



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

Processo nº 10860.004460/2003-91
Recurso nº 159.192 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.083 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de junho de 2009
Matéria IRPF
Recorrente CARLOS ANDERSON NOGUEIRA
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1999

IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - LANÇAMENTO CONSTITUÍDO EM RAZÃO DA LEI Nº 10.174/2001 - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA - A regra do artigo 11, § 3º, da Lei 9.311/96, com a redação que lhe foi dada pela Lei 10.174, de 09 de janeiro de 2001, não pode ser aplicada de forma retroativa. Estava expressamente vedada a utilização pela SRF das informações referentes à CPMF para a constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, no que se refere aos fatos geradores do imposto sobre a renda pessoa física ocorridos até a data de publicação da referida Lei nº 10.174.

IRPF - DECADÊNCIA - OMISSÃO DE GANHOS DE CAPITAL.

O imposto de renda pessoa física é tributo sujeito ao regime do denominado lançamento por homologação, sendo que o prazo decadencial para a constituição de créditos tributários é de cinco anos contados do fato gerador, que, nos casos de ganhos de capital, ocorre no mês da sua percepção. Ultrapassado esse lapso temporal sem a expedição de lançamento de ofício, opera-se a decadência, a atividade exercida pelo contribuinte está tacitamente homologada e o crédito tributário extinto, nos termos do artigo 150, § 4º e do artigo 156, inciso V, ambos do CTN.

Preliminar acolhida.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Terceira Seção de Julgamento, pelo voto de qualidade, vencidos os Conselheiros Ana Neyle Olímpio Holanda, Giovanni Christian Nunes Campos, Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga e Valéria Pestana Marques, acolher a preliminar de irretroatividade da Lei nº 10.174/2001 e considerar nulo o auto de infração quanto à infração relativa à presunção de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada e, com relação à omissão de ganhos de capital, por unanimidade de votos, reconhecer que a decadência atingiu o crédito tributário, nos termos do voto do Relator.



GONÇALO BONET ALLAGE – Presidente e Relator

FORMALIZADO EM: 27 OUT 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Ana Neyle Olímpio Holanda, Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, Giovanni Christian Nunes Campos, Janaina Mesquita Lourenço de Souza, Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Gonçalo Bonet Allage (Presidente em exercício).

Relatório

Em face de Carlos Anderson Junqueira foi lavrado o auto de infração de fls. 90-98, para a exigência de imposto de renda pessoa física, exercício 1999, no valor de R\$ 45.904,25, acrescido de multa de ofício agravada para o patamar de 112,5% e de juros de mora calculados até 30/09/2003, totalizando um crédito tributário de R\$ 134.583,68.

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, verificada em todos os meses do ano-calendário 1998, além da omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos, com fato gerador ocorrido em 31/07/1998, sendo que as bases de cálculo das infrações apuradas somam R\$ 162.236,30 e R\$ 17.201,74, respectivamente.

O trabalho desenvolvido pela autoridade lançadora encontra-se detalhado no próprio auto de infração, às fls. 90-91, onde se verifica que o agravamento da multa se deu em função da falta de atendimento aos termos de intimação nºs 02 e 03, através dos quais o contribuinte foi instado a comprovar a origem dos recursos depositados em suas contas bancárias.

Intimado da exigência fiscal em 16/10/2003 (fls. 100), o sujeito passivo, devidamente representado, apresentou impugnação às fls. 101-117 onde suscitou, preliminarmente, a irretroatividade da Lei nº 10.174/2001 e da Lei Complementar nº 105/2001, bem como se insurgiu contra o mérito de ambas as infrações e com relação à multa agravada.

Apreciando o litígio, os membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte (MG) consideraram procedente em parte o lançamento, através do acórdão nº 02-13.806, que se encontra às fls. 133-157, cuja ementa é a seguinte:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Exercício: 1999

Aplicação da Lei no Tempo.

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.

Sigilo Bancário.

É lícito ao Fisco examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem indispensáveis, independentemente de autorização judicial.



Depósitos Bancários. Omissão de Rendimentos.

A Lei nº 9.430, de 1996, no seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em suas contas de depósitos ou investimentos.

Imposto retido por fonte pagadora não aproveitado na declaração de ajuste anual simplificada entregue pelo sujeito passivo.

Tendo a defesa comprovado a existência de IRRF, não indicado na declaração de ajuste anual, em razão de rendimento omitido que restou tributado pela presunção legal aplicada pela Fiscalização, tal valor deve ser decotado do correspondente apurado e montante lançado, no respectivo período de apuração.

Multa Agravada. Lançamento de Ofício.

Segundo reza a legislação pertinente, nos casos de lançamentos de ofício, a multa aplicada será agravada no percentual de 112,5%, quando o sujeito passivo deixar de prestar, no prazo marcado, os esclarecimentos solicitados pelo Fisco em razão de intimação fiscal.

Lançamento Procedente em Parte.

As autoridades julgadoras de primeira instância rejeitaram as teses levantadas pelo autuado, mas determinaram o aproveitamento do imposto de renda retido na fonte no valor de R\$ 393,68, comprovado às fls. 126, o qual não fora utilizado pelo contribuinte em sua declaração de ajuste anual do ano-calendário 1998.

Inconformado com o acórdão proferido pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte (MG), o contribuinte, devidamente representado, interpôs recurso voluntário às fls. 162-179, onde alegou, em apertada síntese, que:

- a) Por força do que dispõe o artigo 150, § 4º, do CTN, considerando que a base de cálculo do imposto de renda pessoa física deve ser apurada mensalmente e levando-se em conta que o lançamento ocorreu em dezembro (*sic*) de 2003, operou-se a decadência para os fatos ocorridos entre janeiro e setembro de 1998;
- b) Como os depósitos são considerados como omissão de rendimentos, os mesmos valores se tornam automaticamente origem para o mês subsequente;
- c) Não houve o desconto do total dos depósitos bancários da base de cálculo do imposto declarado, nem do valor da alienação do imóvel tributado neste auto de infração;



d) Não se pode admitir a irretroatividade da Lei nº 10.174/2001 e da Lei Complementar nº 105/2001;

e) Quanto ao agravamento da multa, a r. decisão deve ser reformada, pois não atrapalhou, dificultou, impediu ou criou qualquer embaraço para o lançamento fiscal.

O contribuinte transcreveu diversos ensinamentos jurisprudenciais relacionados às teses defendidas.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro GONÇALO BONET ALLAGE, Relator

O recurso é tempestivo preenche os demais pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecido.

A matéria que chega à apreciação deste Colegiado envolve a presunção de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada, relativamente ao exercício 1999, além da omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos, com fato gerador ocorrido em 31/07/1998.

A insurgência do contribuinte envolve, especificamente, a preliminar de irretroatividade da Lei nº 10.174/2001 e da Lei Complementar nº 105/2001, a decadência para os fatos ocorridos até setembro de 1998, questões de mérito quanto à infração apurada por força da regra prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96 e, ainda, o agravamento da multa.

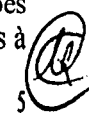
Início a análise do recurso voluntário pela questão da irretroatividade da Lei nº 10.174/2001 e da Lei Complementar nº 105/2001.

A irretroatividade da Lei nº 10.174/01 e da Lei Complementar nº 105/01

Com a devida vênia àqueles que pensam de forma diversa, ainda entendo que é inadmissível a utilização retroativa da Lei nº 10.174/2001 e da Lei Complementar nº 105/2001.

Para os fatos geradores ocorridos até 10/01/2001, tenho como aplicável 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 CPMF, as instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento desta contribuição devem prestar informações à


5

Secretaria da Receita Federal, relacionadas aos contribuintes e aos valores por eles movimentados.

No entanto, para os fatos geradores ocorridos até 10/01/2001 estava vedada a utilização dessas informações com o objetivo de se constituir crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, conforme previa a redação original do dispositivo em comento:

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.

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 em 10/01/2001 e, em razão do princípio constitucional da irretroatividade da lei tributária, previsto no artigo 150, inciso III, alínea “a”, da Carta da República, só pode atingir fatos ocorridos a partir de 10/01/2001.

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.

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 CTN 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 situações ocorridas antes de 10/01/2001, implica grave ofensa à segurança jurídica do contribuinte, na medida em que, até então, 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 destacar as conclusões a respeito da matéria contidas em Parecer da lavra do ex-Conselheiro da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, Dr. José Antonio Minatel, cujo título é "SIGILO BANCÁRIO x SIGILO FISCAL: IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI 10.174/01 PARA EXIGÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA COM BASE NAS INFORMAÇÕES DA CPMF", elaborado em razão do enfoque dado à questão pelo Parecer PGNF/CAT/Nº 1649/2003. Extraio do citado texto as seguintes passagens:

A proteção a direito individual está estampada no texto transcrito ao lado da atribuição de competências, de forma a não deixar dúvidas sobre os reais destinatários do comando normativo e os limites impostos ao exercício dessas atividades. Com efeito, o exercício das atividades atribuídas à SRF de "administrar", "fiscalizar" e "arrecadar" a CPMF (norma de atribuição de capacidade ativa) já nasce limitado pela expressa proibição de que, no exercício daquelas atividades, não poderá utilizar as informações bancárias para lançamento de "outras contribuições ou impostos", vedação que objetiva tutelar direito individual da privacidade a ser alcançada pelo imperioso respeito ao sigilo das informações.

Ancorado na máxima incontestável de que não há dever que não se contraponha a um co-respectivo direito, não é possível continuar teimando que não há direito individual tutelado do contribuinte, pois o dever de guarda, cumulado com a regra proibitiva de uso das informações pela administração tributária na constituição de crédito de "outras contribuições ou impostos", contrapõe-se ao inatingível direito do contribuinte de, em relação aos fatos (movimentação financeira) acontecidos



na vigência da regra proibitiva, ver respeitados os direitos subjetivos da privacidade e do sigilo bancário colocados sob o manto da proteção legislativa, sob pena de grave ofensa aos caros princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito.

(...)

Se tempus regit actum, como bem lembra o r. PARECER PGNF/CAT/ Nº 1649/ 2003, é imperioso que se dê eficácia a lei que estava em vigor na data do acontecimento desses fatos, como é o caso da lei que regulava o cumprimento de verdadeira obrigação tributária por parte das entidades financeiras (obrigação acessória, na linguagem do Código Tributário Nacional), qual seja o dever de prestar informações da CPMF incidente em cada conta bancária movimentada.

Se assim o é, as informações financeiras geradas pela CPMF e transmitidas à SRF, no período de 1997 a 2000, além de traduzirem [para as entidades bancárias] obrigações tributárias acessórias perfeitas e acabadas, consumaram-se sob o manto da regra proibitiva de uso [proteção a direito dos correntistas] estampada na redação original do § 3º do art. 11 da Lei 9.311/96, consolidando, portanto, direitos e deveres nos patrimônios individuais das pessoas, o que permite concluir pela existência de conduta tipificada como ato jurídico perfeito e acabado, por isso não suscetível de ser alterada por regra jurídica superveniente sem ofensa ao primado da irretroatividade.

(...)

Contrariamente ao afirmado no PARECER PGFN, a garantia da irretroatividade em matéria tributária não é apenas da lei que institua ou majore tributo, havendo óbice, sim, para aplicação retroativa de qualquer lei tributária material, pois aqui também tempus regit actum. Assim, lei posterior que reduza alíquotas do imposto sobre a renda, do imposto sobre serviços, do imposto sobre produtos industrializados ou de qualquer outro tributo, não terá aptidão para ser aplicada retroativamente, a despeito de estar beneficiando pela redução da carga tributária. Afrontaria relações jurídicas já constituídas, e seria inaplicável aos fatos geradores já consumados à luz da lei então vigente, seja pelo respeito aos limites do ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, seja pelo repúdio ao tratamento antiisonômico em relação aos contribuintes que pagaram o tributo pela lei anterior mais gravosa.

(...)

No entanto, a alteração legislativa examinada nesse trabalho (Lei 10.174/01) nada apresenta de cunho processual. Teve o claro objetivo de revogar proteção individual que dava relevo ao sigilo bancário. A lei anterior não regulava forma, modo de agir, rito ou procedimento, pelo contrário, proibia!



No entanto, mesmo que admitida a retroatividade da norma de caráter formal, essa conclusão não se ajusta à alteração perpetrada pela Lei nº 10.174, de 9 de janeiro de 2001, visto que, ao dar nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/96, não transmudou sua original natureza de norma de direito material, em norma de direito formal! O novo texto continua veiculando norma de direito material com a mesma missão de tutelar direito subjetivo, na medida em que reitera o dever atribuído à SRF de resguardar “o sigilo das informações prestadas”, facultando-se, agora, a utilização para lançamento de outros tributos, enquanto que na redação anterior essa prática era proibida.

Nem se diga que a alteração processada no restante do texto limitou-se a ampliar os poderes de investigação do Fisco, e assim aplicável retroativamente com apoio no § 1º do art. 144 do CTN. A solução deve ser pinçada do próprio ordenamento jurídico, mais precisamente na busca dos efeitos do instituto da revogação, pois é inegável que mesmo revogada a norma continua produzindo os efeitos em relação aos fatos acontecidos no passado durante a sua vigência, assegurando estabilidade nas relações jurídicas desencadeadas sob o manto da norma revogada.

Com efeito, não se pode perder de vista que a norma que hoje autoriza a SRF utilizar as informações prestadas no âmbito da CPMF está revogando norma anterior proibitiva! Assim, não é possível atribuir caráter formal à nova lei, que não pode ter força suficiente para revogar um “não” (norma proibitiva) com efeito retroativo, sob pena de mutilar-se, desde o seu início, a regra que vedava o uso das informações pela SRF.

(...)

Em conclusão, lei atual que revoga norma proibitiva anterior não pode ser aplicada com efeitos retroativos, sob pena de negar a existência e os efeitos já consumados pela regra proibitiva revogada, ainda que se admita a possibilidade de atribuir-se efeitos retroativos à norma de direito de cunho meramente formal, que não é o caso da revogação formalizada pela Lei 10.174/01, ora em análise.

(...)

Essa prática deve ser repelida em relação aos fatos acontecidos anteriormente à vigência da Lei nº 10.174/01, por configurar utilização de provas expressamente proibidas pela lei anterior, procedimento que afronta preceito constitucional de que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Não são as provas (informações da CPMF) que são consideradas ilícitas, mas a ilicitude está no fato de existir expressa proibição legal atingindo o meio pelo qual foram obtidas. O “meio ilícito” utilizado para dar início ao procedimento de fiscalização contamina toda a prova produzida na matéria a ele relacionada, impondo-se a decretação da nulidade do procedimento, seja em homenagem à garantia

constitucional que veda determinadas condutas na produção da prova, seja em prestígio à segurança das relações sociais que o Direito procura preservar.

Por concordar inteiramente com tais argumentos, adoto-os como razões de decidir.

A posição majoritária da jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal – TRF da 4ª Região era nesse sentido, conforme ilustram as ementas dos seguintes acórdãos:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 E LEI Nº 10.174/2001.

1. A Lei nº 9.311/96, com a alteração introduzida pela Lei nº 10.174/2001, não pode retroagir para atingir fatos ocorridos sob a égide da lei pretérita, que proibia a utilização de informações bancárias concernentes a CPMF para a instauração de procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário e para lançamento de outros tributos, do crédito tributário porventura existente.

2. Com base na Lei Complementar nº 105/2001 e na Lei nº 10.174/2001, o Fisco passou a ter permissão para quebrar o sigilo independentemente de prévia autorização judicial.

(TRF 4ª Região, Primeira Turma, AMS nº 2004.71.00.013170-0/RS, Relatora Juíza Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, DE de 14/08/2007)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. IRRETROATIVIDADE DA LEI 10.174/2001 E DA LC 105/2001. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. REFORMULAÇÃO DO EQUACIONAMENTO EXARADO. DESPROVIMENTO.

1. Não há falar em retroatividade da LC nº 105 /2001, uma vez que, consoante entendimento majoritário da Primeira Seção deste TRF, ensejaria violação ao princípio da irretroatividade das leis, bem como fulminaria o direito individual ao sigilo disposto no artigo 5º, inciso XII, da CF/88.

2. Também não é possível a retroação da Lei nº 10.174/01 para estabelecer fatos geradores pretéritos acobertados por salvaguarda constitucional, mesmo sob o manto do art. 144, § 1º, do CTN, porque estaria produzindo efeitos pretéritos para simplesmente derrogar a inviolabilidade do sigilo bancário, garantia constitucional, por mera prerrogativa instrumental.



3. Por derradeiro, friso não se estar a afirmar a inconstitucionalidade da lei mas, sim, da atividade administrativa em aplicar a lei retroativamente e sem a intervenção/autorização judicial.

4. Entretanto, é de ver, o Superior Tribunal de Justiça reformulou o equacionamento imprimido por esta Corte e o RExt interposto não tem o condão de suspender o julgado da Corte Superior que, acaso modificado pelo STF, acarretaria a nulidade de eventuais autos de infração lavrados com sustentáculo em prova obtida ilicitamente.

5. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 4ª Região, Primeira Turma, AI nº 2006.04.00.031042-8/PR, Relator Desembargador Federal Álvaro Eduardo Junqueira, DE de 19/01/2007)

TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. IRRETROATIVIDADE DA LEI 10.174/2001 E DA LC 105/2001. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CUSTAS.

1. Não há que se falar em retroatividade da LC nº 105/2001, uma vez que, consoante entendimento majoritário da Primeira Seção deste TRF, ensejaria violação ao princípio da irretroatividade das leis, bem como fulminaria o direito individual ao sigilo disposto no artigo 5º, inciso XII, da CF/88.

2. Também não é possível a retroação da Lei nº 10.174/01 para estabelecer fatos geradores pretéritos acobertados por salvaguarda constitucional, mesmo sob o manto do art. 144, § 1º, do CTN, porque estaria produzindo efeitos pretéritos para simplesmente derrogar a inviolabilidade do sigilo bancário, garantia constitucional, por mera prerrogativa instrumental.

3. Dessa forma, aos fatos anteriores a janeiro de 2001 (publicação da Lei nº 10.174/2001 e da LC nº 105/2001), não se mostra possível a quebra do sigilo bancário.

4. Também com relação aos fatos posteriores a janeiro de 2001, a quebra dos sigilos bancários e fiscal exige autorização judicial, posto que são direitos fundamentais, estando a autoridade administrativa fiscal, parte na relação obrigacional, impedida de imiscuir-se nas movimentações bancários do particular.

5. Condenação da União ao reembolso das despesas judiciais feitas pelo impetrante.

6. Apelação provida, para anular o Termo de Início de Ação Fiscal, eis que fundado em informações protegidas por sigilo bancário, nos termos da fundamentação.

(TRF 4ª Região, Primeira Turma, AMS nº 2001.72.00.003942-0/RS, Relator Desembargador Federal Artur César de Souza, DJU de 12/07/2006, p. 853)

Embora existam vários precedentes em sentido contrário no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, também lá foram proferidas decisões que dão sustentação ao posicionamento deste julgador, conforme se verifica na ementa do seguinte acórdão, proferido à unanimidade de votos pelos membros da Segunda Turma daquela Corte:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – SIGILO BANCÁRIO – IR – REGULARIDADE DAS DECLARAÇÕES DE RENDIMENTO DO ANO-BASE DE 1988 – INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO COM BASE EM REGISTROS DA CPMF – LC 105/2001 E LEI 10.174/2001 – APLICAÇÃO A FATOS PRETÉRITOS – IMPOSSIBILIDADE.

- Na vigência do art. 38 da Lei 4.595/96 não era possível a quebra do sigilo bancário no curso do processo administrativo sem a manifestação de autoridade judicial, e muito menos por simples solicitação da autoridade administrativa ou do Ministério Público.

- A LC n. 105/2001 e a Lei 10.174/2001, que permitem a quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal, desde que consistentemente demonstradas as suspeitas e a necessidade da medida, não têm aplicação a fatos ocorridos em 1998, sob pena de se violar o princípio da irretroatividade das leis.

- Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, Segunda Turma, REsp nº 608.053/RS, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU de 13/02/2006, p. 741)

Cumprе ressaltar, também, que o Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF ainda não se pronunciou a respeito da matéria.

Por tais motivos, continuo entendendo que 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.

Voto, portanto, no sentido de dar provimento ao recurso do contribuinte com relação à irretroatividade da Lei nº 10.174/2001 e da Lei Complementar nº 105/2001, para os fins de cancelar a exigência fiscal relativa à presunção de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada.



Considerando o resultado do julgamento, torna-se desnecessário analisar as demais razões de defesa do contribuinte com relação a esta matéria.

Passo a apreciar, então, a questão da decadência, no que se refere à omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos.

A decadência

Como regra geral, o fato gerador do imposto de renda pessoa física é complexo e tem seu marco temporal no dia 31 de dezembro de cada ano-calendário, contando-se, a partir dessa data, o prazo decadencial para a constituição de créditos tributários.

No entanto, quanto à omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos, o entendimento é diverso.

Isso porque o artigo 21 da Lei nº 8.981/95 assim estabelece:

Art. 21. O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza sujeita-se à incidência do imposto de renda, à alíquota de 15% (quinze por cento).

§ 1º. O imposto de que trata este artigo deverá ser pago até o último dia útil do mês subsequente ao da percepção dos ganhos.

§ 2º. Os ganhos a que se refere este artigo serão apurados e tributados em separado e não integrarão a base de cálculo do imposto de renda na declaração de ajuste anual, e o imposto pago não poderá ser deduzido do devido na declaração.

De acordo com este dispositivo legal, surge o fato gerador do imposto de renda pessoa física quanto ao ganho de capital no mês de sua percepção, sendo que o tributo é devido em caráter definitivo e não como mera antecipação.

Portanto, no caso em apreço, conforme consta no auto de infração, o fato gerador referente ao ganho de capital apurado na alienação de bens ocorreu em 31/07/1998, sendo que a ciência do lançamento se deu em 16/10/2003 (fls. 100).

Eis as premissas adotadas neste voto.

Pois bem, segundo a legislação e de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte Administrativa, o imposto de renda pessoa física é tributo sujeito ao regime do chamado lançamento por homologação, já que cabe aos contribuintes a apuração da base de cálculo do imposto e o recolhimento do montante devido, submetendo, posteriormente, esse procedimento à autoridade administrativa, que deverá, homologar ou não, expressa ou tacitamente, a atividade exercida pelo obrigado.



A homologação expressa, para os tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, deve se dar no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Ultrapassado esse prazo, sem ter sido lavrado lançamento de ofício pela autoridade administrativa, considera-se homologada tacitamente a atividade exercida pelo contribuinte e extinto o crédito tributário, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, que prevê:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

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

O decurso do prazo de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, implica na homologação tácita da atividade exercida pelo contribuinte e, em razão do instituto da decadência, previsto no artigo 156, inciso V, do CTN, extingue o crédito tributário.

Considerando que o fato gerador do imposto de renda pessoa física ocorreu, no caso da omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos, em 31/07/1998 e diante do fato de que o recorrente foi cientificado do lançamento em 16/10/2003 (fls. 100), entendo que a decadência impede a manutenção do lançamento, com relação a esta exigência.

Na visão deste julgador, como a penalidade não foi qualificada, não se está diante de dolo, fraude ou simulação e não há, portanto, fundamento legal que justifique a contagem do prazo decadencial da forma prevista no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Voto, portanto, no sentido de reconhecer que a decadência extinguiu o crédito tributário, com relação à omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos.

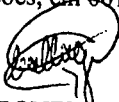
Conclusão

Diante do exposto, acolho a preliminar de nulidade do auto de infração fundamentada na irretroatividade da Lei nº 10.174/2001 e da Lei Complementar nº 105/2001 e dou provimento ao recurso, para os fins de cancelar a exigência fiscal relativa à presunção de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários sem origem comprovada. Além

disso, reconheço que a decadência impede a manutenção do lançamento referente à omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos.

É como voto.

Sala das Sessões, em 001 de junho de 2009



GONÇALO BONET ALLAGE



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº: 10860.004460/2003-91
Recurso nº: 159.192

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 3401-00.083.

Brasília, 27 OUT 2009

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

Ciente, com a observação abaixo:

- ☐ Apenas com Ciência
- ☐ Com Recurso Especial
- ☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador(a) da Fazenda Nacional