



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	10980.012271/2005-98
Recurso nº	152.323 Voluntário
Matéria	IRPF - Exs.: 2001 a 2004
Acórdão nº	102-48.238
Sessão de	28 de fevereiro de 2007
Recorrente	RAFAEL SELVATICI BORGES
Recorrida	4ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

Ementa: APLICAÇÃO DA NORMA NO TEMPO - RETROATIVIDADE DA LEI N° 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.

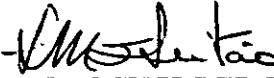
ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - SÚMULA N° 02 - O Judiciário, no controle direto ou difuso de constitucionalidade, pode deixar de aplicar lei que considere em desacordo com a Constituição. Tal prerrogativa, todavia, não se estende aos órgãos administrativos, sendo que o Primeiro Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula N° 02, assentando sua jurisprudência no sentido de que o Órgão *não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária*.

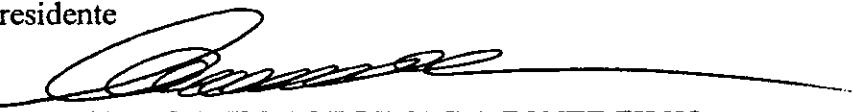
MULTA ISOLADA E MULTA DE OFÍCIO - CONCOMITÂNCIA - MESMA BASE DE CÁLCULO - A aplicação concomitante da multa isolada e da multa de ofício não é legítima quando incide sobre uma mesma base de cálculo (Acórdão CSRF nº 01-04.987 de 15/06/2004).

Preliminares rejeitadas.
Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR: (i) a preliminar de irretroatividade da Lei nº 10.174, DE 2001. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva (Relator). Designado o Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte para redigir o Voto Vencedor; (II) a preliminar de erro no critério temporal em relação aos fatos geradores até novembro de cada ano-calendário, suscitada pelo Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira que fica vencido e apresenta declaração de voto. No mérito, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir a multa isolada em concomitância com a multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
Presidente


ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO
Redator designado

FORMALIZADO EM: 04 JUN 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

Nos termos do relatório de fls. 300/310 que adoto, trata o presente processo de exigência de Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF formalizada por meio do auto de infração de fls. 251 a 264, do qual faz parte o Termo de Verificação Fiscal de fls. 171 a 174, e os Demonstrativos de Depósitos Bancários de fls. 175/250, no valor de R\$ 692.073,50 de imposto de renda de pessoa física, R\$ 519.055,10 de multa de ofício de 75%, R\$ 13.168,26 de multa isolada por falta de recolhimento do carnê-leão, previstas no art. 44, I, § 1º, III, da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, além de acréscimos legais.

A exigência fundamentada nos art. 1º, 2º, 3º e §§, e 8º, da Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988, c/c os art. 43 e 44, § 1º, III, da Lei 9.430, de 1996; art. 1º ao 4º, da Lei n.º 8.134, de 14 de abril de 1990; art. 1º da Medida Provisória nº 22, de 2002, convertida na Lei 10.451, de 10 de maio de 2002; art. 42 da Lei 9.430, de 1996; art. 4º da Lei 9.481, de 13 de agosto de 1997; art. 1º da Lei 9.887, de 07 de dezembro de 1999, art. 106, I, 109, 111, 849, e 957, parágrafo único, III, do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 3.000, de 26 de março de 1999 – RIR/1999, e decorreu das seguintes irregularidades:

- omissão de rendimentos recebidos de pessoas físicas nos meses de 02, 04, 07 e 08/2002, no montante de R\$ 70.000,00, conforme Relatório de Ação Fiscal de fls. 171/174;

- omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em conta de depósito, mantidos em Instituições Financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 171/174 e demonstrativos de fls. 175/250, que são partes integrantes do Auto de Infração;

- multas isoladas por falta de recolhimento do IRPF devido a título de carnê-leão, conforme Relatório de Ação Fiscal de fls. 171/174, nos meses de 02, 04, 07 e 08/2002, no montante de R\$ 13.168,26.

Regularmente cientificado do lançamento em 09/11/2005 (fl. 268), o interessado ingressa, em 08/12/2005, por meio de representante legal – procuração à fl. 301, com a impugnação de fls. 271/300, onde requer a insubsistência do lançamento em face da extinção do órgão perante o qual o procedimento fiscal foi instaurado, no caso, a Receita Federal do Brasil, criada pela MP - 258, de 2005, tornando, por conseguinte, inválidos os atos praticados no presente processo, desde a requisição de informações sobre a movimentação financeira, até as intimações para comprovação da origem dos depósitos bancários e o auto de infração.

Argúi que o lançamento realizado mediante utilização de dados obtidos na forma prevista pelo art. 11, § 3º da Lei nº 9.311, de 1996, padece de vício incontornável de inconstitucionalidade, visto que as Leis embasadoras desse procedimento violam o art. 5º, X e XII, da CF/1988, pois propiciam a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial. Aduz que a utilização de dados obtidos diretamente pela autoridade fiscal não encontra suporte na Lei Complementar 105, de 2001 e na Lei 9.311, de 1996, simplesmente porque estas não se compadecem com as normas constitucionais acima referidas, que lhes são hierarquicamente superiores, e as expurgam do mundo jurídico.

Alega ausência de riqueza tributável representativa de incremento patrimonial, visto que a movimentação bancária compõe-se de um complexo de transações envolvendo recursos, em cujo âmbito se inserem valores creditados nas contas bancárias do contribuinte, juntamente com débitos, empréstimos, pagamentos de títulos, e outras operações, cujo resultado não se incorporou ao patrimônio do contribuinte, senão na justa medida daquilo que foi informada na DIRPF. Acrescenta que a utilização de vários bancos e várias contas permitia lançar mão, simultaneamente, de várias linhas de crédito, com pagamento reduzido de juros, razão pela qual, por diversas vezes, utilizou seu crédito para cobrir o de seu sócio, ou da própria empresa, de forma que o saldo final das movimentações montava em números muito inferiores, ao dos valores movimentados, ou seja, muito inferiores ao limite de R\$ 12.000,00, previsto no inciso II do § 3º do art. 42 da Lei 9.430, de 1996.

Enfatiza que o lançamento decorrente de movimentação financeira redunda em violação ao art. 150, IV, da CF/1988, que veda a instituição de tributos confiscatórios, assim considerados aqueles que não contenham em seu bojo um fato signo-presuntivo de riqueza. Acrescenta que o simples fato de movimentar ativos financeiros não constitui fato signo-presuntivo de riqueza, pois, é possível levar dinheiro de um lugar para outro, sem que tal movimentação, crie novo fato de enriquecimento. Para corroborar transcreve doutrinas, jurisprudências e cita a Súmula 182 do TFR.

Alega residir verdadeira antinomia entre o art. 42 da Lei 9.430, de 1996 e o § 4º do art. 5º da LC nº 105, de 2001, que se resolve pela revogação tácita do primeiro dispositivo, pois, se a Lei posterior autoriza a quebrar administrativamente o sigilo bancário do contribuinte quando houver indícios de omissão de rendimentos e, se assim age o fisco, deve requisitar informações e documentos que julgue convenientes à apuração dos fatos, de forma, que o consequente será a tributação real e efetiva da omissão de rendimentos, não se podendo mais tributar os depósitos com base na presunção do art. 42, da Lei 9.430, de 1996. Invoca os princípios da legalidade, capacidade contributiva, isonomia tributária e outros, para concluir que deve sempre prevalecer a apuração real da base de cálculo dos tributos, em detrimento de apuração arbitrada ou presumida desta.

Argui, à exceção da CPMF, inexistência de norma criando outra relação jurídico-tributária tendo como hipótese a movimentação financeira, de forma, que a exigência tal como sinalizada pela autoridade fiscal implica criação de nova hipótese de incidência tributária, violando, em consequência, o art. 150, I, da CF/1988.

Alternativamente, na remotíssima hipótese de não terem sido acolhidas as argumentações anteriores, em observância ao princípio da irretroatividade, requer a insubsistência do lançamento referente aos períodos de apuração anteriores a 09/01/2001, data da publicação da Lei 10.174, de 2001, que alterou a redação do art. 11, § 3º, da Lei 9.311, de 1996, permitindo a utilização da base de dados da CPMF para lançamentos de outros tributos.

O acórdão de fls. 307/318 julgou procedente o lançamento, sendo que desta decisão o contribuinte foi intimado em 22/05/06 (fl. 326) e em 20/06/06 ingressou com o recurso de fls. 327/358, acompanhado do arrolamento de bens de fl. 360, pleiteando a reforma da decisão recorrida e a insubsistência do auto de infração com base nos seguintes argumentos:

(i) extinção do órgão perante o qual o procedimento fiscal foi instaurado.

- (ii) Violação do sigilo bancário do contribuinte e inconstitucionalidade da Lei nº 9311, de 1996.
- (iii) Inexistência de valores creditados em conta bancária e ausência de riqueza tributável representativa de incremento patrimonial.
- (iv) Impossibilidade de lançamento tributário fundado em simples movimentação bancária – Vedaçāo de confisco – Revogação do artigo 42 da Lei nº 9.430/96 pela LC nº 105/2001.
- (v) Inexistência de outro tributo sobre movimentação financeira à exceção da CPMF – Princípio da Legalidade – Artigo 150, I, da CF.
- (vi) Irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001.

Por fim, faço constar do relatório que sendo a conta corrente nº 17.500-7, Agência 1555, do Banco Itaú, a conta corrente nº 310.934-3 e a conta poupança nº 2.296.720, Ag. 0087, conjuntas com Gustavo Gattass de Campos, este foi intimado a comprovar a origem dos recursos depositados e, assim como o contribuinte, limitou-se a alegar que os “depósitos constituem mera movimentação de valores, a qual não se constitui hipótese de incidência de qualquer tributo”, sendo que a fiscalização, em relação a estas contas, utilizou como base de cálculo do lançamento 50% dos respectivos valores creditados.

Conforme se depreende dos autos, o contribuinte movimentou recursos em 10 (dez) instituições bancárias. Chegou a manter neste período, entre contas correntes e poupança, mais de 20 (vinte) contas. Intimado, informou que a utilização de várias contas, permitia lançar mão, simultaneamente, de várias linhas de crédito, com pagamento reduzido de juros e que em diversas vezes utilizou seu crédito para cobrir débito de seu sócio ou da empresa de engenharia da qual é sócio.

Pelo que se depreende dos autos, o recorrente é engenheiro civil e tem como principal atividade função de dirigente e diretor de empresa.

Quanto aos créditos depositados por Fernando Costa Januário de Campos em 28/02/2002; 30/04/2002, 31/07/2002 e 31/08/2002, respectivamente nos valores de R\$ 20.000,00; R\$ 20.000,00, R\$ 10.000,00 e 20.000,00, em contas do recorrente, aquele, intimado, esclareceu (fl. 166) que tal importância refere-se a pagamentos efetuados a título de serviços de engenharia. Considerando que os rendimentos aqui referidos não foram declarados pelo contribuinte, a fiscalização, conforme específica no relatório, efetuou o lançamento e, além da multa de ofício especificada no demonstrativo de fls. 253, aplicou a multa isolada especificada no demonstrativo de fls. 245.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro MOISES GIACOMELLI NUNES DA SILVA, Relator.

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 33 do Decreto n.º 70.235 de 06 de março de 1972, foi interposto por parte legítima, está devidamente fundamentado e contém arrolamento de bens, conforme especificado do relatório. Assim, conheço do recurso e passo ao exame do mérito.

EM PRELIMINAR:

Da preliminar de irretroatividade da Lei n.º 10.174, de 2001.

Em que pese o recorrente ter sustentado a irretroatividade da Lei n.º 10.147, de 2001, como matéria de mérito, o enfrentarei como preliminar na medida em que, se provida, afetará o lançamento tributário.

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

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

Posto o conteúdo da norma, cabe analisar a quem se destinam as expressões: **“vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.”** Tais expressões estariam conferindo algum tipo de direito aos jurisdicionados e, caso afirmativo, qual a natureza deste direito? Antes de responder estas indagações, algumas considerações se fazem necessárias para que se possa compreender as regras de proteção do sigilo bancário existentes até 1996. Assim, retroagimos ao ano de 1964 para analisar as disposições da Lei n.º 4.595, norma esta com status de Lei Complementar, que dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional, e dá outras providências, contendo os seguintes preceitos no artigo 38 e respectivo § 7º, a seguir transcritos:

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

.....

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

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

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

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

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

Partindo da singela concepção de que direito material deve ser compreendido como sendo a norma que confere determinado bem jurídico a alguém e de que direito instrumental se constitui da norma de que se valem os jurisdicionados para exigirem do Estado-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 § 3º. do artigo 11 da Lei nº 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 nº. 4.495, de 1964, sendo que estou grifando as expressões em relação as quais quero fazer considerações:

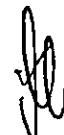
§ 3º. do artigo 11 da Lei nº 9.311/96, em sua redação primitiva	Artigo 38 da Lei nº 4.595/64, em sua redação primitiva
<p>"§ 3º. A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, <u>vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.</u>"</p>	<p><i>"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.</i></p> <p><i>§ 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.</i></p>

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 tal lei não produziu efeitos em relação aos fatos que se concretizaram durante sua vigência.

Concluindo que o § 3º. 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 nº. 608.053 entendendo que a Lei Complementar nº. 105, de 2001 e a Lei nº. 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 nº. 10.174, de 2001 e a Lei Complementar nº. 105, de 2001, que introduziram, respectivamente, alterações nos artigos 11, § 3º. da Lei 9.311, de 1996 e artigo 38 da Lei 4.595, de 1964, ampliaram as hipóteses de prestação de informações bancárias, permitindo a utilização de dados a partir da arrecadação da CPMF para a apuração e constituição de crédito referente a outros tributos. Havendo ampliação dos poderes em busca de informações, à luz do artigo 144, § 1º., a seguir transrito, 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 consequência, os direitos e as obrigações que dele decorrem também serão considerados como tendo valor.

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

....

14. Exceção à irretroatividade

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

Conforme escreve Roubier, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho no artigo anteriormente apontado, se a lei pretender aplicar-se a situações em curso será preciso estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da mudança da legislação, que não podem ser antigas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, pode ser aplicada. Nesta linha de raciocínio, conclui-se que as Leis 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 vénia 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, neste ponto, 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 obtenção de dados correspondentes a exercícios anteriores ao da vigência das normas aqui citadas, sem autorização judicial, implica em ofensa ao princípio da irretroatividade das Leis. Assim, não pode a autoridade fazendária ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte que se deram em data anterior a 10.01.01, como preconiza a Lei Complementar nº 105/01, sem o crivo do judiciário. **Por tais razões, acolho a preliminar de irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001.**

NO MÉRITO:

Vencido na preliminar, passo ao exame do mérito e início com a análise do item que segue:

(i) Da alegação de extinção do órgão perante o qual o procedimento fiscal foi instaurado.

Sustenta o recorrente que o primeiro fundamento esgrimido pelo contribuinte, para a insubstância do auto de lançamento aqui discutido, é a extinção do órgão, perante o qual o procedimento fiscal foi instaurado, no caso a Receita Federal do Brasil. Para a defesa, “ante a perda de eficácia da Medida Provisória nº 258, de 2005, desde a edição; é certo o novo órgão – titular da competência para o lançamento de tributos, ... não só cessou de existir na estrutura jurídica brasileira, como, diante do expresso mandamento constitucional consagrado no § 3º do artigo 62 da CF, deve ser reputado como jamais tendo existido.”

A propósito dos fundamentos aqui articulados, observo que o artigo 1º, da medida provisória nº 258, de 2005, possuía a seguinte redação:

“Art. 1º - A Secretaria da Receita Federal passa a denominar-se Receita Federal do Brasil, órgão da administração direta subordinado ao Ministro de Estado da Fazenda, mantidas as competências previstas na legislação em vigor na data da publicação desta Medida Provisória.”

Diferentemente do que pretende o recorrente, conforme se depreende do artigo 1º da Medida Provisória nº 258, de 2005, não se trata da criação de um novo órgão com competências próprias, mas sim de nova denominação dada à Secretaria da Receita Federal, mantidas as mesmas competências. A circunstância de não ter sido aprovada a Medida Provisória nº 258, de 2005, diz respeito única e exclusivamente à mudança do nome de Secretaria da Receita Federal para Receita Federal do Brasil. Perdendo a eficácia desde a edição, o que se tem é que a MP nº 258/2005 não produziu qualquer eficácia quanto ao objetivo de alterar o nome de Secretaria da Receita Federal para Receita Federal do Brasil, sendo que os atos praticados sob a denominação de Receita Federal do Brasil devem ser entendidos como sendo praticados pela Secretaria da Receita Federal, pois, pela MP 258/2005 não se procedeu a pretendida alteração de denominação.

Neste ponto, desacolho a tese do recorrente.

(ii) Da alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 9.311, de 1996, por violação do sigilo bancário.

Sustenta o recorrente que a Constituição é a norma mais importante do ordenamento e sua aplicação não pode ser preterida em função da aplicação de uma lei, pouco importando ser o aplicador um órgão integrante do Poder Executivo.

Tem razão o recorrente quando afirma que a Constituição é a norma mais importante do ordenamento e sua aplicação não pode ser preterida em função da aplicação de uma lei. Entretanto, é preciso que se tenha presente que as leis gozam de presunção de constitucionalidade. Assim, até que o STF, no exercício de seu papel de guardião da constituição, declare que determinada norma é inconstitucional, a Administração não pode deixar de aplicá-la.

Em relação ao sigilo bancário, não desconheço que tramitam no Supremo Tribunal Federal as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 2406; 2397 e 2390, cujo relator é o Ministro Sepúlveda Pertence, mas enquanto o STF não afastar do mundo jurídico a

norma tida pelo recorrente como inconstitucional, não cabe ao julgador administrativo reconhecer tal inconstitucionalidade.

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

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

Pelos fundamentos aqui expostos, também nego provimento ao recurso.

(iii) Da alegação de inexistência de valores creditados em conta bancária e ausência de riqueza tributável representativa de incremento patrimonial.

Afirma o recorrente que o lançamento não se amolda à hipótese de incidência descrita no artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, pois, para que incidisse a presunção ali prevista, seria necessário que a movimentação bancária do contribuinte contemplasse unicamente créditos e que, no caso dos autos, além dos valores creditados, a utilização de empréstimos, de crédito bancário rotativo, o pagamento de boletos bancários, logram a demonstrar que os depósitos, mencionados no termo de Intimação, compõem um complexo, com resultados negativos, ou reduzidos resultados positivos, como é o caso, por exemplo, da movimentação de R\$ 231.789,24, no Banco Itaú, no ano de 2000, sendo que seu saldo médio mensal, nesse ano, foi de R\$ 316,87.

Conforme destacado anteriormente, na presunção o legislador apanha um fato conhecido, que no caso são os depósitos bancários, e deste dado, mediante raciocínio lógico, chega a um fato desconhecido que é a obtenção de rendimentos. Este fato desconhecido pelas presunções são fatos que podem ser verdadeiros ou falsos, mas o legislador os têm como verdadeiros, cabendo à parte que tem contra si fato cuja lei presume verdadeiro, fazer prova em contrário, tarefa que no caso dos autos o recorrente não se desincumbiu.

(iv) Da alegação de impossibilidade de lançamento tributário fundado em simples movimentação bancária.

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

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

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

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

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

As presunções segundo doutrina de Moacir Amaral dos Santos

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

Posssegue o autor:

“Decorre daí que, da dedução presuntiva, geralmente chega-se a conclusões que são mais ou menos seguras conforme as circunstâncias

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

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

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

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

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

As presunções segundo doutrina de Pontes de Miranda

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

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

.....

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

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

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

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 uma simples transferência de outra conta do mesmo titular, ou a alienação de bens do patrimônio do contribuinte, ou a assunção de exigibilidade, como dito anteriormente, não cabe falar em rendimentos ou ganhos, justamente porque o patrimônio da pessoa não terá sofrido qualquer alteração quantitativa. O fato gerador é a circunstância de tratar-se de dinheiro novo no seu patrimônio, presumido pela lei em face da ausência de esclarecimentos da origem respectiva.

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

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

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.

⁵ Art. 42 da Lei nº 9.430/96

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

Art. 3º da Lei nº 9.718/98.

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

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

Retomando a matéria, por outro lado, se 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, procede ou não.

No caso dos autos, ingressando na análise da matéria fática e na verificação da prova, constato que no caso concreto o recorrente nada provou quanto suas alegações, centrando-se, como já relatado, exclusivamente em fundamentos de direito, razão pela qual, em face da presunção legal e da inexistência de prova em contrário, não há, neste ponto, como prover o recurso.

(v) Da alegação de Revogação do artigo 42 da Lei nº 9.430/96 pela LC nº 105/2001.

Dos fundamentos aqui articulados, respondidas as demais questões, resta analisar o argumento por meio do qual o recorrente consigna que o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, foi revogado pelo artigo 5º, § 4º, da LC nº 105, de 2001.

Quanto a este ponto, pela importância, transcrevo os seguintes fundamentos por meio dos quais o recorrente sustenta seu recurso:

⁶ Conforme publicação na Revista Consultor Jurídico de 06/02/2007, dentre os projetos de Súmulas Vinculantes de que trata o art. 103-A da CF, acrescentado ao texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 45, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 2006, a Súmula de nº 6, se aprovada, terá a seguinte redação:

“Súmula nº 6 - “E 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”.

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

"Ocorre que, quando o fisco quebra o sigilo bancário do contribuinte com base no que prescreve o artigo 5º, parágrafo 1º, inciso I, parágrafo 2º e especialmente o seu parágrafo 4º, da Lei Complementar 105/2001, não se trata de obter informações gerais, a que se refere o parágrafo 3º do citado artigo é, pois estas são fornecidas mensalmente pelas instituições financeiras, como prescreve o parágrafo 3º inciso III do parágrafo 1º da Lei Complementar 105/2001.

Como se vê do disposto no parágrafo 4º do artigo 5º da LC 105/2001, a autoridade administrativa só pode quebrar o sigilo bancário do contribuinte em virtude de vislumbrar a existência de "indícios de omissão de receitas, movimentação financeira expressiva, e não apresentação dos extratos solicitados"

...

Se assim é, ou seja, se o fisco pode requisitar os documentos que julgar necessários à apuração adequada dos fatos como manda a lei nova, o consequente será a tributação real e efetiva da omissão de rendimentos ou receitas, encontrada e provada pelo fisco, não podendo mais a administração tributar os depósitos bancários com base na presunção do artigo 42 da Lei 9.430/96, que considera os depósitos bancários a priori como omissão de receita ou rendimento, cabendo ao contribuinte a prova em contrário."

....

Assim. a lei anterior utilizava-se de presunção júris tantum na tributação dos depósitos bancários.... e a lei posterior determina que o fisco promova a adequada apuração dos fatos (tributáveis), não há como pretender serem compatíveis tais dispositivos legais; principalmente porque a lei posterior (parágrafo 4º do artigo 5º da Lei Complementar 105/2001) encontra sustentação de validez nos princípios da tipicidade e da legalidade cerrada da tributação, ao contrário do artigo 42 da lei 9.430/96.

Em face dos fundamentos colocados pelo recorrente, tenho por oportuno transcrever a íntegra dos dispositivos legais apontados como conflitantes entre si:

Lei nº 9.430, de 1996.

"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento 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, os valores mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Lei Complementar nº 105, de 2001.

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

60

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

I - depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

....

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

....

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

Da análise dos dispositivos aqui transcritos não vislumbro antinomia entre uma norma e outra. O artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, especifica que também considera omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove a origem dos recursos utilizados nessas operações. A Lei Complementar nº 105, de 2001, define operações financeiras, estabelece normas para obtenção das informações financeiras e como deve proceder após ter as informações em mãos. De posse das informações obtidas com base na Lei complementar nº 105, de 2001, aplicam-se as disposições do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que prevê a intimação do contribuinte para justificar a movimentação financeira conhecida por meio das disposições previstas na Lei Complementar nº 105, de 2001, aplicando-se aqui a lição de Carlos Maximiliano para quem:

"Pode ser promulgada nova lei, sobre o mesmo assunto, sem ficar tacitamente ab-rogaada a anterior: ou a última restringe apenas o campo de aplicação da antiga; ou ao contrário, dilata-o, estende-o a casos novos; é possível até transformar a determinação especial em regra geral. Em suma: a incapacidade implícita entre duas expressões de direito não se presume; na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra. O jurisconsulto Paulo ensinara que – as leis posteriores se ligam às anteriores, se lhes não são contrárias, e esta última circunstância precisa ser provada com argumento sólidos."

....

"Se a lei nova cria, sobre o mesmo assunto da anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, é claro que todo o outro sistema foi eliminado. Por outras palavras: dá-se ab-rogação, quanto a norma posterior se cobre com o conteúdo todo da antiga". (Maximiliano, Carlos, Hermenêutica e Aplicação do Direito, 12ª edição, Ed. Forense Rio de Janeiro 1992, pág. 358.)

Por tais argumentos, deixo de prover o recurso.

(vi) Da alegação de inexistência de outro tributo sobre movimentação financeira à exceção da CPMF – Princípio da Legalidade – Artigo 150, I, da CF.

Afirma o recorrente que não existe tributo sobre movimentação financeira à exceção da CPMF, razão pela qual o lançamento deve ser considerado insubstancial. Tem razão o contribuinte quanto à primeira parte de sua alegação, isto é, não existe tributo sobre movimentação financeira à exceção da CPMF, no entanto, o lançamento não se deu em virtude da movimentação financeira, mas sim em face da presunção legal de que a movimentação financeira do recorrente, em face da não comprovação da origem, era proveniente da omissão de rendimentos.

Conforme destacado anteriormente, na presunção o legislador apanha um fato conhecido, que no caso é depósitos bancários e, deste dado, mediante raciocínio lógico, chega a um fato desconhecido que é a obtenção de rendimentos. A obtenção de renda presumida a partir de depósito bancário é um fato que pode ser verdadeiro ou falso, mas o legislador o tem como verdadeiro, cabendo à parte que tem contra si presunção legal fazer prova em contrário. Neste sentido, não se pode ignorar que a lei, estabelecendo uma presunção legal de omissão de rendimentos, autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos. Em síntese, a lei considera que os depósitos bancários, de origem não comprovada, analisados individualizadamente, caracterizam omissão de rendimentos. A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos.

A caracterização da ocorrência do fato gerador do imposto de renda não se dá pela mera constatação de um depósito bancário, considerado isoladamente. Pelo contrário, a presunção de omissão de rendimentos está ligada à falta de esclarecimentos da origem dos 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 uma simples 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.

Em síntese, o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, prevê que se caracteriza omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à 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.

Assim, em face da presunção legal, a Fiscalização não precisa provar que os tributos creditados nas contas correntes do contribuinte se constituem em omissão de rendimentos, cabendo a este, provar a origem de tais depósitos, sob pena de prevalecer a presunção prevista na lei.

Da impossibilidade de cumular a multa isolada com a multa de ofício.

Em relação aos créditos depositados na conta corrente do contribuinte em 28/02/2002; 30/04/2002, 31/07/2002 e 31/08/2002, respectivamente nos valores de R\$ 20.000,00; R\$ 20.000,00, R\$ 10.000,00 e 20.000,00, totalizando 70.000,00, em relação aos quais o recorrente deixou de efetuar o recolhimento mensal obrigatório (carnê-leão), a fiscalização, além da multa de ofício sobre estes rendimentos que foram objeto de lançamento (fl. 253), aplicou a multa isolada especificada no demonstrativo de fls. 254, o que demonstra que sobre a mesma base de cálculo há dupla incidência a título de multa, ou seja, R\$ 13.168,26 a título de multa de ofício e mais R\$ 13.168,25 a título de multa isolada.

A jurisprudência deste Conselho tem se posicionado que a aplicação concomitante da multa isolada (inciso III, do § 1º, do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996) e da multa de ofício (incisos I e II, do art. 44, da Lei nº 9.430, de 1996) não é legítima quando incide sobre uma mesma base de cálculo.” (Câmara Superior do Conselho de Contribuintes / Primeira Turma, Processo 10510.000679/2002-19, Acórdão nº 01-04.987, julg. em 15/06/2004).

O art. 53 da Lei nº 9.784, de 1999, estabelece que “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”

Em existindo omissão de rendimentos, não se pode aplicar uma multa em face da omissão de rendimentos e outra em razão do não recolhimento mensal obrigatório (carnê-leão), incidentes sobre a mesma base de cálculo.

Por tais fundamentos, com base no artigo 53 da Lei nº 9.470, de 1999, afasto a exigência do crédito tributário no valor de R\$ 13.168,25 correspondente à multa de ofício que foi cumulada com a multa isolada.

ISSO POSTO, desacolho a preliminar de nulidade e, no mérito, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para afastar da exigência do crédito tributário o valor de R\$ 13.168,25.

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


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA

VOTO VENCEDOR

**Conselheiro ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO,
Redator designado**

Inicialmente registro que o voto a seguir diz respeito à(s) preliminar(es) de irretroatividade, permanecendo, quanto às demais matérias, o voto do conselheiro relator.

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

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Caracterizam omissão de rendimentos valores creditados em conta bancária mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

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

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

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

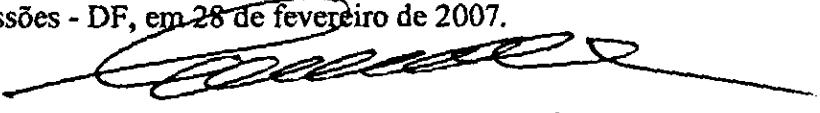
⁷ Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 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.



Pelas razões expostas, portanto, VOTO no sentido de REJEITAR as preliminares de irretroatividade e quebra de sigilo bancário.

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


ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO
Redator-Designado

DECLARAÇÃO DE VOTO

CONSELHEIRO LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA

Peço vênia ao eminentíssimo 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; "

Dai 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.

lh

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 regrametriz 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, imparcialidade, 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 ou 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.

/M

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.”

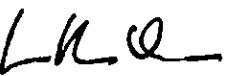
Por sua vez, o Regulamento do Imposto de Renda 1999 (Decreto nº 3000/1999), reproduziu no *caput* do artigo 849 e no seu § 3º os mesmos mandamentos do artigo 42 e § 4º, da Lei nº 9.430/1996.

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 fevereiro de 2007.


LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA