



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38
Recurso nº : 144.745
Matéria : IRPF - Ex(s): 1999
Recorrente : FRANCISCO LUIZ BORJA RODRIGUES
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ em SALVADOR - BA
Sessão de : 27 DE ABRIL DE 2006
Acórdão nº : 106-15.508

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA - Nos termos do artigo 102, inciso I, alínea "a" e inciso III, alínea "b", da Constituição Federal, a apreciação de inconstitucionalidade de lei é de competência exclusiva do Poder Judiciário.

IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTOS. EXTRATOS BANCÁRIOS. NORMA DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO RETROATIVA - A Lei nº 10.174, de 2001, que alterou o art. 11, parágrafo 3º, da Lei nº 9.311, de 1996, de natureza procedimental ou formal, por força do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional tem aplicação aos procedimentos tendentes à apuração de crédito tributário na forma do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, cujo fato gerador se verificou em período anterior à publicação desde que a constituição do crédito não esteja alcançada pela decadência.

IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Na ausência de comprovação da origem dos recursos depositados em instituição financeira incide a presunção de omissão de rendimentos prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso interposto por FRANCISCO LUIZ BORJA RODRIGUES.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, REJEITAR preliminar de irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001. Vencidos os Conselheiros Gonçalo Bonet Allage (Relator), Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti e Wilfrido Augusto Marques. No mérito, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Wilfrido Augusto Marques que deu provimento integral. Designado para redigir o voto vencedor quanto à preliminar o Conselheiro José Ribamar Barros Penha.


JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA
PRESIDENTE e REDATOR DESIGNADO



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38
Acórdão nº : 106-15.508

FORMALIZADO EM: 26 MAI 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO, LUIZ ANTONIO DE PAULA, ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA. Ausente, justificadamente, o Conselheiro JOSÉ CARLOS DA MATTA RIVITTI.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38
Acórdão nº : 106-15.508
Recurso nº : 144.745
Recorrente : FRANCISCO LUIZ BORJA RODRIGUES

RELATÓRIO

Em face de Francisco Luiz Borja Rodrigues foi lavrado o auto de infração de fls. 159-165, para a exigência de imposto de renda pessoa física, exercício 1999, no valor de R\$ 205.371,89, acrescido de multa de ofício de 75% e de juros de mora calculados até 27/03/2002, totalizando um crédito tributário de R\$ 460.443,76.

O lançamento decorre da presunção legal de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada, prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, sendo que a base de cálculo da infração apurada soma R\$ 762.515,97 (fls. 162).

No próprio auto de infração a autoridade lançadora detalhou todo o procedimento de fiscalização, tendo ressaltado, entre outros fatos, que o contribuinte não apresentou nenhum documento comprobatório dos créditos bancários constatados.

Às fls. 161 encontra-se o demonstrativo consolidado dos créditos não comprovados, com a observação de que foram deduzidos os cheques devolvidos constantes dos extratos bancários.

De se ressaltar que o sujeito passivo era omissor com relação à entrega da declaração de rendimentos do ano-calendário 1998.

Intimado da exigência fiscal o contribuinte, devidamente representado, apresentou impugnação às fls. 139-152, acompanhada dos documentos de fls. 153-326, para requerer, fundamentalmente, a improcedência do crédito tributário.

Alegou, em síntese, que na atividade de avicultor o mais importante não é a origem das receitas, mas sim a comprovação das despesas. Trouxe



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38

Acórdão nº : 106-15.508

questões preliminares e sustentou que depósitos bancários não representam renda tributável.

Apreciando o litígio os membros da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador (BA) consideraram procedente o lançamento, através do acórdão nº 02.399, que se encontra às fls. 331-338, cuja ementa é a seguinte:

OMISSÃO DE RENDIMENTOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS -
Caracterizam-se omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, quando o titular regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

INCONSTITUCIONALIDADE ARGÜIDA NA ESFERA ADMINISTRATIVA -
As autoridades administrativas, enquanto responsáveis pela execução das determinações legais, devem sempre partir do pressuposto de que o legislador tenha editado leis compatíveis com a Constituição Federal. O exame da constitucionalidade ou legalidade das leis é tarefa estritamente reservada aos órgãos do Poder Judiciário.

Lançamento Procedente.

A decisão de primeira instância rejeitou as preliminares argüidas e, quanto ao mérito, o crédito tributário restou mantido diante da presunção do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, na medida em que o contribuinte deixou de comprovar a origem dos valores depositados em conta bancária.

Inconformado com o acórdão proferido pelos membros da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador (BA), o sujeito passivo interpôs recurso voluntário às fls. 342-352, cujos argumentos podem ser assim sintetizados:

- vive exclusivamente da avicultura e vende sua produção para pequenos estabelecimentos comerciais, que não emitem nota fiscal de entrada. Por isso, ficou impossibilitado de comprovar documentalmente a origem das receitas;
- provou a atividade exercida através da juntada de inúmeros comprovantes de pagamentos de insumos utilizados na criação de aves;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38

Acórdão nº : 106-15.508

- por exercer a atividade de agricultor deve ter sua receita, que foi identificada pela autoridade lançadora, tributada de acordo com as regras aplicáveis aos rendimentos da atividade rural, as quais destaca, inclusive com o imposto incidindo apenas sobre 20% da receita bruta;

- a lavratura deste auto de infração, amparada na Lei Complementar nº 105/2001, está, por via oblíqua, violando direitos fundamentais expressamente previstos na Carta Magna. Em verdade, a mencionada Lei Complementar, ao autorizar, no seu artigo 6º, a quebra do sigilo bancário e fiscal incorre em inconstitucionalidade por ferir o artigo 5º, incisos XXXV e LIV, da Constituição Federal;

- o disposto no artigo 1º da Lei nº 10.174/2001 e as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 105/2001 só poderiam vigorar a partir do ano financeiro de 2001, sob pena de violação ao artigo 9º do Código Tributário Nacional e ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

O contribuinte transcreveu entendimentos doutrinários e jurisprudenciais relacionados às teses defendidas e juntou ao recurso os documentos de fls. 353-359.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38
Acórdão nº : 106-15.508

VOTO VENCIDO

Conselheiro GONÇALO BONET ALLAGE, Relator

Tomo conhecimento do recurso voluntário interposto, pois é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, inclusive quanto ao arrolamento de bens, conforme se verifica na informação prestada pela repartição de origem às fls. 378.

A matéria em apreço está relacionada à presunção de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada, prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Além da questão de mérito, também devem ser apreciadas pelo Colegiado as preliminares de nulidade do lançamento fundamentadas, em síntese, na utilização de provas ilícitas, já que obtidas de acordo com normas que estariam desrespeitando a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional.

É isso que se passa a fazer a partir de agora.

A inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001

O contribuinte entende que a Lei Complementar nº 105/2001 é inconstitucional por maltratar o artigo 5º, incisos XXXV e LIV, da Carta da República, segundo os quais *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"* e *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"*.

Não posso acolher esta preliminar, pois, conforme já asseverado pelo relator da r. decisão recorrida, não compete às autoridades administrativas, lançadoras ou julgadoras, rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de sua inconstitucionalidade.

Cumprе ressaltar que o artigo 102, inciso I, alínea "a" e inciso III, alínea "b", da Constituição Federal, determina que a apreciação de inconstitucionalidade de lei é de competência exclusiva do Poder Judiciário.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38

Acórdão nº : 106-15.508

Além disso, nos termos do artigo 142, § único, do Código Tributário Nacional, a atividade administrativa do lançamento é plenamente vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Nesse sentido, verifico que a autoridade lançadora obteve os dados bancários do contribuinte, através de RMF, de acordo com a regra do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/2001 e diante dos fatos constatados aplicou ao caso a presunção do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, que é dispositivo válido e eficaz.

Resta-me, portanto, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração pela alegada inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001.

A irretroatividade da Lei nº 10.174/2001

Depreende-se do Termo de Início de Fiscalização de fls. 20-21 que a ação fiscal teve início em razão das informações prestadas pelas instituições financeiras à Secretaria da Receita Federal.

Com a devida vênia àqueles que pensam de forma diversa, continuo entendendo que o auto de infração é nulo, diante da impossibilidade de utilização retroativa da Lei nº 10.174/2001, de modo que o recurso voluntário merece prosperar.

Tenho como aplicável ao caso o artigo 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, em sua redação original.

Desde o advento da Lei nº 9.311/96, que criou a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF, as instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento desta contribuição devem prestar informações à Secretaria da Receita Federal relacionadas aos contribuintes e aos valores por eles movimentados.

No entanto, ao tempo do fato gerador da exação em litígio, estava vedada a utilização dessas informações para a constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, conforme se verifica no texto legal do dispositivo em comento:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38
Acórdão nº : 106-15.508

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

§ 1º. No exercício das atribuições de que trata este artigo, a Secretaria da Receita Federal poderá requisitar ou proceder ao exame de documentos, livros e registros, bem como estabelecer obrigações acessórias.

§ 2º. As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.

§ 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.

(Grifei)

Portanto, as informações prestadas pelas instituições financeiras à SRF não permitiam a constituição de crédito tributário relativo ao imposto de renda pessoa física.

A regra do artigo 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96 foi modificada pela Lei nº 10.174, de 09/01/2001, passando a prever que:

§ 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 artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.

Por sua vez, o caput do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, referido na nova redação do artigo 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, 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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38

Acórdão nº : 106-15.508

A interpretação sistemática do artigo 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96 – com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.174/2001 – e do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, permite concluir que restou facultada a utilização dos dados da CPMF para a constituição de créditos tributários, pela Secretaria da Receita Federal, por presunção legal de omissão de receitas, quando a pessoa física ou jurídica não conseguir comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados em conta de depósito ou de investimento, de que seja titular.

Ocorre, que essa faculdade conferida à Secretaria da Receita Federal foi colocada no mundo jurídico pela Lei nº 10.174, a qual foi publicada 10/01/2001 e, em razão do princípio constitucional da anterioridade, previsto no artigo 150, inciso III, alínea “b”, da Carta da República, só pode atingir fatos ocorridos a partir do ano-calendário 2002.

Deve-se reiterar que o fato gerador do tributo em discussão ocorreu no ano de 1998, quando o artigo 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96 vedava a lavratura de autos de infração com base na movimentação bancária dos contribuintes para exigência de tributos diversos da CPMF.

Entendo que os efeitos da Lei nº 10.174/2001 não podem retroagir para atingir situações ocorridas em momento anterior à data em que passou a produzir efeitos, conforme prevê, inclusive, o mencionado texto normativo (artigo 2º).

O próprio Código Tributário Nacional tem previsão semelhante em seu artigo 105, quando, ao tratar sobre a aplicação da legislação tributária, assim determina:

Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do art. 116.

Por sua vez, o *caput* do artigo 144 do Código Tributário Nacional expressa que:

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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38

Acórdão nº : 106-15.508

Com relação à aplicabilidade da lei tributária a ato ou fato pretérito, o artigo 106 do CTN tem a seguinte disposição:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

As situações previstas no artigo 106 do Código Tributário Nacional referem-se à retroatividade de leis tributárias interpretativas ou daquelas que estabelecem penalidade menos severa ou deixem de considerar determinado fato como infração, sendo, pois, inaplicáveis ao presente feito.

A utilização retroativa dos termos da Lei nº 10.174/2001, atingindo situação ocorrida no ano-calendário 1998, implica grave ofensa à segurança jurídica do contribuinte, na medida em que, até aquele ano-calendário, uma norma de direito material, esculpida no artigo 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96 assegurava-lhe o direito de não ter contra si lavrado auto de infração exigindo imposto de renda pessoa física, em decorrência das informações fornecidas pelas instituições financeiras para a Secretaria da Receita Federal, relativas à sua movimentação bancária.

A atividade administrativa do lançamento rege-se pela lei vigente à data da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 144 do Código Tributário Nacional.

Para dar sustentação ao posicionamento ora defendido, oportuno transcrever excertos do artigo “A CPMF e a Quebra do Sigilo Bancário”¹, escrito por Zelmo Denari, especialmente quando o autor apregoa que:

Feitas essas considerações, devemos considerar que o § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311 não pode ser subentendido e deve ser interpretado à luz de sua redação originária, que data de 24 de

¹

Contido na Revista Dialética de Direito Tributário nº 89, p. 120-121.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38
Acórdão nº : 106-15.508

outubro de 1996, bem como da nova redação dada pela Lei nº 10.174, de 9 de janeiro de 2001. Se o dispositivo, em sua nova roupagem, permite à Secretaria da Receita Federal utilizar-se dos informes bancários para apurar a existência de créditos tributários relativos a fatos geradores ativados a partir de sua vigência, ou seja, 9 de janeiro de 2001, não menos certo que não pode ser utilizado – sob pena de obliteração do senso jurídico – para alcançar situações pretéritas, pois estas se encontram sob a égide da redação originária.

4. Recentes decisões dos nossos Tribunais Regionais Federais admitem a aplicação retroativa do § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/96, para apurar o imposto de renda devido a partir de sua vigência originária em 1996, invocando a regra do § 1º do art. 144 do CTN, que determina seja aplicada ao lançamento a legislação que tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização.

O equívoco é manifesto, pois o julgador não pode aplicar a norma formal, de índole procedimental, constante do § 1º do art. 144 do CTN, quando se depara com norma de direito material, veiculada pelo caput do mesmo artigo, nos seguintes termos:

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

Aplicando-se este dispositivo à espécie sujeita, colhe-se a seguinte interpretação: tratando-se de situações pretéritas, lei vigente, à data da ocorrência do fato gerador, é a norma de direito material que vedava a utilização dos informes bancários para a constituição de outros créditos tributários, quer dizer, a norma de renúncia ao exercício do poder impositivo, que assegurava aos contribuintes da CPMF o direito de não ser fiscalizado com base nas informações relativas à respectiva movimentação financeira, assegurando-lhe plena indenidade fiscal relativa ao IR.

Podemos, portanto, concluir este estudo afirmando que o acesso da autoridade fiscal aos dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes – para fins de apuração do imposto de renda – não afronta a priori o direito ao sigilo bancário e à privacidade, para apuração de fatos geradores ativados a partir do advento da Lei nº 10.174, de 9 de janeiro de 2001. Ao revés, estimamos que o acesso dos agentes fiscais aos referidos dados, para apuração de fatos geradores do imposto de renda ativados desde a vigência da Lei nº 9.311, de 26 de outubro de 1996, até o advento da lei modificadora, é violador do direito ao sigilo bancário, diante da inequívoca renúncia ao exercício do poder impositivo.

(Grifei)

Relevante destacar que esta 6ª Câmara já adotou referido entendimento, conforme comprova a ementa do seguinte acórdão:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38
Acórdão nº : 106-15.508

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS - IRRETROATIVIDADE - A alteração promovida na Lei 9.311/96, pela Lei 10.174/01, somente deve ser levada em consideração após o início de sua vigência, não sendo possível sua aplicação a fatos pretéritos, anteriores à sua edição.

Recurso provido.

(Primeiro Conselho, Sexta Câmara, acórdão nº 106-13.962, redator designado Conselheiro José Carlos da Matta Rivitti, julgado em 12/05/2004)

Trago à colação, ainda, acórdão proferido pela 4ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, cuja ementa está assim disposta:

IRPF – LANÇAMENTO COM ORIGEM NA LEI Nº 10.174 DE 2001 – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA – A vedação prevista no art. 11, § 3º, da Lei nº 9311 de 1996, referia-se expressamente à constituição do crédito tributário. A revogação desse dispositivo pela Lei nº 10.174, de 2001, deve ser entendida como nova possibilidade de lançamento. Em se tratando de nova forma de determinação de imposto de renda, não de ser observado o princípio da irretroatividade e anterioridade da lei tributária.

Recurso provido.

(Primeiro Conselho, Quarta Câmara, acórdão 104-19.304, relatora Conselheira Vera Cecília Mattos Vieira de Moraes, julgado em 16/04/2003)

É nesse sentido, também, a posição majoritária da jurisprudência do Egrégio TRF da 4ª Região, conforme denotam as ementas dos seguintes acórdãos:

TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE. QUEBRA DIRETA — PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI Nº 9.311/96. INTERPRETAÇÃO. IRRETROATIVIDADE DA LEI 10.174/01 E DA LC 105/01.

1. O sigilo bancário, como dimensão dos direitos à intimidade (art. 5º, X, CF), é direito fundamental que pode ser restringido (quebra), quando colidir com outro direito albergado na Carta Maior (proporcionalidade).

2. Consoante legislação infraconstitucional, o Fisco pode, diretamente, 'quebrar' o sigilo bancário, sendo desnecessária prévia autorização judicial (reserva judicial).

3. Até o advento da Lei 9.311/96, as informações obtidas mediante a 'quebra' do sigilo bancário não podem originar lançamento tributário. Na sua vigência, é possível o lançamento tributário concernente apenas à CPMF. Após a Lei 10.174/01, facultou-se ao Fisco a utilização das informações bancárias concernentes à CPMF para instaurar procedimento administrativo objetivando verificar a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38
Acórdão nº : 106-15.508

existência de crédito tributário relativo a outras contribuições e impostos, bem como para o respectivo lançamento.

4. A Segunda Turma (AMS nº 2002.70.05.006523-2) e a Primeira Seção desta Corte (Embargos Infringentes na AC nº 2001.70.01.003385-9) já manifestaram entendimento no sentido da irretroatividade da Lei nº 10.174/01 e da LC 105/01.

5. Segurança concedida para: a) declarar a nulidade do procedimento fiscal nº 09.2.03.00-2003-00063-3, bem como de qualquer autuação ou lançamento dele decorrente; b) assegurar, preventivamente, que a autoridade coatora se abstenha de utilizar os dados relativos de que dispõe sobre a movimentação financeira do impetrante em decorrência da fiscalização da CPMF para fins de lançamento de outros tributos relativamente a fatos geradores anteriores a 09-01-2001."

(TRF 4ª Região, AMS nº 2003.72.03.001479-3/SC, Relator Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares, DJU de 25/08/2004, p. 514)

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. UTILIZAÇÃO DE DADOS DA CPMF PARA FINS DE CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IRRETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO.

1. A Lei nº 9.311/96, com a alteração introduzida pela Lei nº 10.174/2001, não pode atingir fatos regidos pela lei pretérita, que proibia a utilização destas informações para outro fim que não fosse o de lançamento da CPMF e zelava pela inviolabilidade do sigilo bancário e fiscal.

2. Ao tempo do fato gerador da obrigação, vigia a Lei nº 4.595/64, recepcionada com força de lei complementar pelo art. 192 da Constituição de 1988, até a edição da Lei Complementar nº 105/2001, cujo art. 38, nos §§ 1º a 7º, admite a quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.

3. 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, elencados como direitos individuais fundamentais no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição de 1988.

4. Para que o Fisco se valha das informações fornecidas pelas instituições financeiras a respeito da movimentação bancária do contribuinte, a fim de lançar crédito tributário relativo a exação diversa da CPMF, mediante procedimento administrativo-fiscal, é imprescindível a autorização judicial.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38

Acórdão nº : 106-15.508

(TRF 4ª Região, AMS nº 2002.72.07.008825-2/RS, Relator Desembargador Federal Wellington Mendes de Almeida, DJU de 05/11/2003, p. 771)

A utilização dos dados da CPMF para a constituição de créditos tributários do imposto sobre a renda pessoa física, relacionados a fatos geradores ocorridos em momento anterior à produção de efeitos da Lei nº 10.174/2001, somente poderia ocorrer mediante autorização judicial para a quebra de sigilo bancário do contribuinte, em atenção ao disposto no artigo 5º, incisos X e XII, da Carta Fundamental.

Não sendo essa a situação em voga, concluo pela impossibilidade de manutenção do lançamento, pois não admito a aplicação retroativa da Lei nº 10.174/2001.

Considerando que meu posicionamento a respeito da matéria restou vencido perante o Colegiado, passo a apreciar as demais questões trazidas pelo contribuinte.

A presunção do artigo 42 da Lei nº 9.430/96

O lançamento decorre da presunção de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada, cujo fundamento central é o artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Pois bem, o artigo 42 da Lei nº 9.430/96 encerra uma presunção de omissão de rendimentos que se aplica quando o contribuinte, devidamente intimado, não comprova mediante documentação hábil e idônea a origem dos valores creditados em conta de depósito ou de investimento de que seja titular.

Esse dispositivo legal atribui ao sujeito passivo o ônus de provar a origem dos depósitos bancários constatados pela autoridade fiscal, sob pena de se presumir que referidos valores configuram omissão de rendimentos.

A legislação complementar autoriza a incidência do imposto de renda sobre base presumida, conforme artigo 44 do Código Tributário Nacional, segundo o qual "Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38

Acórdão nº : 106-15.508

No caso em tela, após desconsiderar os valores dos cheques devolvidos, a autoridade lançadora somou todos os depósitos bancários sem origem comprovada, os quais estão relacionados às fls. 25-35 e chegou à base de cálculo do lançamento, que importa em R\$ 762.515,97 (fls. 162).

Eis a presumida omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada, que, cumpre reiterar, tem fundamento no artigo 42 da Lei nº 9.430/96.

Não se pode olvidar que a atividade administrativa do lançamento é plenamente vinculada e obrigatória, nos termos do artigo 142, § único, do Código Tributário Nacional e o artigo 42 da Lei nº 9.430/96 é norma vigente.

Assim, em sede de julgamento administrativo sou levado a concluir que o lançamento baseado na presunção do artigo 42 da Lei nº 9.430/96 não ofende a legislação do imposto de renda, pois ela própria alberga a previsão utilizada pela autoridade lançadora de tributar os depósitos bancários sem origem comprovada como rendimentos presumidamente omitidos.

O contribuinte pretende que a tributação seja adequada àquela referente aos rendimentos da atividade rural, sob a alegação de que comprovadamente era avicultor.

Nesse sentido, em anexo à impugnação trouxe diversos comprovantes de pagamentos, um contrato de arrendamento de galpões para criação de aves e uma declaração da Associação Baiana de Avicultura.

No entanto, nenhuma prova da origem dos depósitos bancários foi juntada aos autos, desde os trabalhos de fiscalização.

Ademais, pela instrução processual pode-se constatar que o recorrente sequer apresentou a declaração de ajuste anual do exercício 1999, onde poderia e deveria ter informado os pretensos rendimentos da atividade rural.

Não posso aceitar e acolher a pretensão sem nenhum indício de prova de que os depósitos bancários tinham como origem receitas da avicultura exercida pelo contribuinte.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38

Acórdão nº : 106-15.508

Reafirmo que a presunção do artigo 42 da Lei nº 9.430/96 incide sobre a totalidade dos depósitos bancários sem origem comprovada, respeitadas as exceções dos incisos I e II, do § 3º, desse dispositivo, sendo irrelevantes as despesas pagas.

O contribuinte não consegue ilidir a presunção legal de omissão de rendimentos que dá sustentação ao crédito tributário, pois não comprova a origem dos depósitos identificados pela autoridade fiscal às fls. 25-35.

Devo considerar, por fim, que seria inócua a realização de uma diligência para se comprovar as alegações do contribuinte, a quem competia, nos termos do artigo 42 da Lei nº 9.430/96, o ônus da prova da origem dos recursos depositados. Isso porque não há o dever legal de guarda de documentos relativos a fatos ocorridos em 1998, na medida em que está em curso o ano de 2006, ou seja, cerca de 8 (oito) anos mais tarde.

Essa providência apenas acarretaria mais ônus para o recorrente e para a Fazenda Pública.

Assim, necessário concluir que a pretensão apreciada neste item não merece prosperar.

Diante do exposto, conhecendo do recurso voto por acolher a preliminar de nulidade do auto de infração fundamentada na irretroatividade da Lei nº 10.174/2001 e dou-lhe provimento. Vencido que fui, rejeito a outra preliminar argüida pelo sujeito passivo e, quanto ao mérito, nego-lhe provimento.

Sala das Sessões - DF, em 27 de abril de 2006.


GONÇALO BONET ALLAGE





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38
Acórdão nº : 106-15.508

VOTO VENCEDOR

Conselheiro JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA, Redator designado

Em decorrência da votação realizada em sessão, passo a redigir o voto vencedor tão-somente em face preliminar de irretroatividade da Lei nº 10.174, de 09.01.2001, levantada de ofício pelo l. relator do voto condutor do acórdão, relativo ao lançamento de crédito tributário por omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários cuja origem não foi comprovada pelo contribuinte regularmente intimado, configurando a hipótese de incidência definida no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Os requisitos sobre a tempestividade e preparo do recurso encontram-se atestados pelo relator do voto vencido, pelo que conheceu o Recurso da Voluntário foi conhecido.

Conforme os fundamentos a seguir, considero que as informações da CPMF nos termos autorizados pela mencionada Lei nº 10.174, de 2001, podem ser utilizadas pelo Fisco nos procedimentos fiscais que objetivam o lançamento do imposto de renda aos moldes definidos no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, no período em que não tenha ocorrido a decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito.

Acerca da retroatividade da Lei nº 10.174, de 2001, de modo a permitir ao fisco a utilização de informações da CPMF para fins de fiscalização do Imposto de renda, registre-se a tramitação das Ações Direta de Inconstitucionalidade nºs. 2.406, 2.389, 2.386, 2.390 e 2.397. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a matéria, contudo, encontra-se inteiramente pacificada, como se verá adiante.

Tenho enfrentado o tema, primeiramente, discorrendo sobre a vigência das leis tributárias, fazendo-se a distinção, entre as procedimentais ou formais e daquelas de natureza material.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38

Acórdão nº : 106-15.508

A lei material, no âmbito do Direito Tributário, é a que tem por conteúdo a obrigação principal, com todos os elementos que a compõem, cuidando de definir a hipótese de incidência e todos os seus aspectos, ensina Antonio Roberto Sampaio Dória, *in* Da lei tributária no tempo, São Paulo, Obelisco, 1968, p. 315.

Já a lei formal ocupa-se da obrigação tributária acessória, definindo os métodos e procedimentos que os agentes do Fisco devem observar no ato de lançamento, ensina José Souto Maior Borges, *in* Lançamento tributário, 2 ed., São Paulo, 1999, p. 82.

A lei formal, meramente procedimental, tem aplicabilidade imediata. Assim, pode alcançar períodos cujos fatos geradores do tributo não estejam atingidos pelo instituto da decadência. Já a lei material, que institui tributo, majora alíquota ou amplia base de cálculo, tem que estar em vigor na data do fato gerador, cumprindo o requisito da anterioridade das leis tributárias.

A classificação doutrinária das leis tributárias em material e formal decorre das disposições do art. 144 e § 1º, do Código Tributário Nacional. Veja-se:

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.

As leis de natureza material, contempladas no caput do artigo, têm que estar vigentes quando da ocorrência do fato gerador do tributo a ser lançado, posto o princípio da estrita legalidade. As de natureza formal estão no parágrafo primeiro, tendo vigência a partir da publicação aplicando-se de maneira integral pelo Fisco a fatos geradores ocorridos antes, no período de que trata o art. 173 ou art. 150, do CTN.

Como já devidamente explicitado no voto vencido a Lei nº 9.311/96, determinava que a Secretaria da Receita Federal resguardar o sigilo das



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38

Acórdão nº : 106-15.508

informações da CPMF que lhe fossem repassadas pelas instituições financeiras, ficando vedada a utilização desses dados para fins de constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.

Contudo, a Lei 10.174, de 09.01.2001, alterou o § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, definindo que, na forma da legislação aplicável, o sigilo das informações prestadas deveria ser mantido, sendo facultada a utilização de tais informações para instaurar procedimento administrativo tendente a ver ficar 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.

O dispositivo da Lei nº 9.311, em face da nova redação da pela Lei nº 10.174, entendo que não criou nova hipótese de incidência tributária, como chega a ser ventilado no Acórdão. Por certo, criou novos mecanismos de fiscalização com ampliação dos poderes de investigação das autoridades administrativas, como orienta a previsão do § 1º do art. 144 do CTN.

Do acima demonstrado, não há espaço para falar-se em ofensa ao princípio da irretroatividade das leis tributárias (alínea "a", inc. III, do art. 150, da Constituição Federal), posto que aludido princípio tem aplicação tão-somente às leis que criam ou majoram tributo, bem como, instituem penalidades.

Dessa forma, é possível a aplicação retroativa dos efeitos da Lei nº 0.174, de 2001, que ampliou os poderes de investigação das autoridades fazendárias, ao permitir o uso das informações da CPMF, concretizando a hipótese determinada no § 1º do art. 144, do CTN.

A nova regulamentação ingressada no ordenamento jurídico pelos caminhos regulares do processo legislativo tem sua aplicação plena garantida. Logo, a autorização dada pela nova redação deve ser exercida pelo tempo em que ao Fisco assistir o direito de realizar o lançamento do crédito tributário, respeitado o período decadencial, nos termos do art. 173, do CTN (O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos,...).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38

Acórdão nº : 106-15.508

No âmbito dos Conselhos de Contribuintes alguns julgamentos ocorreram no sentido da irretroatividade da mencionada lei a exemplo dos Acórdãos nº 104-19.304 e nº 106-13.962, mencionados no voto vencido, ambos reformados pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, respectivamente, mediante os Acórdãos nº CSRF/04-00.0021, de 15.03.2005, e nº CSRF/04-00.189, de 15.03.2006.

No Judiciário, os julgados no âmbito dos Tribunais Regionais Federais as decisões sobre o tema retroatividade da mencionada lei, vinham sendo nos dois sentidos. Turmas dos TRF acatavam a irretroatividade como os exemplos dados no voto vencido, outros, pela retroatividade como os exemplos a seguir:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. IRRETROATIVIDADE DA LEI. CONSTITUCIONALIDADE.

1. O alegado sigilo bancário não pode ser interpretado como direito absoluto, desvinculado de outras garantias constitucionais, havendo de compatibilizar-se, pois, com os demais princípios, voltados à consecução do interesse público.

2. É plenamente legítimo que a autoridade competente (Fisco), uma vez detectados indícios de falhas, incorreções, omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, requisite as informações e os documentos de que necessita para a consecução de seu dever legal de constituir crédito tributário.

3. Não há que se falar em ofensa ao princípio da irretroatividade da lei tributária, porquanto a Lei Complementar nº 105/01, bem como a Lei nº 10.174/01, não criaram novas hipóteses de incidência, a albergar fatos econômicos pretéritos, mas apenas a agilização e o aperfeiçoamento dos procedimentos fiscais.

(MS, 2001.61.00.022952-5, Sexta Turma do TRF da 3ª Região)

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

1. 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.

2. 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38

Acórdão nº : 106-15.508

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 nº 105/2001).

3. As disposições da Lei 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.

(Ag. 200104010437531, 2ª Turma do TRF da 4ª Região)

Atualmente, o entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vêm reiterando os termos do Recurso Especial nº 506.232 – PR (2003/0036785-0), cuja ementa é a seguinte:

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

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

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

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

4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "Art. 6º As autoridades e os agentes



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10530.000612/2002-38
Acórdão nº : 106-15.508

fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente"

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

6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.

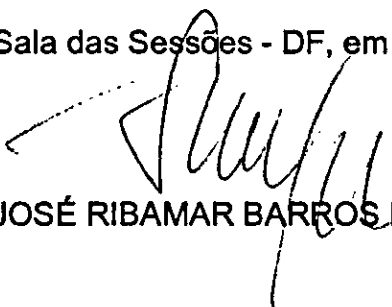
7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.

8. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.

9. Recurso Especial provido.

Isto posto, a preliminar relativa à nulidade do lançamento em face da utilização de informações da CPMF não procede, devendo ser afastada. É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 27 de abril de 2006.


JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA