



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	11065.005261/2003-39
Recurso nº	142.384 Voluntário
Matéria	IRPF - EX: 1999
Acórdão nº	102-48.290
Sessão de	28 de março de 2007
Recorrente	DANIEL ARAMIS COELHO
Recorrida	4ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 1993, 1994

Ementa: DECADÊNCIA - A ineficácia do ato administrativo de lançamento por decadência somente ocorre com a concretização da publicidade após o prazo legal concedido ao sujeito ativo para esse fim.

ILEGITIMIDADE PASSIVA – A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros.

NULIDADE DO LANÇAMENTO – INCOMPETÊNCIA – o Auditor-Fiscal da Receita Federal é competente para lavratura de intimações e formalização de exigência de créditos tributários decorrentes dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS – A falta de documentos no processo caracteriza instrução processual deficiente e esta deve ser sanada na forma autorizada em lei.

SIGILO BANCÁRIO - QUEBRA – A entrega de extratos bancários em atendimento à solicitação do fisco não caracteriza quebra do sigilo bancário. Evidenciada indispensável a presença dos dados cadastrais havidos na instituição financeira, justifica-se o acesso aos referidos elementos pela Administração Tributária, independente da ordem judicial. A utilização dos dados da CPMF para fiscalização de outros tributos é permitida ao fisco, inclusive para períodos anteriores à lei que conteve a revogação da restrição, em razão da natureza processual tributária destes.

INCONSTITUCIONALIDADE – SÚMULA 1º CC Nº 2 - O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS – Na presunção legal que tem por fundamento depósitos e créditos bancários, constitui rendimento tributável omitido aquele de origem não comprovada com a renda e outros recursos declarados.

MULTA ISOLADA - CUMULATIVIDADE COM A MULTA DE OFÍCIO – Quando a falta de antecipação do tributo constitui infração caracterizada como ausência de pagamento, punida com multa de ofício isolada, e os correspondentes rendimentos compõem a renda tributável para apuração do saldo anual do Imposto de Renda – Pessoa Física não pago, este é a base de cálculo da multa de ofício, concomitante, e alberga a parte do tributo já punida pela falta de pagamento. Nessa hipótese, a exigência das duas penalidades constitui dupla incidência para apenas uma infração. Dessa evidência, ou se exige a multa isolada em detrimento da multa de ofício porque a infração caracterizada pela falta de pagamento já teria sido punida, ou a primeira deixa de incidir pela prevalência, mais benéfica, da composição anual do tributo.


Preliminares rejeitadas.

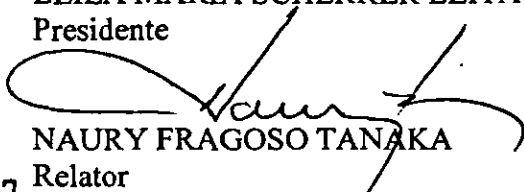
Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, REJEITAR as preliminares de: (1) decadência. Vencido o Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira que a acolhe parcialmente, cancelando os fatos geradores até o mês de outubro e apresenta declaração de voto; (2) irretroatividade da Lei nº 10.174/2001. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva que a acolhe, cancela o lançamento e apresenta declaração de voto. Por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de incompetência do servidor para assinar intimação, de cerceamento do direito de defesa, a de quebra do sigilo bancário e a de erro na identificação do sujeito passivo. No mérito, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir: (1) da base de cálculo do lançamento, o montante de R\$ 20.064,02; e (2) a multa isolada, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.




LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
Presidente


NAURY FRAGOSO TANAKA
Relator

04 JUN 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, SILVANA MANCINI KARAM, ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.

Relatório

O processo tem por objeto a exigência de crédito tributário em montante de R\$ 338.948,66, constante do Auto de Infração, de 12 de novembro de 2003⁽¹⁾ e decorrente das omissões de rendimentos apuradas em todos os meses do ano-calendário de 1998, por meio da presunção legal de renda com base em depósitos bancários. Compôs também o referido crédito a multa isolada pela falta de recolhimento da antecipação do tributo pelos recebimentos de pessoas físicas². A multa de ofício foi qualificada para todos os rendimentos em razão da omissão destes e pelo descumprimento da obrigação acessória de apresentar a Declaração de Ajuste Anual – DAA, conforme possível extrair do Relatório do Trabalho Fiscal, fl. 184, v-I.

A lide resulta do inconformismo do sujeito passivo com a decisão de primeira instância manifestada no Acórdão DRJ/POA nº 3.999, de 28 de junho de 2004, fl. 252, v-II, em razão desta conter posição no sentido da procedência parcial do feito. Nesse ato, afastada a qualificação da penalidade de ofício e reduzida a multa isolada de 75% para R\$ 810,00⁽³⁾.

A peça recursal, apresentada durante a vigência do prazo legal para esse fim⁴, conteve os seguintes argumentos:

Em preliminar as nulidades do lançamento:

1. por força da norma contida no artigo 150, § 4º, e 156, V, ambos do CTN, para os rendimentos – declarados ou presumidos - percebidos no período compreendido entre janeiro a outubro; também estariam a fundamentar a decadência mensal os artigos 106, 111, 112, 849, §§ 1º e 3º, e 852, todos do RIR/99.

2. Erro na identificação do sujeito passivo dos depósitos. Ofensa ao artigo 10, incisos I, III, IV e V do Decreto nº 70.235, de 1972, e, ainda, contrariedade às determinações dos art. 43 e 45 e do *caput* do art. 142, do CTN, por conter o feito os depósitos em nome de Glênio Rogério Schmitt (fls. 87, 142, 143, 175, 176 e 182) na conta bancária 37368.01, ag. 290.76 do Banrisul. Protesto pela ofensa à norma do artigo 845, do RIR/99, caracterizada pela falta de provas para o afastamento dos esclarecimentos prestados pelo sujeito passivo, no caso a declaração de titularidade desses valores pela pessoa indicada. Pedido o afastamento da incidência tributária para os depósitos havidos na conta bancária sob nº 3.384-7, ag. 2172-5, do B Bradesco S/A, porque de titularidade da empresa SE Calçados Indústria e Comércio Ltda, Delmar Frank, e Patricia da Silva Pinto, conforme documentos às fls. 84, 86, 87, 89, 90, 97, 98, 100, 134, 135, 150, 151, 155, 156 e 164. O disposto no art. 121 do CTN, não teria

¹ A ciência do feito ocorreu em 17 de novembro de 2003, fl. 211, v-II.

² Os rendimentos de pessoas físicas são aqueles constantes da Declaração de Ajuste Anual – DAA apresentada em 23 de abril de 2003, após o início da ação fiscal, na qual informado a esse título R\$ 18.000,00, composto por recebimentos mensais de R\$ 1.500,00, fl. 6, v-I.

³ Saliente-se que foi identificado erro na imposição da penalidade isolada, conforme no referido Acórdão, fl. 266, v-I.

⁴ A ciência da decisão de primeira instância ocorreu em 14 de julho de 2004, fl. 271, v-II, e o recurso foi interposto em 12 de agosto desse ano, fl. 272, v-II.



interpretação adequada pelos Julgadores de 1ª Instância, no que concerne à atribuição do encargo do imposto ao verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária: os titulares de fato⁵.

Quanto a esta questão, conveniente os esclarecimentos a respeito da atitude da autoridade fiscal. Verifica-se que esta solicitou do sujeito passivo informação sobre a titularidade das contas por meio do Termo de Intimação nº 02, de 11 de julho de 2003, fl. 64, e não obteve resposta no prazo legal fixado, 5 (cinco) dias. Em seguida a essa solicitação, pedido pela comprovação da origem dos valores havidos nas contas bancárias em verificação com o Termo de Intimação nº 03, de 21 de agosto de 2003, fl. 66. Em 4 de setembro de 2003, foram lavradas Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF para os bancos: Banco do Brasil S/A, Banco Bradesco S/A e Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A, fls. 80 a 82, nas quais solicitada informação sobre todos os dados cadastrais das contas bancárias em análise e a entrega dos cartões de autógrafos. Após essas atitudes da autoridade fiscal, em 8 de setembro de 2003, a pessoa fiscalizada informou sobre a titularidade das contas, fl. 83; e nessa mesma oportunidade pediu por mais 3 (três) dias de prazo para identificação dos depósitos que não foram por ela efetuados, fl. 84.

No dia 12 de setembro de 2003, a pessoa fiscalizada encaminhou comunicado dirigido à autoridade fiscal no qual informado sobre a relação de depósitos de titularidade da S.E. Calçados, de Delmar Frank, de Patrícia da Silva Pinto e sobre a titularidade de fato da conta bancária no Banrisul pertencer a Glenio Rogério Schmitt, CPF 349.934.010-00, no entanto, essa informação foi acompanhada apenas por declarações despidas de documentos para comprovar seus conteúdos, com exceção daquela prestada por Patrícia S. Pinto, tida como companheira do sujeito passivo no período considerado⁶, que apresentou cópias dos comprovantes de salários percebidos, fls. 101 a 114, v-I. A relação desta última com o sujeito passivo seria comprovada com o filho de ambos, Lucas da Silva Coelho, nascido em 25 de fevereiro de 2000, conforme cópia da certidão de nascimento à fl. 116.

Como as declarações não constituem provas do declarado, a autoridade fiscal buscou junto às fontes, indicadas como titulares dos depósitos, a comprovação do que declararam, por meio dos Termos de Intimação, fl. 149, para S E Calçados, fl. 154, para Delmar Franck, enquanto aquele dirigido à Glênio Rogério Schmitt e os esclarecimentos prestados constam do processo 11065.005263/2003-28, conforme informado no Relatório do Trabalho Fiscal, fl. 183, v-I. Todas as fontes informaram que não possuíam documentos para comprovar o que declararam.

Em razão da titularidade conjunta da conta havida no Banrisul e da falta de provas quanto a titularidade de fato pertencer a Glênio, a autoridade fiscal atribuiu os depósitos a ambos em proporção de 50% (cinquenta por cento). Resta informar que, apesar de não constar informação a respeito de exigência tributária deste último, em pesquisa realizada no

⁵ A contribuir com essa afirmativa, os demais dispositivos listados no item 3.2-Erro da Identificação do Sujeito Passivo, o § 5º do art. 42 da Lei nº 9.430/96 e o art. 48 da lei nº 10.637/02 e as declarações dos terceiros nas quais informado sobre a efetiva titularidade das contas.

⁶ Ressalte-se que a autoridade fiscal acolheu dois depósitos efetuados por Patrícia da Silva Pinto, um em 20 de fevereiro e outro em 6 de agosto, porque coincidentes em data e valor com aqueles dos recibos apresentados, conforme informado no Relatório do Trabalho Fiscal, fl. 180, v-I. Esses dados reforçam a situação de companheira do sujeito passivo no período considerado.



sistema COMPROT, via Internet, localizado o processo informado no Relatório do Trabalho Fiscal já em arquivo⁷.

3. Incompetência do servidor para formalizar a fiscalização, evidenciada pelos seguintes fatos: Intimação assinada por servidor não relacionado no MPF (fls. 66 a 82), bem assim os Termos de Intimação de fls. 77, 118 a 120, 128, 129, 121, 132, 152 a 154; e pela falta de exibição do MPF ao contribuinte. Protesto da defesa quanto à interpretação entendida equivocada posta em primeira instância a respeito do MPF. Segundo a decisão *a quo*, a exigência contida no § 2º do art. 2º do Decreto nº 3.724, de 10/01/2001, não tiraria a competência dos Auditores Fiscais da Receita Federal, mas regulamentaria os procedimentos fiscais ao determinar que somente terá início a verificação por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído em ato da Secretaria da Receita Federal. O MPF seria apenas elemento de controle da administração tributária do lançamento e não possuiria o condão de influenciar “na legitimidade do lançamento tributário”, sequer precisando observar as regras do princípio constitucional do devido processo legal.

4. Cerceamento ao direito de defesa, com fundamento no artigo 59, II, do Decreto nº 70.235, de 1972, pela falta de documentos juntados por Glênio Rogério Schmitt, ao prestar a declaração de fl. 182.

5. Nulidade do feito por resultar de investigação que teve origem na base de dados da CPMF, de utilização vedada por força da lei nº 9.311, de 1996, art. 11, § 3º.

6. Com fundamento na ilegalidade na quebra do sigilo bancário caracterizada pelo envio das RMF aos Bancos do Brasil S/A, Bradesco S/A e do Estado do Rio Grande do Sul S/A., por falta de motivação do ato administrativo, com ofensa às normas do devido processo legal.

Quanto ao mérito, os demais argumentos:

7. Tributação com base em depósitos bancários

7.1. Ofensa à norma do art. 43, I, do CTN.

Inconsistência na tributação, pois exigência construída a partir de depósitos bancários com origem não comprovada, que não configuram renda em razão da norma do artigo 43, I, do CTN.

7.2. Erro na construção da base presuntiva.

Irregularidades na construção da presunção, conforme artigo 849, do RIR/99. O sujeito passivo havia alegado que a movimentação bancária tinha origem nos seus rendimentos pessoais e empréstimos bancários, fl. 117, na alienação de bens, fls. 117 e 136 a 141, de indenização por sinistro de sua empresa, nos rendimentos pessoais de sua

⁷ Dados do Processo - Número : 11065.005283/2003-28 - Data de Protocolo : 04/11/2003 - Documento de Origem : AI - Assunto : AUTO DE INFRACAO-IRPF - Nome do Interessado : GLENIO ROGERIO SCHMITT - CPF : 349.934.010-00 - Localização Atual - Órgão Origem : ARQUIVO GERAL DA GRA-RS - Órgão Destino : ARQUIVO GERAL DA GRA-RS - Movimentado em : 14/09/2004 - Sequencia : 0008 - RM : 05972 - Situação : ARQUIVADO POR 05 ANOS - UF : RS - Pesquisa no site <http://comprot.fazenda.gov.br/>, 16h18, de 3 de agosto de 2006.



companheira, fls. 100 a 115, e no seu amigo Glênio Rogério Schmitt, fls. 87, 142 e 143. A informação seria confirmada pelas empresas que utilizaram as contas bancárias do Recorrente para compensar cheques de pagamento de suas vendas (item 3 do Relatório, fls. 175 a 179) porque estavam impossibilitadas pelo Banco Central de manter conta em instituições financeiras. Estariam comprovados alguns dos valores relacionados, fl. 180. Em contrário, a autoridade fiscal não teria produzido nenhuma prova no sentido de vincular os depósitos com negócios dos terceiros indicados, apesar de os dados resultarem dos registros fiscais de empresas e de terceiros. Protesto contra a falta de análise da verdade material, uma vez que, de acordo com dados e documentos que instruem o processo, comprovar-se-ia que os recursos financeiros transitados pelas contas do Recorrente seriam de terceiros e que a pessoa fiscalizada teria agido como mandatário destes. Ainda, o posicionamento mantido no julgamento de primeira instância, dado pela falta de observação dos esclarecimentos do Recorrente, na forma do § 1º do art. 894 do RIR/94, art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, da farta documentação, bem como a ausência de diligências do fisco para comprovar a falsidade ou inexatidão dos esclarecimentos e documentos.

7.3. Obrigação de Investigar.

Falta de cumprimento da determinação contida no artigo 932, do RIR/99, no sentido de que na presença de dúvida sobre as informações prestadas ou quando estas forem incompletas, deveria a autoridade fiscal exigir esclarecimentos e documentos dos informantes.

7.4. Inexistência de determinação legal para a escrituração mensal e guarda dos documentos.

Falta de condições para justificar e comprovar os depósitos em razão da inexigibilidade legal de escrituração e guarda de documentos bancários.

7.5. Compensação da renda tributável apurada em cada mês.

A autoridade fiscal não teria considerado a renda tributável presumida e tida como auferida em cada mês, como origem dos depósitos do mês seguinte, nem teria comprovado o consumo dos rendimentos tributados nos meses anteriores. Protesto contra o entendimento havido em 1ª instância, no sentido de que o procedimento previsto no § 6º do art. 6º da Lei nº 8.021, de 1990, ainda não revogado, não se aplica às situações sob a vigência da Lei nº 9.340, de 1996, para fundamentar a compensação do rendimento presumidamente omitido, tributado no mês anterior, com depósitos nos meses seguintes.

7.6. Tributação com efeitos de confisco.

Os valores tributados situar-se-iam além do patrimônio da pessoa, situação que permitiria concluir que a exigência constitui verdadeiro confisco.

7.7. Decisão *a quo* conteve fundamentos contraditórios em relação às decisões administrativas e judiciais.

Os fundamentos da decisão *a quo* seriam contraditórios à recente jurisprudência administrativa e judicial e formariam um *círculo vicioso*, (sic) cujo ponto de partida e chegada seria a pura e simples presunção, de datas e valores, de que a ausência de prova individualizada dos depósitos constituiria, de imediato, fato para tributar como rendimentos não declarados pelas pessoas físicas.



7.8. Tributação mensal.

O parágrafo 4º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, contém determinação para que, em se tratando de pessoa física, o fato gerador dos rendimentos presumidamente omitidos (com base em depósitos bancários), tenha tributação no mês da efetivação dos créditos pelas instituições financeiras e não ao final do ano-calendário, como entendido pelos Julgadores de 1ª Instância, quando analisaram a preliminar de decadência. A impossibilidade de comprovação individualizada, coincidente em data e valor com os depósitos bancários não significa que estes são rendimentos tributáveis ou sujeitos à tributação.

7.9. Valores de origem comprovada.

7.9.1. O registro no dia 13/02/98, de R\$ 8.000,00, no extrato da conta corrente do Banco Bradesco S/A, (fls. 34), teve como justificativa um empréstimo contraído pelo Recorrente para cobrir saldo devedor da conta corrente, (fls. 117), no entanto, embora não tenha sido verificada a falsidade ou inexatidão dos esclarecimentos, os Julgadores deixaram de reconhecer a origem do primeiro como localizada no referido crédito.

7.9.2. Da mesma forma do anterior, *mutatis mutandis*, o registro no dia 13/07/98 de R\$ 18.756,02, contido no extrato da conta-corrente do Banco Bradesco S/A (fls. 41), referente ao depósito do produto da venda do imóvel, em 13/07/98, declarado pelo Recorrente em sua declaração de bens (fls. 14). Depósito correspondente à alienação do apartamento 106 do bloco "B", e do box de estacionamento nº 24 do Edifício Vila Verde na Av. Otto Niemayer, 872, Porto Alegre, registrado no R-44.806, do RI da 3ª zona de Porto Alegre, fls. 136 a 141. O valor da alienação teria sido de R\$ 24.000,00 conforme cláusula 1ª do contrato de fls. 137, com comissão de R\$ 2.000,00, fl. 140. Desse valor foram descontadas as parcelas em atraso. Essa transação teria sido informada na declaração de ajuste anual, fl. 7. Protesto contra a falta de análise da questão no julgamento *a quo*.

7.9.3. Depósitos da SE Calçados Ind. Com. De Calçados Ltda, fls. 89 e 90, valor de R\$ 65.453,30.

7.9.4. Depósito de Delmar Franck – R\$ 10.522,27, Banco Bradesco S/A, fls. 97 e 98.

7.9.5. Depósitos de Patrícia da Silva Pinto, companheira do fiscalizado, R\$ 5.246,70, Banco Bradesco S/A, fl. 100, e 100 a 115.

7.10. Requisitos do lançamento com base em depósitos bancários.

Conclui a defesa que a decisão *a quo* não contém referência a prova que tenha sido produzida pelo fisco para comprovar falsidade ou inexatidão dos esclarecimentos do Recorrente, requisitos essenciais para efetivar o lançamento de ofício, conforme dispõe o artigo 894 do RIR/94.

8. Antecipação do IR.

O recorrente protesta contra a exigência de antecipação do Imposto de Renda sobre os rendimentos declarados após o início da investigação fiscal (R\$ 1.500,00 mensais), na qual o tributo apurado foi levado para compor a tributação anual.



A legislação fiscal em vigor conteria previsão no art. 8º da Lei nº 7.713, de 1988, no sentido de que o fato gerador do IRPF para fins de incidência da antecipação pela pessoa física - Carnê Leão - seria mensal e não em 31 de dezembro de cada ano. A entrega da DAA, exercício de 1999, em 23 de abril de 1999, não alteraria a modalidade do lançamento, por homologação, definida no art. 150 da Lei nº 5.172, de 1976 (CTN).

9. Ilegalidade na exigência dos juros de mora.

Ilegalidade na exigência dos juros de mora por falta de fundamentação legal apropriada do indexador aplicado e por ofensa ao limite previsto no artigo 192, § 3º, da CF/88.

10. Ilegalidade na imposição da multa isolada.

Protesto contra a concomitância da multa de ofício isolada com a multa de ofício.

Esses os argumentos que integraram a peça recursal.

Vindo a julgamento nesta E. Câmara, decidiu-se pela conversão em diligência para que fosse juntada cópia da prova documental apresentada por Glenio Rogério Schmitt. A declaração a que se referiu a defesa é citada no Relatório do Trabalho Fiscal à fl. 182, e não instrui o processo, mas aquele de nº 11065.005263/2003-28, conforme esclarecido nesse documento à fl. 183. Assim, solicitado para que servidor da unidade de origem verificasse junto ao referido processo as informações prestadas e os documentos apresentados por Glênio Rogério Schmitt, providenciasse cópia para juntada a este processo; cientificasse o sujeito passivo dessa atitude, concedesse prazo para manifestação e após devolvesse o processo para julgamento.

Em atendimento, juntados os referidos documentos, fls. 350 a 364, v-II, bem assim a manifestação do fiscalizado à fl. 367, v-II. Os primeiros, compostos por cópias (a) do pedido por cópias do processo 11065.005263/2003-28, fl. 350, v-II; (b) do pedido por parcelamento da parte não litigiosa do referido processo – todo o crédito tributário com exceção da parte relativa à qualificação da multa, fl. 351; (c) da impugnação ao referido lançamento, fls. 352 a 364; a manifestação do fiscalizado conteve menção à declaração de Glênio R. Schmidt no sentido de que deixa claro sobre a titularidade dos depósitos no Banco Banrisul S/A, enquanto juntou a própria declaração prestada, lavrada em 6 de agosto de 2004, com autenticação em 10 de agosto de 2004, fl. 368, na qual o autor confirma a titularidade exclusiva dos ditos créditos.

O arrolamento de bens consta do processo nº 13054.000767/2004-97, conforme informado no despacho de fl. 237, v-II.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro NAURY FRAGOSO TANAKA, Relator

Considerada a multiplicidade dos argumentos do Recorrente, com o objeto na melhoria da compreensão, desenvolve-se o voto por meio de agrupamento dos assuntos por títulos e ordem seqüencial.

Em primeiro, por força da determinação legal contida no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, devem ser analisadas as questões preliminares.

1. Decadência

Segundo a defesa, haveria ineficácia, por caducidade, para os rendimentos – declarados ou presumidos - percebidos no período compreendido entre janeiro a outubro, com fundamento no artigo 150, § 4º, e 156, ambos do CTN; também estariam a fundamentar a decadência mensal os artigos 106, 111, 112, 849 §§ 1º, 3º e 852, todos do RIR/99.

A decadência⁸ significa a extinção do direito do sujeito ativo de formalizar, constituir o crédito tributário. Essa figura jurídica, no entanto, em termos do Direito Tributário apresenta multiplicidade de interpretações a respeito do marco inicial de aplicabilidade do prazo, por força do necessário delineamento das características inerentes aos tipos de lançamentos.

O Recorrente utiliza o fato gerador do tributo centrado no mês de ocorrência dos fatos. Esse posicionamento, com a devida vênia do intérprete, é inadequado ao lançamento por homologação na forma aplicável ao Imposto de Renda das pessoas físicas.

Para essas pessoas, por força da lei, a regra geral contém determinação da incidência desse tributo em dois momentos: naquele relativo à teórica aquisição da disponibilidade de parcela da renda tributável anual, caracterizada pela percepção dos rendimentos, e ao final do ano-calendário, pela apuração da renda tributável, via declaração de ajuste anual. Por esse motivo, pode resultar tributo pago no mês de aquisição da disponibilidade da renda, mas restituição ao final do ano-calendário, por apropriação de dedução autorizada apenas para a incidência formalizada com a referida declaração, ou situação inversa. Assim, salvo as exceções previstas em leis específicas, o fato gerador ou fato jurídico tributário desse tributo, no caso das pessoas físicas, ocorre ou completa-se apenas ao final de cada ano-calendário.

⁸ DECADÊNCIA - Derivado do latim *cadens*, de *cadere* (cair, perecer, cessar), exprime, dentro de seu sentido originário, o estado de tudo aquilo que decai ou que perece. Desse modo, na terminologia jurídica, adotou-se o vocábulo para exprimir melhormente a queda ou perecimento de um direito, pelo decurso do prazo prefixado ao seu exercício, isto é, a queda ou perecimento de um direito pela falta de seu exercício no interregno assinalado pela lei. SILVA, Plácido e; FILHO, Nagib Slaibi.; ALVES, Geraldo Magela. Vocabulário Jurídico, 2.ª Ed. Eletrônica, Forense, [2001?] CD ROM. Produzido por Jurid Publicações Eletrônicas.



A exigência do tributo, nesse tipo de incidência, somente pode ser efetuada a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente e, se a Administração Tributária concede, por meio de lei, um prazo legal para que a pessoa informe seus dados, até o último dia do mês de abril de cada ano-calendário subsequente, por força da conformação ao princípio da legalidade, eventual verificação somente seria possível após esse limite.

Sob outra perspectiva, como é vedado ao aplicador da lei construir norma com conceitos transpostos de hipótese contida em outro texto legal, o prazo para formalização do crédito tributário não pode ser obtido da aplicabilidade do artigo 150, do CTN, porque este tem objeto distinto de prazo decadencial. A norma disciplinadora dessa figura jurídica em termos tributários somente pode obtida do texto contido no artigo 173, do mesmo ato legal, porque específica.

De acordo com o inciso I, desse artigo inicia-se a contagem do prazo no primeiro dia do exercício subsequente àquele em que poderia ter sido formalizado o crédito, nesta situação, 1º de janeiro de 2000, e o prazo de 5 (cinco) anos após essa data resultaria em momento localizado em 31 de dezembro de 2004. Como o lançamento teve ciência em 17 de novembro de 2003, conforme nota 1, permanece eficaz.

Ressalte-se que a interpretação predominante neste Primeiro Conselho de Contribuintes tem como referência de contagem a data de ocorrência do fato gerador, 31 de dezembro, com fundamento no artigo 150, § 4º do CTN. Nesta forma de interpretar a lei, também o lançamento permaneceria eficaz.

Os artigos 106, 111, 112, 849 §§ 1º, 3º e 852, todos do RIR/99, não se aplicam à situação. As normas constantes dos artigos 106, 111 e 112, têm por objeto o pagamento do tributo com incidência no mês de referência para as percepções de rendimentos de pessoas físicas ou do exterior.

Decreto nº 3.000, de 1999 - Art. 106. Está sujeita ao pagamento mensal do imposto a pessoa física que receber de outra pessoa física, ou de fontes situadas no exterior, rendimentos que não tenham sido tributados na fonte, no País, tais como (Lei nº 7.713, de 1988, art. 8º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 24, § 2º, inciso IV): (...)

Art. 111. O imposto de renda incidente sobre os rendimentos de que trata este Título será calculado de acordo com as seguintes tabelas progressiva em Reais: (...)

Art. 112. O imposto apurado na forma do artigo anterior deverá ser pago no prazo previsto no art. 852 (Lei nº 8.383, de 1991, art. 6º).

As normas resultantes dos artigos 849 e 852, têm por objeto a renda omitida apurada com base em depósitos e créditos bancários.

“Decreto nº 3.000, de 1999 - Art. 849. Caracterizam-se também como omissão de receita ou de rendimento, sujeitos a lançamento de ofício, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais a pessoa física ou jurídica, regularmente intimada, não comprove, mediante



documentação hábil ou idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (Lei n.º 9.430, de 1996, art. 42).

§ 1º Em relação ao disposto neste artigo, observar-se-ão (Lei n.º 9.430, de 1996, art. 42, §§ 1º e 2º):

I - o valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira;

II - os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 2º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados (Lei n.º 9.430, de 1996, art. 42, § 3º, incisos I e II, e Lei n.º 9.481, de 1997, art. 4º):

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a doze mil reais, desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de oitenta mil reais.

§ 3º 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 (Lei n.º 9.430, de 1996, art. 42, § 4º).

Art. 852. O imposto apurado na forma dos arts. 111, 142 e 758 deverá ser pago até o último dia útil do mês subsequente àquele em que os rendimentos ou ganhos forem percebidos (Lei n.º 8.383, de 1991, arts. 6º, inciso II, e 52, §§ 1º e 2º, Lei n.º 8.850, de 28 de janeiro de 1994, art. 2º, e Lei n.º 8.981, de 1995, art. 21, § 1º)."

Estas normas não se prestam para fundamentar a decadência com referência em fato gerador mensal do tributo porque, apesar de conterem determinação para a tributação e pagamento mensal do tributo, não expressam que a incidência deste é *definitiva* no mês da percepção dos rendimentos, nem há outra norma contendo determinação nesse sentido. Como a regra geral de incidência do tributo é a de incidência no momento da aquisição de disponibilidade da renda e ao final do ano-calendário, prevalece esta quando em confronto com a outra presente no artigo 42, da Lei n.º 9.430, de 1996, justamente porque a primeira não conteve exclusão ou determinação expressa no sentido da tributação definitiva em cada mês.

Ad argumentandum, integraram o recurso como jurisprudência administrativa na mesma linha da defesa, os acórdãos n.º 102-45440 e 102-45998, nos quais este Relator mantinha entendimento diverso para essa matéria. A alteração na norma disciplinadora desse direito decorreu do processo natural de aprendizagem do ser humano na escalada evolutiva do conhecimento no exercício das profissões, decorrência da absorção de novos conceitos, estes viabilizadores de outros juízos e de alterações naqueles já proferidos.



A interpretação sobre determinada matéria pode ser alterada, no entanto, aquela que tenha por objeto as situações individuais já definitivas não têm fundamento legal para a revisão.

2. Erro na identificação do sujeito passivo dos depósitos.

Segundo a defesa, haveria erro na identificação do sujeito passivo com ofensa às normas do artigo 10, incisos I, III, IV e V do Decreto nº 70.235, de 1972, e, ainda, às determinações dos art. 43 e 45 e do caput do art. 142, todos do CTN, por conter o feito os depósitos em nome de Glênio Rogério Schmitt (fls. 87, 142, 143, 175, 176 e 182) na conta bancária 37368.01, ag. 290.76 do Banrisul.

Informado no Relatório sobre o esforço desenvolvido pela autoridade fiscal para buscar, por meio de intimações ao fiscalizado, às pessoas indicadas como efetivas titulares das contas tidas como de titular distinto do fiscalizado e no intuito de que fossem carreadas ao processo provas documentais a respeito da efetiva titularidade. No entanto, essa busca não foi profícua, do que resultou a seqüência processual com os dados disponíveis.

Em razão da titularidade conjunta da conta havida no Banrisul e da falta de provas documentais quanto a titularidade de fato pertencer a Glênio, a autoridade fiscal atribuiu os depósitos a ambos em proporção de 50% (cinquenta por cento). Resta informar que, apesar de não constar informação a respeito de exigência tributária deste último, em pesquisa realizada no sistema COMPROT, via Internet, localizado o processo informado no Relatório do Trabalho Fiscal já em arquivo. Os documentos juntados por ocasião da diligência consistem de declarações não acompanhadas de outras provas a respeito do conteúdo, isto é, da efetiva titularidade das contas de referência.

O processo administrativo fiscal é regido, em nível específico, pelo Decreto nº 70.235, de 1972, e em nível amplo, pela Lei nº 9.784, de 1999, e os fatos em lide são analisados mediante produção de provas documentais, conforme determinação contida no artigo 15, do primeiro citado.

Uma declaração apresentada como indicação de ocorrência de fatos havidos no passado não deixa de ser uma prova, no entanto apenas indicativa de que algo pode ter acontecido, ou melhor, de que o fato indicado pode ter ocorrido.

Um fato é uma ocorrência que tem três aspectos fundamentais a serem identificados e comprovados: o aspecto material, relativo ao teor do ocorrido, isto é, o que significou a ocorrência: um sinistro, um roubo, um assalto, etc.; o aspecto espacial, relativo ao local onde este ocorreu: uma cidade, um estado, um país; e o aspecto temporal, relativo ao momento de ocorrência, dia, mês e ano. Observe-se que uma declaração não contém requisitos que permitam fixar os aspectos temporal e espacial do fato considerado, além de não constituir documento apropriado para comprovar o aspecto material.

Para que a prova seja eficaz não basta indicar a ocorrência do fato, deve comprovar com a presença de documentos, prova direta, ou de forma indiciária, prova indireta, esta com um conjunto de outros documentos e dados indicadores de que algo ocorreu em determinados local e momento do passado, com as características materiais inerentes. Por isso uma declaração constitui apenas um indicativo da existência de um fato e, isoladamente considerada, não constitui prova de sua ocorrência.



Nesta situação tem-se declarações das partes – sujeito passivo e S E Calçados, Delmar Franck, e Glênio Rogério Schmitt – que não foram acompanhadas de qualquer documento comprobatório do objeto.

A transferência de responsabilidade quanto a apresentação de documentos para o segundo titular não se presta para afastar a demanda jurídica da prova. Válido observar que sendo um dos titulares da conta bancária a pessoa tem acesso a esses dados, situação que permitiria obter cópias de cheques e de depósitos para fins de demonstrar e comprovar a efetiva titularidade. A complementar essa linha de raciocínio, não consta do processo negativa das instituições financeiras em fornecer documentos ao sujeito passivo.

Por esses motivos, não se justifica o pedido pela nulidade do feito por erro na identificação do sujeito passivo. Não há ofensa às normas do artigo 10, incisos I, III, IV e V do Decreto n.º 70.235, de 1972, que tratam dos requisitos do auto de infração, nem tampouco, às determinações dos art. 43 e 45 e do caput do art. 142, todos do CTN.

O protesto pela ofensa à norma do artigo 845, do RIR/99, também não se justifica. Externa-se o cumprimento da norma contida no parágrafo 1º, transcrito, pela demanda efetivada pela autoridade fiscal junto às partes no sentido da comprovação dos fatos declarados.

**Art. 845. Far-se-á o lançamento de ofício, inclusive (Decreto-Lei n.º 5.844, de 1943, art. 79):*

(...)

§ 1º Os esclarecimentos prestados só poderão ser impugnados pelos lançadores com elemento seguro de prova ou indício veemente de falsidade ou inexatidão (Decreto-Lei n.º 5.844, de 1943, art. 79, § 1º)."

Não há ilegalidade na atitude da autoridade fiscal quanto à produção de provas, uma vez que demandou as partes declarantes nesse sentido, no entanto, sem obter o atendimento adequado.

Como não se comprovou a alegada titularidade de fato das referidas contas bancárias, a argumentação que teve por fundamento o artigo 121, do CTN, a respeito desse motivo, deixa de ter sentido.

Resta esclarecer que os documentos indicados pela defesa, fls. 87, 142, 143, 175, 176 e 182, bem assim, aqueles de fls. 84, 86, 87, 89, 90, 97, 98, 100, 134, 135, 150, 151, 155, 156 e 164, tratam-se de declarações sem eficácia probatória e das citações desses dados contidas no Relatório do Trabalho Fiscal.

3. Incompetência do servidor.

A ilegalidade estaria evidenciada pelos seguintes fatos: Intimação assinada por servidor não relacionado no MPF (fls. 66 a 82), bem assim os Termos de Intimação de fls. 77, 118 a 120, 128, 129, 121, 132, 152 a 154 e pela falta de exibição do MPF ao contribuinte.



Os Termos de Intimação que constam das fls. 66 a 82, indicados pela defesa como autoridade fiscal não constante do MPF, são apenas dois, e estão localizados nas fls. 66 e 77, ambos assinados pela auditora-fiscal Ana Luiza Ribeiro, fl. 66 e 77, em 21 de agosto de 2003. No MPF 10.1.07.00-2003-00056-7, localizado à fl. 1, consta como autoridade fiscal responsável pela fiscalização José Roberto Egea Martins, no Demonstrativo de Emissão e Prorrogação de MPF, fl. 2, consta também a auditora-fiscal Ana Luiza Ribeiro. No MPF Complementar, de 18 de agosto de 2003, fl. 3, consta a inclusão desta última. Portanto, não ocorreu a falta de MPF para a autoridade fiscal indicada.

Os Termos de Intimação localizados às fls. 118 a 120, 128 e 129, 131 e 132, 152 a 154, foram todos assinados pela auditora-fiscal Ana Luiza Ribeiro. Como esta se encontrava incluída na fiscalização pelo MPF Complementar citado no parágrafo anterior, não há qualquer irregularidade.

Complementando o assunto, nesta situação não se verifica a alegada ofensa ao princípio do devido processo legal, que teria por fundamento a intervenção de terceiros não indicados no MPF. Válido salientar que eventual falta de MPF não invalida o feito, porque constitui mera infração administrativa, enquanto a competência para lavratura atribuída ao Auditor-Fiscal da Receita Federal decorre de lei.

4. Cerceamento ao direito de defesa – falta de documentos.

Haveria cerceamento do direito de defesa na forma do artigo 59, II, do Decreto nº 70.235, de 1972, em razão da falta de documentos juntados por Glênio Rogério Schmitt, ao prestar a declaração de fl. 182. A declaração a que se refere a defesa é citada no Relatório do Trabalho Fiscal à fl. 182, e não se encontrava juntada a este processo, mas ao de nº 11065.005263/2003-28, conforme indicado nesse documento à fl. 183:

“Os termos e respostas dadas pelo Sr. Glênio constam do processo nº 11065.005263/2003-28.”

Em primeira instância, o pedido foi rejeitado com a seguinte argumentação⁹:

“Não entendo que houve cerceamento do direito de defesa haja vista que a aludida declaração não é elemento de prova para o lançamento efetuado. É um documento que somente ratificou outras informações que a autuante obteve durante o procedimento fiscal como, por exemplo, a informação do Banrisul de que o Sr. Glênio é o 2º titular da conta conjunta.”

Com a devida vênia do respeitável colegiado de primeira instância, entendo de forma divergente, no sentido de que o processo administrativo deve encontrar-se instruído com todos os documentos colhidos na fase procedimental que tenham relação com a exigência tributária e nessa linha de raciocínio, a diligência solicitada e cumprida. Essa falta não implica em nulidade do feito, mas deve ser sanada, na forma do artigo 60, do Decreto nº 70.235, de 1972.

⁹ Excerto do Acórdão DRJ/POA nº 3.999, de 28 de junho de 2004, fl. 260, v-l.



Com a vinda dos documentos indicados no Relatório, como resultado da diligência, constata-se que fora informado por Glênio R Schmitt sobre a titularidade integral dos valores integrantes da conta junto ao Banrisul, no entanto, por meio de declaração desprovida de qualquer prova a respeito do declarado. Conveniente salientar que a autoridade fiscal solicitou, não apenas a essa pessoa, mas também às demais indicadas como titulares da conta junto ao Banco Bradesco, a comprovação da autoria da movimentação e não recebeu documentos que permitissem decidir de acordo com as afirmativas.

Em termos de Direito, conhecido de todos que uma declaração não acompanhada de comprovantes de seu conteúdo constitui apenas um princípio de prova. Na presença isolada de declarações, necessário que sejam agregados outros elementos para que a convicção seja formada a respeito do declarado.

5. Ilegalidade no uso dos dados da CPMF.

Não se constata ilegalidade no uso dos dados da CPMF pela Administração Tributária.

O procedimento investigatório teve início em 5 de fevereiro de 2003, conforme Termo de Intimação nº 1, fl. 8, momento posterior à publicação da Lei nº 10.174, de 2001, 11 de janeiro de 2001. Esta norma, em termos tributários, tem natureza processual e pode ser aplicada a fatos anteriores ao início de sua vigência, desde que ainda pendentes. Portanto, não se verifica ofensa à vedação anterior posta pela Lei nº 9.311, de 1996.

6. Ilegalidade no acesso aos dados bancários.

A irregularidade estaria localizada na falta de motivação para a busca das informações bancárias constantes dos dados cadastrais, por meio de RMF, uma vez que os extratos foram entregues pelo próprio contribuinte, em atendimento à solicitação do fisco, fl. 11.

Quanto à entrega dos extratos bancários, não constitui quebra de sigilo bancário porque ação decorrente da própria vontade do contribuinte em atender a solicitação do fisco.

A busca dos dados cadastrais, via RMF, teve fundamento no artigo 3º, XI, do Decreto nº 3.724, de 2001, em razão da necessidade de constatar as alegações postas pelo contribuinte sobre a titularidade das contas, apenas fundadas em declarações.

7. Tributação com base em depósitos bancários

7.1. Ofensa à norma do art. 43, I, do CTN.

O protesto contra a ilegalidade na tributação com base em depósitos bancários, por ofensa à norma do artigo 43, do CTN, constitui questão ligada à constitucionalidade do artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996.

O julgador administrativo não detém competência para essa análise, porque restrita ao Poder Judiciário, na forma do artigo 102, da CF/88. Nessa linha, a Súmula 1º CC nº 2:



Súmula 1ª CC n.º 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

7.2. Erro na construção da base presuntiva.

A construção da base presuntiva centrada nos depósitos e créditos bancários estaria incorreta porque deveria ter a exclusão dos valores considerados pelo contribuinte como de titularidade de terceiros e que estariam comprovados com os documentos por ele trazidos ao processo, enquanto a autoridade fiscal não teria demandado esforços no sentido de contrapor as provas, apesar de dados terem sido obtidos junto aos registros fiscais de empresas e de terceiros. A análise da verdade material, de acordo com dados e documentos que instruem o processo, permitiria comprovar que os recursos financeiros transitados pelas contas do Recorrente seriam de terceiros e que a pessoa fiscalizada teria agido como mandatário destes.

Os documentos a que se reporta a defesa são as declarações sobre a titularidade dos créditos bancários prestadas por Glenio Rogério Schmitt, fl. 368, v-II, pela empresa S.E. Calçados Ltda, fl. 89 e 90, v-I, por Delmar Frank, fls. 97 e 98, e por Patrícia da Silva Pinto, fls. 100 e 101, e documentos desta última, fls. 103 a 116.

A declaração prestada por Glenio R Schmitt não foi acompanhada por documentos, nem estes foram juntados ao processo quando solicitados pela autoridade fiscal. Portanto, perante a inexistência de outros documentos a respeito da titularidade da conta junto ao Banrisul, deve permanecer a separação dos créditos em proporção de 50%, como utilizada pelo fisco.

Na declaração prestada pela empresa S.E. Calçados Ltda consta indicação dos créditos que foram considerados de sua titularidade e que, teoricamente, se localizavam na conta 3384-7, no Banco Bradesco SA em razão da empresa não possuir situação cadastral que permitisse movimentações bancárias no referido período. No entanto, a conta bancária tem titularidade exclusiva da pessoa fiscalizada, os valores indicados não se apresentaram fundados em documentos que os vinculasse à movimentação da empresa, como por exemplo, cópias de notas fiscais de venda ou de aquisição de produtos, enquanto os extratos não contêm indicação de que os créditos foram seguidos de retiradas em valores semelhantes.

Da mesma forma que a declaração prestada pela referida empresa, Delmar Frank também indicou depósitos que seriam de sua titularidade junto à conta 3384-7, no B Bradesco SA, em razão da falência de sua empresa, não identificada. Os argumentos postos para a declaração da empresa S.E. Calçados Ltda servem a esta situação.

A declaração prestada por Patrícia da Silva Pinto, conteve indicação dos depósitos de sua titularidade na referida conta junto ao B Bradesco SA e para comprovação da origem as cópias dos contracheques mensais emitidos pela Companhia Municipal de Urbanismo.

A autoridade fiscal já havia excluído da base presuntiva as importâncias de R\$ 429,00, depósito no dia 20 de fevereiro de 1998 e R\$ 351,00, em 6 de agosto de 1998. Confrontando os valores constantes das cópias dos contracheques juntadas ao processo com aqueles dos extratos desse banco, constata-se, no entanto, que outros valores são idênticos àqueles havidos pela pessoa indicada, conforme quadro I.



Quadro I – Depósitos Bradesco x Contracheques Patrícia S Pinto.

Data Pagam.	Valor	Fl.	Data Dep.	Valor	Fl.	Situação
20/03/98	429,00	105	20/03/98	429,00	35	Não Excl.
20/05/98	429,00	107	20/05/98	429,00	39	Não Excl.
19/06/98	450,00	108	19/06/98	450,00	40	Não Excl.
Total	1.308,00					

Portanto, deve ser excluída a importância de R\$ 1.308,00, da base presuntiva, porque de origem na pessoa de Patrícia S Pinto. Os demais valores dos créditos não apresentam coincidência com aqueles dos contracheques.

7.3. Obrigação de investigar.

Outro aspecto questionado no âmbito da incidência, foi a falta de cumprimento da determinação contida no artigo 932, do RIR/99, no sentido de que na presença de dúvida sobre as informações prestadas ou quando estas forem incompletas, deveria a autoridade fiscal exigir esclarecimentos e documentos dos informantes.

Ocorre que, conforme informado no Relatório, a autoridade fiscal solicitou a complementação das provas indiciárias apresentadas durante a fase procedimental e não foi atendida, buscou informações complementares junto às instituições financeiras e estas não confirmaram as alegações da defesa quanto à titularidade. Como o ônus da prova cabe a quem alega e nesta situação não há provas a respeito da titularidade das contas indicadas, o feito deve ser mantido na forma como erigido, quanto a esse aspecto.

7.4. Inexistência de determinação legal para a escrituração mensal e guarda dos documentos.

Esse argumento tem por objeto a nulidade do feito por cerceamento do direito de defesa, uma vez que dada a dificuldade da mente em lembrar-se dos fatos havidos no passado, estaria a defesa prejudicada porque os fatos não seriam identificados.

Em parte o sujeito passivo não deixa de ter razão, pois um saque seguido de um retorno à conta sob a forma de depósito é uma operação de difícil lembrança; no entanto, dada a incidência da CPMF, que impõe ônus sobre cada operação de saque da conta, o retorno do mesmo dinheiro à instituição financeira não é economicamente aconselhável.

As importâncias de pequena monta, que também seriam de difícil lembrança, pela própria previsão legal foram excluídas da base presuntiva pela própria determinação legal do artigo 42, citado, quando inferiores a R\$ 12.000,00 e limitadas em R\$ 80.000,00; após esse limite, todos os valores devem ser comprovados.

A fundamentação das operações em documentos constitui obrigação de todos os cidadãos deste País, não apenas porque operações sujeitas à emissão de comprovantes, sejam fiscais, sejam outros jurídicos; mas também, para a própria garantia dos direitos inerentes a



cada transação. Esse requisito também é uma decorrência da necessidade dos cidadãos cumprirem suas obrigações civis e tributárias e para que o controle a ser exercido pelas diversas administrações públicas possa ser efetuado a contento e com maior rapidez.

Inexiste dificuldade em visualizar que a evolução patrimonial decorre de uma série de eventos econômicos e sociais manifestados, alguns, por movimentação financeira, enquanto, outros, por documentos formalizadores de intenções ou de compromissos.

Não havendo controles sobre os eventos econômicos ou sociais que tiveram repercussão jurídica ao longo do ano-calendário, o contribuinte não poderia demonstrar, corretamente, sua situação patrimonial para fins de Imposto de Renda, ao final do ano-calendário.

Sob outra perspectiva, após a publicação da Lei n.º 9.430, citada, a determinação contida no artigo 42 fez com que todos demandassem controles sobre a movimentação financeira havida nos bancos, uma vez que, em qualquer momento, poderiam sujeitar-se a elidir a presunção de renda tributável pela presença de depósitos e créditos.

Quanto ao prazo para a guarda dos documentos, é salutar informar que esse período é o mesmo que o concedido à Administração Tributária para rever de ofício o lançamento efetuado, na forma dos artigos 149 e 173, ambos do CTN.

Então, não pode alegar o recorrente que a exigência incorre em nulidade por extrapolar o âmbito da lei, nem que houve impossibilidade ao atendimento requerido pela ação fiscal, consubstanciado pela comprovação da origem dos valores creditados em conta-corrente bancária.

7.5. Compensação da renda tributável apurada em cada mês.

Protesta ainda o recorrente, quanto ao posicionamento havido em 1ª instância no sentido de que o procedimento previsto no § 6º do art. 6º da Lei nº 8.021, de 1990, ainda não revogado, não se aplicaria às situações havidas após a vigência da Lei nº 9.340, de 1996, para fundamentar a compensação do rendimento presumidamente omitido, tributado no mês anterior com depósitos nos meses seguintes.

A fundamentação legal utilizada é dirigida ao arbitramento com base em sinais exteriores de riqueza, no qual havia a comparação entre duas formas possíveis de encontrar os rendimentos omitidos. Essa determinação decorre das normas contidas no artigo 112, do CTN, no entanto, uso de matriz legal inadequada e não aplicável a esta situação, porque regida pelas normas contidas no referido artigo 42.

Como a apropriação da renda tributável omitida em cada mês teria condição de fonte de recursos da base presuntiva do mês subsequente, deveria ter por fundamento norma específica para esse fim. Ausente amparo legal, não se pode acolher a pretensão.

7.6. Tributação com efeitos de confisco.

Essa questão tem direcionamento à constitucionalidade da norma presente no artigo 42. As justificativas e fundamentos são os mesmos postos para solução da questão constante do item nº 7.1.



7.7. Decisão *a quo* conteve fundamentos contraditórios em relação às decisões administrativas e judiciais.

De início, deve-se deixar claro que as decisões administrativas e judiciais não se prestam para oposição à lei, em razão de constituírem normas individuais e concretas válidas apenas entre as partes; para a finalidade requerida deveriam ter seus efeitos estendidos *erga omnes* por normativa da administração ou por meio de lei. Em complemento, a jurisprudência anterior não pode ser objeto de fundamento para a análise das questões decorrentes deste tipo de tributação porque tinham por objeto exigências centradas em lei distinta desta, que dá suporte à referida presunção legal.

A sistemática anterior continha exigência de demonstração de acréscimos patrimoniais em confronto com o volume de créditos bancários, enquanto esta, apenas a comprovação da origem destes últimos enquanto que a falta dessas provas implica em renda presença de renda omitida, de igual valor.

Destarte, apesar da igualdade na denominação, as formas de construção da base presuntiva, anterior e atual, são distintas.

7.8. Tributação mensal.

O questionamento tem objeto na forma incorreta de tributação expendida no feito, que estaria em contrário à determinação da lei no parágrafo 4º, do art. 42, citado.

Para essa questão, uma parte das justificativas tem a mesma argumentação posta no item 1, ou seja, a incidência do tributo para as pessoas físicas tem regra geral de incidência, por força da lei, em dois momentos: naquele relativo à teórica aquisição da disponibilidade caracterizado pela percepção dos rendimentos e ao final do ano-calendário, pela apuração da renda anual tributável, via declaração de ajuste anual.

O parágrafo 4º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, contém determinação para que, em se tratando de pessoa física, o fato gerador dos rendimentos presumidamente omitidos (com base em depósitos bancários), tenha tributação no mês da efetivação dos créditos pelas instituições financeiras, no entanto, esse texto legal apesar de conter determinação para a tributação e pagamento mensal do tributo, não expressa que a incidência deste é *definitiva* no mês de referência, nem há outra norma contendo determinação nesse sentido. Como a regra geral de incidência do tributo contém determinação no sentido de que a pessoa física deve *antecipar* o tributo sempre que adquirir uma disponibilidade da renda durante o período estabelecido para composição do fato jurídico tributário do Imposto de Renda, e também ao final do ano-calendário, prevalece esta quando em confronto com a primeira citada, justamente porque não há norma excludente ou determinação expressa no sentido da tributação definitiva em cada mês.

Sob outra perspectiva, esta presunção legal contém determinação no sentido de que não comprovada a origem dos depósitos e créditos bancários, o somatório mensal destes equivale à renda tributável omitida. Assim, a alegada impossibilidade de comprovação individualizada, coincidente em data e valor com os depósitos bancários que, segundo a defesa não implicaria na existência de rendimentos tributáveis, constitui interpretação inadequada do texto legal.



7.9. Valores de origem comprovada.

7.9.1. O registro no dia 13/02/98, de R\$ 8.000,00, no extrato da conta corrente do Banco Bradesco S/A, (fls. 34), teve como justificativa um empréstimo contraído pelo Recorrente para cobrir saldo devedor da conta corrente, (fls. 117), no entanto, embora não tenha sido verificada a falsidade ou inexatidão dos esclarecimentos, os Julgadores teriam deixado de reconhecer a origem do primeiro como localizada no referido crédito.

Verifica-se que o crédito encontra-se sob rubrica “Doc-crédito automático*” e não foi comprovado com a documentação correspondente a um empréstimo bancário, apenas informado por simples declaração do fiscalizado. Não se acolhe o argumento por falta de outras provas documentais.

7.9.2. O crédito no dia 13/07/98, de R\$ 18.756,02, contido no extrato da conta-corrente do Banco Bradesco S/A (fls. 41), seria referente ao depósito do produto da venda de imóvel constante do item 1 da declaração de bens, (fls. 14), a Joe Luiz Rodrigues Lima, por R\$ 24.000,00, fl. 7, na mesma data, transação que estaria comprovada com a cópia do contrato particular de promessa de compra e venda com cessão e transferência de direitos sobre o imóvel, fls. 136 a 141, v-I.

A diferença de preço foi justificada pelo fiscalizado, ainda na fase procedimental, como decorrente da quitação de parcelas atrasadas, fl. 179, enquanto a autoridade fiscal demandou perante a adquirente para obter maiores esclarecimentos e não obteve resposta, fl. 180.

A explicação do contribuinte a respeito do motivo pelo qual houve a referida diferença não deixa de ter fundamento, porque contrato de venda de imóvel financiado, sem a anuência da instituição financeira. Sob outra perspectiva, apesar do crédito bancário não ser igual ao preço constante do dito contrato de venda, a possibilidade do depósito ocorrer em valor inferior ao contrato é real, porque uma parte pode ter sido recebida em dinheiro, enquanto o restante em cheque, ou a totalidade em moeda e dela ter sido apartada uma quantia para outros fins, etc., e ainda, há que se deduzir do valor principal, a comissão de R\$ 2.000,00, devida pelo cedente a Solução Imóveis, em razão da venda, fl. 140.

O julgamento *a quo* conteve análise genérica sobre as quantias tidas como comprovadas pelo contribuinte, motivo para que não seja considerada nula por deixar de conter análise específica da matéria.

Por esse motivo, acolhe-se a referida importância como redutora da base presuntiva.

7.9.3. Depósitos de autoria de Delmar Franck – R\$ 10.522,27, Banco Bradesco S/A, fls. 97 e 98.

Esses depósitos foram indicados em declaração prestada pela pessoa identificada, mas não acompanhados de qualquer documento comprobatório da origem. Por esse motivo, não podem ser acolhidos.

7.9.4. Depósitos da SE Calçados Ind. Com. De Calçados Ltda, fls. 89 e 90, valor de R\$ 65.453,30.



A quantia corresponde ao quantitativo de depósitos indicado como de autoria da referida empresa, em declaração prestada à autoridade fiscal, no entanto, não acompanhada de documentos comprobatórios da origem dos créditos. Não podem ser acolhidos por falta de provas.

7.9.5. Depósitos de Patrícia da Silva Pinto, companheira do fiscalizado, R\$ 5.246,70, Banco Bradesco S/A, fl. 100, e 100 a 115. Esta questão já foi objeto de análise no item 7.2.

7.10. Requisitos do lançamento com base em depósitos bancários.

Conclui a defesa que a decisão *a quo* não contém referência a prova que tenha sido produzida pelo fisco para comprovar falsidade ou inexatidão dos esclarecimentos do Recorrente, requisitos essenciais para efetivar o lançamento de ofício, conforme dispõe o artigo 894 do RIR/94.

Esse protesto é destituído de fundamento, porque não constitui obrigação do fisco opor provas quando esse ônus é do pólo passivo da relação jurídica tributária. Da mesma forma, em presença de documento que constitui apenas um início de prova. Conforme esclarecido, não basta apenas declarar, mas deve-se comprovar o declarado. Assim, a decisão *a quo* está correta quanto ao posicionamento contrário a tais declarações, bem assim, na recusa em determinar o aprofundamento da investigação desses dados indiciários.

8. Antecipação do IR.

O contribuinte protesta contra a exigência de antecipação do Imposto de Renda sobre os rendimentos declarados após o início da investigação fiscal (R\$ 1.500,00 mensais), na qual o tributo apurado foi levado para compor a tributação anual.

A legislação fiscal em vigor conteria previsão no art. 8º da Lei nº 7.713, de 1988, no sentido de que o fato gerador do IRPF para fins de incidência da antecipação pela pessoa física - Carnê Leão - seria mensal e não em 31 de dezembro de cada ano. A entrega da DAA, exercício de 1999, em 23 de abril de 1999, não alteraria a modalidade do lançamento, por homologação, definida no art. 150 da Lei nº 5.172, de 1976 (CTN).

Essa forma de incidência não significa que a modalidade de lançamento do tributo tenha sido alterada, mas apenas que os rendimentos mensais, salvo determinativo legal em contrário, devem compor a renda anual tributável, por força da norma contida na Lei nº 8.134, de 1990, artigo 2º.

9. Ilegalidade na exigência dos juros de mora.

A ilegalidade estaria localizada na falta de fundamentação legal apropriada do indexador aplicado e por ofensa ao limite previsto no artigo 192, § 3º, da CF/88.

Essa questão tem por objeto contestar a constitucionalidade da exigência, a qual tem a mesma solução posta para o item 7.1.

10. Ilegalidade na imposição da multa isolada.



Protesto contra a concomitância da multa de ofício isolada com a multa de ofício.

Verifica-se que a multa isolada resultou de valores declarados após o início da ação fiscal que, conforme Demonstrativo de Apuração do Imposto de Renda Pessoa Física, fl. 204, v-II, integraram a base de cálculo do Auto de Infração, para os quais foi imposta a multa de ofício de 150%.

Essa forma de proceder constitui concomitância de duas penalidades sobre uma mesma espécie de infração: a falta de pagamento do tributo. Explica-se.

Os rendimentos declarados são da espécie que se sujeitam à antecipação do tributo e, não constatado o cumprimento dessa obrigação, a punição pela exigência de multa de ofício isolada; no entanto, o tributo que deveria ter sido *antecipado* não foi apropriado para fins de cálculo do saldo anual, isto é, significa que o saldo de tributo apurado no referido demonstrativo, de R\$ 100.957,60, *conteve o valor do tributo que deveria ter sido antecipado*, R\$ 1.080,00. Sobre esse saldo foi aplicada punição com fundamento no artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996. Essa forma de proceder resultou na incidência duplicada de multa, agora a multa de ofício, artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, sobre a mesma importância que serviu de base de cálculo para a multa isolada – R\$ 1.080,00. Observe-se que a exigência da penalidade isolada sobre as antecipações não recolhidas, tem por fato gerador um pagamento a destempo, e se este fosse efetuado, a exigência de multa de ofício sobre o saldo anual não teria esta diferença como base de cálculo da multa de ofício, ou seja, não haveria a segunda infração.

Assim, deve a parte do crédito tributário relativa à exigência de multa isolada ser considerada ineficaz por duplicidade de incidência sobre a mesma base de cálculo, ou seja, falta de motivo ao ato administrativo quanto a essa infração.

Pelos motivos e fundamentos expostos, voto no sentido de rejeitar as questões preliminares suscitadas, e quanto ao mérito, por dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo do tributo, a quantia de R\$ 1.308,00, pelos créditos comprovados como de origem na entrega de recursos por Patrícia S Pinto, e R\$ 18.756,02, por força da venda de bem comprovada pelo fiscalizado, e ainda, pelo afastamento da penalidade de ofício isolada em razão da concomitância com a multa de ofício, que traduz dupla incidência sobre a mesma infração: deixar de pagar o tributo, no primeiro momento, pela antecipação, no segundo momento, sem que haja compensação do tributo que deveria ter sido antecipado, pela tributação do imposto de renda na declaração de ajuste.

É como voto.

Sala das Sessões, em 28 de março de 2007


NAURY FRAGOSO TANAKA

DECLARAÇÃO DE VOTO

CONSELHEIRO LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA

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

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

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

"Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...);

III – renda e proventos de qualquer natureza;"

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

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

"Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior."

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



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

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

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

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

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

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

“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito o de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa 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.

MM

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

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

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

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

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

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

É como voto.

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



LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA

Da irretroatividade da lei.

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

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

Posto o conteúdo da norma, cabe analisar a quem se destinam as expressões: **"vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos."** Tais expressões estariam conferindo algum tipo de direito aos jurisdicionados e, caso afirmativo, qual a natureza deste direito? Antes de responder estas indagações, algumas considerações se fazem necessárias para que se possa compreender as regras de proteção do sigilo bancário existentes até 1996. Assim, retroagimos ao ano de 1964 para analisar as disposições da Lei nº 4.595, norma esta com status de Lei Complementar, que dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional, e dá outras providências, contendo os seguintes preceitos no artigo 38 e respectivo § 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 a 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 n.º 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-jurisdicção o bem da vida que lhes foi subtraído ou espontaneamente não lhes foi alcançado pelo obrigado, tenho que o artigo 38 da Lei n.º 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 n.º 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 n.º 9.311, de 1996, antes de sua alteração pela Lei n.º 10.174, de 2001, e peço vênias para comparar com para o artigo 38 da Lei n.º 4.495, de 1964, sendo que estou grifando as expressões em relação as quais quero fazer considerações:

§ 3º. do artigo 11 da Lei n.º 9.311/96, em sua redação primitiva	Artigo 38 da Lei n.º 4.595/64, em sua redação primitiva
"§ 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> "	<i>"Art. 38. <u>As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.</u> § 1º. <u>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.</u>"</i>

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 subsequente, 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 transcrito, tratam-se de normas de natureza instrumental.

Art. 144.....

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

Na linha do entendimento liderado pelo Des. Fed. Wellington Mendes de Almeida, do TRF da 4ª. Região, atualmente aposentado, “mostra-se destituído de fundamento constitucional o argumento de que o art. 144, § 1º, do CTN, autoriza a aplicação da legislação posterior à ocorrência do fato gerador que instituiu novos critérios de apuração ou processos de fiscalização ao lançamento do crédito tributário, visto que este dispositivo refere-se a prerrogativas meramente instrumentais, não podendo ser interpretado de forma colidente com as garantias de inviolabilidade de dados e de sigilo bancário, decorrentes do direito à

intimidade e à vida privada, elencadas como direitos individuais fundamentais no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição de 1988”.

Aos fundamentos anteriormente transcritos, destaco que é preciso se ter presente de que toda a norma que suprime direito não é norma de natureza instrumental, mas sim lei material. Na linha do que colocamos anteriormente, quando o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, garantiu aos correntistas a inviolabilidade do sigilo bancário, salvo mediante determinação judicial, dita norma outorgou aos administrados garantia de natureza material. Idêntico entendimento aplica-se em relação ao § 3º. do artigo 11 da Lei 9.311, de 1996. Não se pode dizer que o citado dispositivo possuía natureza instrumental. Tratava-se de norma de caráter material que limitava o poder do Estado-soberano frente ao indivíduo. A limitação do poder do Estado-Administração frente ao cidadão é para este uma garantia de natureza material que, se violada, legitima o ofendido a recorrer ao Judiciário, usando-se para tal as normas de natureza instrumental como, por exemplo, o mandado de segurança.

A Lei nº 10.174, de 2001 e a Lei Complementar nº 105, de 2001, ao admitirem a utilização de dados bancários a partir da arrecadação da CPMF para a apuração e constituição de crédito referente a outros tributos, não possuem natureza instrumental porque extinguiram direito de natureza material que conferia aos contribuintes a segurança que, durante a vigência das normas que resultaram modificadas, salvo por decisão judicial, não seriam utilizados os dados referentes às operações bancárias para exigência de qualquer tributo além da CPMF.

A propósito do assunto, o ilustre advogado paulista José Antônio Minatel, em recurso patrocinado junto à Segunda Turma do Primeiro Conselho, enfrenta o tema com a seguinte precisão:

“Com efeito, a Lei nº 10.174/01 revogou expressamente a proibição contida na Lei nº 9.311/96, criando novo direito para a Administração tributária. Logo, verifica-se que o ordenamento posterior não se amolda ao contexto delimitado no § 1º. do artigo 144 do Código Tributário Nacional, pois a inovação legislativa não ampliou os poderes de fiscalização pré-existentes, mas sim trouxe novo poder de investigação para as autoridades administrativas, permitindo a utilização de dados da CPMF para a constituição do crédito tributário, quando na legislação anterior tal procedimento era expressamente proibido.”

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

Até o presente momento, em busca de síntese, fugi das citações doutrinárias, entretanto, em face da pertinência ao tema, não posso deixar de citar artigo de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, publicado na Revista da Faculdade de Direito da UNG Vol. 1 - 1999, pág. 197, sob o título ANOTAÇÕES SOBRE O DIREITO ADQUIRIDO DO ÂNGULO

CONSTITUCIONAL, texto este também existente no CD Júris Síntese IOB, n. 57, da Editora Thomson – IOB, de onde transcrevo a seguinte paisagem:

2. A lei no tempo

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

...

6. Revogação

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

....

11. Fundamentos da irretroatividade

A principal razão que justifica a irretroatividade é ser ela necessária à segurança jurídica. De fato, esse princípio assegura que um ato praticado em determinado momento, de acordo com as regras então obrigatórias, será considerado sempre válido, mesmo que mudem as normas legais. Em 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 n.º. 10.174 de 2001 e a Lei Complementar n.º 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 n.º. 4.595, de 1964 e o § 3º. do artigo 11 da Lei n.º. 9.3111, de 1996, conferia aos jurisdicionados a garantia material de inviolabilidade de seus dados bancários, salvo, no último caso, para fins de cobrança da CPMF.

Para este conselheiro, com a devida vênia dos que pensam em contrário, conforme observado por TERCIO 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, voto na linha dos que, assim como eu, entendem que “apenas a partir da vigência da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, é possível o acesso às informações bancárias do contribuinte na forma instituída pela Lei nº 10.174/2001, ou seja, sem a requisição judicial. A aplicação desse conjunto de normas para a obtenção de dados relativos a exercícios financeiros anteriores sem autorização judicial, implica ofensa ao princípio da irretroatividade das Leis. Assim, não pode a autoridade fazendária ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte anteriores a 10.01.01, como preconiza a Lei Complementar nº 105/01, sem o crivo do judiciário.”

É o voto.

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


Moisés Giacomelli Nunes da Silva