, mais propriamente do que certeza, a presunção estabelece probabilidade, maior ou menor, quanto à existência ou inexistência do fato probando. Mas em se tratando de probabilidade que tem por fundamento um princípio derivado da ordem natural das coisas, isto é, do que comumente acontece, e, pois, suficientemente alicerçada para satisfazer convicção judicial quanto à existência ou inexistência, do fato presumido. Presume-se, quer dizer, o fato presumido resulta daquilo que na maior parte dos casos corresponde à verdade.”

Tal presunção autoriza a convicção judicial porque ao fato presumido se pode opor prova em contrário. Em suma, o que é provavelmente segundo o ordinariamente acontece é suficiente para o juízo de um fato, desde que o contrário não seja provado.”

As presunções segundo doutrina de Pontes de Miranda

Para Pontes de Miranda⁴, presunções são fatos que podem ser verdadeiros ou falsos, mas o legislador os têm como verdadeiros e divide as presunções em *iuris et de iure* (absolutas) e *iuris tantum* (relativas). As presunções absolutas, na lição deste autor, são irrefragáveis, nenhuma prova contrária se admite; quando, em vez disso, a presunção for *iuris tantum*, cabe a prova em contrário. Para este autor:

“Na presunção legal, absoluta, tem-se A, que pode não ser, como se fosse, ou A, que pode ser, como se não fosse. Na presunção iuris tantum, e não de iure, tem-se A, que pode não ser, como se fosse, ou A, que pode ser, como se não fosse, admitindo-se prova em contrário. A presunção mista é a presunção legal relativa, se contra ela se admite a prova em contrário a, ou a ou b.”

.....

“A presunção simplifica a prova, porque a dispensa a respeito do que se presume. Se ela apenas inverte o ônus da prova, a indução, que a lei contém, pode ser ilidida in concreto e in hypothesi”

Fixado o conceito de presunção e a diferença entre esta e a ficção, tenho que o depósito bancário feito em conta corrente ou de investimento do contribuinte, dentro da correlação natural dos fatos, pressupõe a existência de rendimento prévio e, se assim o é,

³ SANTOS, Moacir Amaral, Prova Judiciária no Cível e Comercial, 2ª. Ed. – Vol. V, São Paulo, 1955, pág. 348.

⁴ MIRANDA, Pontes, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, pág. 234, Ed. Forense, 1974.

estamos diante de uma presunção legal, cabendo ao contribuinte fazer prova em contrário, usando de todos os meios em direito admitidos.

Conforme destacado anteriormente, na presunção o legislador apanha um fato conhecido, no caso o depósito bancário e, deste dado, mediante raciocínio lógico, chega a um fato desconhecido que é a obtenção de rendimentos. A obtenção de renda presumida a partir de depósito bancário é um fato que pode ser verdadeiro ou falso, mas o legislador o tem como verdadeiro, cabendo à parte que tem contra si presunção legal fazer prova em contrário. Neste sentido, não se pode ignorar que a lei, estabelecendo uma presunção legal de omissão de rendimentos, 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. Em síntese, a lei considera que os depósitos bancários, de origem não comprovada, analisados individualizadamente, caracterizam 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.

A caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um depósito bancário, considerado isoladamente. Pelo contrário, a presunção de omissão de rendimentos está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos valores depositados em contas bancárias, com a análise individualizada dos créditos, conforme expressamente previsto na lei. Portanto, claro está que o fato gerador do imposto de renda, no caso, não está vinculado ao mero crédito efetuado na conta bancária, pois, se o crédito tiver por origem uma transferência de outra conta do mesmo titular, ou a alienação de bens do patrimônio do contribuinte, ou a assunção de exigibilidade, como dito anteriormente, não cabe falar em rendimentos ou ganhos, justamente porque o patrimônio da pessoa não terá sofrido qualquer alteração quantitativa. O fato gerador é a circunstância de tratar-se de dinheiro novo no seu patrimônio, presumido pela lei em face da ausência de esclarecimentos da origem respectiva.

Quanto à tese de ausência de evolução patrimonial capaz de justificar o fato gerador do imposto de renda, é verdade que este imposto, conforme prevê o artigo 43 do CTN, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, isto é, de riqueza nova. Entretanto, o legislador ordinário presumiu que há aquisição de riqueza nova nos casos de movimentação financeira em que o contribuinte não demonstre a origem dos recursos.

Por oportuno, faço um parêntese para observar a semelhança entre o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996 e o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, cujos textos seguem transcritos em nota de rodapé⁵. O legislador ordinário, da mesma forma que procedeu quando da edição da Lei nº 9.430, de 1996, ao estabelecer no parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998 que *“entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação*

⁵ Art. 42 da Lei nº 9.430/96

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.

Art. 3º da Lei nº 9.718/98.

§ 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

contábil adotada para as receitas", também criou uma presunção *iuris et de iure* (absoluta), pois sabidamente nem todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica são oriundas do exercício das atividades empresárias.

Ao que parece-me, o legislador ordinário, por presunção relativa, no primeiro caso, definiu como receita ou rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento em relação aos quais o titular não comprovar a origem e, no segundo caso, por presunção absoluta, definiu como receita da atividade empresarial a soma dos valores auferidos pela pessoa jurídica. Em assim procedendo, o legislador extrapolou os limites previstos no artigo 146, III, a, da Constituição Federal que reservou à lei complementar, e não à lei ordinária, a prerrogativa para, em relação aos impostos previstos na Constituição, definir os respectivos fatos geradores.

Antes de retomar a matéria objeto do julgamento, deixo consignado que o Primeiro Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula nº 02 consolidando sua jurisprudência no sentido de que o Órgão "não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária." Entretanto, ressalvo meu entendimento pessoal entendendo que da mesma forma que o STF uniformizou jurisprudência decidindo que "*é inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/89, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais*", parece-me que também é inconstitucional o artigo 42 da Lei nº 9.430/96, no ponto em que amplia o conceito de renda para além dos limites previstos no artigo 43 do CTN, lei de natureza complementar que é.⁶

Retomando a matéria, se por outro lado, na presunção a lei tem como verdadeiro um fato que provavelmente é verdadeiro, não se pode desconsiderar que este fato que a lei tem como verdadeiro também pode ser falso, daí porque se diz que na presunção relativa a questão diz respeito à avaliação da prova apresentada por quem tem contra si algo que o legislador presume como tal, mas que na vida real pode ser diferente. Assim, impugnado fato em relação ao qual milita presunção relativa cabe ao julgador, avaliando as provas que lhes são apresentadas, formar convencimento para, diante do caso concreto, com mais dados do que o legislador, decidir se a presunção estabelecida por este, o legislador, corresponde à realidade dos fatos que estão sob julgamento.

No caso dos autos, se os documentos relativos ao ano de 1998 se constituem em indícios de que os recursos que transitaram na conta da recorrente são provenientes de atividades exercidas por seu esposo na condição de procuradores de terceiros, efetivos titulares dos recursos, quanto ao ano de 1999 não há nos autos provas qualificadas para afastar a presunção legal, razão pela qual mantenho a exigência do crédito fiscal objeto de lançamento correspondente ao ano de 1999.

(iii) Da alegação de inexigibilidade da multa em decorrência de seu nítido caráter confiscatório.

⁶ OBSERVAÇÃO: Quando da votação do Enunciado da Súmula 02 do Primeiro Conselho de Contribuintes votei pela aprovação por entender que o Poder Judiciário, no controle direto ou difuso de constitucionalidade, pode deixar de aplicar lei que considere inconstitucional, sendo que tal prerrogativa não se estende aos órgãos da jurisdição administrativa.

Sustenta o recorrente que as multas de 150% ou de 75%, não podem persistir porque se constituem em verdadeiro confisco, ofendendo as disposições do artigo 150, IV, da Constituição Federal.

Sobre este assunto, observo que o descumprimento da legislação tributária gera sanções previstas em lei, dentre as quais as penas pecuniárias previstas no artigo 44, I, II, da Lei n.º 9.430, de 1996, assim dispõe:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Em face ao que dispõe o artigo 5º, XLVI, letra "c", da Constituição Federal, que determina que a lei regulará a individualização da pena, levando em consideração as circunstâncias do ilícito e a culpabilidade do infrator, questiona-se se tal norma está dirigida exclusivamente ao legislador penal ou se abrange, também, as penalidades de natureza administrativa e tributária. Caso dirigida ao legislador tributário caberia indagar se este está autorizado, pela Constituição, a fixar penalidade de forma linear, isto é, sem critérios para que o aplicador possa individualizar a pena considerando as circunstâncias do caso concreto. Ainda que as questões aqui postas possam gerar inquietude, certo ou errado, o legislador, representante da sociedade, para o caso de declaração do imposto devido, fixou multa no percentual de 75% e de 150% nos casos de dolo, fraude ou simulação, não sendo lícito ao julgador substituir-se ao legislador para estabelecer outro critério de penalidade.

O Judiciário, no controle direto ou difuso de inconstitucionalidade, pode deixar de aplicar lei que considere em desacordo com a Constituição. Tal prerrogativa, todavia, não se estende aos órgãos administrativos, sendo que o Primeiro Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula 02, com a seguinte redação:

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

TAXA SELIC

Em que pese os argumentos articulados pelo recorrente, a jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes firmou-se nos termos do Enunciado da Súmula 04, com o seguinte entendimento:

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

Assim, tendo em vista que tal matéria se encontra sumulada junto ao Conselho, neste ponto, nega-se provimento ao apelo.

PELO EXPOSTO, vencido na preliminar de irretroatividade da lei, voto no sentido de desacolher as demais preliminares, com exceção à de DECADÊNCIA correspondente ao ano-calendário de 1998 suscito de ofício para afastar a exigência do crédito tributário correspondente ao ano-calendário de 1998 e, quanto ao ano-calendário de 1999, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões-DF, em 28 de março de 2007.


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA

Voto Vencedor

ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO, Redator designado

Inicialmente, destaco que o presente voto vencedor contempla somente a preliminar de irretroatividade da lei em que ficou vencido o conselheiro relator.

Em relação ao ano-calendário de 1998, e no que tange à alegação de quebra do sigilo bancário e de que não poderiam ter sido utilizados os dados da CPMF, para fins de fiscalização, ressalte-se que, para atingir o seu objetivo de fiscalizar, a Administração tributária tem o dever de investigar as atividades dos contribuintes de modo a identificar aquelas que guardem relação com as normas tributárias e, em sendo o caso, proceder ao lançamento do crédito. O parágrafo único do art. 142 da Lei nº 5.172/66, Código Tributário Nacional, estabelece que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional.

A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724 da mesma data, estabelece os procedimentos administrativos concernentes à requisição e o acesso e o uso pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações financeiras dos contribuintes, independentemente de ordem judicial; portanto, não há o que se falar em quebra de sigilo bancário.

Com relação, à aplicação da Lei nº 10.174/2001, para os fatos geradores ocorridos em 1997 e 1998, observe-se que a mesma, em seu art. 1º, assim preceitua:

"Art. 1º O art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"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." (NR)

O § 1º do art. 144 do CTN, por sua vez, assim determina:

"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 processo de fiscalização, ampliado os poderes



de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste ultimo caso, para efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros”.

A Lei nº 10.174/01 instituiu, assim, norma que trata de “novos critérios de apuração ou processo de fiscalização”, possuindo aplicação imediata. No caso concreto, o lançamento foi lavrado em 2003, sob a égide da nova norma legal, de modo que o fiscal poderia ter investigado todos os anos calendários não atingidos pela decadência do direito de lançar, conforme previsão do art. 144, § 1º do CTN.⁷

Neste sentido é o Acórdão 104-20483, da Quarta Câmara deste Primeiro Conselho, em julgado de Sessão de 24/02/2005, tendo como Relator o Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, cuja Ementa tem o seguinte teor:

“APLICAÇÃO DA NORMA NO TEMPO - RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174, de 2001 - Ao suprimir a vedação existente no art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, a Lei nº 10.174, de 2001 nada mas fez do que ampliar os poderes de investigação do Fisco, sendo aplicável essa legislação, por força do que dispõe o § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional. SIGILO BANCÁRIO - Os agentes do Físico podem ter acesso a informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes sem que isso se constitua violação do sigilo bancário, eis que se trata de exceção expressamente prevista em lei. OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Caracterizam omissão de rendimentos valores creditados em conta bancária mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

No mesmo sentido, igualmente, é o Acórdão 108-07875, da Oitava Câmara deste Primeiro Conselho, tendo como Relator o Conselheiro Luiz Alberto Cava Maceira, cuja Ementa tem o seguinte teor:

Ementa: IRPJ – ARBITRAMENTO DO LUCRO – LANÇAMENTO EFETUADO COM BASE NA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DA CPMF – RETROATIVIDADE DO ART. 1º DA LEI 10.174/2001. O art. 1º da Lei nº 10.174/2001, que alterou o §3º do art. 11 da Lei nº 9.311/96, possibilitando a obtenção de extratos bancários com base na movimentação da CPMF, retroage aos fatos pretéritos à sua vigência, haja vista que a dita alteração apenas ampliou os meios de fiscalização e investigação da autoridade administrativa, estando em consonância com a regra do §1º do art. 144 do CTN. O mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação à vigência do Decreto nº 3.724/2001 e da LC 105/2001.

⁷ 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.



Sendo assim, não deve prosperar a preliminar de quebra de sigilo bancário, bem como de irretroatividade de lei posterior.

Cumpre ressaltar que discussão sobre sua constitucionalidade e legalidade foge à competência desta autoridade julgadora, em face de sua vinculação ao dispositivo legal.

Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 02 deste Primeiro Conselho de Contribuintes, de caráter vinculante, conforme determinação do art. 29 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes⁸, nos seguintes termos:

Súmula 1º CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Pelas razões expostas, portanto, voto por REJEITAR as preliminares de irretroatividade e quebra de sigilo bancário.

Sala das Sessões - DF, em 28 de março de 2007.



ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO

⁸ Art. 29. As decisões reiteradas e uniformes dos Conselhos serão consubstanciadas em súmula, de aplicação obrigatória pelo respectivo Conselho.