



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Recurso nº : 150.555
Matéria : IRPF - EX: 1999
Recorrente : CARLOS ALBERTO CUNHA
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ-FORTALEZA/CE
Sessão de : 24 de maio de 2007
Acórdão nº : 102-48.549

NULIDADE DO LANÇAMENTO - Incabível a argüição de nulidade do procedimento fiscal quando este atender às formalidades legais e for efetuado por servidor competente.

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, 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 Físico 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.

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.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - 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, que não pode ser substituída por meras alegações.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS - NÃO VINCULAÇÃO - As decisões administrativas citadas pela defesa não são normas complementares, na forma do art. 100 do CTN, e, por conseguinte, não vinculam as decisões desta instância julgadora, restringindo-se aos casos julgados e às partes inseridas no respectivo processo do qual resultou a decisão.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC - É cabível, por expressa disposição legal, a exigência de juros de mora superior a 1%. A partir de 01.01.1995, os juros de mora serão equivalentes à taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

MULTA AGRAVADA – Nos termos da legislação em vigor, o desatendimento às intimações fiscais dá ensejo ao agravamento de ofício para 112,50%, conforme os termos do art. 44, § 2º da Lei 9.430/1996.

Preliminares rejeitadas.
Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CARLOS ALBERTO CUNHA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade da decisão de primeira instância e de quebra do sigilo bancário. Por maioria de votos, REJEITAR as preliminares: (1) 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; (2) de erro no critério temporal, 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


ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 17 OUT 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NAURY FRAGOSO TANAKA, JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, SILVANA MANCINI KARAM e ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA.

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

Recurso nº : 150.555
Recorrente : CARLOS ALBERTO CUNHA

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Voluntário de fls. 573/605, interposto pelo contribuinte CARLOS ALBERTO CUNHA contra decisão da 3ª Turma da DRJ em Fortaleza/CE, de fls. 547/567, que julgou procedente o lançamento de fls. 501/505, lavrado em 29.05.2002.

O crédito tributário objeto do Auto de Infração foi apurado no valor de R\$ 977.653,72, a título de Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF, relativo ao ano-calendário de 1998, acrescido da multa de ofício de 112,50% e juros de mora.

A infração apurada pela fiscalização e relatada na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fls. 502/503 e no Termo de Verificação Fiscal de fls. 472/498, foi, em síntese, a Omissão de rendimentos provenientes de valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantidos em instituição financeira, cuja origem dos recursos utilizados nestas operações, não foram comprovados mediante documentação hábil e idônea, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal, que faz parte integrante do presente Auto de Infração.

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 472/498, resta indicado que:

“(…)

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal procedemos a fiscalização do contribuinte acima identificado, conforme determinado no Mandado de Procedimento Fiscal - MPF 0812500.2001.00039-0, onde verificamos os fatos adiante relatados, relativamente ao cumprimento das obrigações tributárias afetas ao IRPF - IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA, quanto aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/98 a 31/12/98.



Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

1. Em 26/03/01 o contribuinte tomou conhecimento da instauração do procedimento fiscal, conforme o MPF já mencionado, constante de fls. 01. Na mesma oportunidade, também tomou ciência do Termo de Início de Fiscalização (fls. 19/20), contendo o seguinte encaminhamento:

a) Relativamente à movimentação financeira no montante de R\$ 2.364.158,69, efetuada no ano-calendário de 1998, intimação para, no prazo de 20 dias;

- apresentar os extratos das contas bancárias que deram origem à movimentação financeira;

- comprovar mediante documentação hábil, a origem dos recursos depositados nas contas bancárias;

b) Esclarecimento de que os valores da movimentação financeira foram obtidos com base nas informações prestadas pelas instituições financeiras à Secretaria da Receita Federal - SRF, de acordo com o artigo 11, parágrafo 2º, da Lei 9.311/96. A propósito, juntamos às fls. 21 o Relatório de Movimentação Financeira - Base CPMF, extraído dos arquivos da Secretaria da Receita Federal.

2. Em 11/04/01 a fiscalização lavrou o termo de fls. 22/23, concedendo mais 20 dias além do prazo estipulado na intimação inicial para atendimento da demanda.

3. Juntamos às fls. 24/29 o despacho de 11/05/01 do Exmo. Sr. Juiz da 3ª Vara Federal de Piracicaba, de indeferimento a pedido de liminar nos autos do processo judicial 2001.61.09.002139-8, mediante o qual o contribuinte pretendeu obter respaldo para deixar de cumprir a intimação fiscal para apresentação de suas informações bancárias, bem como obstar que tais informações fossem obtidas diretamente pela fiscalização junto às instituições financeiras.

4. Em 20/06/01 foram emitidas as Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF 0812500.2001.00071-4, 0812500.2001.00072-2 e 0812500.2001.00073-0 (fls. 30/35), para obtenção direta junto às instituições financeiras dos dados cadastrais e extratos bancários, informações necessárias a suprir preliminarmente a demanda desatendida por parte do fiscalizado.

5. Juntamos às fls. 36/123 as informações apresentadas pelas instituições financeiras em atendimento às requisições formuladas. Os extratos bancários serão objeto de comentários mais adiante, no item 16, onde serão analisados em conjunto com outros comprovantes das operações realizadas nas contas bancárias do contribuinte.

6. Em 20/08/01 mediante o Termo de Constatação e Intimação nº W006/01 e seu anexo (fls. 124/125), o contribuinte foi intimado a providenciar a entrega da declaração de imposto de renda pessoa física do ano-calendário 1998, bem como

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

fornecer cópia da mesma e do correspondente recibo de entrega à fiscalização, ou justificar sua falta.

7. *Mediante o Termo de Intimação no W009/01 de 15/10/01, fls. 126, o contribuinte foi reintimado a atender a demanda do Termo W006/01.*

8. *Em 29/10/01, mediante o expediente de fls. 128 o contribuinte solicitou prazo suplementar de 30 dias para atender o Termo W009/01, alegando que os documentos necessários para elaboração da declaração de rendimentos do ano-base 1998 encontravam-se em arquivo morto. Atendendo à solicitação, e mediante despacho consignado no corpo do próprio documento, na via do contribuinte (fls. 129), a fiscalização deferiu prazo de 20 dias a contar daquela data.*

9. *Mediante as RMF 0812500.2001.00112-5, 0812500.2001.00110-9 e 0812500.2001.00111-7 (fls. 130/140) a fiscalização solicitou aos bancos, cópias de diversos comprovantes das operações bancárias realizadas pelo contribuinte. Os comprovantes apresentados em atendimento àquelas requisições foram juntados às fls. 141/220 e serão objeto de comentários mais adiante, no item 16, onde serão analisados em conjunto com os extratos bancários.*

10. *Mediante o Termo nº W039/01 de 12/12/01 de fls. 221, o contribuinte foi intimado a comparecer na repartição no dia 17/12/01, a fim de prestar esclarecimentos necessários ao andamento dos trabalhos relativos ao procedimento fiscal. Mediante o expediente de fls. 222, o contribuinte esclareceu estar impossibilitado de comparecer à repartição em razão de compromissos profissionais inadiáveis. Esclareceu ainda, encontrar-se ao inteiro dispor para prestar os esclarecimentos desejados, desde que solicitados por escrito e com prazo hábil à sua resposta.*

11. *Mediante o Termo no W045/01 de 18/12/01, fls. 223, o contribuinte foi reintimado a comparecer na repartição a fim de prestar esclarecimentos necessários ao andamento dos trabalhos relativos ao procedimento fiscal. Entretanto, mediante seu expediente de 19/12/01, fls. 224, o intimado limitou-se a reiterar que não há no ordenamento jurídico, norma que imponha o dever de ter que comparecer pessoalmente na repartição para prestar esclarecimentos, e que a previsão legal existente é no sentido de que esclarecimentos devem ser prestados para o deslinde do trabalho fiscal. Ressalta que não se furta a prestar esclarecimentos, desde que as indagações lhe sejam devidamente feitas por escrito.*

12. *Respaldados pelo Mandado de Procedimento Fiscal - MPF 0812500.2001.00159-1, fls. 225, realizamos diligências junto à pessoa física de Álvaro da Silva Cunha, pai do fiscalizado e por este representado conforme expediente e procuração de fls. 230/233. A diligência se fez necessária tendo em vista que diversos dos recibos de depósito bancário (vide subitem 16.b.3) apresentavam o nome do diligenciado como favorecido dos valores. Foi juntado às fls. 234/257 a cópia do livro caixa com a escrituração das receitas e despesas afetas à atividade rural do diligenciado. Essa escrituração, aliada aos documentos comentados no item 14 permitiram que a fiscalização identificasse uma série de valores creditados em conta bancária do fiscalizado (Bradesco), que na verdade pertencem ao diligenciado.*

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

13. Juntamos às fls. 358/372, cópia da sentença relativa à ação judicial do contribuinte (reveja item 3), passada em 28/01/02, julgando improcedente a ação e denegando a segurança pretendida pelo impetrante.

14. Respaldados pelo Mandado de Procedimento Fiscal Extensivo de fls. 373, realizamos diligência junto à Agrocerec Pic Suínos S/A a fim de identificar suas operações mantidas com o fiscalizado. Atendendo ao Termo de Intimação nº W015/02, de 07/03/02, fls. 377/381, a diligenciada esclareceu que mantém operações com o Sr. Álvaro da Silva Cunha (fls. 382) e apresentou a documentação de fls. 284/448, composta por cópia das notas fiscais do produtor rural, das notas fiscais de entrada e dos correspondentes depósitos bancários. Analisando essa documentação em conjunto com o livro caixa citado no item 12, verificamos que as operações correspondentes àqueles depósitos bancários, destacados no quadro abaixo, foram escrituradas pelo Sr. Álvaro; e, portanto, tais rendimentos não pertencem ao fiscalizado

(...)

15. Mediante o Termo nº W025/02 e anexos (fls. 449/468), a fiscalização formalizou a constatação da pendência de atendimento à demanda dos termos fiscais de 22/03/01 e 11/04/01 (reveja itens 1 e 2), no tocante à comprovação da origem dos recursos depositados em contas bancárias. Assim, o contribuinte foi intimado a, no prazo de 10 dias, indicar e comprovar mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a origem dos valores creditados em suas contas bancárias, conforme o Demonstrativo de Valores Creditados em Conta Bancária (fls. 455/468), elaborado com base nos extratos das contas.

16. Sobre a documentação fornecida pelas instituições financeiras (itens 5 e 9), a Fiscalização e tecemos os comentários abaixo. Preliminarmente mapeamos os ingressos nas contas bancárias de interesse da fiscalização, que consistem nos valores objeto do Termo W025/02, excluídos os valores das transferências entre contas e os créditos comentados no item 14 (pertencentes ao pai do fiscalizado), as operações relativas a financiamento rural, devido à sua natureza, e a transferência entre contas.

E para subsidiar os comentários, elaboramos o quadro resumo, abaixo, com indicação dos quantitativos de operações a crédito das contas bancárias. Após o quadro, seguem os comentários à documentação.

(...)

a) Banespa: fls. 66/69, extrato da conta 01.000866-0. Os ingressos mais expressivos correspondem a depósitos em cheques, sendo que dois deles referem-se

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

a transferência de recursos, conforme quadro abaixo. Não computamos as operações relativas a financiamento rural, devido à sua natureza. A título de amostragem, juntamos às fls. 208/220, 13 comprovantes de operações a crédito da conta bancária, dentre os quais destacamos o depósito de fls. 212, de 23/04/98, no valor de R\$ 2.800,00, que corresponde a um dos créditos por transferência entre contas.

Data	Valor	Origem			
		Doc.	Bco.	Ag.	Cta.
23/04/1998	2.800,00	ch 3058	BRADESCO	1932-1	3250-6
13/07/1998	6.500,00	ch 3238	BRADESCO	1932-1	3250-6

b) Bradesco:

b.1. Fls. 38/61... extrato da conta 3250-6. É a conta que registra o maior volume de operações. Cotejando o seu conteúdo com os comprovantes das operações bancárias, tratados abaixo, verificamos que os recursos ingressaram na conta sob diversos títulos "autodep transf entre ag", "depósito cheque", "depósito cheque/din", "depósito dinh", "transf entre ag cheque", "transf entre ag chq/dinh", e que tais valores não se referem a transferências entre contas do próprio contribuinte;

b.2. Fls. 142/143, cópia do cheque 3238 de R\$ 6.500,00 de transferência de recursos para a conta do Banespa;

b.3. Fls. 144/203 juntamos a título de amostragem 60 comprovantes das transações de valor maior ou igual a R\$ 5.000,00, a crédito da conta bancária. Verificamos que os comprovantes coincidem em natureza, data e valor, com os registros constantes do extrato bancário. Dentre eles, destacamos os depósitos de fls. 150, 155, 157 e 165, que ensejaram as diligências comentadas nos itens 12 e 14;

c. Unibanco.

c.1. Fls. 80/123, extrato da conta 112.069-1. Apresenta débitos regulares ao longo do período, sob os títulos "pgto conta luz", "deb seguro vida", "débito carnet" e "débito redeshop", os quais sugerem tratar-se de despesas de caráter pessoal do titular. Cotejamos o seu conteúdo com os comprovantes tratados adiante e com as informações das demais contas, sendo que detectamos operações de transferência de valores entre domicílios bancários do próprio contribuinte, conforme destacado no quadro abaixo:

Data	Valor	Origem			
		Doc.	Bco.	Ag.	Cta.
15/01/1998	1 500,00	ch 2675	BRADESCO	1932-1	3250-6

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

19/02/1998	1.750,00	ch 2843	BRADESCO	1932-1	3250-6
13/03/1998	1.500,00	ch 2931	BRADESCO	1932-1	3250-6
14/04/1998	2.000,00	ch 2997	BRADESCO	1932-1	3250-6
15/06/1998	3.000,00	ch 3198	BRADESCO	1932-1	3250-6
16/07/1998	3.000,00	ch 3261	BRADESCO	1932-1	3250-6
16/11/1998	2.000,00	ch 3623	BRADESCO	1932-1	3250-6

c.2. Fls. 205/206, 18 comprovantes de depósitos em cheque. Verificamos que os comprovantes coincidem em natureza, data e valor, com os registros constantes do extrato bancário

Após intimações realizadas ao Contribuinte, seu pai e à empresa Agrocerec Pic Suínos S/A, a fiscalização concluiu o seguinte:

a) Os valores constantes do anexo ao Termo nº W025/02, com os devidos ajustes (itens 14 a 16), correspondem efetivamente a ingressos de recursos cuja origem o contribuinte não logrou comprovar. De acordo com o disposto no artigo 42 da Lei 9.430/96, caracterizam-se como rendimentos omitidos, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais a pessoa física ou jurídica, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil ou idônea, a origem dos recursos utilizados naquelas operações. Conseqüentemente, aqueles valores apurados pela fiscalização ficam sujeitos à tributação do imposto, a ser lançado de ofício;

b) De acordo com o disposto no artigo 44, inciso I, e parágrafo 2º da Lei 9.430/96, com a redação dada pelo artigo 70, inciso I da Lei 9.532/97, é aplicável a multa de ofício no percentual de 112,5% (cento e doze inteiros e cinco décimos por cento), agravada, portanto, calculada sobre o imposto devido, conforme as considerações abaixo:

b.1. o contribuinte não apresentou os extratos bancários solicitados no início da ação fiscal. Conforme visto nos itens 1 e 2, o fiscalizado foi intimado em 26/03/01, havendo inclusive prorrogação de prazo em 11/04/01 para atendimento da demanda. Mesmo ciente do indeferimento da liminar pleiteada judicialmente (item 3), simplesmente ignorou a imposição fiscal e não apresentou nenhuma justificativa pela falta. Com isso os trabalhos tiveram seu andamento prejudicado, pois ficaram interrompidos até que as instituições financeiras fornecessem as informações requisitadas;

b.2. conforme visto nos itens 6 a 8, o contribuinte não atendeu à intimação para providenciar a entrega da declaração de imposto de renda e oferecer cópia à fiscalização, ou justificar sua falta. Inclusive, após reintimado solicitou prorrogação de prazo alegando estar preparando a declaração, deixando a fiscalização na expectativa

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

de conhecer tais informações ou esclarecimentos, o que não se deu até o momento. A fiscalização conclui que o contribuinte não tinha intenção de atender à intimação, e considera que a medida por ele adotada foi de caráter meramente protelatório;

b.3. conforme visto nos itens 10 e 11, o contribuinte não atendeu à intimação para comparecer na repartição a fim de prestar esclarecimentos necessários ao andamento dos trabalhos relativos ao procedimento fiscal. Da primeira vez justificou estar impossibilitado em razão de compromissos inadiáveis, porém não sugeriu outra data em que pudesse vir à repartição. Aliás, comunicou que prestaria os esclarecimentos desejados, desde que solicitados por escrito e com prazo hábil à sua resposta, e reiterou tal posição na resposta à segunda intimação, oportunidade em que argumentou: 1) que não há, no ordenamento jurídico, norma que imponha ao contribuinte o dever de ter que comparecer pessoalmente na repartição para prestar esclarecimentos; 2) que a previsão legal é de que esclarecimentos devem ser prestados para o deslinde do trabalho fiscal; e 3) que não está se furtando a prestar os esclarecimentos necessários, estando apenas exercendo o seu direito constitucional de respondê-los por escrito. Cabe-nos fazer algumas considerações:

- as intimações foram formuladas com base no artigo 927 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99 (Decreto nº 3.000/99). O referido dispositivo, que tem como matriz legal o artigo 7º da Lei nº 2.354/54, estabelece que todas as pessoas físicas ou jurídicas, contribuintes ou não, são obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos exigidos pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal no exercício de suas funções, sendo as declarações tomadas por termo e assinadas pelo declarante. Portanto existe previsão legal no ordenamento jurídico, tal como preceituado no artigo 50, inciso II da Constituição Federal, que obrigue o contribuinte a prestar as informações solicitadas pela fiscalização;

- quando há um volume de informações que potencializam uma variedade de interpretações conjugadas, é de bom senso convocar o contribuinte para vir à repartição, onde o mesmo pode tomar contato com os vários elementos a serem exibidos pela fiscalização, dialogar, e assim sanar dúvidas e prestar os esclarecimentos necessários, que são reduzidos a termo no ato; e para tanto, faz-se uso da estrutura administrativa da repartição (computador, impressora, sala reservada para atendimento). Em situações assim, a fiscalização opta por aquela via procedimental, evitando ter que fazer sucessivas intimações descritivas demandando esclarecimentos complementares, o que delonga o andamento dos trabalhos e se torna desgastante para o próprio contribuinte. Obviamente, é descabido consignar tais motivos no termo de intimação, pois o que se busca não é convencer o sujeito passivo a fazer um favor à fiscalização, mas sim convocá-lo de forma sempre respeitosa, porém, com autoridade, haja vista tratar-se dos interesses da Fazenda Nacional;

- percebe-se que o deslocamento de sua residência até a repartição não era o óbice no caso em tela, pois o único empecilho ao comparecimento pessoal foi a existência de compromissos inadiáveis, noticiada na resposta à primeira intimação; portanto, foi um fator impeditivo de caráter provisório. Já na resposta à segunda intimação o contribuinte não alegou nenhum impedimento, e definitivamente deixou claro que não pretendia comparecer pessoalmente na repartição, bem como que não prestaria esclarecimentos que não fossem solicitados por escrito;

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

- pelas considerações expostas, entendemos que o contribuinte deixou de atender à intimação, bem como não apresentou justificativa plausível para tanto.

18. Procedemos ao lançamento de ofício, nos termos do artigo 926 do RIR/99, mediante a lavratura do auto de infração, para exigência das diferenças apuradas a título de OMISSÃO DE RENDIMENTOS PROVENIENTES DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS, conforme abaixo descrito:

a) o DEMONSTRATIVO DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS (fls. 481/498), elaborado com observância do disposto no artigo 42, parágrafo 3º da Lei 9.430/96, discrimina todas as importâncias que foram efetivamente levadas a crédito da conta bancária, e que não tiveram comprovada a origem do correspondente recurso. O demonstrativo apresenta:

- o resumo das operações por conta bancária e por mês, segregadas em "créditos até R\$ 12.000,00", "créditos superiores a R\$ 12.000,00" e "créditos a desconsiderar";

- o resumo a nível mensal das operações, sendo que os campos "A" e "B" correspondem à soma dos créditos bancários de valor até R\$ 12.000,00 e dos superiores a esse valor, respectivamente. O campo "C" corresponde aos créditos estornados (cheques depositados e devolvidos), e que portanto foram desconsiderados;

- a consolidação mensal dos valores, com a indicação da "base de cálculo a lançar", que corresponde à soma dos campos "A" e "B", menos o campo "C";

- ao seu final, o resumo anual.

A fim de caracterizar a observância do disposto no artigo 42, parágrafo 3º, inciso II da Lei 9.430/96, e no artigo 4º da Lei 9.481/97, é oportuno destacar que, no período, os depósitos de valor até R\$ 12.000,00, atingiram o montante de R\$ 567.005,63, antes de deduzida a importância de R\$ 29.317,30, que corresponde, em sua totalidade a estornos vinculados àqueles depósitos;

- e também ao seu final a consolidação dos registros, evidenciando valores e quantidades de operações por conta bancária e por mês, o que nos dá uma idéia do volume de transações relativas a ingressos de recursos ao longo do ano de 1998;

b) o DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO (fls. 499) discrimina os rendimentos tributáveis apurados mês a mês, e apresenta a consolidação do Imposto com vencimento anual;

c) o DEMONSTRATIVO DE MULTA E JUROS DE MORA (fls. 500) descreve o saldo de imposto devido, bem como os acréscimos legais cabíveis, de acordo com o enquadramento legal mencionado ao seu final.

A fiscalização ateu-se à verificação por amostragem, do cumprimento das obrigações tributárias afetas ao Imposto de Renda Pessoa Física do

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

ano-calendário 1998. Fica ressalvado o direito da Fazenda Nacional de realizar novas verificações, relativas a fatos e períodos não observados.

E para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente termo, em 03 (três) vias de igual forma e teor, assinado pelo(s) Auditor(es) Fiscal(is) da Receita Federal, e pelo contribuinte ou seu representante legal, que neste ato recebe uma das vias."

Inconformado com a autuação, da qual tomou ciência em **29/05/2002** (fls. 504), o contribuinte, em **28/06/2002**, através de seus procuradores (instrumentos às fls. 536/537), apresenta impugnação (fls. 513/535), alegando o seguinte:

"(...) OS FATOS

Após extensa fiscalização promovida contra o Impugnante, lavrou-se Auto de Infração de Imposto de Renda do ano-base 1998, cujos fundamentos, contudo, não resistem a uma análise jurídica do tema.

Afirma o Auditor Fiscal, na folha de continuação do Auto de Infração, que:

(...) - fls. 511

E, no Termo de Verificação Fiscal, conclui-se que:

(...) – fls. 511

Como se vê, o lançamento fiscal assenta-se exclusivamente em depósitos bancários, que teria por pressuposto uma receita do contribuinte, proveniente de suas atividades profissionais normais.

1 - Contudo, o lançamento com base em extratos bancários vem sendo rechaçado pela jurisprudência, já que, como se sabe, **no giro bancário o valor atual contém o valor anterior.**

E mais, os valores indicados em extrato correspondem, sempre, à movimentação do dinheiro, e não à "renda" efetivamente percebida. Trata-se da "fotografia" estática de uma situação, que não guarda qualquer correspondência com a identificação da "renda" do correntista.

Os valores espelhados nos extratos bancários, que serviram de base para a autuação, representam o MESMO DINHEIRO, que foi e voltou da conta inúmeras e repetidas vezes.

É preciso ter em mente que os extratos bancários podem conter empréstimos, valores liberados por cheques especiais, circulação de valores entre bancos, e muitas outras situações que não afetam a renda da Impugnante em cada ano, porquanto não representam "plus".

Exatamente por isso que o E. Conselho de Contribuintes já pacificou entendimento no sentido de não admitir os depósitos bancários como suposto indicativo de omissão de receita, para fins de lançamento tributário.

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

É o que se depreende das seguintes decisões, recentíssimas, de plena aplicação no caso presente:

(...) – fls. 515/517

O E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (São Paulo) também já se posicionou no mesmo sentido, nos seguintes termos:

(...) – fls. 517/518

Também o Superior Tribunal de Justiça tem mantido este entendimento:

(...) – fls. 518

Ressalta que a movimentação bancária não é renda

Apesar dessa situação, absolutamente pacificada na jurisprudência (inclusive administrativa), o Sr. Agente Fiscal autuou o Impugnante com base em mera presunção de que aqueles valores seriam "renda" não declarada.

2 - Ora, é desnecessário relembrar que a falta de prova da aquisição de renda torna insubsistente a autuação lavrada contra o Impugnante, já que não se admite a exigência de tributos ou penalidades com base em simples presunções.

É exatamente este o entendimento do Prof. GERALDO ATALIBA (in "Prova no Procedimento Tributário", RT 473/48):

(...) – fls. 519

A propósito ensina, ainda, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (in "Procedimento Tributário", Revista de Direito Tributário nº 718, Ed. RT, pág. 66 e 6.):

(...) – fls. 519/520

Vale, ainda, ressaltar os ensinamentos de LOURIVAL VILANOVA, que bem demonstram a necessidade de prova produzida pela autoridade administrativa, como fundamento de cobrança de um tributo e aplicação de penalidades (Agravo de Instrumento nº 55.210 de S. Paulo, sendo relator o Min. Bilac Pinto - DJU de 15.11.1972):

(...) - fls. 520/521

Assim, é cristalino que, "in casu", não basta a simples presunção levantada de que os valores constantes na conta bancária representariam renda não declarada pelo Impugnante, para se concluir pela omissão de receita.

3 - É preciso que a fiscalização apresente ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS SEGUROS da suposta renda, o que não foi feito. Estamos, sem dúvida, diante de um caso em que as autoridades fiscalizadoras buscaram recurso na presunção para fundamentar a autuação imposta ao Impugnante, o que é arbitrário, inadmissível e ilegal.

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

Para melhor compreender a aplicação ou não das presunções em Direito Tributário, impõe-se, inicialmente, definir o instituto, nos seguintes termos: "Presumir, no sentido mais amplo do termo, é estabelecer como verdadeiro, em todos os casos, o que talvez o seja de uma maneira geral, mas que em cada caso particular seja apenas provável, ou mesmo, talvez, simplesmente possível." (François Géný, "Science et Technique em Droit Privé Positif", tomo III, nº 230, pags. 264 a 268, apud Liz Coli Cabral Nogueira, Rev. Direito Público, vol. 10, pag. 141 e ss.)".

As presunções legais, que interessam ao caso concreto são as conseqüências que a lei, ou o juiz, deduz de um fato conhecido, ou, em outras palavras, são conjecturas sobre uma coisa duvidosa que possa ter pelo menos confronto com o verdadeiro.

Ora, no presente caso, a conclusão do Sr. Agente Fiscal não está fundamentada em qualquer norma jurídica que consagre a presunção de infração fiscal. Melhor dizendo, a conclusão do Sr. Fiscal decorre de meros indícios, e não de determinação legal, como é o caso das presunções legais. Não houve prova concreta da suposta renda não declarada pela Impugnante, mas, pelo contrário, mostrou-se a coerência de seus atos.

Todavia, "ad argumentandum", caso houvesse uma presunção legal da suposta infração, ainda assim não poderia subsistir a autuação aludida. Vejamos.

As presunções legais podem ser absolutas ou relativas; as absolutas ("iuris et de iure") não admitem prova em contrário, enquanto as relativas a admitem. As presunções absolutas se assemelham às ficções legais, mas com elas não se confundem, já que as primeiras conferem certeza jurídica a algo que é provável, enquanto que as segundas (ficções) dão como certo algo que se sabe não sê-lo.

Contudo, para a generalidade dos efeitos jurídicos, a presunção absoluta e a ficção legal têm natureza equivalente, como diz ALBERTO XAVIER, não sendo, em rigor, meios de prova, mas verdadeiras normas dispositivas que visam atribuir certos efeitos jurídicos a determinados fatos, dispensando prova.

Ora, a fixação de condições que, uma vez ocorridas, dariam ensejo à omissão de receita (pela simples somatória de valores constantes de extratos bancários), é uma presunção legal absoluta ou uma ficção jurídica. Ela não faz prova, em cada caso concreto, de que teria ocorrido efetivamente o fato alegado, mas, pelo contrário, substitui-se à prova, dando como provado aquilo que se pretende provar!

Essa conclusão encontra fundamento na lição de RUBENS GOMES DE SOUSA, inesquecível autor do Código Tributário Nacional, para quem tanto a presunção absoluta, como a ficção legal, são normas substitutivas: "nos dois casos, a norma substitui uma "verdade legal", criada pelo legislador, à "verdade material", decorrente da natureza das coisas." (Revista de Direito Público, vol. 11/11).

No caso em exame, a "verdade legal" (que não existe, como já pudemos demonstrar anteriormente), versa sobre condições que, uma vez ocorridas, presumiriam uma omissão de receita; por outras palavras, ao estabelecer requisitos inafastáveis para a caracterização da "verdade legal", as considerações do Sr. Agente



Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

Fiscal substituíram a verdade material pela verdade legal, o que é absolutamente inaceitável.

*Com efeito, a doutrina já consagrou a aplicação do **princípio da legalidade** a todo o Direito Tributário, tendo em vista a proteção dos direitos do contribuinte contra os arbítrios da Administração Pública. Em razão disso, é inafastável a investigação de fatos, submetidos a um **princípio inquisitório**, e a valorização desses mesmos fatos a um **princípio de verdade material**.*

Por isso, com a clareza e a precisão que lhe são próprios, ALBERTO XAVIER escreveu:

"A instrução do processo tem como finalidade a descoberta da verdade material no que toca ao seu objeto; e daí a lei fiscal conceder a seus órgãos de aplicação meios instrutórios vastíssimos que lhe permitam formar a convicção da existência e conteúdo do fato tributário. Essa convicção é, porém, uma livre convicção, no sentido de que não está limitada à existência de regras legais de prova; ante os meios probatórios têm, em princípio, o valor que lhes resulte de sua idoneidade como elementos da referida convicção." ("Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 1977, pág. 109).

*Por força do **princípio da verdade material**, o exame da existência ou não dos fatos alegados pela fiscalização deve ser fixada através de uma livre e completa investigação no caso concreto, independentemente de regras pré-determinadas.*

Essas afirmações encontram respaldo no próprio Código Tributário Nacional, cujo artigo 148 prescreve, "in verbis":

"Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular arbitraré aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, a avaliação contraditória, administrativa ou judicial. "

Ora, o que o C.T.N. consagra é o princípio da verdade material, afastado apenas nos casos taxativamente enumerados no artigo 148 retrotranscrito. Por conseguinte, não pode a Administração Pública ordenar o recurso a regras que dispensem ou substituam a valoração do caso concreto, como a presunção legal absoluta (ou ficção) de que, exatamente e em qualquer circunstância, ao valores constantes da conta bancária da Impugnante representariam renda omitida, sem apresentar qualquer prova nesse sentido, apenas supostos indícios.

Não deve ser esquecido, ainda, que o artigo 148 retrotranscrito adverte que a autoridade lançadora deverá se valer, quando for o caso, de processo regular. Tal lembrança serve para repisar a natureza vinculada de toda a atividade administrativa referente ao lançamento.

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

Ora, se a Fazenda Federal tem o direito de haver o tributo nos estritos termos da lei (princípio da legalidade), também o contribuinte só pode ser constrangido a pagar a referida obrigação tributária, se o seu cálculo levar em consideração a materialidade dos fatos praticados, que se subsume à lei e traduz a sua capacidade contributiva, que, no dizer de GERALDO ATALIBA, é o princípio inserido nas dobras do princípio da igualdade.

O IX Simpósio Nacional de Direito Tributário, pelo seu Plenário, ao responder à 14 questão proposta (sobre se as presunções compatibilizam-se com os princípios da legalidade e tipicidade da tributação), assim se manifestou, à unanimidade:

"Os lançamentos de tributos com base em presunções "hominis" ou indícios (ressalvado os indícios veementes quando proporcionam certeza quanto aos fatos), sempre que ocorrer incerteza quanto ao fatos, não se compatibilizam com os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação. As presunções legais relativas podem ser adotadas pelo legislador desde que sejam estabelecidas no âmbito da competência tributária respectiva. Por ficção não se pode configurar ocorrido o aspecto material do fato imponible, pois ou se estará exigindo tributo sem fato gerador ou haverá instituição da presunção absoluta, pois, de sua aplicação, poderá resultar exigência de tributo sem fato gerador. (unanimidade por 200 componentes do Plenário)" (Informativo Dinâmico 1013 nº 95/84, pág. 3).

A tributação se dá por fato concreto, como, aliás, já decidiu o E. Conselho de Contribuintes, no seguinte acórdão recentíssimo:

"NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO - FATO GERADOR - A interpretação do fato gerador tributário é efetuada com base em situação de fato, e não em situações com mera aparência de veracidade, sendo relevante, sim, o real conteúdo daquela." (Processo nº 10680.016707/00-35, Recurso nº 126.512, Acórdão nº 104-18.111, julgado em 08.11.2001, Leila Maria Scherrer Leitão - presidente e Vera Cecília Mattos Vieira de Moraes - relatora, DOU 28.03.2002, pág. 51)

4 - Assim, a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, a que se reporta o artigo 43 do Código Tributário Nacional, deve ser efetiva, plenamente demonstrada pela fiscalização. Não há margem jurídica para a tributação em mera presunção.

Juros

5 - Ademais, a incidência da TAXA SELIC sobre o suposto débito apontado no auto também não encontra respaldo jurídico.

Neste sentido, transcreve às fls. 526/534 extenso arrazoado contrapondo-se à matéria.

(...)

Assim, também por este motivo, qualquer exigência de juros em descompasso com o artigo 161 do CTN é totalmente improcedente.

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

PEDIDO

Rechazados os argumentos do Sr. Fiscal autuante, resta demonstrada a insubsistência do auto de infração ora impugnado.

Requer, finalmente, seja reconhecida e declarada a improcedência do lançamento de IRPF lavrado contra o Impugnante, por sua manifesta inconsistência fática e jurídica."

Analisando a Impugnação, a DRJ, às fls. 547/567, julgou procedente o lançamento, entendendo que:

(i) À autoridade administrativa, por força de sua subordinação ao poder vinculado ou regrado, cabe a limitação ao enunciado da Lei, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da legalidade ou da constitucionalidade da norma legal.

(ii) No tocante às decisões judiciais que o contribuinte fez constar em sua Impugnação, em face do Artigo 4º do Decreto nº 2.346/1997, os efeitos das decisões judiciais somente possuem pressuposto de existência quando oriundas do Supremo Tribunal Federal e que tal decisão se refira especificamente à inconstitucionalidade das leis em litígio no caso concreto.

(iii) Quanto às decisões administrativas, versou acerca dos dizeres no Artigo 100, Inciso II do CTN e dos grifos no Parecer Normativo CST nº 390/1971, os quais afirmam que as referidas decisões não têm força de Norma Complementar, bem como só vinculam as partes integrantes do processo que resultou a decisão.

(iv) Com relação à constituição do crédito tributário com base exclusivamente em depósitos bancários, esclareceu que, conforme previsto no art. 42 da Lei 9430/96, houve presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários, condicionada à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram em nome do contribuinte em instituições financeiras. Afirmou que nos casos de presunção legal, a autoridade está dispensada da produção de provas, cabendo ao contribuinte, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, elidi-la.



Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

(v) Com respeito ao agravamento da multa para 112,50%, com base no artigo 44, § 2º, da Lei 9.430/96, asseverou que, por falta de atendimento às solicitações de esclarecimento e apresentação de documentos por parte do sujeito passivo, foi, em seu entendimento, corretamente aplicada;

(vi) Quanto à utilização da Taxa SELIC para cálculo dos juros, reportou-se ao artigo 161 do CTN e ao artigo 13 da Lei nº 9.065/95, para concluir que a cobrança está dentro da Lei, não devendo prosperar a alegação do Contribuinte acerca de ilegalidade na aplicação da SELIC.

O Contribuinte foi devidamente intimado da decisão, em 16.12.2005, conforme faz prova o AR de fls. 572, e interpôs, no dia 03.01.2006, conforme envelope às fls. 644, tempestivamente, Recurso Voluntário de fls. 573/605.

Em suas razões, o Contribuinte alegou que:

(i) Referida decisão da DRJ padeceria de nulidades, pois não apreciou devidamente os argumentos alinhados pelo Contribuinte, sob o argumento de que não poderia analisar arguição de inconstitucionalidade.

(ii) No sentido de defender a apreciação, por parte do Tribunal Administrativo, da alegação de inconstitucionalidade, citou o acórdão nº 108-01.182, da 8ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes da União, com voto seguido pela maioria dos Conselheiros, da Lavra do Conselheiro Adelmo Martins Silva, bem como o entendimento dos professores Miguel Reale, José Frederico Marques e Alfredo Buzaid, dos Ministros Carlos Mário da Silva Velloso e Celso de Mello e de manifestação do Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior.

(iii) A autoridade fiscalizadora se fez valer de prova supostamente ilícita para embasar o presente Lançamento, pois à época dos fatos inexistia previsão legal que viabilizasse o procedimento fiscal. Sendo assim, a Lei Complementar nº 105/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/2001, nascida posteriormente ao ano-calendário de 1998, não poderia retroagir, restando supostamente nulo o Auto de Infração em comento.



Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

(iv) Além da suposta irretroatividade da LC nº 105/2001, argumentou ainda que as informações contidas nos bancos são protegidas pela garantia constitucional do sigilo de dados, estampada no art. 5º, inciso XII, da Carta Magna, entendendo evidente a violação do direito do Recorrente. Apresenta, adicionalmente, o entendimento de renomados doutrinadores, anteriormente mencionados, e decisão do TRF da 1ª Região sobre o tema.

(v) No mérito, quanto à omissão de receitas com base em extratos bancários, afirmou ser impossível tal constatação, por se fundamentar, tão somente, em mera presunção. Salientou, para tanto, os termos do art. 142 do CTN e o entendimento do ilustre José Eduardo de Mello sobre a matéria, no qual caberia ao poder público o ônus da prova.

(vi) Citou ainda, nesse diapasão, o assentado pelo Conselheiro Márcio Machado Caldeira, além de jurisprudências administrativas, bem como os dizeres do professor Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Melo, Lourival Vilanova e Paulo Celso Bonilha. Requerendo, portanto a nulidade do lançamento face às, presunções, supostamente frágeis, decorrentes dos extratos bancários.

(vii) Quanto à aplicação da taxa SELIC, entendeu não haver respaldo jurídico para tanto, pois a sua adoção como supostos juros "moratórios" (sic), seria expediente ilegal e inconstitucional, porque desnaturaria por completo o pressuposto e a finalidade desta espécie de juros. Logo, a taxa SELIC não guardaria nenhuma relação lógica com a recomposição do patrimônio lesado, pela falta do tributo não pago, como, supostamente, se busca nos juros moratórios. Ademais, condenou a aplicação da taxa SELIC com base na Lei n. 9.065/95 e afirmou que os juros deveriam respeitar o disposto no art. 161, § 1º, do CTN, abaixo de 1%;



Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

(viii) Por fim, quanto à multa de 112,50%, argumentou que ofendeu aos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade, art. 5º, inciso LIV, e da proibição do confisco, art. 150, inciso IV, ambos previstos na Constituição Federal, por se tratar de suposto confisco, como supostamente asseverou a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Requereu, ainda, a redução da multa para 20%, em face do seu caráter confiscatório, ou para 75%, pois o Contribuinte se recusou a apresentar os extratos bancários, sob a convicção jurídica de que a Carta Magna supostamente proibiria a quebra do sigilo bancário por autoridade administrativa.

É o Relatório.



Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

VOTO

Conselheiro ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO, Relator

O presente Recurso Voluntário preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

O Recorrente apresenta sua inconformidade com o lançamento em tela, o qual teve como fundamentação a existência de depósitos bancários cuja origem não foi comprovada perante a autoridade fiscal.

Inicialmente, requer a nulidade da decisão proferida pela DRJ, pois a mesma não apreciou devidamente os argumentos alinhados pelo Contribuinte, sob o argumento de que não poderia analisar argüição de inconstitucionalidade.

Entendo que esta esfera administrativa não é competente para a discussão da constitucionalidade do dispositivo legal, uma vez que está vinculada ao princípio da legalidade estrita, como preceitua do art. 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

No mesmo sentido, adicionalmente, dispõe a Súmula nº 02 deste Primeiro Conselho de Contribuintes, de caráter vinculante, conforme determinação do art. 29 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes¹, nos seguintes termos:

Súmula 1º CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Quanto à alegação de quebra do sigilo bancário e de que não poderiam ter sido utilizados os dados da CPMF, para fins de fiscalização, ressalte-se que, para atingir o seu objetivo de fiscalizar, a Administração tributária tem o dever de investigar as atividades dos contribuintes de modo a identificar aquelas que guardem relação com

¹ Art. 29. As decisões reiteradas e uniformes dos Conselhos serão consubstanciadas em súmula, de aplicação obrigatória pelo respectivo Conselho.



Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

as normas tributárias e, em sendo o caso, proceder ao lançamento do crédito. O parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional estabelece que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional.

A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724 da mesma data, estabelece os procedimentos administrativos concernentes à requisição e o acesso e o uso pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações financeiras dos contribuintes, independentemente de ordem judicial; portanto, não há o que se falar em quebra de sigilo bancário.

Com relação, à aplicação da Lei nº 10.174/2001, para os fatos geradores ocorridos em 1998, observe-se que a mesma, em seu art. 1º, assim preceitua:

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

"Art.11.....

...

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

O § 1º do art. 144 do CTN, por sua vez, assim determina:

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

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

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

A Lei nº 10.174/01 instituiu, assim, norma que trata de “novos critérios de apuração ou processo de fiscalização”, possuindo aplicação imediata. No caso concreto, o lançamento foi lavrado em 2002, sob a égide da nova norma legal, de modo que o fiscal poderia ter investigado todos os anos calendários não atingidos pela decadência do direito de lançar, conforme previsão do art. 144, § 1º do CTN.²

Neste sentido é o Acórdão 104-20483, da Quarta Câmara deste Primeiro Conselho, em julgado de Sessão de 24/02/2005, tendo como Relator o Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, cuja Ementa tem o seguinte teor:

“APLICAÇÃO DA NORMA NO TEMPO - RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174, de 2001 - Ao suprimir a vedação existente no art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, a Lei nº 10.174, de 2001 nada mas fez do que ampliar os poderes de investigação do Fisco, sendo aplicável essa legislação, por força do que dispõe o § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional. SIGILO BANCÁRIO - Os agentes do Físico podem ter acesso a informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes sem que isso se constitua violação do sigilo bancário, eis que se trata de exceção expressamente prevista em lei. OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Caracterizam omissão de rendimentos valores creditados em conta bancária mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.”

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

“Ementa: IRPJ – ARBITRAMENTO DO LUCRO – LANÇAMENTO EFETUADO COM BASE NA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DA CPMF – RETROATIVIDADE DO ART. 1º DA LEI 10.174/2001. O art. 1º

² Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

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

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

da Lei nº 10.174/2001, que alterou o §3º do art. 11 da Lei nº 9.311/96, possibilitando a obtenção de extratos bancários com base na movimentação da CPMF, retroage aos fatos pretéritos à sua vigência, haja vista que a dita alteração apenas ampliou os meios de fiscalização e investigação da autoridade administrativa, estando em consonância com a regra do §1º do art. 144 do CTN. O mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação à vigência do Decreto nº 3.724/2001 e da LC 105/2001.”

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

No que concerne às decisões judiciais a que o contribuinte se reporta, deve-se observar o Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que consolida as normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais e quanto aos créditos administrados pela Secretaria da Receita Federal:

“Art. 4º. Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

- I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;
- II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;
- III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;
- IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.”

A extensão dos efeitos de decisões judiciais possui como pressupostos a existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e que tal decisão se refira especificamente à inconstitucionalidade da lei, do tratado ou do ato normativo federal que esteja em litígio.



Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

Já quanto às ementas de acórdãos dos Conselhos de Contribuintes citadas pela defesa para embasar seus argumentos, é pertinente reportar-se ao que determina o inciso II do art. 100 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN):

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

(...)

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;”

Do acima transcrito, depreende-se que as decisões administrativas citadas pela defesa não se constituem entre as normas complementares contidas no art. 100 do CTN e, por conseguinte, não vinculam as decisões desta instância julgadora, restringindo-se aos casos julgados e às partes inseridas no processo que resultou a decisão.

O Contribuinte suscita, ainda, a impossibilidade de utilização dos depósitos e extratos bancários como base para os lançamentos tributários. O lançamento foi realizado com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96. Trata-se de hipótese de lançamento por presunção legal, da espécie condicional ou relativa (*juris tantum*), e admite prova em contrário.

Ocorre que a Contribuinte, em sua impugnação, bem como em seu recurso, não indica, por documentos hábeis, a origem dos respectivos depósitos bancários. À autoridade fiscal cabe provar a existência dos depósitos e, a Contribuinte, cabe o ônus de provar que os valores encontrados têm suporte nos rendimentos tributados ou isentos.

Conforme se infere do Termo de Verificação Fiscal (fls. 472/498), o contribuinte, intimado por diversas vezes a comprovar a origem de seus depósitos bancários junto às instituições financeiras BANESPA, BRADESCO e UNIBANCO, não apresentou justificativas plausíveis. Em sua defesa, o contribuinte limita-se a afirmar que a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, a que se reporta o artigo 43

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

do CTN, deve ser efetiva e plenamente demonstrada pela fiscalização, não tecendo maiores comentários sobre a origem dos depósitos não aceitos no procedimento fiscal.

Entendo, assim, restar de fato caracterizada a omissão de rendimentos, com base em depósitos bancários, ocorridos no ano-calendário de 1998 sem justificativas nos rendimentos tributados, não tributados e tributados exclusivamente na fonte.

A Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, assim determina:

“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”.

Tudo isso está de acordo com as normas do CTN, que assim preceituam:

“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.

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

Como o Contribuinte deixou de comprovar a origem dos valores depositados, deve ser mantido o lançamento. Ademais, estando a Lei 9430/96 plenamente vigente, não cabe à esfera administrativa deixar de aplicá-la sob a alegação de que houve violação aos princípios da igualdade e da capacidade

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

contributiva, conforme previsão expressa do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes³, e de sua Súmula .

Nesse sentido, observe-se a seguinte decisão da Sexta Câmara do Primeiro Conselho, de lavra do Conselheiro Wilfrido Augusto Marques:

"RENDIMENTOS TRIBUTÁVEIS. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. Reflete omissão de rendimentos tributáveis quando o contribuinte deixe de comprovar, de forma cabal, a origem dos rendimentos utilizados no incremento do seu patrimônio. **ÔNUS DA PROVA.** Cabe ao contribuinte o ônus da prova da origem dos recursos informados para acobertar seus dispêndios gerais e aquisições de bens e direitos. A prova da origem do acréscimo patrimonial deve ser adequada ou hábil para o fim a que se destina, isto é, sujeitar-se à forma prevista em lei para a sua produção. Recurso parcialmente provido. do Recurso: 140541 Câmara: SEXTA CÂMARA Número do Processo: 18471.002627/2002-94 Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO Matéria: IRPF Recorrente: ROBERTO NEVES RODRIGUES Recorrida/Interessado: 2ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ II Data da Sessão: 10/11/2005 01:00:00 Relator: Wilfrido Augusto Marques Decisão: Acórdão 106-15102 Resultado: DPPU - DAR PROVIMENTO PARCIAL POR UNANIMIDADE Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para acolher como recurso no mês de janeiro de 1997 a importância de R\$xxxxxxx".

Com respeito à jurisprudência e aos entendimentos doutrinários colacionados pelo Contribuinte, estes não tem caráter vinculante, conforme já exposto anteriormente.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade e ilegalidade da taxa SELIC, entendo que esta afirmação não deve prosperar. Estando a cobrança de juros de mora, equivalentes à taxa SELIC, expressamente estabelecida na Lei nº 9.065/95, em seu artigo 13 e nos termos do artigo 161, § 1º do CTN, não há que se prosperar a argüição de ilegalidade. No tocante à inconstitucionalidade, vale ressaltar, novamente, que falece ao Tribunal Administrativo discutir a validade das leis, sendo, os mecanismos de controle de constitucionalidade, atribuídos ao Poder Judiciário, como preceitua a já referida Súmula 1º CC nº 2.

³ Art. 22A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

Enfim, acerca da afirmação do Recorrente de que a multa de 112,50% ofenderia os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade e da proibição do confisco, ambos previstos na Constituição Federal, entendo de forma contrária. Conforme constatado pelo agente fiscal, o Recorrente não atendeu às solicitações de comprovação da origem dos valores creditados em sua conta bancária, por documentação hábil e idônea. Em suas razões, o Recorrente se limita ao argumento de que se "recusou a apresentar extratos bancários, sob a convicção jurídica de que a Constituição Federal impede a quebra pela autoridade administrativa (...)".

Vejamos os termos do Artigo 44, § 2º da Lei 9.430/1996:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

(...)

§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do *caput* passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

- a) prestar esclarecimentos;
- b) apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, com as alterações introduzidas pelo art. 62 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991;
- c) apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38".

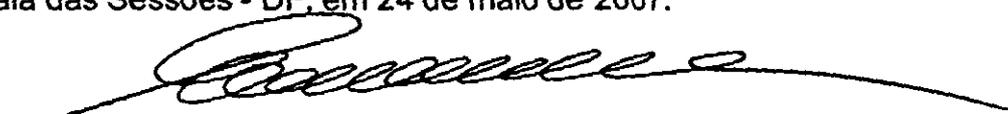
Conforme prescrito acima, não há nenhum embasamento legal que suporte a decisão do Recorrente de não responder à intimação já mencionada. Portanto, ocorrendo o não atendimento, pelo sujeito passivo, no prazo marcado, à intimação para prestar esclarecimentos, aplicar-se-á a multa de ofício de 112,50%. Destarte, mantenho a multa aplicada pelo agente fiscal.



Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

Isto posto, VOTO no sentido de REJEITAR as preliminares de nulidade, irretroatividade e de quebra de sigilo bancário e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a decisão recorrida em todos os seus termos.

Sala das Sessões - DF, em 24 de maio de 2007.



ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA

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

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

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

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

(...);

III – renda e proventos de qualquer natureza;”

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

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

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

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

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

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

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

Verifica-se, pois, que os conceitos de renda e proventos de qualquer natureza estão albergados na Carta Magna. Para a melhor aplicação a ser adotada relativamente à 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).

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

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

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

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

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

Assim, o esforço que a fiscalização engendrou na ânsia de exigir eventual crédito tributário foi atropelado pela opção do seu procedimento, o qual

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

estabeleceu, repita-se, sem suporte legal, critério na apuração temporal da constituição do crédito tributário.

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

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

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

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

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

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 24 de maio de 2007.



LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA

Com a devida vênia do eminente relator, em relação à alegação de irretroatividade da lei, tenho que a **norma que suprime direito não é norma de natureza instrumental, mas sim lei material. Imaginar que a lei nova tenha eficácia para desconsiderar direitos, que de forma plena se verificaram na vigência da lei revogada é o mesmo que admitir que a norma revogada não produziu efeitos em relação aos fatos que se concretizaram durante sua vigência.**

Nesta linha de raciocínio, em se tratando de lançamento feito a partir da movimentação financeira, tenho enfrentado a **Preliminar de irretroatividade da lei, com as considerações e fundamentos que seguem.**

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 possam 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.

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

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

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

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

Voltando às disposições do artigo 38 da Lei 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

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

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
a) b) "§ 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> "	c) " <u>Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.</u> d) § 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 tenha eficácia para desconsiderar direitos, que de forma plena se verificaram na vigência da lei revogada é o mesmo que admitir que a norma revogada 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

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

aos argumentos utilizados por aqueles que admitem a aplicação das referidas leis para investigar fatos ocorridos antes do início de sua vigência que, em síntese, assim sustentam o entendimento que defendem:

A Lei nº. 10.174, de 2001 e a Lei Complementar nº. 105, de 2001, que introduziram, respectivamente, alterações nos artigos 11, § 3º. da Lei 9.311, de 1996 e artigo 38 da Lei 4.595, de 1964, ampliaram as hipóteses de prestação de informações bancárias, permitindo a utilização de dados a partir da arrecadação da CPMF para a apuração e constituição de crédito referente a outros tributos. Havendo ampliação dos poderes em busca de informações, à luz do artigo 144, § 1º., a seguir transcrito, tratam-se de normas de natureza instrumental.

Art. 144.....

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

Na linha do entendimento liderado pelo Des. Fed. Wellington Mendes de Almeida, do TRF da 4ª. Região, atualmente aposentado, "mostra-se destituído de fundamento constitucional o argumento de que o art. 144, § 1º, do CTN, autoriza a aplicação da legislação posterior à ocorrência do fato gerador que instituiu novos critérios de apuração ou processos de fiscalização ao lançamento do crédito tributário, visto que este dispositivo refere-se a prerrogativas meramente instrumentais, não podendo ser interpretado de forma colidente com as garantias de inviolabilidade de dados e de sigilo bancário, decorrentes do direito à intimidade e à vida privada, elencadas como direitos individuais fundamentais no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição de 1988".

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

A Lei nº 10.174, de 2001 e a Lei Complementar nº 105, de 2001, ao admitirem a utilização de dados bancários a partir da arrecadação da CPMF para a

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

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-existent, mas sim trouxe novo poder de investigação para as autoridades administrativas, permitindo a utilização de dados da CPMF para a constituição do crédito tributário, quando na legislação anterior tal procedimento era expressamente proibido.”

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

Até o presente momento, em busca de síntese, fugi das citações doutrinárias, entretanto, em face da pertinência ao tema, não posso deixar de citar artigo de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, publicado na Revista da Faculdade de Direito da UNG Vol. 1 - 1999, pág. 197, sob o título ANOTAÇÕES SOBRE O DIREITO ADQUIRIDO DO ÂNGULO CONSTITUCIONAL, texto este também existente no CD Júris Síntese IOB, n. 57, da Editora Thomson – IOB, de onde transcrevo a seguinte paisagem:

2. A lei no tempo

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

6. Revogação

Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

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

....

11. Fundamentos da irretroatividade

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

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

....

14. Exceção à irretroatividade

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

Conforme escreve Roubier, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho no artigo anteriormente apontado, se a lei pretender aplicar-se a situações em curso será preciso estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da mudança da legislação, que não podem ser antigas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, pode ser aplicada. Nesta linha de raciocínio, conclui-se que as Leis nº. 10.174 de 2001 e a Lei Complementar nº 105, de 2001, ao serem aplicadas, devem estabelecer a separação entre os períodos posteriores a 10 de janeiro de 2001, data que entraram em vigor, e os períodos anteriores a 10 de janeiro de 2001, época em que o artigo 38 da Lei nº. 4.595, de 1964 e o § 3º. do artigo 11 da Lei nº. 9.3111, de 1996, conferia aos jurisdicionados a garantia material de inviolabilidade de seus dados bancários, salvo, no último caso, para fins de cobrança da CPMF.

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

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

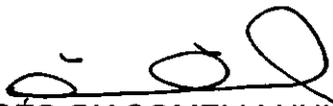
Processo nº : 13888.001156/2002-91
Acórdão nº : 102-48.549

“...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, entendo que “apenas a partir da vigência da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, é possível o acesso às informações bancárias do contribuinte na forma instituída pela Lei nº 10.174/2001, ou seja, sem a requisição judicial. A 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, 24 de maio de 2007.


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA