MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	10580.011283/2003-46
Recurso nº	152.812 Voluntário
Matéria	IRPF - Ex.: 1999
Acórdão nº	102-48.327
Sessão de	28 de março de 2007
Recorrente	FERNANDES DE ANDRADE SANTOS
Recorrida	3ª TURMA/DRJ-SALVADOR/BA

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 1998

Ementa:

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. 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.

Preliminares rejeitadas.
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade do processo, por cerceamento do direito de defesa, e da decisão de primeira instância. Por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de irretroatividade da Lei nº 10.174 e da Lei Complementar nº 105, ambas de 2001. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva (Relator) que as acolhe. Designado o Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho para redigir o Voto Vencedor. Por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de decadência do direito de lançar em relação aos fatos geradores até outubro/1998, suscitada pelo Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira que fica vencido e apresenta declaração de voto. No mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
Presidente

ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE
Redator-Designado

FORMALIZADO EM: 09 NOV 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NAURY FRAGOSO TANAKA, JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, SILVANA MANCINI KARAM e ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA.

Relatório

O presente processo diz respeito à autuação lavrada contra contribuinte, notificado em 24 de novembro de 2003, que afirma exercer atividade de advocacia na área trabalhista (fl. 31) e que os recursos creditados em sua conta corrente, no ano de 1998, pertencem aos clientes da sociedade de fato que mantém com outros colegas, sendo que da totalidade dos valores creditados em sua conta corrente somente vinte por cento pertence à sociedade de fato, posteriormente regularizada. Afirma que dos honorários pertencentes à sociedade só recebe parte deles, conforme o trabalho desenvolvido em caso a caso e que estes valores foram declarados em seu imposto de renda.

Constam em anexo sete volumes de informações processuais que o contribuinte, em seu recurso, afirma ter apresentado junto com sua defesa e que teriam sido suprimida dos autos.

Em relação aos demais fatos correspondentes ao processo, adoto o relatório de fls. 286/288, que segue transcrito nos parágrafos seguintes:

"Trata-se de Auto de Infração do Imposto de Renda Pessoa Física (fls. 04/06), lavrado contra o contribuinte acima qualificado, sob alegação de omissão de rendimentos proveniente de valores creditados em conta de depósitos ou de investimento mantida junto a instituição financeira, cuja origem dos recursos utilizados nessas operações não foram comprovados mediante documento hábil e idôneo. A autuação fundamenta-se no disposto no artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996 e art. 21 da Lei nº 9.532, de 1997.

Consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 09/13), parte integrante do auto de infração, que o interessado estava omisso de Declaração de Rendimentos no ano calendário de 1998. Em 21/03/2001, foi emitido o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 2001.00318-1, e em 30/03/2001 foi intimado mediante Termo de Inicio de Fiscalização a apresentar os extratos bancários das suas contas correntes, bem como a comprovação da origem dos valores nelas creditados, tendo sido cientificado em 18/04/2001, esclareceu que a movimentação financeira decorria, na maioria dos casos de transferências entre contas e da administração de recursos de terceiros em razão da atividade de advocacia que exerce. Solicitou prorrogação do prazo.

Transcorrido 90 dias do novo prazo e tendo em vista que o contribuinte não ter apresentado a documentação solicitada e nem justificado a sua omissão, conseqüentemente, os extratos bancários foram requisitados junto a instituição financeira, com base no art. 6º, da Lei Complementarnº 105, regulada pelo Decreto nº 3.724, de 10/01/2001, conforme as Requisições de Movimentação Financeiras – RMF para as instituições financeiras (fls. 37/42).

De posse dos extratos bancários fornecidos pelos bancos, promoveu-se a conciliação bancária com vistas a excluir as transferências entre contas. Por questões operacionais foi emitido novo MPF de nº 2002.00351-7 em 15/05/2002, sendo designado outro auditor a dar prosseguimento à fiscalização. De posse dos extratos já conciliados o contribuinte foi intimado a comprovar a origem dos depósitos realizados em suas contas correntes identificados em planilha anexa ao termo (fls.157/159).

Em resposta a intimação o interessado solicitou prorrogação de prazo por mais 30 dias que foi concedido (fl. 160). Transcorrido o prazo não sido apresentados os elementos solicitados, o contribuinte foi reintimado a comprovar os valores creditados em suas contas correntes, ressaltando a necessidade de comprovação e identificação dos beneficiários em razão da informação de que dos recursos movimentados em suas contas correntes são de terceiros. E que o não atendimento importaria na presunção legal de que os depósitos efetuados em suas contas correntes são rendimentos tributáveis que não foram oferecidos à tributação.

Em resposta o contribuinte informou que não havia sido possível levantar os dados necessários e solicitou mais 90 dias de prazo, que foi concedido (fl. 164). Entretanto, decorridos 60 dias do fim deste último prazo, o contribuinte novamente não se manifestou a respeito da documentação exigida, sendo efetuado o lançamento de ofício, cujas bases de cálculo estão consolidadas mensalmente no demonstrativo de fls. 15/17.

Esclarece ainda o termo que do total dos créditos de origem não comprovada apurados, após a conciliação bancária, foi deduzido o valor dos rendimentos tributáveis declarados na DIRPF 1999, bem como aquele objeto do lançamento complementar de ofício por parte do sistema de malha pessoa física, documentos anexos.

O contribuinte tomou ciência do lançamento, em 24/11/2003 (fl.225), apresentando impugnação em 23/12/2003 (fls. 227/259), acompanhada dos anexos I a VII, sendo, em síntese, estes os seus argumentos:

- argúi, em preliminar, a nulidade do lançamento sob o fundamento de cerceamento do direito de defesa, entendendo que foi obstado ter acesso ao processo administrativo, na medida em que não pode retirá-lo da repartição pelo prazo para apresentação de defesa, e que impor acesso aos autos do processo administrativo mediante contratação de despesas, embaraçada com a necessidade de acesso a *site* para imprimir documento de solicitação e DARF, é inconstitucional (incisos LIV e LV, do artigo 5º da Constituição Federal - CF), e ainda que o procedimento determinado fere o artigo 7º, inciso XV, da Lei 8.906, de 04/07/1994;

- alega ofensa ao princípio da irretroatividade (artigo 172 do CTN e 5º, XL, da CF); argúi ilegalidade da quebra do sigilo bancário sob o fundamento de que antes de 10.01.2001 não havia autorização legal para a realização; entende necessidade de autorização judicial para quebra do sigilo bancário;

- argumenta ainda sigilo profissional a que está submetido pela natureza jurídica da atividade, posto que é advogado com militância na Justiça do Trabalho, como revelam, por amostragem, cópias xerox das intimações judiciais que vão anexas, em 1.324 folhas circunstâncias que determinam conseqüências de ordem legal:

    1. os depósitos encontrados pelo fisco decorrem de importâncias referentes a rendimentos de honorários advocatícios à base de 20%, percentual que partilha com outros colegas e sócios do escritório comum, restando ao autuado, um percentual entre 50% e 60%;

    2. a máxima compatibilidade entre o valor dos depósitos levantados na autuação e o valor da declaração do ano correspondente;

3. os depósitos pertencendo aos clientes encontra-se o advogado submetido ao sigilo profissional e que o Código de Ética Disciplinar, artigos 25 a 27, somente justificam a quebra nas circunstâncias ali enunciadas;

4. as próprias declarações de rendimentos permitem verificar a situação patrimonial do autuado, que a irrealidade da autuação fere o princípio da capacidade contributiva.

- acrescenta que recentes julgados na instância administrativa e no plano judicial tem rejeitado lançamentos com base em valores constantes de extratos bancários, sob o entendimento de que lançamentos em contas correntes não são suficientes para caracterizar o fato gerador do imposto de renda. Reproduz acórdãos para sustentação do seu entendimento;

- aduz que nenhuma das condições da vida do fiscalizado permite que se presuma aquisição de renda astronômica, como informa a movimentação da CPMF, cujo montante decorreu da administração de recursos de terceiros, em razão da advocacia de pessoas físico-jurídicas, cujos honorários são rateados entre outros profissionais, organizados no escritório AC&S – Andrade, Cyrne & Suzart, Advogados Associados, CNPJ nº 04611733/0001-13;

- relata como aspecto relevante, que teve a preocupação de demonstrar que participara de sociedade de fato, posteriormente regularizada e contribuinte pelo regime do lucro presumido, que na hipótese de acatamento dessa realidade, invoca-se o direito à tributação pelo regime do lucro presumido;

Requer produção de prova pericial, documental e testemunhal, e por fim que seja declarada a nulidade do lançamento ou a insubsistência do lançamento, por ser de peno direito, e o reconhecimento da sociedade de fato diante da farta documentação acostada, independentemente da prova acima requerida."

A 3ª. Turma da DRJ de Brasília julgou procedente o lançamento em acórdão que possui a seguinte ementa:

Assunto: Normas de Administração Tributária

Ano-calendário: 1998

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE ARGÜIDA NA ESFERA ADMINISTRATIVA

O afastamento da aplicabilidade de lei ou de ato normativo, pelos órgãos judicantes da Administração Fazendária, está necessariamente condicionado à existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal declarando sua inconstitucionalidade.

INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. LEI ADJETIVA.

As leis meramente adjetivas, que apenas instituem novos processos de fiscalização ou ampliam os

poderes de investigação das autoridades administrativas, são todas externas ao fato gerador, no sentido de que não alteram quaisquer dos aspectos da hipótese de incidência tributária, afetando apenas a atividade do lançamento, são aplicáveis na data em que é exercida a atividade, sendo irrelevante que alcancem fatos geradores pretéritos, e diferem das leis materiais, as quais integram o próprio objeto do lançamento.

INFORMAÇÕES AO FISCO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO.

O acesso às informações bancárias por parte do Fisco não configura quebra do sigilo bancário, haja vista prestar-se apenas à constituição de crédito tributário e eventual apuração de ilícito penal, havendo, na verdade, mera transferência do sigilo, que antes vinha sendo assegurado pela instituição financeira e que passa a ser mantido pelas autoridades administrativas.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1998

Ementa: NULIDADE.

Incabível a argüição de nulidade do procedimento fiscal quando este atender as formalidades legais e for efetuado por servidor competente.

PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE PROVAS.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 1998

Ementa: 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.

Intimado do acórdão em 26 de abril de 2005 - quinta-feira - (fl. 301), no dia seguinte ao feriado de 26 de maio de 2005 – *Corpus Cristis* - o recorrente protocolizou o recurso de fls. 305/363, alegando:

Em preliminar:

(i) nulidade do processo por cerceamento de defesa, supressão de provas, falta de acesso aos autos;

(ii) nulidade da decisão de primeira instância - falta de fundamentação no acórdão de vários temas submetidos a julgamento, como por exemplo: a) que havia partilha de honorários ficando o recorrente com apenas 6% do valor; b) que não há outros indícios que permita presumir modificação do padrão de vida ou acréscimo patrimonial, sendo que os recursos que foram depositados pertencem a terceiros; c) que participava de sociedade de fato, regularizada posteriormente; b) que durante a fiscalização teve a preocupação de demonstrar que participava da sociedade de advogados.

No mérito:

Em relação ao mérito o recorrente reitera os argumentos articulados na impugnação, cujos itens seguem elencados:

(i) ofensa ao princípio da irretroatividade das Leis (Lei Complementar n° 105 e Lei n° 10.174, ambas de 2001.

(ii) ausência de enquadramento legal capaz de autorizar a quebra do sigilo bancário;

(iii) impossibilidade da exigibilidade de obrigação acessória anteriormente a 10 de janeiro de 2001.

(iv) impossibilidade de quebra do sigilo bancário sem autorização judicial.

(v) impossibilidade, em face do sigilo profissional, de apresentar os alvarás que levantou em favor de seus clientes.

Consta dos autos o arrolamento de bens de fls. 372.

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. Assim, conheço-o e passo ao exame da matéria.

(I) DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

A prerrogativa de Defesa constitui-se em Direito Fundamental da Pessoa, inserida em todas as Constituições dos Povos Civilizados e organizados por meio de um Estado Democrático de Direito. Somente os governantes tiranos ou autoritários aplicam sanções sem assegurar a ampla defesa. Por oportuno, registro que o julgamento isento constitui-se em prerrogativa compreendida no Princípio do Devido Processo Legal, no qual se insere a ampla defesa. Não é por outra razão que o Constituinte, na Constituição de 1998, atribuiu ao Direito de Defesa o postulado de cláusula pétrea, que sequer admite modificação por Emenda Constitucional (art. 60, § 4°. da CF).

Considerando os fundamentos aqui articulados, dos quais não me afasto, passo à análise da inconformidade do contribuinte que sustenta nulidade do lançamento, sob o argumento de cerceamento do direito de defesa. Entende que lhe foi obstado o acesso ao processo administrativo na medida em que não pôde retirá-lo da repartição pelo prazo para apresentação de defesa. Sustenta, ainda, que impor acesso aos autos do processo administrativo mediante contratação de despesas, embaraçada com a necessidade de acesso a *site* para imprimir documento de solicitação e DARF, é inconstitucional (incisos LIV e LV, do artigo 5° da Constituição Federal - CF) e também fere o artigo 7°, inciso XV, da Lei 8.906, de 04/07/1994).

Quanto à alegação de inconstitucionalidade acima articulada, o Primeiro Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula n° 2 dispondo que o órgão não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Todavia, tenho que no caso concreto não se aplica a referida Súmula, pois não se está analisando se determinada lei é constitucional ou não, mas sim se o ato da Administração Pública de não permitir carga dos autos constitui-se em violação ao Princípio do Devido Processo Legal, no qual se insere o Direito de Defesa.

Inicialmente, observo que o recorrente, que também é advogado, patrocina sua própria defesa, aplicando-se as disposições do artigo 7°., XV, da Lei 8.906, de 1994, "in verbis":

> *"São direitos do advogado:*
> ....
> *XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;*

O artigo 7º, XV, da Lei nº. 8.906, de 1994, é norma geral que não se estende aos processos administrativos de natureza fiscal/tributária que possuem regras especiais estabelecidas no artigo 38, § 2º., da Lei nº 9.250, de 1995. "in verbis":

> *Art. 38. Os processos fiscais relativos a tributos e contribuições federais e a penalidades isoladas e às declarações não poderão sais dos órgãos da Secretaria da Receita Federal, salvo quando se tratar de:*
>
> *I - encaminhamento de recursos à instância superior;*
>
> *II - restituições de autos aos órgãos de origem;*
>
> *III - encaminhamento de documentos para fins de processamento de dados.*
>
> *§ 1º. Nos casos a que se referem os incisos I e II deverá ficar cópia autenticada dos documentos essenciais na repartição.*
>
> *§ 2º. É facultado o fornecimento de cópia do processo ao sujeito passivo ou a seu mandatário.*

A norma que veda a carga dos autos ao advogado, profissional indispensável à prestação da Justiça, por si só não viola preceito de ordem constitucional. Não é a carga dos autos que haverá de limitar o direito de defesa.

Quanto ao valor estipulado em R$ 10,00 para as primeiras vinte cópias e R$ 0,05 para as demais, invocado pelo recorrente como violação do Direito de Defesa, tenho que tal argumento não subsiste. Em qualquer instância, seja na esfera da Administração ou do Poder Judiciário, as cópias são pagas. É bem verdade que a necessidade de efetuar o pagamento por meio de DARF pode resultar em inconveniente à parte, mas tal ônus não pode ser compreendido como cerceamento do direito de defesa.

O recorrente também alega violação ao Direito de Defesa dizendo que foi indeferido a juntada de documentos e a produção de prova testemunhal e pericial. Quanto à juntada de documentos, o recorrente, em seu recurso, não especifica quais documentos cuja juntada foi indeferida.

Ademais, em se tratando de recebimento de valores, a prova se dá por meio de documento e não de testemunhas. O contribuinte alega que repassou os valores creditados em sua conta corrente aos respectivos clientes, sem, contudo, juntar aos autos os comprovantes correspondentes à origem e ao destino dos recursos. As intimações processuais que integram os volumes anexos demonstram o exercício da profissão de advogado pelo recorrente. Isto, todavia, não prova que os recursos creditados em sua conta corrente pertenciam aos seus clientes.

Por tais fundamentos, desacolho à preliminar de cerceamento do Direito de Defesa.

(ii) Da preliminar de nulidade da decisão de primeira instância.

Argumenta o recorrente que a decisão de primeira instância é nula por quê: **a)** deixou de examinar as alegações de que havia partilha de honorários, ficando o recorrente com apenas 6% do valor; **b)** que não há outros indícios que permita presumir modificação do padrão de vida ou acréscimo patrimonial, sendo que os recursos que foram depositados pertencem a terceiros; c) que participava de sociedade de fato, regularizada posteriormente; **c)** que durante a fiscalização teve a preocupação de demonstrar que participava da sociedade de advogados.

Quanto aos argumentos acima elencados se deve ter presente que o convencimento do julgador em determinado sentido pressupõe a rejeição dos demais argumentos, sem que esteja obrigado a se pronunciar em relação a cada um deles. Por outro lado, o fato do contribuinte participar de sociedade de advogados e partilhar seus honorários em nada muda o resultado do julgamento. O que se procura esclarecer é a origem dos recursos e desta obrigação o contribuinte não se desincumbiu.

Por estes fundamentos, também desacolho a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância.

(iii) Da ofensa ao princípio da irretroatividade e da quebra do sigilo bancário.

O recurso do recorrente está alicerçado somente em matéria de direito. Apesar de articular a alegação de ofensa ao princípio da irretroatividade como matéria de mérito, o tratarei, neste voto, dentro das preliminares.

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

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

Posto o conteúdo da norma, cabe analisar a quem se destinam as expressões: **"vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos."** Tais expressões estariam conferindo algum tipo de direito aos jurisdicionados e, caso afirmativo, qual a natureza deste direito? Antes de responder estas indagações, algumas considerações se fazem necessárias para que se possam compreender as regras de proteção do sigilo bancário existentes até 1996. Assim, retroagimos ao ano de 1964 para analisar as disposições da Lei nº 4.595, norma esta com status de Lei Complementar, que dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional, e dá outras providências, contendo os seguintes preceitos no artigo 38 e respectivo § 7°, 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-soberado limita e fiscaliza a atuação do outro. Nesta linha, o Judiciário tem sua atuação limitada pelo Poder Legislativo, o Poder Executivo, quando age em desconformidade com a lei, tem seus atos corrigidos pelo Judiciário, sendo que os limites de atuação do Poder Legislativo são fixados por meio do pacto social que institui o Poder Constituinte que aprova norma de hierarquia superior que deve ser observada por todos.

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

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

Chegando 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 § 3°. do artigo 11 da Lei n° 9.311, de 1996, antes de sua alteração pela Lei nº 10.174, de 2001, e peço vênia para comparar com para o artigo 38 da Lei n°. 4.495, de 1964, sendo que estou grifando as expressões em relação as quais quero fazer considerações:

§ 3°. do artigo 11 da Lei n° 9.311/96, em sua redação primitiva	Artigo 38 da Lei n° 4.595/64, em sua redação primitiva
2 3 "§ 3°. 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."	*4 "Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.* 5 *§ 1°. 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.*

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 subseqüente, 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 a lei revogada não produziu efeitos em relação aos fatos que se concretizaram durante sua vigência.**

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

> *A Lei n°. 10.174, de 2001 e a Lei Complementar n°. 105, de 2001, que introduziram, respectivamente, alterações nos artigos 11, § 3°. 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-existentes, mas sim trouxe novo poder de investigação para as autoridades administrativas, permitindo a utilização de dados da CPMF para a constituição do crédito tributário, quando na legislação anterior tal procedimento era expressamente proibido."

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

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

2. A lei no tempo

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

...

6. Revogação

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

....

11. Fundamentos da irretroatividade

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

Outra razão é de índole lógica. Já está nas Novelas de Justiniano, segundo o recorda Carlos Maximiliano: 'Será absurdo que o que fora

feito corretamente seja pelo que naquela época ainda não existia, posteriormente mudado.'

....

14. Exceção à irretroatividade

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

Conforme escreve Roubier, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho no artigo anteriormente apontado, se a lei pretender aplicar-se a situações em curso será preciso estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da mudança da legislação, que não podem ser antigas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, pode ser aplicada. Nesta linha de raciocínio, conclui-se que as Leis nº. 10.174 de 2001 e a Lei Complementar nº 105, de 2001, ao serem aplicadas, devem estabelecer a separação entre os períodos posteriores a 10 de janeiro de 2001, data que entraram em vigor, e os períodos anteriores a 10 de janeiro de 2001, época em que o artigo 38 da Lei nº. 4.595, de 1964 e o § 3º. do artigo 11 da Lei nº. 9.3111, de 1996, conferia aos jurisdicionados a garantia material de inviolabilidade de seus dados bancários, salvo, no último caso, para fins de cobrança da CPMF.

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

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

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

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

Com tais fundamentos, acolho esta preliminar para cancelar o lançamento.

NO MÉRITO:

Vencido nas preliminares de quebra do sigilo bancário e de irretroatividade da lei, passo ao exame do mérito analisando a alegação de ausência de evolução patrimonial e impossibilidade do lançamento do imposto de renda com base na movimentação financeira.

Tenho enfrentado o mérito das alegações de impossibilidade de efetuar lançamento de imposto de renda com base apenas em depósitos bancários, com as seguintes considerações:

Os depósitos bancários, por si só, não se constituem em rendimentos. Entretanto, por força do artigo 42 da Lei nº 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 Becker[1], 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.*

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

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

Moacir Amaral dos Santos[3], 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 Miranda[4], 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

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

> 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"*

Fixados 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, por força do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, pressupõe, até prova em contrário, a existência de rendimento prévio e, se assim o é, 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[5], 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 numerários 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 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

---

[5] Não se pode confundir a análise de forma individualizada com a coincidência de datas e valores, como a fiscalização tem exigido em determinadas oportunidades. Em momento algum o legislador condicionou a prova da origem dos recursos à coincidência de datas e valores. Não cabe ao interprete criar exigências não estabelecidas pelo legislador, sob pena de avocar para si a tarefa de legislar.

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 rodapé[6]. 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 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 empresarias.

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.

Apesar das considerações acima, 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.

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.

---

[6] 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.

Da análise da prova:

No caso dos autos, o contribuinte, alegando sigilo profissional, optou em não relacionar quem seriam os titulares dos recursos depositados em sua conta corrente. Tenho que a informação do efetivo titular dos recursos depositados na conta corrente do contribuinte e o respectivo repasse ao titular não se constitui em violação de sigilo profissional, razão pela qual, em relação ao mérito, à mingua de prova quanto à origem dos recursos, nego provimento ao apelo.

ISSO POSTO, vencido na preliminar de irretroatividade e de quebra do sigilo bancário, em relação ao mérito, voto no sentido de negar provimento.

É o voto.

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

MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA

Voto Vencedor

Conselheiro 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

[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.

aplicado em relação à vigência do Decreto nº 3.724/2001 e da LC 105/2001.

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 Contribuintes[8], 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 a preliminar 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.

Declaração de Voto

CONSELHEIRO LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA

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

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

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

> *"Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:*
>
> *(...);*
>
> *III – renda e proventos de qualquer natureza;"*

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

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

> *"Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:*
>
> *I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;*
>
> *II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior."*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É como voto.

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

LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA