



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Recurso nº. : 142.147
Matéria : IRPF - Ex(s): 2000
Recorrente : MARCELO BISINELLA
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS
Sessão de : 13 de setembro de 2005
Acórdão nº. : 104-21.028

SIGILO BANCÁRIO - QUEBRA - INOCORRÊNCIA - Havendo processo fiscal instaurado e sendo considerado indispensável pela autoridade administrativa competente o exame das operações financeiras realizadas pelo contribuinte, não constitui quebra de sigilo bancário a requisição de informações sobre as referidas operações.

APLICAÇÃO DA NORMA NO TEMPO - RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174, de 2001 – Não há vedação à constituição de crédito tributário decorrente de procedimento de fiscalização que teve por base dados da CPMF. Ao suprimir a vedação existente no art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, a Lei nº 10.174, de 2001 nada mais fez do que ampliar os poderes de investigação do Fisco, aplicando-se, no caso, a hipótese prevista no § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional.

PAF - DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA - Tendo a decisão recorrida enfrentado todas as matérias argüidas na impugnação e fundamentado suas conclusões, não há falar em cerceamento de direito de defesa e, conseqüentemente, de nulidade da decisão.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a Lei nº 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - EXAME DA LEGALIDADE /CONSTITUCIONALIDADE - Não compete à autoridade administrativa de qualquer instância o exame da legalidade/constitucionalidade da legislação tributária, tarefa exclusiva do poder judiciário.

Preliminares rejeitadas

Recurso negado. *pel*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
MARCELO BISINELLA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento em face da utilização de dados obtidos com base nas informações da CPMF, vencidos os Conselheiros José Pereira do Nascimento, Meigan Sack Rodrigues e Sérgio Murilo Marelo (Suplente convocado) e, por unanimidade de votos, as demais preliminares. No mérito, pelo voto de qualidade, NEGAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros José Pereira do Nascimento, Meigan Sack Rodrigues, Oscar Luiz Mendonça de Aguiar e Remis Almeida Estol, que proviam parcialmente o recurso para que os valores tributados em um mês constituíssem origem para os depósitos do mês subsequente, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO
PRESIDENTE


PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 21 OUT 2005

Participou, ainda, do presente julgamento, o Conselheiro NELSON MALLMANN.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

Recurso nº. : 142.147
Recorrente : MARCELO BISINELLA

RELATÓRIO

Contra MARCELO BISINELLA, Contribuinte inscrito no CPF/MF sob o nº 435.237.140/87, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 458/465 para formalização de exigência de crédito tributário de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF no montante total de R\$ 106.565,31, incluindo multa e ofício e juros de mora, estes calculados até 27/02/2004.

As infrações estão assim descritas no Auto de Infração:

1) GANHOS LÍQUIDOS NO MERCADO DE RENDA VARIÁVEL – OMISSÃO DE RENDIMENTOS – OPERAÇÕES COMUNS – Omissão de ganhos líquidos no mercado de redá variável obtidos em operações na(s) bolsa(s), conforme relatório em anexo que é parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração. (Fato Gerador: 31/05/1999, 31/10/1999, 30/11/1999 e 31/12/1999);

02) GANHOS LÍQUIDOS NO MERCADO DE RENDA VARIÁVEL – OMISSÃO/APURAÇÃO INCORRETA DE GANHOS – OPERAÇÕES "DAY TRADE". – Omissão de ganhos líquidos no mercado de renda variável obtidos em operações "day-trade", na bolsa, conforme relatório em anexo que é parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração. (Fato gerador: 31/01/1999, 31/03/1999 e 30/06/1999);

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

03) DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA – OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA – Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em conta(s) de depósito ou de investimento, mantida(s) em instituição(ões) financeira(s), em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme relatório em anexo que é parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração. (Fato gerador: 01/1999 a 12/1999)

No Relatório do Trabalho Fiscal, de fls. 445/457 a autoridade lançadora relata, em síntese, que de posse dos extratos bancários das contas bancárias do contribuinte relacionou os créditos efetuados nessas contas, após conciliação e exclusões, e intimou o autuado a comprovar a origem dos recursos que deram suporte a esses créditos; que não tendo o contribuinte logrado comprovar tal origem, procedeu ao lançamento, com base no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; que dos documentos apresentados pelo Contribuinte, constatou-se que o mesmo fez alienações de ações no mercado à vista em bolsa de valores e no mercado de opções, sem ter apurado e recolhido o imposto sobre o Ganho de Renda Variável, o que foi feito pela Fiscalização, de ofício; que essa apuração foi feita por espécie de ativo negociado, utilizando-se as notas de corretagem, demonstrativo de operações apresentada pela Corretora Solidus S/A. e dos demonstrativos de operações realizadas na bolsa no ano de 1999, entregues pelo Fiscalizado; que a base de cálculo do imposto lançado foi o ganho líquido realizado em cada mês, sendo deduzidas do preço de venda dos ativos as despesas com corretagem, taxas ou outros custos necessários à realização das operações e as mesmas despesas foram acrescentadas ao custo de aquisição dos ativos negociados; que o custo de aquisição dos ativos negociados nos mercados à vista foi calculado pela média ponderada dos custos unitários, por espécie de ativo, conforme procedimento que relata; que os ganhos líquidos ou perdas foram obtidos pela diferença positiva entre o valor da operação de venda e o do custo médio do ativo vendido; que nas

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

operações que tiveram por objeto a negociação de opções de compra ou de venda os custos de aquisição das opções de mesma série foram calculados pela média ponderada dos prêmios unitários pagos; os ganhos líquidos e/ou perdas foram obtidos pela diferença positiva entre o valor da operação de encerramento das opções de mesma série e o seu custo médio de aquisição; que as perdas ocorridas nas operações realizadas no mercado à vista e no mercado de opções foram compensadas com os ganhos líquidos auferidos no próprio mês ou meses subsequêntes; que os ganhos ou perdas em operações de "day-trade" foram apurados em separado dos ocorridos em operações comuns, conforme planilhas de apuração das operações realizadas no mercado de ações e no mercado e opções e que os ganhos e perdas foram apurados pelo resultado líquido auferido no dia em operações com o mesmo ativo; que as perdas ocorridas em operações de "day-trade" somente foram compensadas com os ganhos auferidos em operações da mesma espécie no mesmo mês e em meses subsequêntes conforme resumo de apuração de ganhos de renda variável.

A aplicação da multa qualificada foi assim justificada:

"Verificamos que o contribuinte não ofereceu á tributação do imposto de renda o ganhos líquidos obtidos no mercado de renda variável em operações realizadas na Bolsa de Valores.

Consideramos que fica evidenciado o intuito de fraude, na medida em que o contribuinte não declarou a totalidade de seus rendimentos omitindo total ou parcialmente, informação que deveria ser produzida a agentes da pessoa jurídica de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos devidos por lei".

Impugnação

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

Inconformado com a exigência, o Contribuinte apresentou a impugnação de fls. 470/492 onde argúi, preliminarmente, a nulidade do auto de infração por quebra de sigilo bancário.

No mérito, ainda quanto à infração Omissão de Rendimentos Tendo em Vista Depósitos Bancários de Origem não Comprovada, aduz, em síntese, que o lançamento é efetivado sobre receita e não sobre rendimento e que, portanto, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996 teria instituído novo fato gerador do tributo, o que não poderia ser feito por lei ordinária. Tal vício ensejaria a nulidade do lançamento.

Aduz, ainda, que no final de 1998 dispunha de recursos que movimentava na Corretora Solidus, onde negociava ações e que esses recursos teriam passado por suas contas bancárias. Diz, ainda, que não possui livro caixa onde controle essas operações e que, portanto, não tem como demonstrar a origem de cada depósito. Anexa cópia de alguns cheques que tiveram por objeto o pagamento a terceiros de valores relacionados a sua atividade comercial e pede a exclusão do valor de R\$ 3.880,00 o qual teria tido origem em transferência da Solidus, conforme documento que anexa aos autos.

Sobre a infração Omissão de Ganho Líquido no Mercado de Renda Variável, diz que houve erro na apuração dos valores das ações PETROBRAS PN; que em agosto de 1999 o resultado foi um prejuízo de R\$ 5.453,64 e não um lucro como constou da autuação fiscal. Sobre os cálculos para a apuração do lucro afirma que não foi possível verificar se todas as despesas foram levadas em conta.

Finalmente, sobre a multa qualificada diz que não houve dolo na omissão apurada.

Decisão de primeira instância

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

A DRJ/PORTO ALEGRE/RS considerou procedente em parte o lançamento, com os fundamentos consubstanciados nas ementas a seguir reproduzidas:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF
Exercício: 2000

Ementa: NULIDADE PROCESSUAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. REGULARIDADE.

Não acarreta nulidade processual a utilização de novos critérios de apuração ou processo de fiscalização, bem como a ampliação dos poderes de investigação das autoridades administrativas, mesmo que previstos em legislação posterior ao fato gerador.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM ORIGEM COMPROVADA.

Caracteriza-se como omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósitos ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

GANHO DE CAPITAL. RENDA VARIÁVEL. OPERAÇÕES COMUNS E DAY-TRADE.

Apurada a omissão e/ou incorreção de ganhos no mercado de renda variável aplicável a exigência de ofício do tributo devido.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Não se verificando o evidente intuito de fraude nas omissões apuradas indevida a aplicação de multa qualificada.

Lançamento Procedente em Parte.

A DRJ/PORTO ALEGRE/RS acolheu em parte as alegações da defesa apenas para recompor os cálculos do ganho líquidos nas operações de renda variável, considerando como prejuízo e não como lucro o valor de R\$ 5.453,64, no mês de agosto de 1999.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

Recurso

Inconformado com a exigência, da qual tomou ciência em 09/07/2004, o Contribuinte apresentou a Impugnação de fls. 569/590, onde reitera, com os mesmos argumentos, a arguição de nulidade do lançamento por quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

Acrescenta aos motivos do pedido de declaração de nulidade do lançamento a alegação de que o lançamento utilizou-se de dados da CPMF, autorizado pela Lei 10.174, de 2001 a qual, sustenta, não poderia retroagir para alcançar fatos pretéritos.

Argúi, também, a nulidade da decisão de primeira instância por ter deixado de apreciar alegação de inconstitucionalidade do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996 por introduzir base de incidência do imposto (depósitos bancários) incompatível com o conceito de renda e reitera essa mesma alegação no recurso, com os mesmos argumentos da peça impugnatória.

Quanto ao mérito, aduz que se confundem os recursos movimentados nas contas bancárias e aqueles aplicados nos negócios com fundos de investimento de ações. Diz, também, que não foi comprovado pelo Fisco a efetiva ocorrência do fato gerador do imposto.

Com esses fundamentos, pede o Recorrente:

"A) Declarar a nulidade do lançamento em face ao ilegal e abusivo emprego da retroatividade, para uso de elementos relativos à fiscalização da CPMF (Lei nº 10.174/2001), bem assim por decorrência de lançamento fulcrado em exame de operações bancárias, com a QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

sem a interveniência do Poder Judiciário, o que macula o procedimento fiscal;

B) Declarar a nulidade do julgamento de primeira instância, expresso no Acórdão da DRJ/POA por ofensa ao princípio da ampla defesa, representado na falta de apreciação das alegações de inconstitucionalidade do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, ou, ainda, de outra forma, reapreciando a matéria sob a luz de todos os princípios, a doutrina e a jurisprudência que delimitam e esclarecem esta matéria, expostos acima, para, neste aspecto, intuir sobre a insubsistência do lançamento, que se alicerça em arbitramento representativo de somatório de depósitos bancários, somatório esse intitulado de Renda ou rendimentos;

C) De outra forma, se não açados esses pedidos, seja reformado o Acórdão aqui atacado, sob o prisma da falta de análise, pela fiscalização, da ocorrência efetiva do FATO GERADOR do imposto, na inexistência de acréscimo patrimonial, e em decorrência de que os mesmos recursos que circulam pelas contas bancárias auditadas serem procedentes dos resgates de aplicações em operações de bolsa de valores, através de conta corrente em Corretora de títulos e valores mobiliários".

É o Relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

VOTO

Conselheiro PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido.

Cuido inicialmente da preliminar de nulidade do lançamento. Argúi o contribuinte a nulidade do lançamento por quebra de sigilo bancário e por basear-se em dados da CPMF o que, sustenta, não poderia ocorrer por força de vedação legal expressa da Lei nº 9.311, de 1996, e que a lei 10.174, de 2001 que suprimiu aquela vedação não poderia retroagir para alcançar fatos pretéritos.

Relativamente à alegação de quebra do sigilo bancário, entendo, acompanhando a jurisprudência desta Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuinte que, atendidas as condições fixadas na lei, o Fisco pode ter acesso às informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes e utilizá-las como base para o lançamento tributário.

É verdade que o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal garante o direito à privacidade, no qual se inclui o sigilo bancário, mas esse direito não é absoluto e ilimitado, a ponto de se opor aos próprios agentes do Estado, na sua atividade de controle, por exemplo, do cumprimento das obrigações fiscais por parte dos contribuintes. Não se pode pretender

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

que o sigilo bancário se preste para acobertar irregularidades passíveis de apuração pelos agentes do Fisco.

O ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, embora sempre reconhecendo o sigilo das informações bancárias, tem uma larga tradição em franquear o acesso a essas informações aos agentes do Fisco. Assim, a Lei nº 4.595, de 1964, já prescrevia no seu art. 38, *verbis*:

Lei nº 4.595, de 1964:

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

(...)

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames ser conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente."

O próprio Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 1966, recepcionado pela Constituição de 1988 como lei complementar, expressamente determina que as instituições financeiras devem prestar informações sobre negócios de terceiros, o que, obviamente, inclui as operações financeiras, silenciando, inclusive, sobre a exigência de prévio processo administrativo instaurado:

Lei nº 5.172, de 1966:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

"Art. 197 – Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

(...)

II – os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras."

Ainda nesse mesmo sentido, foi editada, posteriormente, a Lei nº 8.021, de 1990, ampliando, inclusive, o rol das instituições obrigadas a prestar informações ao Fisco:

Lei nº 8.021, de 1990:

"Art. 7º - A autoridade fiscal do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento poderá proceder a exames de documentos, livros e registros das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como solicitar a prestação de esclarecimentos e informações a respeito de operações por elas praticadas, inclusive em relação a terceiros.

Art. 8º - Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único – As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º."

Finalmente, a Lei complementar nº 105, de 2001, a qual versa expressamente sobre o dever de sigilo das instituições financeiras em relação às operações financeiras de seus clientes, fez a ressalva quanto ao acesso a essas informações pelos agentes do Fisco, a saber:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

Lei Complementar nº 105, de 2001:

"Art. 1º – As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

(...)

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 as 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.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária."

Como se vê, o ordenamento jurídico brasileiro de há muito vem estabelecendo, em caráter sempre excepcional e em determinadas condições previamente estabelecidas, o acesso a informações bancárias dos contribuintes pelos agentes do Fisco. Assim, a legislação brasileira tem, insistentemente, se inclinado no sentido da relativização do alcance do sigilo bancário, prevendo expressamente as situações excepcionais em que se admite a abertura daquelas informações.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

Por outro lado, não se deve esquecer que os Auditores da Receita Federal, assim como os auditores do Banco Central do Brasil, e as próprias instituições financeiras, estão sujeitos ao dever de manter sigilo das informações a que tenham acesso em função de suas atividades. Desse modo, a rigor, sequer se pode falar em quebra de sigilo, mas em mera transferência deste.

Finalmente, cumpre ressaltar que os dispositivos legais acima transcritos são normas válidas e, portanto, plenamente aplicáveis, eis que não foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Não há falar, portanto, em violação ilegal ou ilegítima de sigilo bancário, razão pela qual rejeito esta preliminar.

Sobre a utilização dos dados da CPMF, a questão gira em torno do art. 1º da Lei nº 10.174, de 2001, que alterou o § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311 de 1996. Vejamos o que diz o art 1º da Lei nº 10.174, de 2001:

"Art. 1º O art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 11...

§ 3º A secretaria da Receita Federal resguardará, na forma 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 o 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 1966, e alterações posteriores'."

A seguir a redação original do § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

"Art. 11.

(...)

§ 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."

A questão a ser decidida, portanto, é se, como a legislação alterada vedava a utilização das informações para fins de constituição de crédito tributário de outros tributos, o que passou a ser permitido com a alteração introduzida pela Lei nº 10.174, de 2001, é possível, ou não, proceder a lançamentos referentes a períodos anteriores à vigência dessa última lei, a partir das informações da CPMF.

Entendo que o cerne da questão está na natureza da norma em apreço, se esta se refere aos aspectos materiais do lançamento ou ao procedimento de investigação. Isso porque o Código Tributário Nacional, no seu artigo 144, disciplina a questão da vigência da legislação no tempo e, ao fazê-lo, distingue expressamente as duas hipóteses, senão vejamos:

Lei nº 5.172, de 1966:

"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 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, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgando ao crédito maior garantia ou privilégio, exceto, neste último caso, para efeito de atribuir responsabilidade a terceiros."

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

Não tenho dúvidas em afirmar que a alteração introduzida pela Lei nº 10.174 no § 3º da Lei do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996 alcança apenas aos procedimentos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação do Fisco que, a partir de então, passou a poder utilizar-se de informações que antes lhe eram vedadas.

Essa questão foi muito bem resumida pela MM. Juíza Federal Substituta da 16ª Vara Cível Federal em São Paulo, nos autos do Mandado de Segurança nº 2001.61.00.028247-3, nos seguintes termos:

"Não há que se falar em aplicação retroativa da Lei nº 10.174/2001, em ofensa ao art. 144 do CTN, na medida em que a lei a ser aplicada continuará sendo aquela lei material vigente à época do fato gerador, no caso, a lei vigente para o IRPJ em 1988, o que não se confunde com a lei que conferiu mecanismos à apuração do crédito tributário remanescente, esta sim promulgada em 2001, visto que ainda não decorreu o prazo decadencial de cinco anos para a Fazenda constituir o crédito previsto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional, o que dá ensejo ao lançamento de ofício, garantido pelo art. 149, VIII, parágrafo único do CTN."

Aplicável, portanto, na espécie, o disposto no § 1º, do art. 144 do CTN, acima referido.

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade do lançamento.

Argúi também o Contribuinte a nulidade da decisão de primeira instância, por cerceamento de defesa. Diz que a DRJ/PORTO ALEGRE/RS não enfrentou suas alegações de inconstitucionalidade do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Não assiste razão ao Impetrante. O voto condutor da decisão recorrida é claro quando declara sua incompetência para apreciar arguições de inconstitucionalidade, senão vejamos:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

"Não é admissível na esfera administrativa, em que pese o entendimento do contribuinte, o exame da constitucionalidade da legislação em vigor e aplicável ao caso em exame. No caso, esta Delegacia de Julgamento não é foro adequado para apreciações relacionadas a alegação de inconstitucionalidade, porque tal matéria ultrapassa os limites de competência para o julgamento administrativo.

A presunção de constitucionalidade da lei é absoluta para os poderes executivos e legislativo, pois, se a aprovaram é porque julgavam inexistir qualquer vício em seu teor.

Assim, como já salientamos falece competência aos órgãos administrativos do Poder Executivo para apreciar o mérito da inconstitucionalidade argüida, mesmo àqueles responsáveis pelo julgamento de processos de cunho administrativos".

Não vislumbro nos autos e, especificamente, na decisão recorrida qualquer vício que possa caracterizar cerceamento do direito de defesa, razão pela qual rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, cumpre destacar que o litígio subsiste, na fase recursal, apenas em relação à infração Depósitos Bancários de Origem não Comprovada. Quanto às infrações relacionadas a omissão de ganhos no mercado de renda variável o Recorrente não mais se insurge. Limita-se a dizer que os recursos dessas aplicações circularam por suas contas bancárias, na tentativa de justificar essa movimentação.

Sobre a alegação de inconstitucionalidade do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, a questão foi enfrentada com precisão pela decisão recorrida. De fato, falece competência aos órgãos julgadores administrativos para apreciar argüições de inconstitucionalidade de lei.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

Ademais, o alegado motivo da inconstitucionalidade não se verifica. Não é correta a afirmação de que o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, institui uma tributação com base na receita. Tal conclusão, com a devida vênia, decorre de uma interpretação equivocada do sentido e alcance do dispositivo em apreço.

Com efeito, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, estabelece uma presunção legal do tipo *juris tantum*, a de que a verificação de créditos/depósitos bancários cuja origem o contribuinte, regularmente intimado, não logre comprovar, presumem-se receitas ou rendimentos subtraídos ao crivo da tributação. Com isso, ao proceder ao lançamento com base nos depósitos bancários, não está o Fisco equiparando os depósitos a renda, mas assumindo, como previsto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que o contribuinte omitiu rendimentos.

A leitura do *caput* do referido artigo não deixa qualquer dúvida quanto a isso, senão vejamos:

Lei nº 9.430, de 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, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Trata-se, assim, de renda presumida, de conformidade com o que preceitua o art. 44 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

"art. 44. a base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis".

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11065.000608/2004-38
Acórdão nº. : 104-21.028

Não procede, portanto, a alegação de que não resta comprovado nos autos a obtenção, pelo contribuinte, de renda tributável. Tal comprovação se faz de forma indireta pela demonstração da existência de depósitos bancários cuja origem o contribuinte não comprova.

O Recorrente não apresenta qualquer elemento que comprove a origem dos recursos aportados às contas bancárias. A simples indicação genérica de que os recursos aplicados no mercado de ações circularam nessas contas ou de que exercia atividade comercial ou outra qualquer não aproveita à defesa. Cumpriria ao contribuinte demonstrar de forma individualizada e com coincidência de datas e valores as origens dos recursos depositados.

Sem isso paira incólume a presunção legal.

Ante todo o exposto, VOTO no sentido de rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento por quebra de sigilo bancário e por utilização de dados da CPMF com base na Lei nº 10.174, de 2001 e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões (DF), em 13 de setembro de 2005


PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA