



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 10909.003318/2004-12
Recurso nº. : 145.776
Matéria : IRPF - Ex(s): 2000, 2001
Recorrente : DJALMA RODRIGUES DE MAGALHÃES
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ em FLORIANÓPOLIS - SC
Sessão de : 23 DE FEVEREIRO DE 2006
Acórdão nº. : 106-15.361

LEGISLAÇÃO QUE AMPLIA OS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE - Incabível falar-se em irretroatividade da lei que amplia os meios de fiscalização, pois esse princípio atinge somente os aspectos materiais do lançamento.

IRPF - OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTOS COM EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - A presunção legal de omissão de rendimentos, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, previstos no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários, cuja origem em rendimentos já tributados, isentos e não-tributáveis o sujeito passivo não comprova mediante prova hábil e idônea.

ÔNUS DA PROVA - Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a comprovar a origem dos recursos informados para acobertar a movimentação financeira.

IRPF - UTILIZAÇÃO DOS DADOS DA CPMF COMO INDÍCIO DE SONEGAÇÃO FISCAL - RETROATIVIDADE - O lançamento se rege pelas leis vigentes à época da ocorrência do fato gerador, porém os procedimentos e critérios de fiscalização regem-se pela legislação vigente à época de sua execução. Assim, entrando em vigor a Lei nº 10.174/01, a fiscalização passa a ser autorizada a utilizar as prerrogativas concedidas pela lei a partir daquela data, contudo tendo a possibilidade de investigar fatos e atos anteriores à sua vigência, desde que obedecidos os prazos decadenciais e prescricionais, ou seja, passa a dispor de um instrumento de fiscalização que anteriormente não possuía, podendo utilizá-lo conforme o interesse público que o ato administrativo pressupõe.

OMISSÃO DE RENDIMENTO - DEPÓSITO BANCÁRIO - Os depósitos bancários não constituem, por si só, fato gerador do imposto de renda pois não caracterizam disponibilidade econômica de renda e proventos. O lançamento baseado em depósitos bancários só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre o depósito e o fato que representa omissão de rendimento.

MULTA QUALIFICADA - O agravamento da multa deve estar suficientemente justificado e comprovado nos autos, já que decorre de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12

Acórdão nº : 106-15.361

casos de evidente má-fé, fraude e não de simples omissão de rendimentos.

SELIC – Inaplicabilidade aos débitos tributários.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DJALMA RODRIGUES DE MAGALHÃES.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, REJEITAR a preliminar de irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Wilfrido Augusto Marques (Relator), Gonçalo Bonet Allage, José Carlos da Matta Rivitti e Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti; e, por unanimidade de votos DAR provimento PARCIAL ao recurso para desqualificar a multa de ofício. Designado para redigir o voto vencedor quanto à preliminar o Conselheiro Luiz Antonio de Paula


JOSÉ RIBAMAR BARROS DA PENHA
PRESIDENTE


LUIZ ANTONIO DE PAULA
REDATOR DESIGNADO


WILFRIDO AUGUSTO MARQUES
RELATOR

FORMALIZADO EM:

28 ABR 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, as Conselheiras SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO e ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

Recurso nº. : 145.776
Recorrente : DJALMA RODRIGUES DE MAGALHÃES

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado em 29.11.2004 com imposição de exigência tributária referente aos anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, fundamentada em omissão de rendimentos provenientes de depósitos bancários (fls. 913/920). Foi aplicada multa qualificada, sob o entendimento de ter ocorrido hipótese que indica fraude do contribuinte.

Os dados bancários foram obtidos através de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira, conforme consta do relatório fiscal de fls. 921/984 (fls. 114). A partir desses dados foi desenvolvida uma série de diligências buscando a origem dos valores depositados. Primeiramente, constatou-se que apesar das contas serem mantidas em conjunto com a filha do contribuinte, segundo confirmação da herdeira e do contribuinte os valores movimentados eram de exclusiva responsabilidade do contribuinte. Sobre as alegações realizadas nas intimações de que existiam valores provenientes de cheques devolvidos, transferências entre contas, no Relatório Fiscal consta que já foi realizada a exclusão de tais créditos (fls. 944/946 e 947/948).

Contra a referida autuação o contribuinte apresentou a Impugnação de fls. 990/1.025 na qual aduziu, em síntese:

- ilegalidade da quebra de sigilo promovida sem autorização judicial para tal, bem como inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001 e Decreto 3.724/2001, além de irretroatividade da autorização de quebra de sigilo contida em tais normas;

- depósito bancário não constitui base de cálculo do IRPF, porque não denotar variação patrimonial. Ademais, ainda falta extirpar do lançamento alguns



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

valores, haja vista que não foram considerados os empréstimos realizações por amigos e familiares informalmente;

- inadequação da multa aplicada que viola o princípio da razoabilidade, da capacidade contributiva e do não-confisco;

- inaplicabilidade da Taxa SELIC aos débitos tributários.

A 3ª Turma da DRJ em Florianópolis/SC considerou procedente o lançamento, afastando as preliminares de nulidade da quebra de sigilo bancário e, no mérito, mantendo a autuação sob o entendimento de que o contribuinte não logrou demonstrar a origem dos depósitos. Sobre a multa de ofício qualificada, considerou-se que reiterada conduta ilícita ao longo de três anos, evidencia-se intuito doloso.

No Recurso Voluntário de fls. 1.057/1.086 o sujeito passivo repisa a argumentação de sua Impugnação.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

VOTO VENCIDO

Conselheiro WILFRIDO AUGUSTO MARQUES, Relator

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 33 do Decreto n. 70.235 de 06 de março de 1972, tendo sido interposto por parte legítima, vindo acompanhado de arrolamento de bens em garantia recursal (fls. 1.088/1.102), pelo que dele tomo conhecimento.

Em Recurso Voluntário foram erigidas as seguintes matérias a debate: 1) inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 e irretroatividade da mesma; 2) não incidência do imposto de renda sobre valores provenientes de depósitos bancários; 3) impossibilidade de aplicação de multa qualificada; e 4) inaplicabilidade da Taxa SELIC.

1) Inconstitucionalidade da Lei 10.174/2001 e impossibilidade desta atingir períodos pretéritos.

Trata-se de lançamento tributário instruído com base em dados obtidos por meio de quebra do sigilo bancário do Recorrente, determinada pela autoridade administrativa nos autos do presente procedimento fiscal em face das informações relativas a CPMF.

Há que se verificar, antes mesmo de enfrentar a retroatividade da Lei 10.174/2001, o *status* do sigilo bancário, garantia individual consignada art. 5º, inciso XII da CF.

De acordo com precedentes do Supremo Tribunal Federal, o direito ao sigilo bancário é espécie do direito à intimidade e vida privada, estes consagrados no art. 5º, X da CF e considerados como os mais exclusivo dos direitos subjetivos, conforme enuncia Tércio Ferraz:

*sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora
pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político.
Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais,*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiado nem por normas nem por padrões objetivos. No recôndito da privacidade se esconde pois a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direito de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos.¹

O Supremo Tribunal Federal, interpretando a Constituição Federal, confirmou o direito ao sigilo de dados como cláusula pétrea, impedindo, desta forma, até mesmo a aprovação de emenda constitucional tendente a aboli-lo ou mesmo modificá-lo estruturalmente, consagrando-o como indevassável, consoante se lê no voto do Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança 21.729-4/DF:

*Tenho insistentemente salientado, em decisões várias que proferi nesta Suprema Corte, que a tutela jurídica da intimidade constitui – qualquer que seja a dimensão em que se projete – uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X) cuja proteção normativa busca erigir e reservar, **sempre em favor do indivíduo** – e contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público – uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado. (STF, MS 21.729-4/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 19.10.2001)*

Mais à frente o mesmo Ministro traduz a importância deste direito como categoria de direito fundamental, transcreve-se:

*O magistério doutrinário, **bem por isso**, tem acentuado que o sigilo bancário – que possui extração constitucional – reflete, na concreção do seu alcance, um direito fundamental da personalidade, expondo-se, em consequência, à proteção jurídica a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado.*

(...)

A equação direito ao sigilo – dever de sigilo exige, para que se preserve a necessária relação de harmonia entre uma expressão essencial dos direitos fundamentais reconhecidos em favor da generalidade das pessoas (verdadeira liberdade negativa, que impõe ao Estado um claro de abstenção, de um lado, e a

¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

prerrogativa que inquestionavelmente assiste ao Poder Público de investigar comportamentos de transgressão à ordem jurídica, de outro, que a determinação de quebra de sigilo bancário provenha de ato emanado do órgão do Poder Judiciário, cuja intervenção moderadora na resolução dos litígios revela-se garantia de respeito tanto ao regime das liberdades públicas quanto à supremacia do interesse público". (STF, MS 21.729-4/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 19.10.2001) (grifos acrescidos)

Ora, de acordo com José Afonso da Silva são características dos direitos fundamentais a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade. Limito-me a transcrever os trechos atinentes aos tópicos inalienabilidade e irrenunciabilidade, já que somente estes importam para o caso em apreço:

(2) Inalienabilidade: São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;

(...)

(4) Irrenunciabilidade: Não se renunciavam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admitem sejam renunciados².

Em decorrência de tais elementos, tendo em vista que nem mesmo seria constitucional a entrega dos extratos bancários pela própria Recorrente, tem-se que a quebra promovida pela administração tributária, sem a submissão à tutela do Judiciário, afigura-se em contraste com a Carta Magna.

Destarte, a Lei 10.174/2001 atropela garantia fundamental, consagrada como cláusula pétrea no artigo 60, inciso IV da CF, daí derivando a impossibilidade de ser extirpada até mesmo por Emenda Constitucional.

Ainda que assim não fosse, não poderia jamais referida norma atingir fatos impositivos ocorridos em período pretérito ao da sua edição, por força do que dispõe o artigo 144 do CTN.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

Conquanto alguns sustentem que por se tratar de norma procedimental poderia retroagir (art. 144, §1º do CTN), atingindo períodos passados, não vejo como referendar esta tese sem violentar o princípio da segurança jurídica. É que a alteração promovida pela Lei 10.174/2001 não tem caráter procedimental, visto atingir também direito do contribuinte de, como aponta Alberto Xavier, “conhecer e computar seus encargos tributários com base exclusivamente na lei”.

O parágrafo 1º do artigo 144 do CTN volta-se para prerrogativas meramente instrumentais. Ora, a quebra de sigilo bancário tem sido utilizada, no mais das vezes, como única e exclusiva prova de omissão de rendimentos, dirigindo-se, portanto, a própria hipótese de incidência tributária. Neste sentido, transcrevo ementa de acórdão do TRF/4ª Região:

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

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

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

3. Mostra-se destituído de fundamento constitucional o argumento de que o art. 144, §1º do CTN, autoriza a aplicação da legislação posterior à ocorrência do fato gerador que instituiu novos critérios de apuração ou processos de fiscalização ao lançamento do crédito tributário, visto que este dispositivo refere-se a prerrogativas meramente instrumentais, não podendo ser interpretado de forma colidente com as garantias de inviolabilidade de dados e de sigilo bancário, decorrente do direito à intimidade e à vida privada, elencados como direitos individuais fundamentais no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição de 1988.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

4. Para que o Fisco se valha das informações fornecidas pelas instituições financeiras a respeito da movimentação bancária do contribuinte, a fim de lançar crédito tributário relativa a exação diversa da CPMF, mediante procedimento administrativo-fiscal, é imprescindível a autorização judicial". (TRF/4ª Região, AMS nº 2001.72.03.000590-4/SC, DJU de 11.12.2002)

Assim, a Lei 10.174/2001 ademais de ferir direito fundamental, ofende também o princípio da confiança na lei fiscal. Como assentado no voto do Ilustre Desembargador Wellington Mendes de Almeida:

Não se ignora que o direito ao sigilo bancário não se reveste de caráter absoluto ou ilimitado, sujeitando-se a sua quebra ao interesse público ou social ou à regular administração da justiça. Para que o Fisco se valha das informações fornecidas pelas instituições financeiras a respeito da movimentação bancária do contribuinte, a fim de lançar crédito tributário relativo a exação bancária do contribuinte, a fim de lançar crédito tributário relativo a exação diversa da CPMF, mediante procedimento administrativo-fiscal, é imprescindível a autorização judicial. (grifou-se)

Não é possível utilizar como pretexto para invasão a direitos tradicionalmente consagrados no mundo (Bill of Rights e Declaração Universal dos Direitos do Homem) interesse procedimental do Fisco. Para que se tenha consciência do agravo cometido pela LC 105 aos direitos consagrados na Carta Magna, é como se admitíssemos a tortura ou a escuta telefônica sem prévia autorização judicial com vistas a verificar a existência de ilícitos tributários. Faço minha as palavras de Roque Carrazza:

Evidentemente há, da parte do Estado, o interesse de arrecadar os tributos de maneira simples, expedita e segura. Afinal de contas, é por intermédio deste recolhimento que ele se instrumenta financeiramente a alcançar, com bom sucesso, os fins que lhe são assinalados pela Carta Constitucional ou pelas leis.

Ocorre, porém, que, em nome da comodidade e do aumento da arrecadação do Poder Público, não se pode fazer ouvidos moucos aos reclamos dos direitos subjetivos dos contribuintes, assegurados, como visto, pela própria Constituição. (...)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

O "estatuto do contribuinte" exige que a tributação, livre de qualquer arbitrariedade, realize a idéia de Estado de Direito. Às várias possibilidades de atuação da Fazenda Pública há de corresponder a garantia dos direitos de cada contribuinte. Quanto mais gravosa a intervenção tributária, tanto mais cuidadosamente deverá ser protegida a esfera de interesses dos indivíduos.

(...)

É que a tributação deve desenvolver-se dentro dos limites que a Carta Suprema traçou (fulminando o poder tributário absoluto do Estado). Este objetivo é alcançado, basicamente, respeitando-se os direitos fundamentais do contribuinte e aquela faixa de liberdade das pessoas, onde a tributação não pode se desenvolver". (Curso de Direito Constitucional Tributário, Editora Malheiros, 18ª edição).

No mesmo sentido, o entendimento da 4ª Câmara deste Conselho:

IRPF – LANÇAMENTO COM ORIGEM NA LEI 10.174 DE 2001 – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA – A vedação prevista no artigo 11, §3º, da Lei nº 9.311 de 1996 referia-se à constituição do crédito tributário. A revogação desta vedação pela Lei 10.174, de 2001 há de ser entendida como nova possibilidade de lançamento, segundo expressão literal de ambos os dispositivos. Tratando-se de nova forma de determinação do imposto de renda, devem ser observados os princípios da irretroatividade e da anterioridade da lei tributária. (Acórdão 104-19.227)

Desta forma, entendo que a Lei 10.174/2001 não pode ser aplicada com relação a períodos pretéritos e, por essa razão, não podem ser utilizadas as provas coligidas para aferição da base de cálculo do lançamento (extratos bancários).

2) Omissão de rendimentos.

No que tange a justificação de origem, cabe dizer que o Recorrente não trouxe aos autos elementos capazes de afastar a tributação. De fato, as alegações realizadas por ocasião da Impugnação, não foram devidamente comprovadas, haja vista o que consta do Relatório Fiscal, no sentido de que todas as



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

transferências entre contas e devolução de cheques já foram extirpadas do lançamento.

Assim, neste ponto creio ter razão a decisão recorrida, uma vez que realmente não logrou o Recorrente trazer aos autos provas vetustas dos fatos por ele narrados.

3) Multa de Ofício.

Uma vez superadas as questões precedentes, questiona o Recorrente a aplicação da multa qualificada de 150%, argumentando que não há motivação legal para tal, já que não se cogita de fraude ou omissão dolosa.

De fato, a aplicação da multa qualificada exige *a fortiori* a intenção dolosa, que vai além da simples omissão de rendimentos. No caso dos autos, as hipóteses que lastreiam a autuação são de simples omissão de rendimentos, ou seja, inexatidão na declaração, e não intenção dolosa de esquivar-se do pagamento do tributo devido.

Este Conselho tem aplicado a multa qualificada apenas nos casos de fraude, com evidente má-fé do contribuinte, conforme revelam os julgados abaixo:

IRPF - BASE DE CÁLCULO - PERÍODO-BASE DE INCIDÊNCIA - O Imposto de Renda das pessoas físicas, a partir de 01/01/89, será apurado, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, incluindo-se, quando comprovados pelo Fisco, a omissão de rendimentos apurados através de planilhamento financeiro ("fluxo de caixa"), onde são considerados todos os ingressos e dispêndios realizados no mês pelo contribuinte.

IRPF - DISPONIBILIDADE DOS RENDIMENTOS - O aumento de patrimônio da pessoa física não justificado com os rendimentos tributados, ou com os rendimentos não tributáveis, ou com os rendimentos tributados exclusivamente na fonte, à disposição do contribuinte dentro do ano-base, está sujeito à tributação do imposto de renda.

IRPF - MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO AGRAVADA - FRAUDE - JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO DA MULTA - Qualquer circunstância que autorize a exasperação da multa de lançamento de ofício de 50%, 80% e 100%, prevista como regra



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

geral, deverá ser minuciosamente justificada e comprovada nos autos.

Recurso parcialmente provido". (Ac. 104-15.812, Rel. Nelson Mallmann, Julgamento em 12.12.1997)

(...)

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA – Para a aplicação da multa qualificada de 150%, é indispensável a plena caracterização e comprovação da prática de uma conduta fraudulenta por parte do contribuinte, ou seja, é absolutamente necessário restar demonstrada a materialidade dessa conduta, ou que fique configurado o dolo específico do agente evidenciando não somente a intenção mas também o seu objetivo.

Preliminares rejeitadas.

Recurso parcialmente provido". (Ac. 102-46.784, Rel. Cons. Romeu Bueno de Camargo, Julgamento em 19.05.2005)

Assim sendo, é de se reduzir a multa de ofício para o percentual de 75%.

4) Taxa Selic.

No que pertine a aplicabilidade da taxa Selic aos débitos e créditos tributários, sigo o entendimento de meus pares nessa Câmara, no sentido de que por força de disposição legal é essa a taxa que deve ser aplicada.

Ante o exposto, conheço do recurso para acolher a preliminar de nulidade pela impossibilidade de quebra de sigilo bancário, e, no mérito, dar provimento parcial, para desqualificar a multa de ofício.

Sala das Sessões - DF, em 23 de fevereiro de 2006.


WILFRIDO AUGUSTO MARQUES





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

VOTO VENCEDOR

Conselheiro LUIZ ANTONIO DE PAULA, Redator designado

Em que pese às razões apresentadas pelo Conselheiro Wilfrido Augusto Marques, entendo que não cabe nulidade do Auto de Infração dada à possibilidade de aplicação da Lei 10.174, de 2001, ao ato de lançamento de tributos, cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência do citado diploma legal.

No que tange à alegação de que o fisco não obedeceu aos princípios da irretroatividade, pois, somente a partir da edição da Lei nº 10.174, de 2001 e Lei Complementar 105, de 2001, é que se permitiu à utilização das informações para lançamento com base nos extratos bancários, não pode prosperar pelas razões a seguir.

Inicialmente, cabe ressaltar que o princípio da irretroatividade das leis é atinente aos aspectos materiais do lançamento, não alcançando os procedimentos de fiscalização ou formalização.

Ou seja, o Fisco só pode apurar impostos para os quais já havia a definição do fato gerador, como é o caso do imposto de renda, não havendo ilicitude em apurar-se o tributo com base em informações bancárias obtidas a partir da CPMF, pois trata-se somente de novo meio de fiscalização, autorizado para procedimentos fiscais executados a partir do ano-calendário de 2001, independentemente da época do fato gerador investigado.

No presente caso, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, já previa, desde janeiro de 1997, que depósitos bancários sem comprovação de origem eram hipótese fática do IR; a publicação da Lei Complementar nº 105, 10 de janeiro de 2001 e da Lei nº 10.174, de 2001, somente permitiu a utilização de novos meios de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

fiscalização para verificar a ocorrência de fato gerador do imposto já definido na legislação vigente, ano-calendário de 1998.

A utilização de dados bancários anteriores à alteração da Lei nº 9.311, de 1996, dada pela Lei n.º 10.174, de 2001, não constitui causa de nulidade do feito, motivada no princípio da irretroatividade das leis.

O art. 105 do CTN limita a irretroatividade das leis para os aspectos materiais do lançamento.

Código Tributário Nacional – Lei Nº 5.172, de 1966

...

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 artigo 116. (...)

...

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se da situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Parágrafo acrescentado pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001)

Em relação aos aspectos formais ou simplesmente procedimentais a legislação a ser utilizada é a vigente na data do lançamento, pois para o critério de fiscalização (aspectos formais do lançamento) o sistema tributário segue a regra da retroatividade das leis do art. 144, § 1º, do CTN:

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

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. (destaque posto)

A retroatividade dos critérios de fiscalização está expressamente prevista no Código Tributário Nacional, desde a sua edição, não tendo sido suscitado incompatibilidade dessa norma com o texto constitucional.

Por outro lado, a fiscalização por meio da transferência de extratos bancários diretamente para a administração tributária, prevista na Lei Complementar nº 105 e na Lei nº 10.174, ambas de 2001, não representa uma inovação dos aspectos substanciais do tributo.

No âmbito do Poder Judiciário, após ter sido essa matéria objeto de acirrada discussão, tem-se sedimentado o entendimento de que tem natureza procedimental tanto à nova regra do § 3º da Lei nº 9.311, de 1996, introduzida pela Lei nº 10.174, de 2001, que permitiu o lançamento de tributo com base em informações relacionadas à CPMF, como a regra da Lei Complementar nº 105, de 2001, que permitiu à autoridade tributária obter, sem ordem judicial, informações bancárias de contribuintes.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, em recente julgado do Recurso Especial, confirmando o entendimento de decisões de juízes singulares e de alguns Tribunais Regionais. Veja-se o voto do Relator, Ministro Luiz Fux:

1. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que permeiam a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001. 2. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar nº 105/2001,

D



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.

3. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição, ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o § 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos. 4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente". 5. A teor do que dispõe o art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins natureza procedimental, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos. 7. A exegese do art. 144, § 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência. 8. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal. 9. Recurso Especial provido. Data da Decisão 02/12/2003.

D

[Assinatura]



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10909.003318/2004-12
Acórdão nº : 106-15.361

O Ministro Relator bem ressaltou a prevalência do princípio da juridicidade frente a qualquer outro e o dever de fiscalizar inerente ao administrador tributário, mostrando que a nova lei veio apenas instrumentalizar esse dever, concedendo-lhe eficácia.

Desta forma, entendo não se tratar de caso de nulidade do presente lançamento, portanto, rejeito a preliminar de irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001.

Sala das Sessões - DF, em 23 de fevereiro de 2006.


LUIZ ANTONIO DE PAULA