



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

Processo nº 13855.000769/2002-99

Recurso nº 149.374 Voluntário

Matéria IRPF - Exercício: 1999

Acórdão nº 102-48.250

Sessão de 28 de fevereiro de 2007

Recorrente ISSA RAHMEH

Recorrida 1ª TURMA/DRJ-FORTALEZA/CE

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 1998

Ementa: APRECIAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS LEGAIS EM VIGOR – As DRJ, assim como o Conselho de Contribuinte, não são competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária (Súmula nº 2 do Primeiro Conselho de Contribuintes).

LANÇAMENTO - NULIDADE - EXTENSÃO AO FISCO DO SIGILO BANCÁRIO - Não é nulo o auto de infração, lavrado com observância do art. 142 do CTN e do art. 10 do Decreto 70.235 de 1972, sendo lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, obtidas junto a instituições financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.

NORMAS PROCESSUAIS – VIGÊNCIA DA LEI – A lei que dispõe sobre o Direito Processual Tributário tem aplicação imediata aos fatos pendentes.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - ARTIGO 42 DA LEI 9.430/1996 - Caracterizam omissão de rendimentos valores creditados em conta bancária mantida junto a instituição financeira, remanescentes de comprovação, mesmo após o contribuinte ou seu representante, ter sido regularmente intimado.

Preliminares rejeitadas.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de quebra do sigilo bancário e por maioria de votos a de irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva que a acolhe e apresenta declaração de voto. Por maioria de votos, REJEITAR a preliminar de erro no critério temporal em relação aos fatos geradores até novembro de cada ano-calendário, suscitada pelo Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira que fica vencido e apresenta declaração de voto. No mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO

Presidente


ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA

Relator

FORMALIZADO EM: 15 MAI 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NAURY FRAGOSO TANAKA, JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, SILVANA MANCINI KARAM e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.

Relatório

ISSA RAHMEH recorre a este Conselho contra a decisão de primeira instância proferida pela 1ª TURMA/DRJ-FORTALEZA/CE, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Trata-se de exigência de IRPF no valor original de R\$ 1.799.960,73 (inclusos os consectários legais até maio de 2002).

Em razão de sua pertinência, peço vênia para adotar e transcrever o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

"(...) A infração apurada pela Fiscalização e relatada na Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is), fls. 21, foi omissão de rendimentos provenientes de valores creditados na conta-corrente nº 3.119-4, da agência 2.213-6 do Banco Bradesco S/A, durante o ano-calendário de 1998, cuja origem dos recursos utilizados nestas operações não foi efetivamente comprovada pelo contribuinte fiscalizado, por meio de documentação hábil e idônea.

3. Os dispositivos legais infringidos e a penalidade aplicável encontram-se discriminados às fls. 21 e 23.

4. Inconformado com a exigência, da qual tomou ciência em 10/06/2002, fls. 24, o contribuinte apresentou impugnação, em 04/07/2002, fls. 335/345, contendo um breve relato dos fatos e as alegações a seguir resumidas:

Nulidade do Processo Fiscal:

4.1. tanto a autuação como todo o procedimento fiscal instaurado estão lastreados em provas ilícitas, em contrariedade ao disposto no art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996 e art. 150, inciso IV da Constituição Federal, este vedando a exigência de tributo com efeito de confisco. O ato administrativo em causa desrespeita os princípios constitucionais e toda a legislação infraconstitucional que proíbem a retroatividade das normas de caráter tributário, com a finalidade de criar ou aumentar tributos, motivo pelo qual o processo está inquinado de nulidade insanável;

4.2. a questão objeto do Auto de Infração encontra-se sub judice, constituindo matéria do Mandado de Segurança nº 2001.61.13001625-6, em trâmite perante a Primeira Vara da Justiça Federal de Franca, razão pela qual requer seja determinada a suspensão do presente processo, até que se defina perante o Poder Judiciário a prestação jurisdicional, conforme preceitua o art. 219 do Código de Processo Civil;

Incorreções no Auto de Infração:

4.3. independentemente de se adentrar o debate sobre a legalidade do lançamento, no mérito, é de se destacar que o valor considerado como totalização das receitas omitidas, anteriormente fixado pelo fiscal autuante em R\$ 2.178.019,56 e, posteriormente, sem maiores explicações, fixado em R\$ 2.897.963,62, não corresponde à realidade;

4.4. da totalidade dos depósitos efetuados pelo impugnante na sua conta-corrente e relacionados nos autos, há que se levar em conta que o auditor não afastou do montante apurado os valores correspondentes aos depósitos estornados e aos cheques devolvidos;



4.5. vê-se das planilhas anexas pelo impugnante que durante o ano de 1998 foram estornados depósitos no valor de R\$ 17.932,22 e devolvidos cheques no montante de R\$ 668.079,98, o que reduz o valor do lançamento de R\$ 2.987.963,62 para R\$ 2.211.951,42 ou de R\$ 2.178.019,56 para R\$ 1.492.007,36, conforme o caso. Portanto, mesmo que, em tese, fosse considerada correta a ação fiscal, ainda assim o valor tido como renda omitida deve ser retificado;

A tributação dos depósitos bancários:

4.6. reiteradamente intimado para prestar esclarecimentos relativamente à sua movimentação bancária, realizada durante o ano de 1998, o impugnante informou, que:

4.6.1. é sírio, nascido em 10/01/1922, com estado de saúde bastante debilitado, não se lembrando de fatos ocorridos no ano de 1998 em razão da progressiva perda da memória;

4.6.2. a legislação brasileira vigente sobre o imposto de renda não exige do contribuinte pessoa física a manutenção de registros contábeis, limitando-se a obrigá-lo a manter em boa guarda os documentos que comprovam as deduções e outros valores pagos, não juntados à declaração de rendimentos, para exibição às autoridades lançadoras;

4.6.3. o numerário movimentado na conta bancária é produto de mais de 22 anos de trabalho e pequenos negócios realizados no Brasil, notadamente no setor agropecuário;

4.7. portanto, todo o valor movimentado não constitui numerário adquirido apenas durante o ano de 1998, mas representa o montante acumulado em 22 anos de trabalho. Mesmo que esse montante pudesse ser considerado como renda tributável, não o seria em apenas um exercício, mas deveria ser segregado em 22 exercícios nos quais a suposta renda foi obtida e acumulada;

4.8. o Auto de Infração diz que o impugnante infringiu as normas contidas nos art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, 4º da Lei nº 9.481, de 1997 e 21 da Lei nº 9.532, de 1997. A questão é secular no mundo jurídico tributário e até o advento da Lei nº 9.430, de 1996, não era tratada de forma conclusiva pela legislação. Todavia, tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda continuam a afirmar que a mera constatação da existência de depósitos bancários não comprova a ocorrência de receita tributável ou de acréscimo patrimonial, este sim, pressuposto básico da ocorrência do fato gerador do imposto de renda;

4.9. todos os questionamentos existentes a respeito da tributação calcada em depósitos bancários, desde há tempos fulminada pela Súmula nº 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos tem a ver com o conceito de "renda" inserido no Código Tributário Nacional que considera como fato gerador do imposto de renda o "acréscimo patrimonial" no seu sentido mais genérico. O entendimento unânime dos juristas é de que apesar da extensão do significado do vocábulo "proventos de qualquer natureza" somente é objeto da tributação pelo imposto aquele fato que dê causa ao enriquecimento do agente passivo, ou seja, o acréscimo ocorrido em seu patrimônio;

4.10. é importante acrescentar que a definição de movimentação financeira contido no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.311, de 1996, corresponde a operações realizadas pela instituição financeira e não pelo contribuinte e, embora representando circulação física ou escritural de moeda, com ou sem transferência de titularidade de valores, em nenhum momento pode embasar a exigência de imposto de renda, por não se enquadrar no conceito trazido pelo art. 43 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN);

A omissão de receitas. Fato gerador do imposto de renda:



4.11. sendo o fato gerador do imposto de renda o “acréscimo patrimonial” no seu sentido mais genérico como assinalado e considerando que a Constituição subordina o legislador ordinário a somente instituir e cobrar esse imposto quando ocorrer efetiva renda ou provento de qualquer natureza, fica evidenciado o equívoco que ocorre quando da exigência de imposto sobre valores relativos a depósitos bancários, considerados pela fiscalização como receitas omitidas;

4.12. considera Samuel Monteiro que o fato gerador do imposto de renda deve ser o ingresso de riqueza nova no patrimônio do contribuinte, pessoa física ou jurídica, riqueza essa que deixa vestígios materiais, que devem ser provados, sob pena de incorrer a fiscalização em afronta ao Princípio da Legalidade;

4.13. no caso concreto, está provado que o impugnante, durante o próprio ano de 1998 e anteriores, não teve qualquer acréscimo em seu patrimônio, situação que, no mínimo, torna insubstancial a tributação contra si lançada pela fiscalização;

A tributação confiscatória. Outros princípios constitucionais:

4.14. em reiteradas oportunidades em que respondeu a intimações expedidas pela fiscalização, o impugnante esclareceu que todo o valor movimentado na instituição financeira corresponde a recursos auferidos durante mais de duas décadas de trabalho e pequenos negócios e que nada mais possui de seu, além desse numerário;

4.15. portanto, no momento em que a fiscalização exige imposto de renda incidente sobre esse montante depositado, único patrimônio de propriedade do impugnante, está dando causa a tributação confiscatória, no ponto em que provocará, certamente, redução relevante no patrimônio econômico-financeiro do impugnante, reduzindo-o a estado de miserabilidade;

4.16. assim, a imposição tributária contra o impugnante importa, de pronto, em tributação do patrimônio e caracteriza um confisco de bens, o que é defeso pelo art. 150, inciso IV da Constituição;

4.17. por outro lado, ocorre ofensa clara ao Princípio da Legalidade Tributária, adotado pela Constituição (arts. 5º, inciso II e 146, inciso III) e repetidos pelo CTN (art. 97, incisos II e IV e § 1º), que restringem e limitam o poder de tributar concedido aos três níveis da administração pública. Também ocorre, na espécie, evidente desobediência ao Princípio da Capacidade Contributiva instituído pelo art. 145, § 1º da Constituição;

4.18. a situação econômica do impugnante está plenamente comprovada nos autos, lastreada que se encontra no montante financeiro considerado como base de cálculo do tributo exigido, exigência essa que consistirá em clara tributação do patrimônio e não do seu acréscimo como prevê a legislação do imposto de renda. A ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração cobra do impugnante valores que superam em muitas vezes o seu patrimônio, praticamente inexistente, importando o Auto de Infração em tributação com efeito de confisco, vedada pela Constituição de 1988;

4.19. por derradeiro, é de se observar que a multa aplicada ao caso (75%) sobre o valor do imposto) é ilegal, abusiva, reforça o caráter confiscatório da exigência tributária e é absolutamente indevida como penalidade ante a completa ausência de disposição constitucional que a autorize;

4.20. a imposição se torna, ainda, mais agravante e descabida se considerado que em regime econômico de economia estável, a aplicação de multas ao nível de 75% do valor questionado supera a própria lógica do sistema econômico, como tem reconhecido o próprio governo federal ao patrocinar a edição de leis para reduzir as penalidades aplicadas no mundo civil a algo em torno de 2% sobre os valores de referência;



4.21. dessarte, não fosse o seu caráter confiscatório, ainda assim a multa aplicada no caso presente está absolutamente fora do contexto do sistema econômico nacional que, ao que se tem visto, não pretende impor penalidades aos contribuintes superiores à capacidade de pagamento existente e ao espírito que norteou o Plano de Estabilização Econômica vigente desde 1994.

5. Para fortalecer as suas argumentações, o contribuinte cita em sua impugnação, doutrina de renomados juristas e jurisprudências administrativa e judiciária (...)."

A DRJ proferiu em 21 de novembro de 2005 o Acórdão nº 7103, do qual extrai-se as seguintes ementas e conclusão do Voto(*verbis*):

"OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS- Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ÔNUS DA PROVA. Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários.

LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. EXCLUSÃO. A presunção de omissão de rendimentos do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, não alcança depósitos estornados ou cheques depositados e devolvidos.

RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. A propositura da ação judicial, antes ou posteriormente à autuação, afasta o pronunciamento da autoridade administrativa sobre a matéria objeto da pretensão judicial, razão pela qual não se aprecia o seu mérito, não se conhecendo da impugnação apresentada, salvo quando se tratar de matéria diversa da(s) questionada(s) na referida ação.

MULTA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. ARGÜIÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO. A vedação constitucional ao confisco aplica-se tão-somente à instituição do tributo, em nada limitando a instituição das sanções de caráter eminentemente repressivo.

SENTENÇAS JUDICIAIS E DECISÕES ADMINISTRATIVAS. EFEITOS. As decisões administrativas e as judiciais não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão, à exceção das decisões do STF sobre constitucionalidade da legislação.

EXAME DA LEGALIDADE E DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS. Não compete à autoridade administrativa o exame da legalidade/constitucionalidade das leis, porque prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DO CONTRIBUINTE. A capacidade contributiva é princípio dirigido ao legislador de forma a orientar a feitura da lei. Uma vez positivada a norma, é dever da autoridade fiscal aplicá-la.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE"

(...)

Dos cheques devolvidos e do estorno de lançamento.

51. A defesa aduz que o fiscal autuante não afastou do montante apurado, os valores correspondentes aos depósitos estornados e aos cheques devolvidos, tendo elaborado planilhas apontando os referidos valores.

✓

52. De fato, do exame dos extratos da conta-corrente do contribuinte, fls. 110/156, e da relação dos depósitos objeto do Auto de Infração, fls. 158/176, verificou-se que a fiscalização não observou a existência de débitos, relativos a cheques devolvidos e estornos, o que ocasionou tributação de valores maiores do que o devido.

53. Deste modo, faz-se necessário excluir da tributação o valor de R\$ 686.053,92, correspondente ao somatório dos cheques devolvidos (R\$ 668.121,70) e dos estornos (R\$ 17.932,22) verificados nos extratos de fls. 110/156. (...)

Da conclusão.

61. Ante o exposto e considerando que não haviam sido excluídos da infração de omissão de rendimentos, caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, os valores correspondentes aos débitos de cheques devolvidos e estornos, deve-se recalcular o valor do imposto de renda pessoa física devido, conforme a seguir demonstrado:

<i>IRPF/2001</i>	<i>Valores em Reais</i>
<i>Infração lançada</i>	2.897.963,62
<i>Cheques devolvidos e estornos</i>	686.053,92
<i>Infração mantida</i>	2.211.909,70
<i>Imposto devido</i>	603.955,16
<i>Imposto apurado</i>	603.955,16

62. Assim, VOTO no sentido de rejeitar as preliminares suscitadas e no mérito, declarar procedente em parte o lançamento para considerar devido o imposto de renda pessoa física, referente ao ano-calendário de 1998, no valor de R\$ 603.955,16, sobre o qual incidirá multa de ofício de 75% e juros de acordo com a legislação pertinente."

Aludida decisão foi científica em 10/06/2002(AR fl. 24). Sendo que o recurso voluntário, interposto em 17/01/2006(fls.380-399), apresenta as seguintes alegações (*verbis*):

(...) "Da prova ilegítima-

O Acórdão ora recorrido rejeitou a preliminar de prova ilegítima mediante o argumento de que 'havendo procedimento administrativo regularmente instaurado, não constituiu quebra de sigilo bancário.'

Ora, data máxima vénia, Eméritos Conselheiros não existiu procedimento administrativo instaurado anteriormente a quebra do sigilo, senão vejamos:

- a fiscalização foi iniciada por um termo, datado de 19 de março de 2.001, no qual o recorrente foi intimado a esclarecer a 'Origem dos Recursos', referente a sua movimentação financeira;

- a mencionada intimação demonstra e comprova que a fiscalização, na data do inicio de seus trabalhos, já estava de posse de extratos bancários e em nenhum momento foi demonstrado e ou esclarecido qual teria sido o procedimento administrativo anterior a quebra do sigilo bancário; e

o único documento que a fiscalização possuía em data anterior, que não caracteriza procedimento administrativo, eram dados da 'CPMF' fornecidos pelas Instituições financeiras, os quais não poderiam ser utilizados para outras fiscalizações, conforme consta da legislação e está fundamentada em item próprio desta peça recursal.

A

Os fatos acima narrados demonstram e comprovam que a análise e rejeição da preliminar pelas D. Julgadores de 1a. Instância carece de fundamento legal e ou de qualquer indicio de prova que justificasse a quebra do sigilo bancário do recorrente.

Ressalte-se, ainda, que 'in casu' o lançamento foi efetuado exclusivamente com base na movimentação financeira do contribuinte, apurada em função dos valores pagos a título de CPMF, fato este que caracteriza a utilização de prova ilegal, ou seja, os valores tributados foram obtidas por meio das informações bancárias do contribuinte, sem que houvesse autorização judicial. Tal procedimento é ilícito e inconstitucional, imprimindo absoluta improcedência à ação fiscal guerreada.

O argumento da Fiscalização e do Acórdão recorrido de que o procedimento administrativo é respaldado pela Lei 10.174/2001 não tem amparo legal, tendo em vista que a mesma não pode retroagir a fatos pretéritos, conforme razões de item específico desta peça.

A declaração de voto do Eminente Conselheiro, Wilfrido Augusto Marques, da 6a. Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, abaixo transcrita, relata com clareza a ilegalidade da quebra do sigilo bancário de contribuinte em aexistência de qualquer procedimento administrativo anterior e ou com base tão somente em dados da CPMF.
(...)

DA IRRETRATIVIDADE DA LEI 10.174/2001 (...)

24-Os princípios constitucionais da anterioridade e irretroatividade dão à segurança necessária para que o contribuinte (cidadão) possa praticar seus aios e fatos, com obediência das normas legais vigentes à época, sem temer qualquer repreensão tributária e ou penal.

25-A alegação de que a Lei nº 10.174/2001 instituiu novos critérios de fiscalização ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das Autoridades Administrativas somente tem validade para fatos geradores futuros, pois caso contrário ocorreria a não observação dos dispositivos constitucionais acima citados e teríamos um ESTADO de anarquia, ou seja, os dispositivos legais não dariam à segurança necessária aos cidadãos do País. (...)

52. Posto o que, é o presente para requerer aos Eméritos Conselheiros desta Colenda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes se dignem conhecer deste RECURSO VOLUNTÁRIO, bem como, após a apreciação das razões que ora apresenta, proferir "ACÓRDÃO", para o fim específico de julgar improcedente o Auto de Infração lavrado contra o RECORRENTE, por absoluta falta de amparo legal e por ofender princípios constitucionais e legais reconhecidos e, por consequência, determinar o arquivamento do processo, como medida da mais salutar e nobre justiça. (...) "

A unidade da Receita Federal responsável pelo preparo do processo, efetuou o encaminhamento dos autos em 25/01/2006 (fl. 405) tendo sido verificado atendimento à Instrução Normativa SRF nº 264/2002 (arrolamento de bens).

É o Relatório.



Voto

Conselheiro ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA, Relator

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

Conforme relatado o crédito tributário exigido, refere-se a omissão de receitas, por presunção legal, em vista da falta de comprovação da origem de depósitos bancários.

Passo a apreciar as alegações do recorrente.

Preliminar de nulidade

O recorrente repisa suas alegações quanto a nulidade do lançamento, já enfrentadas e afastadas na decisão de primeira instância.

O auto de infração guerreado não apresenta qualquer vício material ou formal em sua constituição, haja vista que foi lavrado por autoridade fiscal competente com observância das disposições dos artigos 142 do CTN e 10 do Decreto 70.235 de 1972 (PAF).

Aliás, as hipóteses de nulidade *ab initio* do lançamento estão elencadas no art. 59 do PAF, quais sejam: lavratura por servidor incompetente ou com preterição ao direito de defesa. Nenhuma delas ocorreu, pelo contrário o contribuinte compreendeu plenamente as infrações que lhe foram imputas, tanto assim que apresentou defesa administrativa abordando vários aspectos dessa acusação.

A decisão recorrida não merece reparos, por ter deixado de apreciar alegações quanto a legalidade ou constitucionalidade de dispositivo legal em vigor. Esta matéria é tratada na súmula deste Conselho, que dispõe: "*O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.*"

Em verdade, nem as DRJ, nem os Conselhos de Contribuintes, órgãos judicantes administrativos, têm competência para apreciar argüições quanto a constitucionalidade de leis em vigor. Tal competência é reservada ao poder judiciário, nos termos da Constituição Federal.

Registre-se, ainda, que considero superadas com os fundamentos da decisão de primeira instância as questões relativas à ação judicial impetrada pelo contribuinte. Outrossim, a meu ver, suas alegações recursais não coincidem integralmente com o mérito do aludido mandado de segurança pelo que estão sendo apreciadas. Frise-se que o contribuinte não obteve êxito no Mandado de Segurança nº 2001.61.13001625-6 que inclusive já foi arquivado.

Cumpre esclarecer que as alegações do contribuinte, se pertinentes e acatadas, ensejam o cancelamento da respectiva parcela da exigência e não o cancelamento da ação fiscal.



Sigilo bancário. Aplicação retroativa da lei nº 10.174 de 2001.

A fiscalização teve início após a edição do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, que mais uma vez promoveu substancial alteração naquela matéria, dispondo, *ipsis litteris*:

'Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

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.'

A edição desse dispositivo de lei complementar se fez indispensável na nova lei do sigilo bancário, em virtude de divergência interpretativa que havia sido estabelecida acerca do tema, especialmente em face de um julgado de uma das Turmas do Superior Tribunal de Justiça, de 1994, no qual ficou assentado que o termo "processo", empregado no art. 38, § 5º, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, se referia a processo judicial e não a processo administrativo; que a expressão autoridade competente se referia a autoridade judiciária, não a autoridade administrativo-fiscal.

Cuidou, assim, o preceptivo legal em comento - que revogou expressamente, em seu art. 13, o art. 38 da Lei nº 4.595/1964 -, de chancelar uma exceção à regra do sigilo bancário, já prevista na lei anterior, agora com toda a clareza, sem deixar margem à interpretação equivocada ou distorcida, ao declarar expressamente que o processo mencionado é o administrativo; que a autoridade competente, para os fins da lei, é a administrativa. Certamente, ao sopesar interesses opostos (públicos e privados), continuou a preponderar na tomada de decisão do legislador a preocupação com o interesse público e da coletividade. Deveras, se é a própria Constituição que confere competência aos entes da federação para instituir tributos, se é a própria Lei Maior que facilita à administração tributária identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, não seria razoável admitir que uma norma infraconstitucional viesse para aniquilar os meios mediante os quais poderão ser viabilizados os recursos financeiros dos entes federativos, provenientes de tributos, tão necessários à satisfação e ao atendimento de reclamos da coletividade, nas diversas áreas de atuação do Poder Público.

O art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 foi regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10/01/2001, que estabeleceu uma série de procedimentos a serem observados pelo fisco, quando da obtenção dos dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes.

Cabe esclarecer que o disposto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 aplica-se aos fatos geradores ocorridos antes de sua edição. Isso porque a matéria atinente à aplicação da lei no tempo pelo lançamento, é regulada pelo art. 144, e parágrafos, do CTN, na forma abaixo transcrita:

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

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato



gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgando ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.'

Consoante ensinamento ministrado por ilustres tributaristas, na obra "Comentários ao Código Tributário Nacional" (Editora Forense), o *caput* do art. 144 põe regra de direito material, regula o ato administrativo do lançamento em seu conteúdo substancial, enquanto os seus parágrafos contêm uma solução aplicável ao procedimento, processo ou aspecto formal do lançamento.

O § 1º do art. 144, regulando matéria diferente de seu *caput*, consagra a regra da aplicação imediata da legislação vigente ao tempo do lançamento, quando tenha instituído novos critérios de apuração ou de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

Este Conselho de Contribuintes vem se manifestando no mesmo sentido, conforme se depreende do seguinte Acórdão:

'IRPF - PRELIMINAR - NULIDADE - PROVA ILÍCITA - SIGILO BANCÁRIO - O lançamento se rege pelas leis vigentes à época da ocorrência do fato gerador, porém os procedimentos e critérios de fiscalização regem-se pela legislação vigente à época de sua execução. Assim, entrando em vigor a Lei Complementar nº 105/01, a fiscalização passa a ser autorizada a examinar os registros referentes a contas de depósitos e aplicações de contribuintes submetidos a procedimento fiscal a partir da data de sua publicação, contudo tendo a possibilidade de investigar fatos e atos anteriores à sua vigência, desde que obedecidos os prazos decadenciais e prescricionais.' (6ª Câmara, Ac. 106-13144, sessão de 28/01/2003)

O mesmo raciocínio se aplica ao disposto no art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311, de 24/10/1996, que instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF, cuja redação original assim estabelecia:

'Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação. (...)

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

Contudo, com a edição da Lei nº 10.174, de 09/01/2001, em seu art. 1º, foi dada nova redação ao propalado § 3º, facultando a utilização das informações relativas à CPMF para instaurar procedimento administrativo e efetuar lançamento de outros tributos, conforme se depreende de sua simples leitura:

'§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.'

Logo, ao autorizar a instauração de procedimento de fiscalização referente a qualquer outro imposto ou contribuição, com base nas informações decorrentes da CPMF, a Lei nº 10.174/2001, inquestionavelmente, estabeleceu novos procedimentos de fiscalização, que ampliaram o poder de investigação das autoridades administrativas. Sua aplicação rege-se, pois, pelo § 1º, e não pelo *caput* ou pelo § 2º do art. 144 do CTN.

Por oportuno, cabe transcrever posicionamentos recentes emanados do Poder Judiciário, que confirmam a tese acima:

'TRIBUTÁRIO. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. LCP nº 105/01. PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO. INOCORRÊNCIA. 1. A Lei nº 10.174/01, que deu nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, permitindo o cruzamento de informações relativas à CPMF para a constituição de crédito tributário pertinente a outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, disciplina o procedimento de fiscalização em si, e não os fatos econômicos investigados, de forma que os procedimentos iniciados ou em curso a partir de janeiro de 2001 poderão valer-se dessas informações, inclusive para alcançar fatos geradores pretéritos, (CTN, art. 144, § 1º). Trata-se de aplicação imediata da norma, não se podendo falar em retroatividade. 2. O art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/01, autoriza a autoridade fiscal a requisitar informações acerca da movimentação financeira do contribuinte, desde que já instaurado o procedimento de fiscalização e o exame dos documentos seja indispensável à instrução, preservado o caráter sigiloso da informação. 3. O acesso a informações junto a instituições financeiras, para fins de apuração de ilícito fiscal, não configura ofensa ao princípio da inviolabilidade do sigilo bancário, desde que cumpridas as formalidades exigidas pela Lei Complementar nº 105/01 e pelo Decreto nº 3.724/01' (Ac. da 1ª Turma do TRF da 4ª Região – mv – ag 2002.04.01.003040-0/PR – Rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria – j 02.05.02 – Agte.: Joaquim Costa; Agdas.: União Federal/Fazenda Nacional – DJU 2 05.06.02, p 164) (grifei)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua Primeira Turma, confirmou o entendimento acima, quando do julgamento da Medida Cautelar nº 6.257/RS (2003/0039117-0), conforme ementa a seguir transcrita:

'AÇÃO CAUTELAR. TRIBUTÁRIO. NORMAS DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS A PARTIR DA ARRECADAÇÃO DA CPMF PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A OUTROS TRIBUTOS. RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, 1º DO CTN.

1. O resguardo de informações bancárias era regido, ao tempo dos fatos que compõem a presente demanda (ano de 1998), pela Lei 4.595/64, reguladora do Sistema Financeiro Nacional, e que foi recepcionada pelo art. 192 da Constituição Federal com força de lei complementar, ante a ausência de norma regulamentadora desse dispositivo, até o advento da Lei Complementar 105/2001.

2. O art. 38 da Lei 4.595/64, revogado pela Lei Complementar 105/2001, previa a possibilidade de quebra do sigilo bancário apenas por decisão judicial.

3. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado,



a teor do que preceituava o 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.

4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente".

5. A teor do que dispõe o art. 144, 1º do Código Tributário Nacional, as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata, ao passo que as leis de natureza material só alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua vigência.

6. Norma que permite a utilização de informações bancárias para fins de apuração e constituição de crédito tributário, por envergar natureza procedural, tem aplicação imediata, alcançando mesmo fatos pretéritos.

7. A exegese do art. 144, 1º do Código Tributário Nacional, considerada a natureza formal da norma que permite o cruzamento de dados referentes à arrecadação da CPMF para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, conduz à conclusão da possibilidade da aplicação dos artigos 6º da Lei Complementar 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001 ao ato de lançamento de tributos cujo fato gerador se verificou em exercício anterior à vigência dos citados diplomas legais, desde que a constituição do crédito em si não esteja alcançada pela decadência.

8. Inexiste direito adquirido de obstar a fiscalização de negócios tributários, máxime porque, enquanto não extinto o crédito tributário, a Autoridade Fiscal tem o dever vinculativo do lançamento em correspondência ao direito de tributar da entidade estatal.

9. Processo cautelar acessório ao processo principal.

10. Juízo prévio de admissibilidade do recurso especial.

*11. Ausência de *fumus boni juris* ante à impossibilidade de êxito do recurso especial.*

12. Ação Cautelar improcedente.

Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça.' (Ac. da Primeira Turma do STJ, Rel. Ministro Luiz Fux – Decisão de 03/02/2004 – DJU 25/02/2004, Seção I, pág. 095)

As 1^a, 2^a, 4^a. e 6^a Câmaras do Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, em recentes julgados, se pronunciaram no mesmo sentido, conforme se depreende dos Acórdãos a seguir:

'PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO. EXTRATOS BANCÁRIOS. PROVAS ILÍCITAS. DESVIO DE PODER. Os extratos bancários regularmente requisitados pela autoridade administrativa, com fundamento no artigo 11 da Lei Complementar nº 105/01, artigo 38 da Lei nº 4.595/64 e artigo 8º da Lei nº 7.021/90, não podem ser taxados como provas obtidas de forma ilícita e nem com desvio de poder. A Lei Complementar nº 105/01 e Lei nº 10.174/01 tem aplicação retroativa face ao comando expresso no § único, do artigo 144, do Código Tributário Nacional.' (1^a Câmara, Ac. 101-94196, sessão de 14/05/2003)

RK

'IRPF - UTILIZAÇÃO DOS DADOS DA CPMF EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL - INOCORRÊNCIA DE RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174/2001 - APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI NOVA AOS EFEITOS PENDENTES DE ATO JURÍDICO CONSTITUÍDO SOB A ÉGIDE DA LEI ANTERIOR - LEI Nº 9.311/96 - O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, aplicando-se-lhe, no entanto, a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador, institua novos critérios de apuração ou processos de fiscalização ou amplie os poderes de investigação das autoridades administrativas (CTN, art. 144). A Lei nº 10.174, de 2001, ao facultar a utilização das informações da CPMF em procedimentos administrativos para fins de verificação da existência de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, apenas ampliou os poderes das autoridades fiscais, sem afetar situações constituídas e consolidadas sob a égide da lei anterior, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, razão pela qual pode ser aplicada imediatamente aos efeitos ainda pendentes das obrigações tributárias surgidas sob a vigência da lei anterior, que se prolongam no tempo para além da data de entrada em vigor da lei nova, que passa então a regulá-los, desde que não abrangidos pela decadência, com amparo no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e no § 1º, do art. 144, do CTN.' (2ª Câmara, Ac. 102-46185, sessão de 05/11/2003)

'IRPF - UTILIZAÇÃO DOS DADOS DA CPMF COMO INDÍCIO DE SONEGAÇÃO FISCAL - RETROATIVIDADE - O lançamento se rege pelas leis vigentes à época da ocorrência do fato gerador, porém os procedimentos e critérios de fiscalização regem-se pela legislação vigente à época de sua execução. Assim, entrando em vigor a Lei nº 10.174/01, a fiscalização passa a ser autorizada a utilizar as prerrogativas concedidas pela lei a partir daquela data, contudo tendo a possibilidade de investigar fatos e atos anteriores à sua vigência, desde que obedecidos os prazos decadenciais e prescricionais, ou seja, passa a dispor de um instrumento de fiscalização que anteriormente não possuía, podendo utilizá-lo conforme o interesse público que o ato administrativo pressupõe.' (6ª Câmara, Ac. 106-13485, sessão de 09/09/2003)

'APLICAÇÃO DA NORMA NO TEMPO - RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174, de 2001 - Ao suprimir a vedação existente no art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, a Lei nº 10.174, de 2001 nada 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.' (4ª Câmara, Ac. 104-20031, sessão de 17/06/2004)

Logo, resta sobejamente demonstrado que a redação outorgada pela Lei nº 10.174/2001 não disciplina os fatos econômicos evidenciados pelo movimento financeiro, mas apenas e tão-somente o procedimento de fiscalização em si, ou seja, instituiu norma que tratam de "novos critérios de apuração ou processo de fiscalização", possuindo, assim, aplicação imediata.

Em síntese:

- no presente caso, não há que se falar em nulidade do lançamento, nem mesmo indiretamente, pois, o auto de infração de fls. 8-10 atendeu integralmente o disposto nos artigos 142 do Código Tributário Nacional e 10 do Decreto nº 70.235/1972, haja vista que a matéria tributável está adequadamente identificada no Termo de Verificação Fiscal, às fls. 11-15. Por sua vez, a determinação da base de cálculo encontra-se nos demonstrativos de fls. 6-7. Tais documentos, partes integrantes do auto, permitiram ao contribuinte a plena compreensão das infrações de que foi acusado, conforme tratado adiante neste voto.



- não há ilegalidade na aplicação retroativa da Lei nº 10.174/2001. Isso porque, instituiu norma que tratam de “novos critérios de apuração ou processo de fiscalização”, possuindo, assim, aplicação imediata. No caso concreto, os extratos bancários foram obtidos mediante regular emissão de Requisições de Informações Sobre Movimentação Financeira, sob a égide da nova norma legal, de modo que o fiscal poderia ter investigado todos os anos calendários não atingidos pela decadência do direito de lançar.

Afasto assim, todas as preliminares argüidas pelo recorrente.

2) Mérito. Omissão de Receitas. Depósitos Bancários. Aplicação do artigo 42 da Lei 9.430 de 1996

Quanto à possibilidade de se exigir o imposto de renda, com base exclusivamente em depósitos bancários, deve-se esclarecer que antes de 01/01/1997; o artigo 6º da Lei nº 8.021, de 1990, exigia da fiscalização a comparação entre depósitos bancários e sinais exteriores de riqueza.

A tributação com base em depósitos bancários, a partir de 01/01/1997, é regida pelo art. 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, publicada no DOU de 30/12/1996, que instituiu a presunção de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprovasse mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações. Confira-se:

“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.

1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

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 R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).”

Verifica-se, então, que o diploma legal acima citado passa a caracterizar omissão de rendimentos, sujeitos a lançamento de ofício, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, quando não comprovada a origem dos recursos utilizados nessas operações. Não se inquirre o titular da conta bancária sobre o destino dos saques, cheques emitidos e outros débitos, ou se foram utilizados para

✓

consumo, aquisição de patrimônio, viagens etc. A presunção de omissão de rendimentos decorre da existência de depósito bancário sem origem comprovada.

Portanto, a partir da publicação desta Lei, os depósitos bancários deixaram de ser modalidade de arbitramento simples - que exigia da fiscalização a demonstração de gastos incompatíveis com a renda declarada (aquisição de patrimônio e sinais exteriores de riqueza), entendimento também consagrado à época pelo poder judiciário (súmula TFR 182) e pelo Primeiro Conselho de Contribuintes - para se constituir na própria omissão de rendimento (art. 43 do CTN), decorrente de presunção legal, que inverte o ônus da prova em favor da Fazenda Pública Federal.

Os julgamentos do Conselho de Contribuintes passaram a refletir a determinação da nova lei, admitindo, nas condições nela estabelecidas, o lançamento com base exclusivamente em depósitos bancários, como se constata nas ementas dos acórdãos a seguir reproduzidas:

"OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - SITUAÇÃO POSTERIOR À LEI N° 9.430/96 - Com o advento da Lei nº 9.430/96, caracteriza-se também omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular não comprove a origem dos recursos utilizados, observadas as exclusões previstas no § 3º, do art. 42, do citado diploma legal." (Ac 106-13329).

"TRIBUTAÇÃO DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a Lei 9.430/96, 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."

"ÔNUS DA PROVA - Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos informados para acobertar seus dispêndios gerais e aquisições de bens e direitos." (Ac 106-13188)."

Não há que se falar em ilegalidade dessa norma por incompatibilidade com o artigo 43 do CTN, artigo 5º da Constituição Federal/1988, muito menos com artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, isso porque “não cabe em sede administrativa discutir-se sobre a constitucionalidade ou legalidade de uma lei em vigor”, consoante Sumula nº. 2 deste Conselho. Uma vez que o diploma legal tenha sido formalmente sancionado, promulgado e publicado, encontrando-se em vigor, cabe seu fiel cumprimento, em homenagem ao princípio da legalidade objetiva que informa o lançamento e o processo administrativo fiscal. O lançamento tributário, conforme estabelece o art. 142 do CTN, é atividade vinculada e obrigatória, na qual a discricionariedade da autoridade administrativa é afastada em prol do princípio da legalidade e da subordinação hierárquica a que estão submetidos os órgãos e agentes da Administração Pública.

Outrossim, na busca da verdade material e imprescindível a análise de documentos e alegações/justificativas quanto aos ingressos de numerários em conta bancária, para que o julgador possa firmar sua convicção no sentido de está correto o arbitramento com base na aludida presunção.

Pois bem. O contribuinte alega que tem mais de 80 (oitenta) anos de idade e que os recursos seriam oriundos da movimentação do patrimônio construído no Brasil em 22 anos

AK

de trabalho, mas não tem condições de fazer prova individualizada da origem dos depósitos. Verifica-se, porém, que apresentou declaração de isento à SRF no ano de 1998, fl. 34, destinada a pessoas com rendimentos anuais até R\$ 10.800,00 e patrimônio inferior a R\$40.000,00. No exercício de 2005 (ano 2004), apresentou declaração simplificada, fl. 403, afirmando que seu único patrimônio seria um veículo de R\$ 23.850,00.

Todavia, os depósitos realizados no ano de 1998 atingiram 2,99 milhões e reais, reduzidos ao valor de líquido de 2,21, em face de cheques devolvidos, conforme decisão da DRJ. Os cheques emitidos de valor elevado (acima de 10mil) estão no processo e são quase todos nominais ao contribuinte, foram endossados e sacados no caixa. apenas os últimos cheques, fls. 285-308 foram nominais a outros, que foram intimados e confirmaram que se tratava de compra de veículo e empréstimos.

O recorrente reitera o pleito para redução da base de cálculo, porém, estou convencido que os fundamentos da DRJ nessa parte também não merecem reparos (*verbis*)

"49. Cabe, por fim, esclarecer que a diferença no montante da movimentação bancária informada no Termo de Início da Ação Fiscal (R\$ 2.178.019,56), fls. 25, daquele constante no Auto de Infração (R\$ 2.897.963,62) se deve ao fato de que o primeiro montante refere-se a todos os saques efetuados pelo contribuinte em sua conta-corrente, enquanto que o segundo, refere-se aos valores efetivamente depositados/creditados na conta-corrente, sobre os quais recaiu a autuação.

50. Por todo o exposto, não pode prevalecer a alegação da defesa no sentido de que a infração não poderia prosperar por não restar demonstrada nos autos a evolução patrimonial do contribuinte a caracterizar exteriorização de riquezas.

Dos cheques devolvidos e do estorno de lançamento.

51. A defesa aduz que o fiscal autuante não afastou do montante apurado, os valores correspondentes aos depósitos estornados e aos cheques devolvidos, tendo elaborado planilhas apontando os referidos valores.

52. De fato, do exame dos extratos da conta-corrente do contribuinte, fls. 110/156, e da relação dos depósitos objeto do Auto de Infração, fls. 158/176, verificou-se que a fiscalização não observou a existência de débitos, relativos a cheques devolvidos e estornos, o que ocasionou tributação de valores maiores do que o devido.

53. Deste modo, faz-se necessário excluir da tributação o valor de R\$ 686.053,92, correspondente ao somatório dos cheques devolvidos (R\$ 668.121,70) e dos estornos (R\$ 17.932,22) verificados nos extratos de fls. 110/156."

Portanto, nenhum outro valor deve ser subtraído da base de cálculo remanescente do auto de infração após a decisão de primeira instância.

Da Multa e Ofício e Juros de Mora

O recorrente alega que o montante do crédito tributário exigido seria confiscatório.

O valor do tributo é majorado pela multa de ofício e pelos juros de mora à taxa Selic.

A

A apuração de infrações em auditoria fiscal é condição suficiente para ensejar a exigência dos tributos mediante lavratura do auto de infração e, por conseguinte, aplicar a multa de ofício de 75% a 225%, nos termos do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996. Essa multa é devida quando houver lançamento de ofício, como é o caso, cujo percentual foi de 75%.

De qualquer forma, convém esclarecer, que o princípio do não confisco insculpido na Constituição, em seu art. 150, IV, dirige-se ao legislador infraconstitucional e não à Administração Tributária, que não pode furtar-se à aplicação da norma, baseada em juízo subjetivo sobre a natureza confiscatória da exigência prevista em lei.

Ademais, tal princípio não se aplica às multas, conforme entendimento já consagrado na jurisprudência administrativa, como exemplificam as ementas que ora reproduzo:

"CONFISCO – A multa constitui penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal (Ac. 102-42741, sessão de 20/02/1998).

MULTA DE OFÍCIO – A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, restringe-se ao valor do tributo, não extravasando para o percentual aplicável às multas por infrações à legislação tributária. A multa deve, no entanto, ser reduzida aos limites impostos pela Lei nº 9.430/96, conforme preconiza o art. 112 do CTN (Ac. 201-71102, sessão de 15/10/1997).

A aplicação da taxa Selic no cálculo dos juros de mora também está prevista em normas legais em pleno vigor, regularmente citada no auto de infração (artigo 61, § 3º da Lei 9.430 de 1996), portanto, deve ser mantida. Nesse sentido dispõe a Súmula nº 4 do Primeiro Conselho de Contribuintes: *"A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais."*

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de REJEITAR as preliminares e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso.

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

ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA

DECLARAÇÃO DE VOTO

CONSELHEIRO LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA

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

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

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

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

(...);

III – renda e proventos de qualquer natureza;"

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 1988, no qual, além de conferir à União competência para instituí-lo, estabeleceu **princípios** que delineiam a sua regra-matriz de incidência.

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

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

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

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

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

lh

Verifica-se, pois, que os conceitos de renda e proventos de qualquer natureza estão albergados na Carta Magna. Para a melhor aplicação a ser adotada relativamente à regra-matriz 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 n.º 9430/1996:

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

fm

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 n.º 9.430/1996:

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

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

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

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

É como voto.

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


LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA

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.

-ft

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

Partindo da singela concepção de que direito material deve ser compreendido como sendo a norma que confere determinado bem jurídico a alguém e de que direito instrumental se constitui da norma de que se valem os jurisdicionados para exigirem do Estado-jurisdição o bem da vida que lhes foi subtraído ou espontaneamente não lhes foi alcançado pelo obrigado, tenho que o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, era norma de natureza material. Assim, por meio do dispositivo legal aqui citado, antes de sua alteração, integrava o rol de direito de todos os indivíduos a garantia de que, sem ordem judicial, ninguém teria acesso aos seus dados bancários.

Chegando a conclusão de que o artigo 38 da Lei nº 4.595, era norma de natureza material, é preciso que se diga que as normas desta natureza só podem ser alteradas por leis de idêntica qualidade, sendo vedado, em qualquer hipótese a aplicação retroativa. Ao se admitir a aplicação retroativa de norma de natureza material voltar-se-ia aos primórdios em que os súditos não mais acreditavam no Estado que passou a ser visto como o Estado-tirano. Nenhuma garantia teria o indivíduo se o Estado, a qualquer momento, viesse elaborar leis para subtrair direitos ou prerrogativas decorrentes de relações jurídicas concebidas sob a égide de norma anterior.

Diante de tais considerações, volto ao texto do § 3º. do artigo 11 da Lei nº 9.311, de 1996, antes de sua alteração pela Lei nº 10.174, de 2001, e peço vênia para comparar com para o artigo 38 da Lei nº. 4.495, de 1964, sendo que estou grifando as expressões em relação as quais quero fazer considerações:

§ 3º. do artigo 11 da Lei nº 9.311/96, em sua redação primitiva	Artigo 38 da Lei nº 4.595/64, em sua redação primitiva
"§ 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> "	"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>

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

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

2. A lei no tempo

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

....

6. Revogação

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

....

11. Fundamentos da irretroatividade

A principal razão que justifica a irretroatividade é ser ela necessária à segurança jurídica. De fato, esse princípio assegura que um ato praticado em determinado momento, de acordo com as regras então obrigatórias, será considerado sempre válido, mesmo que mudem as normas legais. Em consequência, os direitos e as obrigações que dele decorrem também serão considerados como tendo valor.

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

....

14. Exceção à irretroatividade

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

Conforme escreve Roubier, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho no artigo anteriormente apontado, se a lei pretender aplicar-se a situações em curso será preciso estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da mudança da legislação, que não podem ser antigas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, pode ser aplicada. Nesta linha de raciocínio, conclui-se que as Leis nº. 10.174 de 2001 e a Lei Complementar nº 105, de 2001, ao serem aplicadas, devem estabelecer a separação entre os períodos posteriores a 10 de janeiro de 2001, data que entraram em vigor, e os períodos anteriores a 10 de janeiro de 2001, época em que o artigo 38 da Lei nº. 4.595, de 1964 e o § 3º do artigo 11 da Lei nº. 9.311, de 1996, conferia aos jurisdicionados a garantia material de inviolabilidade de seus dados bancários, salvo, no último caso, para fins de cobrança da CPMF.

fl

Para este conselheiro, com a devida vénia dos que pensam em contrário, conforme observado por TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. “a doutrina da irretroatividade serve ao valor da segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos. Essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social. Seu fundamento é ideológico e se reporta à concepção liberal do direito e do Estado.”

Na mesma linha dos fundamentos até aqui expostos, das lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, colhe-se a seguinte lição:

“...a regra superveniente regula situações presentes e futuras. O que ocorreu no tempo transacto está a salvo de sua incidência. Em suma, porque visa reger aquilo que ora existe ou que ainda vai existir, não atinge o que já sucedeu. Respeita fatos e situações que se criaram no passado e cujos efeitos nele se esgotaram ou simplesmente se perfizeram juridicamente. Com isto em nada se afeta aquilo que já se passou e comodou na poeira dos tempos, ressalvada uma possível retroação benéfica.” (In. Ato Administrativo e Direitos dos Administrados. Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 112).

Pelo exposto, 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 fevereiro de 2007.


MOÍSES GIACOMELLI NUNES DA SILVA