



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13884.004559/2003-11
Recurso nº 156.002 Voluntário
Acórdão nº 3401-00.120 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de junho de 2009
Matéria IRPF - Ex(s): 1999
Recorrente FRANCISCO DE ASSIS DA SILVA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1998

IRPF - PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA - LANÇAMENTO COM ORIGEM NA LEI Nº 10.174 DE 2001 – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA – PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA – a vedação prevista no art. 11, § 3º, da Lei 9.311 de 1996, referia-se expressamente à constituição do crédito tributário. A revogação desse dispositivo pela Lei nº 10.174, de 2001, deve ser entendida como nova possibilidade de lançamento. Em se tratando de nova forma de determinação de imposto de renda, não de ser observados o princípio da irretroatividade e anterioridade da lei tributária. Os fatos geradores ocorridos antes de 9 de janeiro de 2001, praticados então sob a égide da Lei nº 9.311/96, estavam consumados, perfeitos e acabados, quando foi editada a Lei nº 10.174/2001, motivo pelo qual não é possível admitir sobre esses fatos geradores a aplicação retroativa da referida Lei, sob pena de ofensa ao Princípio da Segurança Jurídica.

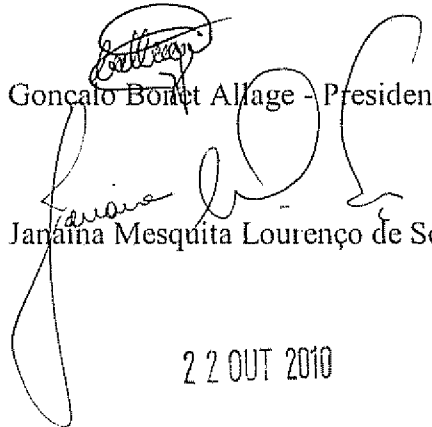
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, acolher a preliminar de irretroatividade da Lei nº 10.174/2001 e dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Redatora Designada. Vencidos os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão

Calomino Astorga (Relatora), Ana Neyle Olímpio Holanda, Giovanni Christian Nunes Campos e Valéria Pestana Marques. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Janáina Mesquita Lourenço de Souza.


Gonçalo Bonet Allage - Presidente


Janáina Mesquita Lourenço de Souza – Redatora Designada

EDITADO EM:

22 OUT 2010

Participaram do julgamento os Conselheiros: Ana Neyle Olímpio Holanda, Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, Giovanni Christian Nunes Campos, Janáina Mesquita Lourenço de Souza, Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga e Gonçalo Bonet Allage (Presidente em exercício).

Relatório

Contra o contribuinte acima qualificado foi lavrado o Auto de Infração de fls. 136 a 139 - volume I, integrado pelos demonstrativos de fls. 140 e 141 - volume I, pelo qual se exige a importância de R\$349.346,34, a título de Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF, acrescida de multa de ofício de 75% e juros de mora, tendo em vista a omissão de rendimentos proveniente de depósitos bancários de origem não comprovada, prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, apurada no ano-calendário 1998.

DA AÇÃO FISCAL

Conforme Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal de fls. 137 a 139 - volume I, no curso da ação fiscal o contribuinte foi intimado a apresentar os extratos de suas contas bancárias relativas ao ano-calendário 1998, bem como a justificar a origem dos recursos nelas depositados. Depois de reintimado e concessão de prorrogação de prazo para atendimento à solicitação fiscal, o interessado apresentou apenas os extratos bancários do período de maio a dezembro de 1998, alegando que nos quatro primeiros meses não houve movimentação financeira (fls. 12 e 13 – volume I) e que, nos meses seguintes, o total dos recursos movimentados foi de R\$223.298,14, muito inferior ao valor atribuído pela fiscalização.

Encontra-se anexada aos autos, cópia de decisão que indeferiu liminar em mandado de segurança (fls. 21 a 23 – volume I), no qual o contribuinte postulava o direito de não apresentar todos os extratos bancários, sem que a autoridade administrativa apontasse especificamente as irregularidades presentes.

Foram então expedidas as Requisições de Movimentação Financeira – RMF de fls. 24 e 26 – volume I para o Banco Santander Meridional S/A. Em resposta (fl. 28 – volume I) foram fornecidos os documentos de fls. 29 a 108 – volume I.

Analisando os extratos bancários fornecidos pela instituição financeira, a autoridade fiscal, à fl. 109 – volume I, intimou o contribuinte a comprovar a origem dos depósitos relacionados nas planilhas de fls. 110 a 113 – volume I. A fiscalização, verificando a possibilidade da existência de um segundo titular, Sr. Luiz Alberes Agostini, pertencente à jurisdição de Lages (SC), solicitou a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal – MPF em nome do referido contribuinte (fl. 138 – volume I).

Em 10/07/2003, o contribuinte apresentou a correspondência de fls. 118 a 121 – volume I, anexando modelos de procuração, recibo, declaração e instrumento particular de cessão de direitos (fls. 122 a 129), alegando, em síntese que:

- pelos extratos bancários fornecidos pelo banco não foi possível identificar os remetentes para os depósitos feitos em cheque ou em dinheiro;
- não obstante a falta de prova documental identificando as remessas pode afirmar com certeza que estas foram feitas pelos mesmos investidores que emitiram os DOC;



- repisa o alegado anteriormente que, em 1998, trabalhava como corretor de valores mobiliários comprando ações da Telebrás e da Telesp e suas derivadas, operando em nome de terceiros e ganhando para isso comissão.

Tendo em vista as várias oportunidades concedidas ao contribuinte para se manifestar quanto aos créditos efetuados em suas contas correntes e de poupança, os depósitos cuja origem não foi comprovada foram tributados como omissão de rendimentos, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, observando-se a proporção de 50% em nome de cada titular.

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Apreciando a impugnação apresentada pelo contribuinte às fls. 146 a 160 - volume I, a 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo II (SP), manteve integralmente o lançamento, proferindo o Acórdão nº 17-16.192 (fls. 174 a 190 - volume I), de 11/10/2006, assim ementado:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF

Ano-calendário: 1998

PRELIMINAR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Pelos elementos constantes dos autos, fica sem fundamento a alegação de cerceamento do direito de defesa, na medida em que o interessado, ciente dos depósitos bancários que lastrearam a presente ação fiscal, teve, tanto na fase de autuação, regida pelo princípio inquisitório, quanto na interposição da impugnação, que inaugurou a fase do contraditório, ampla oportunidade de carrear aos autos elementos/comprovantes no sentido de tentar elidir, parcial ou totalmente, a tributação em análise

Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR SIGILO BANCÁRIO.

Havendo procedimento administrativo regularmente instaurado, não constitui quebra do sigilo bancário a obtenção, pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados, de dados sobre a movimentação bancária dos contribuintes com base em valores da CPMF.

Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR LANÇAMENTO LASTREADO EM INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA (BASE DE DADOS DA CPMF). IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2.001 E DA LEI Nº 10.174/2.001.

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

Preliminar rejeitada



DEPÓSITOS BANCÁRIOS OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

A presunção legal de omissão de rendimentos autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Notificado do Acórdão de primeira instância, em 21/11/2006 (vide AR de fl. 193 - volume I), o contribuinte interpôs, em 20/12/2006, tempestivamente, o recurso de fls. 194 a 208 - volume I, no qual alega, inicialmente, que caracteriza cerceamento do direito de defesa, garantido constitucionalmente, o não conhecimento do recurso ante falta de depósito prévio de 30%, ainda mais quando o contribuinte não possui recursos para fazê-lo (fls. 194 e 195 - volume I). Em seguida, apresenta demais questionamentos que a seguir resume-se.

DA ILEGALIDADE DA PRESUNÇÃO

O contribuinte alega que o fato de ter movimentado em sua conta-corrente quantia superior aos seus recursos não implica ilegalidade nem, tampouco, omissão de receita, já que não se pode confundir renda e provento, fato gerador do imposto de renda, com a simples movimentação de dinheiro em sua conta. Transcreve ementa do Primeiro Conselho de Contribuintes, bem como doutrina para corroborar seu entendimento. Aduz que administração tributária está presumindo quando a lei não lhe autoriza a fazê-lo, coagindo o recorrente a fazer alguma coisa quando a lei não lhe obriga (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal).

DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

O recorrente alega que as movimentações ativas e passivas dos correntistas dos bancos são de caráter sigiloso e, assim sendo, o fornecimento dos extratos bancários pela instituição bancária viola a intimidade e a vida privada do cidadão, bem como viola o sigilo de dados que, por expressa vedação constitucional, não podem ser requisitados pela autoridade administrativa, sem prévia autorização judicial, conforme disposto nos incisos X e XII, do art. 5º, da Constituição Federal. Cita decisões do Poder Judiciário.

DO USO DA CPMF PARA CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA E DA IRRETROATIVIDADE DA LEI

O contribuinte defende, em síntese, que, ainda que se considere que Lei Complementar nº 105, de 2.001, autoriza o acesso do fisco aos documentos bancários, a referida lei criou situação nova para o uso da CPMF, não podendo ser aplicada retroativamente. Isto porque quando foi instituída a CPMF, pela Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, era expressamente vedada a utilização das informações prestadas pelos bancos para o lançamento de outros tributos. Apenas com a edição da Lei nº 10.174, de 2001, é que foi possível o uso dos dados da CPMF para instaurar procedimentos fiscais que abrangessem outros tributos ou contribuições.

DA ORIGEM E APLICAÇÃO DOS RECURSOS

Sustenta o interessado não ser responsável pela movimentação durante todo o período e, mesmo no período em que era co-titular, os recursos depositados em suas contas

MJ
3

bancárias não lhe pertenciam, pois, conforme prova documental apresentada, estes pertenciam a terceiro, destinados à compra de direitos de Ações Telebrás e suas derivadas. Em sede de impugnação, anexou declaração do Sr. Sylvio Carlos Sobrosa Rocha, representante legal da empresa Capital Assessoria Financeira Ltda. (fl. 161 – volume I), na qual a referida empresa assumiria a responsabilidade por todos os depósitos na conta corrente do contribuinte.

DA PRESUNÇÃO DE RENDA NÃO DECLARADA

O contribuinte conclui que: (i) embora os extratos não tragam a identificação dos remetentes do direito para a conta do contribuinte, a declaração empresa Capital Assessoria Financeira Ltda prova que os créditos nas contas do contribuinte foram por ela realizados; (ii) o fato de o contribuinte movimentar em sua conta valores superiores a seus rendimentos não importa omissão de receitas; (iii) o lançamento baseado em depósitos bancários só é admissível quando se demonstre o nexos causal entre o depósitos e fatos que representem a omissão; e (iv) conforme documentação em anexo, comprova de forma inequívoca que os recursos utilizados em suas contas era utilizados para compra de ações em nome de terceiros. Transcreve alguns precedentes administrativos e doutrina para reforçar sua defesa.

DA NULIDADE DA PROVA

O recorrente alega que a prova foi obtida de forma que macula todo o processo administrativo fiscal e ferindo seus direitos fundamentais, razão pela qual requer o cancelamento do presente Auto de Infração.

DO PEDIDO

Ao final, requer o contribuinte que seja:

- a) recebido o presente recurso sem o depósito prévio de 30%;
- b) anulado o lançamento, pelos vícios na produção de provas e na aplicação da legislação;
- c) no mérito, acatada a comprovação da origem dos rendimentos, conforme documentos anexados.

DA DISTRIBUIÇÃO

Processo que compôs o Lote nº 06, sorteado e distribuído para esta Conselheira na sessão pública da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes de 16/12/2008, veio numerado até à fl. 216 - volume II (última).



Voto Vencido

Conselheira Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Relatora

A título de esclarecimento, o arrolamento dos bens ou depósito recursal como condição para interposição de recurso voluntário não é mais exigido, em virtude da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, resultando na edição do Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 9, de 05 de junho de 2007 e do Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 16, de 21 de novembro de 2007.

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto merece ser conhecido.

Em síntese, na peça recursal arguem-se, como preliminares: (i) a quebra do sigilo bancário e nulidade da prova; e (ii) irretroatividade da Lei Complementar nº 105, de 2001, e da Lei nº 10.174, de 2001. No mérito o recorrente alega, basicamente, que: (i) o fato de o contribuinte movimentar em sua conta valores superiores a seus rendimentos não importa omissão de receitas, devendo o fisco demonstrar o nexo causal entre o depósitos e fatos que representem a omissão; e (ii) embora os extratos não tragam a identificação dos remetentes do direito para a conta do contribuinte, a declaração empresa Capital Assessoria Financeira Ltda prova que os créditos nas contas do contribuinte foram por ela realizados e que estes recursos eram utilizados para compra de ações em nome de terceiros.

1 Quebra do sigilo bancário

O contribuinte alega a inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário e a legalidade das provas obtidas.

Não obstante a insurgência do contribuinte contra aquilo que entende ser uma irregular quebra de seu sigilo bancário, verdade é que a disponibilização das informações relativas à movimentação bancária dos sujeitos passivos por parte das instituições financeiras está devidamente prevista em atos legais regularmente editados. A menos que o contribuinte detenha um provimento judicial que lhe conceda, de forma específica, o direito de não ver seus dados disponibilizados à autoridade fiscal, regular será o acesso do fisco a tais dados.

Inicialmente, cabe transcrever o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, dispõe *in verbis*:

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.

Disciplinando o acesso às informações, previsto no dispositivo acima transcrito, o Decreto nº 3.724, também de 10 de janeiro de 2001, em seu art. 4º, autorizou o fisco a solicitar diretamente às instituições financeiras informações referentes à movimentação bancária de seus clientes mediante a emissão de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF, desde que houvesse procedimento de fiscalização em curso e esta fosse precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre sua movimentação financeira, *in verbis*:

Art 4º Poderão requisitar as informações referidas no caput do art. 2º as autoridades competentes para expedir o MPF

§ 1º A requisição referida neste artigo será formalizada mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) e será dirigida, conforme o caso, ao:

[.]

§2º A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do MPF.

[..]

§ 5º A RMF será expedida com base em relatório circunstanciado, elaborado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal encarregado da execução do MPF ou por seu chefe imediato.

§ 6º No relatório referido no parágrafo anterior, deverá constar a motivação da proposta de expedição da RMF, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no artigo anterior, observado o princípio da razoabilidade.

[..]

Por sua vez, o art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001, discrimina as diversas hipóteses em que se considera indispensável a verificação da movimentação bancária, dentre elas, a existência de movimentação financeira for superior a dez vezes a renda disponível declarada ou, na ausência de Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o montante anual da movimentação for superior ao estabelecido no inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Outra hipótese caracterizadora da indispensabilidade do exame é a negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira.

Por fim, no que se refere aos precedentes judiciais citados pelo recorrente, cumpre lembrar que estas decisões não vinculam o julgamento administrativo, valendo apenas entre as partes. Existe, contudo, farta e atual jurisprudência administrativa da Câmara Superior de Recursos Fiscais corroborando o entendimento desta Conselheira. A exemplo, cite-se:

*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, apenas ampliou os poderes de investigação do Fisco, sendo aplicável retroativamente essa nova legislação, por força do que dispõe o § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional. SIGILO BANCÁRIO - Os agentes do Fisco podem ter acesso a informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes sem que isso se constitua violação do sigilo bancário, eis que se trata de exceção expressamente prevista em lei.

(grifei)

No mesmo sentido, também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 18.445 - PE (2004/0081447-4), 03/05/2005

CONSTITUCIONAL. QUEBRA DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. LEGALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO EXAURIENTE. FORTES INDÍCIOS DE SIMULAÇÃO CONTRATUAL. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. MITIGAÇÃO DO DIREITO PARTICULAR

I - O sigilo bancário e o fiscal estão protegidos no texto constitucional. Todavia, não são direito absoluto, pois sofrem mitigação na hipótese de restar evidenciada a preponderância do interesse público sobre o particular.


II - In casu, os fortes indícios da ocorrência de uma simulação contratual, a fim de imputar à Caixa Econômica Federal a obrigação de arcar com danos morais de 50.000 (cinquenta mil) salários mínimos é por demais suficiente a autorizar a quebra de sigilos fiscal e bancário das empresas privadas pactuantes.

III - A uníssona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal tem disciplinado que, havendo satisfatória fundamentação judicial a ensejar a quebra de sigilo, não há violação a nenhuma cláusula pétrea constitucional. Tal assertiva decorre do direito à proteção dos sigilos bancário, telefônico e fiscal ser relativo e não absoluto como pugna a recorrente. Precedentes

IV - A interpretação teleológica do artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal de 1988, c/c a Lei Complementar 105/2001, conduz à conclusão de que é vedada a comunicação 'de dados', o que não se confunde com o conhecimento dos dados em si.

V - A Lei Complementar 105/2001, em seu artigo 6º, não estabelece a obrigatoriedade da oitiva do titular do sigilo como condição para realizar-se a quebra. Indispensável, tão-somente, haver "um processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente".

Recurso ordinário conhecido, mas desprovido.



(grifei)

Feitas estas digressões iniciais, passa-se a análise do caso em concreto.

Muito embora o contribuinte alegue afronta ao art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, verdade é que foram atendidos os pressupostos do referido artigo: existia procedimento fiscal em curso e o exame da documentação bancária era indispensável.

A presente ação fiscal encontra-se escudada no Mandado de Procedimento Fiscal nº 08.1.20.00-2002-00120-3 (fl. 1 – volume I) e foi instaurada por meio do Termo de Início de Fiscalização (fl. 3 e 4 – volume I), no qual o contribuinte foi intimado a apresentar cópia dos extratos bancários de todas as suas contas correntes e aplicações financeiras mantidas no período fiscalizado, bem como a comprovar a origem dos recursos depositados nas referidas contas.

De acordo com o relato fiscal, à fl. 8, a movimentação financeira do contribuinte no ano-calendário 1998 (R\$2.560.117,79) é incompatível com a não entrega de declaração de ajuste anual para o mesmo ano-calendário, o que caracteriza a hipótese de indispensabilidade do exame da documentação bancária prevista no inciso XI, c/c §2º, do art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001.

Assim, tendo em vista a não apresentação de todos os extratos bancários solicitados no curso da ação fiscal, autorizado estava o fisco a requer diretamente às instituições financeiras a documentação bancária.

Como se vê, todo o procedimento adotado pelo auditor fiscal está em consonância com a legislação pertinente, anteriormente transcrita, sendo legítimo o acesso do fisco aos extratos bancários que deram origem ao presente lançamento.

Destarte, rejeitam-se as preliminares de quebra do sigilo bancário e nulidade da prova obtida.

2 Irretroatividade da Lei Complementar nº 105, de 2001, e da Lei nº 10.174, de 2001

De fato, quando da criação da CPMF pela Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, existia vedação quanto à utilização das informações referentes à CPMF na constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, conforme disposto no §3º do art. 11, a seguir reproduzido:

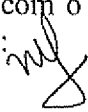
Art 11 - Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

[...]

§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.

[...]

Entretanto, com o advento da Lei nº 10.174, de 2001, o parágrafo acima foi alterado nos seguintes termos:



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

Como se percebe, a partir janeiro de 2001, a Secretaria da Receita Federal deveria continuar guardando sigilo das informações referentes à CPMF, porém, tais informações poderiam ser utilizadas para **instaurar** procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a outros tributos e contribuições, observando o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.

Atente-se que o dispositivo legal aqui discutido versa sobre a forma de obtenção e utilização das informações relativas à CPMF e não sobre o fato gerador que deu origem ao presente lançamento. Assim, sua retroatividade, para fins de instrumentar procedimentos fiscalizatórios relativos a anos-calendário anteriores a 2001, fica respaldada pelo fato de que não regra ele questões associadas às várias dimensões da imposição tributária concreta (fato gerador, base de cálculo, alíquota, sujeição passiva, etc.), mas sim matéria vinculada à forma de obtenção e utilização de informações, ou seja, questões procedimentais, estritamente vinculadas a métodos de apuração e fiscalização. Dentro deste quadro, há que se ter em conta o que diz de forma expressa o § 1º do art. 144 do CTN:

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

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

Como se infere, a legislação tributária expressamente excetua do princípio da irretroatividade aquelas disposições legais que trazem em seu conteúdo a previsão de novos critérios de apuração ou processos de fiscalização ou a ampliação dos poderes de investigação da autoridade fiscal, tornando improcedente a contestação do contribuinte.

Reafirme-se: o que não pode retroagir é a lei que disponha sobre o conteúdo intrínseco do tributo, já não sendo assim no que se refere à lei que regula a forma de obtenção das informações que possam servir de base para a averiguação do cumprimento das obrigações tributárias.

Da mesma forma, a quebra do sigilo bancário, prevista na Lei Complementar nº 105, de 2001, somente veio ampliar os poderes investigatórios do fisco e, portanto, a retroatividade de tal disposição legal, para fins de instrumentar procedimentos fiscalizatórios relativos a anos-calendário anteriores a 2001, fica respaldada pelo §1º do art. 144 do CTN, anteriormente transcrito. Isto porque ela não disciplina questões associadas ao fato gerador da



obrigação tributária, mas sim matéria relativa ao acesso de informações, ou seja, questões procedimentais, estritamente vinculadas a métodos de apuração e fiscalização.

Quanto aos precedentes reproduzidos pelo recorrente, cumpre lembrar que estas decisões não têm caráter vinculante, valendo apenas entre as partes. Existe, contudo, farta e atual jurisprudência administrativa da Câmara Superior de Recursos Fiscais corroborando o entendimento desta Conselheira. A exemplo, cite-se:

IRPF - NULIDADE – É legítimo o lançamento em que se aplica retroativamente a Lei Complementar nº 105 e a Lei nº. 10.174, ambas de 2001, já que se trata do estabelecimento de novos critérios de apuração e processos de fiscalização que ampliam os poderes de investigação das autoridades administrativas (precedentes do STJ e da Câmara Superior de Recursos Fiscais). (Acórdão CSRF nº 04-00.140, de 13.12.2005)

No mesmo sentido, também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 966.001 - SP (2007/0234842-0), de 22/04/2008

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRADO REGIMENTAL – UTILIZAÇÃO DE DADOS DA CPMF PARA LANÇAMENTO DE OUTROS TRIBUTOS – IMPOSTO DE RENDA – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO – PERÍODO ANTERIOR À LC N. 105/2001 – LEI 10.174/01 – APLICAÇÃO IMEDIATA – RETROATIVIDADE PERMITIDA PELO ART. 144, § 1º, DO CTN – INFUNDADA ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC – PRETENSÃO DE PRONUNCIAMENTO SOBRE MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA.

1. Improcedente a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal a quo resolve a questão suscitada pela parte, mediante fundamentação suficiente

2. Improcedente, da mesma forma, a alegação de omissão por parte da decisão agravada, ante a expressa manifestação acerca da questão em torno dos dispositivos indicados

3. Em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se, apenas, que a decisão seja fundamentada, aplicando o magistrado ao caso concreto a legislação considerada pertinente

4. Inconsistente a alegação de omissão quanto à questão que, apesar dos declaratórios, não foi discutidas no Tribunal a quo (Súmula 211/STJ)

5. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, à vista do disposto no art. 144, § 1º, do CTN, o Fisco pode utilizar dados relativos à CPMF para constituir créditos de outras exações, mediante aplicação do art. 1º da Lei 10.174/2001, que alterou o art. 11, § 3º, da Lei 9.311/96, inclusive a fatos geradores anteriores, sem que isso caracterize ofensa ao princípio da irretroatividade da lei tributária, uma vez que a LC 105/2001 e a Lei 10.174/01 não instituem nem majoram tributos.



representando apenas instrumentos legais para agilização e aperfeiçoamento dos procedimentos fiscais.

6 Agravo regimental não provido

(grifei)

Destarte, visto que o procedimento fiscal teve início já na vigência da Lei Complementar nº 105, de 2001 e da Lei nº 10.174, de 2001, é perfeitamente legítimo o acesso do fisco às informações bancárias da contribuinte que deram origem ao crédito tributário ora exigido.

3 Presunção de omissão com base em depósito bancário de origem não comprovada

Em análise do argüido, impõe-se fazer uma retrospectiva da legislação, no que diz respeito ao uso da movimentação financeira como base para a caracterização de omissão de rendimentos.

O contribuinte cita o art. 43 do CTN, que define o fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza:

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.

Esqueceu-se, entretanto, do art. 44 que dispõe sobre a base de cálculo do imposto, *in verbis*:

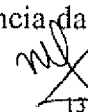
Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Como se vê, a tributação do imposto de renda não está só calcada em rendimentos reais do contribuinte, mas também em rendimentos arbitrados ou **presumidos**.

Como preceitua o art. 113 do CTN, a obrigação principal, surge com a ocorrência do fato gerador, e este, por sua vez, consiste na situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência, conforme disposto no art. 114 do mesmo diploma legal.

Desta forma, a constatação do ilícito tributário pode se dar por uma de duas vias: por uma presunção legalmente estabelecida ou, então, pela comprovação material, inequívoca, concludente da infração.

No primeiro caso, estabelece a lei, com base naquilo que se observa na maior parte dos casos - baseando-se, portanto, na aplicação de um critério de razoabilidade -, que ocorrida determinada situação fática, pode-se presumir, até prova em contrário - esta a cargo do contribuinte -, a ocorrência da omissão de rendimentos. Já no segundo caso, a inexistência da



presunção legal obriga a comprovação material do fato diretamente vinculado à subtração irregular dos rendimentos.

Antes da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990, não existia disposição legal específica sobre o uso da movimentação financeira como caracterizadora de omissão de rendimentos. Havia um entendimento de que depósitos bancários de origem não comprovada poderiam configurar acréscimo patrimonial a descoberto ou sinais exteriores de riqueza, duas hipóteses de omissão de rendimentos previstas no art. 39 do Decreto nº 80.450, de 4 de dezembro de 1980, a seguir transcrito:

Art. 39 – Na célula H serão classificados a renda e os proventos de qualquer natureza não compreendidos nas células anteriores, inclusive (Lei nº 4.069/62, art 52, e Lei nº 5 176/66, art. 43).

[...]

III – as quantias correspondentes ao acréscimo do patrimônio da pessoa física, quando esse acréscimo não for justificado pelos rendimentos tributáveis na declaração, por rendimentos não tributáveis ou por rendimentos tributados exclusivamente na fonte (Lei nº 4.069/62, art. 52);

[...]

V – os rendimentos arbitrados com base na renda presumida, através da utilização dos sinais exteriores de riqueza que evidenciem a renda auferida ou consumida pelo contribuinte (Lei nº 4 729/65, art. 9º);

[...]

No caso de tributação embasada na presunção de acréscimo patrimonial a descoberto, a movimentação bancária era considerada, por um lado, uma aplicação (os depósitos) e, por outro, uma fonte de recursos (os saques), fazendo parte de um demonstrativo que cotejava todas as mutações patrimoniais com os rendimentos auferidos e, caso fosse constatada a existência de acréscimo patrimonial a descoberto, presumia-se a ocorrência de omissão de rendimentos, cabendo ao contribuinte justificar a origem de tais incrementos com rendimentos já tributados, isentos, não tributáveis ou de tributação exclusiva.

Os depósitos bancários poderiam, ainda, servir de base para presumir rendimentos omitidos, diante da constatação de sinais exteriores de riqueza evidenciadores de renda auferida ou consumida, não submetida à tributação. Neste caso, o somatório puro e simples dos valores depositados cujas origens não fossem justificadas não era suficiente para caracterizar a omissão de rendimentos, sendo necessário se constatar a existência de sinais exteriores de riqueza que evidenciassem a renda auferida ou consumida.

A Súmula nº 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos foi editada nesta época, em que não existia uma presunção legal que versasse expressamente sobre omissão de rendimentos com base na movimentação financeira do contribuinte, considerando ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base **exclusivamente** em extratos ou depósitos bancários.

Em seguida, promulgou-se o Decreto-lei nº 2.471, de 1º de setembro de 1988, a seguir reproduzido, determinando o cancelamento dos processos referentes a crédito tributário decorrente de valores arbitrados com base **exclusivamente** em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários, conforme disposto em seu art. 9º, inciso VII:



Art. 9º Ficam cancelados, arquivando-se, conforme o caso, os respectivos processos administrativos, os débitos para com a Fazenda Nacional, inscritos ou não como Dívida Ativa da União, ajuizados ou não, que tenham tido origem na cobrança

[.]

VII - do Imposto sobre a Renda arbitrado com base exclusivamente em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários

Note-se que foi expurgada a tributação baseada apenas em extratos bancários, não se excluindo, contudo, as hipóteses de omissão de rendimentos com base em acréscimo patrimonial a descoberto ou sinais exteriores de riqueza. O acréscimo patrimonial a descoberto vigora até hoje, nos termos das alterações introduzidas pela Lei nº 7.713, de 1988, enquanto que a tributação dos sinais exteriores de riqueza, com base no art. 9º da Lei nº 4.729, de 1965, vigorou até a edição da Lei 8.021, de 12 de abril de 1990, que revogou expressamente este dispositivo legal, definindo com mais clareza em que termos os sinais exteriores de riqueza deveriam ser utilizados como base para a tributação de omissão de rendimentos.

Com o advento desta nova lei, os depósitos bancários de origem não comprovada passaram a configurar expressamente como hipótese de omissão de rendimentos, desde que fosse estabelecido um nexo de causalidade entre tais depósitos e fatos concretos ensejadores do ilícito, conforme disposto em seu art. 6º, *in verbis*:

Art. 6º O lançamento do ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

§ 1º - Considera-se sinal exterior de riqueza a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte.

§ 2º - Constitui renda disponível a receita auferida pelo contribuinte, diminuída dos abatimentos e deduções admitidos pela legislação do imposto de renda em vigor e do imposto de renda pago pelo contribuinte.

§ 3º - Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, o contribuinte será notificado para o devido procedimento fiscal de arbitramento.

§ 4º - No arbitramento tomar-se-ão como base os preços de mercado vigentes à época da ocorrência dos fatos ou eventos, podendo, para tanto, ser adotados índices ou indicadores econômicos oficiais ou publicações técnicas especializadas.

§ 5º - O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 6º - Qualquer que seja a modalidade escolhida para o arbitramento, será sempre levada a efeito aquela que mais favorecer o contribuinte.



O legislador deixa claro que os depósitos bancários podem ser utilizados para fins de apuração de omissão de rendimentos, contudo, nos estritos termos do §5º e do *caput* do artigo acima transcrito, ou seja, não basta apenas constatar a existência dos depósitos, mas deve-se estabelecer uma conexão, umnexo causal, entre estes depósitos e alguma exteriorização de riqueza e/ou operação concreta do sujeito passivo que pudesse ter dado ensejo à omissão de rendimentos.

Na realidade, a Lei nº 8.021, de 1990 nada mais fez do que consolidar, de forma explícita, o tratamento tributário a ser aplicado aos depósitos bancários de origem não justificada e que já vinha sendo adotado tendo em vista a presunção de omissão de rendimentos com base em sinais exteriores de riqueza, nos termos do art. 9º da Lei nº 4.729, de 1965 (só revogado pela própria Lei nº 8.021, de 1990), e o disposto no Decreto-Lei nº 2.471, de 1988 (9º, inciso VIII) que excluía do campo de incidência do imposto de renda os montantes arbitrados com base **exclusivamente** em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários.

Com o advento da Lei nº 9.430, de 1996, criou-se **uma presunção mais sumária** que atribui ao fisco a **simples evidenciação da existência de depósitos bancários não justificados** pelo contribuinte, nada mais, para que se estes sejam tributados como omissão de rendimentos, como se observa pelo teor do art. 42 do referido diploma legal:

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).

[...] (grifou-se)

De acordo com o dispositivo acima transcrito, basta ao fisco demonstrar a existência de depósitos bancários de origens não comprovadas para que se presuma, até prova em contrário, a carga do contribuinte, a ocorrência de omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção legal do tipo *juris tantum* (relativa), e, portanto, cabe ao fisco comprovar

apenas o fato definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, para que fique evidenciada a omissão de rendimentos.

Nestes termos, cumprido o ônus atribuído à Fazenda Pública, que é o de identificar os depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada e de intimar o contribuinte a sobre eles se manifestar com o fim de cumprir o encargo que a presunção do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, lhe transfere, e não tendo este mesmo contribuinte logrado afastar tal presunção *juris tantum*, evidenciada está a omissão de rendimentos.

No se refere aos precedentes administrativos mencionados pelo recorrente, como já esclarecido, estas decisões não têm caráter vinculante, valendo apenas entre as partes, existindo jurisprudência administrativa mais recente corroborando nosso entendimento. A exemplo, cite-se:

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Presume-se a omissão de rendimentos sempre que o titular de conta bancária, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento (art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996). (Acórdão nº 104-22.356, de 25/04/2007).

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - A presunção legal de omissão de rendimentos, prevista no art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza o lançamento com base em depósitos bancários, cuja origem em rendimentos já tributados, isentos e não tributáveis o sujeito passivo não comprova mediante prova hábil e idônea (Acórdão nº 106-16.142, de 28/02/2007)

LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS - PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS - 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 (Acórdão nº 102-48 047, 08/11/2006).

DEPÓSITO BANCÁRIO – OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Caracterizam omissão de rendimentos valores creditados em conta bancária mantida junto a instituição financeira quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996 (Acórdão CSRF nº 00 259, de 12/09/2006)

Feitas estas digressões iniciais, passa-se a analisar o caso em concreto.

4 Comprovação da origem dos recursos

Como dos autos se infere, a autoridade lançadora fez aquilo que o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, lhe atribuía como responsabilidade: constatada a manutenção de conta bancária com movimentação incompatível com os rendimentos declarados, intimou o

contribuinte a se manifestar quanto à origem dos depósitos efetuados nas contas bancárias e juntar documentação que comprovasse a origem de tais ingressos.

No curso da ação fiscal, intimado a comprovar a origem dos depósitos em sua conta bancária, o contribuinte alegou inicialmente, em correspondência protocolizada em 12/11/2002, que (fl. 12 – volume I):

Assim, como o contribuinte comprava e vendia títulos mobiliários, e o volume de negociações eram bastante grandes, o “mesmo dinheiro” entrava e saía da conta do contribuinte várias vezes durante o mês, o que, de fácil constatação, pode-se verificar que cada depósito não se trata de recurso auferido

Em suam, pode-se dizer que o contribuinte comprova as ações e depois as vendia, esse dinheiro então, voltava à sua conta corrente, causando a falsa impressão de omissão de rendimentos.

Posteriormente, em carta protocolizada em 10/07/2003 (fls. 118 a 121 – volume I), o contribuinte afirmou que trabalhava como corretor de valores mobiliários comprando ações das companhias telefônicas em nome de terceiros, ganhando apenas comissão, e que os créditos em sua conta eram feitos pela empresa Capital Assessoria Financeira Ltda, pela empresa Parcom – Participações S/A e pelo investidor “pessoa física” Sr. Irahay Carneiro Faria Junior, o que poderia ser comprovado pela emissão dos DOC e documentos acostados às fls. 122 a 129 – volume I.

Analisando-se os documentos referidos pelo contribuinte (fls. 122 a 129 – volume I), observa-se que se trata de modelos de procurações, recibos, contratos e declarações relacionados à venda de ações da Telesp e Telebrás, em nome de terceiros. Tal documentação, por si só, não é suficiente para comprovar a origem dos depósitos efetuados nas contas do contribuinte. Não há um documento que indique a participação do contribuinte na intermediação das operações de compra e venda de ações ou que vincule os créditos em sua conta às transações que alega terem ocorrido. Ressalte-se que não foram anexados aos autos os DOC que, segundo o interessado, comprovariam a origem dos recursos depositados em sua conta bancária.

Na declaração anexada na impugnação, à fl. 161 – volume I, a empresa Capital Assessoria Financeira Ltda. declara que comprava os direitos de ações Telebrás e suas derivadas, em nome da empresa PARCOM – Participações S/A, a quem pertenciam os recursos. Esclarece, ainda, que a PARCOM adiantava os recursos à Capital Assessoria Financeira Ltda., que, por sua vez, repassava a seus compradores (pessoa física) que se encarregavam de fazer as compras e que os repasses eram feitos por meio de depósitos bancários, dentre elas, as contas 9087230847, 0107205911 e 0720591, do Banco Santander.

Muito embora duas primeiras das contas acima indicadas tenham como titular o contribuinte (vide declaração do Banco do Santander à fl. 86 – volume I), caberia a ele ter apresentando documentação vinculando cada um dos valores depositados em sua conta aos adiantamentos de recursos que alega ter recebido, o que não ocorreu. Ressalte-se que a empresa não assumiu a responsabilidade por todos os depósitos na conta do contribuinte, conforme alegado, admitindo apenas repassar valores para a compra de ações sem indicar quando nem quanto.

Uma declaração genérica, apresentada já na fase de impugnação, de que eram efetuados repasses nas contas do fiscalizado desacompanhada de outros documentos que



18

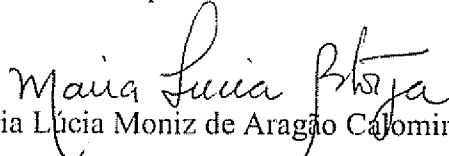
atestem os valores e datas em que estes teriam ocorrido efetivamente não basta para afastar a infração imputada ao contribuinte.

Assim, não tendo o interessado qualquer cautela em documentar adequadamente os fatos que, segundo ele, teriam ocorrido, ficam por sua conta e risco as conseqüências de tal negligência.

Desta forma, não cumprindo o contribuinte o ônus que a presunção legal lhe atribuiu, autorizada está a fiscalização a efetuar o lançamento da omissão de rendimentos nos termos do art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, sem que seja necessário nada mais demonstrar.

5 Conclusão

Diante do exposto, voto por REJEITAR as preliminares levantadas pelo recorrente e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso.


Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga

Voto Vencedor

Conselheira Janáina Mesquita Lourenço de Souza, Redatora Designada

Irretroatividade da Lei 10.174/2001

Em breve histórico da legislação vimos que quando a União instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira - CPMF, através da Lei 9.311, de 24 de outubro de 1996, o § 3º, do artigo 11 previa expressamente a vedação de o órgão fazendário utilizar as informações prestadas pelas instituições financeiras para constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, conforme pode se depreender do texto legal abaixo:

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

...

§2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministério do Estado da Fazenda.

§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." (grifo nosso)

Todavia, no início de 2001 o Poder Executivo editou um conjunto de normas que alterou o dispositivo legal citado, sendo aprovada: a Lei nº 10.174, de 9 de janeiro de 2001 que facultou a Receita Federal utilizar os dados da CPMF para instaurar procedimento fiscal; além da entrada em vigor da Lei Complementar nº 105, de 11 de janeiro de 2001, cujo artigo 6º autoriza a quebra administrativa do sigilo bancário, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso; e do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001.

A Lei nº 10.174/2001 assim passou a regular a matéria:

"Art. 1º - O art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 11.

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

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.(grifo nosso)

Brasília, 9 de janeiro de 2001;

Com o aparato legislativo acima e com a presunção legal prevista no Artigo 42 da Lei 9.430/96, que permite a autuação por omissão de receita a partir de depósitos bancários, a administração pública passou a autuar fatos geradores ocorridos antes da aprovação da respectiva Lei.

Ocorre que a autuação de fatos geradores anteriores a 9 de janeiro de 2001, data da edição da Lei nº 10.174/2001, não podem ser admitidas como legais uma vez que fere a segurança jurídica, prevista no Art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna:

“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada”.

Os fatos geradores ocorridos antes de 9 de janeiro de 2001, praticados então sob a égide da Lei nº 9.311/96, estavam consumados, perfeitos e acabados, quando foi editada a Lei nº 10.174/2001, motivo pelo qual não é possível admitir sobre esses fatos geradores a aplicação retroativa da referida Lei.

Neste caso concreto pode se afirmar que a autuação fiscal possui vício insanável, uma vez que a Lei editada em 2001 retroagiu para atingir fatos geradores pretéritos, o que não é permitido em nosso ordenamento jurídico tributário.

Cabe lembrar que a aplicação de lei a ato ou fato pretérito somente pode ocorrer nas hipóteses previstas no Art. 106, CTN, que estabelece sobre a retroatividade benigna.

Contudo, não acredito que tão pouco possa ser aplicado o Art. 144 do Código Tributário Nacional para justificar o emprego da Lei 10.174 retroativamente, pois não se trata de simples questão processual que possibilita a utilização de novos critérios de fiscalização e apuração do crédito tributário ou de ilícito penal, mas sim trata-se de nova forma de determinação de imposto de renda para constituição do crédito tributário.

Neste mesmo sentido encontramos várias decisões deste Colegiado, dentre as quais destaco:

“ IRPF. EX. 1999 – LANÇAMENTO COM ORIGEM NA LEI Nº 10.174 DE 2001 – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA – a vedação prevista no art. 11, § 3º, da Lei 9.311 de 1996, referia-se expressamente à constituição do crédito tributário. A revogação desse dispositivo pela Lei nº 10.174, de 2001, deve ser entendida como nova possibilidade de lançamento. Em se tratando de nova forma de determinação de imposto de renda, não de ser observados o princípio da irretroatividade e anterioridade da lei tributária. Recurso provido.” (1º CC, Acórdão nº 104-19.304, de 16 de abril de 2003)

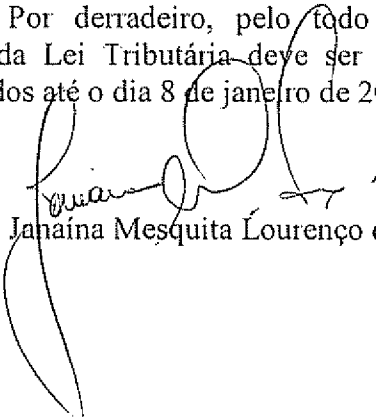
Podem existir situações especialíssimas onde o STF (Supremo Tribunal Federal) tem admitido que a lei nova possa regular as conseqüências dos fatos ocorridos na vigência da lei anterior, mas nessas situações o STF tem exigido que a lei nova faça declaração expressa neste sentido. No particular, já se decidiu que, como "regra geral é a da irretroatividade das

leis, para que resguardados possam ser sempre o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal e artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil)"... no entanto para que "a lei nova possa regular as conseqüências dos fatos ocorridos na vigência da lei anterior"..."é preciso que na lei se leia declaração expressa nesse sentido", logo como "no caso dos autos não se lê... previsão de sua aplicação a situações pretéritas" "A regra, portanto, é a não retrooperância da lei". (STF, 1ª T., RE 174.150, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 04.04.00)

Deste mesmo modo, seguindo a orientação da jurisprudência do STF, não se pode emprestar efeito retrooperante ao art. 1º da Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001, uma vez que o seu próprio artigo 2º esclarece que a aludida lei entrará em vigor na data da sua publicação.

No Poder Judiciário tal entendimento já vem encontrando respaldo, uma vez que ao julgar caso semelhante a Desembargadora Federal Diva Malerbi, do TRF da 3ª Região, ao conceder efeito suspensivo ativo ao Agravo de Instrumento nº 2001.03.00.012307-0 suspendeu o procedimento de fiscalização da Receita Federal que implicaria na quebra de sigilo bancário administrativamente de um contribuinte. No particular, conforme noticiou o Jornal Gazeta Mercantil sob o título "Tribunal não aceita quebra de sigilo retroativa do Fisco", a Desembargadora Federal Diva Malerbi decidiu que o Mandado de Procedimento Fiscal instaurado com base nos dados da CPMF deve levar em consideração o art. 11, §3º, da Lei nº 9.311/96 que "vedava a utilização dessas informações", uma vez que "só são válidos em relação a fatos posteriores a janeiro deste ano" quando entrou em vigor a Lei nº 10.174/2001, uma vez que "a norma de janeiro (Lei nº 10.174/2001) não pode ser aplicada a fatos acontecidos em 1998".

Por derradeiro, pelo todo exposto e em atendimento ao Princípio da Irretroatividade da Lei Tributária deve ser extinto o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos até o dia 8 de janeiro de 2001.


Janaina Mesquita Lourenço de Souza



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA CÂMARA DA SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº: 13884.004559/2003-11

Recurso nº : 156.002

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à **Segunda Câmara da Segunda Seção**, a tomar ciência do Acórdão nº **3401-00.120**.

Brasília/DF, 28 de outubro de 2010.

EVELINE COELHO DE MELO HOMAR
Chefe da Secretaria
Segunda Câmara da Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

- (.....) Apenas com ciência
- (.....) Com Recurso Especial
- (.....) Com Embargos de Declaração

Data da ciência: ____/____/____

Procurador(a) da Fazenda Nacional