



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

Processo nº 16707.003390/2005-75
Recurso nº 152.311 Voluntário
Matéria IRPF - Ex.: 2001
Acórdão nº 102-49.029
Sessão de 24 de abril de 2008
Recorrente EGUIBERTO LIRA VALE
Recorrida 1ª TURMA/DRJ-RECIFE/PE

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2001

DECADÊNCIA -

Ineficaz o feito por caducidade somente quando erigido depois de transcorrer o prazo legal específico.

SIGILO BANCÁRIO - ILEGALIDADE - ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA -

A entrega de extratos bancários pelo contribuinte em atendimento à solicitação posta em intimação do fisco não constitui quebra do sigilo em razão desse ato constituir expressão da vontade do titular da correspondente conta.

VIGÊNCIA DA LEI - A lei que dispõe sobre o Direito Processual Tributário tem aplicação imediata aos fatos futuros e pendentes.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - PRESUNÇÃO LEGAL - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Presume-se a existência de renda omitida em montante compatível com depósitos e créditos bancários de origem não comprovada.

IMPOSTO DE RENDA - DEDUÇÕES - REQUISITOS -

As deduções da renda tributável são autorizadas por lei e conformadas por requisitos a serem observados pela pessoa física.

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

MULTA ISOLADA - CUMULATIVIDADE COM A MULTA DE OFÍCIO - A falta de antecipação do tributo pela percepção de rendimentos de pessoas físicas constitui infração caracterizada como ausência de pagamento e deve ser punida com multa de

ofício isolada. Quando os correspondentes rendimentos compõem a renda para apuração do saldo anual do tributo, não pago, este é base de cálculo da multa de ofício. Nessa hipótese, a exigência das duas penalidades - de ofício e isolada - constitui dupla incidência para apenas uma infração em razão do cálculo da primeira não conter a exclusão dos pagamentos já punidos de forma isolada. Dessa evidência, ou se exige a segunda em detrimento da primeira porque a infração caracterizada pela falta de pagamento já teria sido punida, ou ambas mas a primeira incidindo apenas sobre as parcelas de pagamentos ainda não punidas de forma isolada.

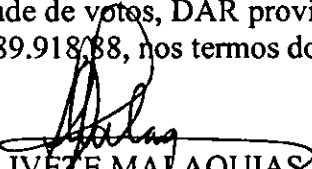
MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - A Súmula nº 14 do 1º CC dispõe que a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, devendo ser comprovado nos autos o evidente intuito de fraude do sujeito passivo, nos termos do artigo 44, inciso II, da Lei 9.430, de 1996.

Preliminares rejeitadas.

Recurso voluntário parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos REJEITAR a preliminar de irretroatividade. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva, que apresenta declaração de voto. Por unanimidade de votos, REJEITAR as demais preliminares. Por maioria de votos, DESQUALIFICAR a multa. Vencido o Conselheiro Nauray Fragoso Tanaka (Relator). Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro José Raimundo Tosta dos Santos. Por maioria de votos, AFASTAR a multa isolada. Vencida a Conselheira Núbia Matos Moura, e, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para excluir da exigência o valor de R\$ 189.918,38, nos termos do voto do Redator designado.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
Presidente


JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS
Redator designado

FORMALIZADO EM: 14 OUT 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Silvana Mancini Karam, Alexandre Naoki Nishioka, Vanessa Pereira Rodrigues.

Relatório

O processo tem por objeto a exigência de ofício de crédito tributário em montante de R\$ 821.600,13, decorrente das seguintes infrações apuradas no ano-calendário de 2000, conforme detalhamento contido no campo Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fls. 5 a 12, v-I:

1. Omissão de rendimentos percebidos de pessoas físicas por força do exercício das atividades de cartorário, Ofício de Notas de Parnamirim, RN, caracterizada pela diferença havida entre o montante de rendimentos informados ao Fundo de Desenvolvimento da Justiça, doravante apenas FDJ, em confronto com aqueles oferecidos à tributação na Declaração de Ajuste Anual – DAA. Essa diferença resultou em valor total de R\$ 368.661,00, quando o rendimento tributável dessa atividade declarado foi de R\$ 455.829,32.

2. Glosa de deduções por despesas inerentes ao exercício da profissão de cartorário escrituradas em Livro Caixa, em razão de terem sido consideradas indevidas, conforme discriminação contida no campo Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fl. 8, v-I, e Demonstrativo das Glosas efetuadas no Livro Caixa, fl. 179, v-I.

3. Omissão de rendimentos caracterizados pela existência de depósitos e créditos bancários de origem não comprovada, nos meses de março a julho e setembro a novembro do referido ano-calendário.

4. Falta de recolhimento da antecipação do tributo em decorrência da percepção de rendimentos de pessoas físicas, sobre valores declarados (nestes incluídos aqueles tributáveis por força da glosa da dedução), bem assim, em relação aos percebidos e considerados omitidos (multa isolada).

Referido crédito, composto pelo tributo, os juros de mora e a multa de ofício do artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, com exceção da multa isolada por falta de recolhimento da antecipação do tributo referente às punições dirigidas aos valores declarados, para as quais, a norma do mesmo artigo, inciso, I, e foi formalizado por Auto Infração, de 7 de dezembro de 2005, fl. 04, com publicidade ao contribuinte em 12 de dezembro de 2005, conforme AR, fl. 309, v-II.

Os extratos bancários foram entregues pela fiscalizada em atendimento às solicitações do fisco por força de Termo de Intimação, fls. 52, 75, 102 e 143, v-I, apesar de que consta do processo cópia do ofício nº 480/DRF NAT/Gabin, de 24 de novembro de 2004, dirigido ao Ilmo Procurador-Chefe da Procuradoria da República no RN, fl. 56, v-I, no sentido de que fosse solicitada a quebra do sigilo bancário da pessoa fiscalizada por meio da Justiça, em face dos dados indicativos de omissão de rendimentos. Para esse documento não consta resposta no processo.

Impugnada a exigência e julgada a lide em primeira instância, por unanimidade de votos, decidido pela procedência em parte do lançamento, conforme Acórdão DRJ/REC nº 15.028, de 7 de abril de 2005, fl. 348, v-II.



Nesse ato, restabelecidas deduções por Livro Caixa em razão da falta de justificativas claras, bem assim, reduzida em igual montante a base de cálculo da multa isolada. Dessa atitude resultou redução de R\$ 4.274,60, do IR devido e R\$ 29.432,42, de multa isolada (cabe observar que houve restabelecimento da multa isolada integral sobre os valores declarados – para constatar essa afirmativa basta confrontar dados do Auto de Infração, fls. 8 a 11 e 15 a 18, v-I – e não apenas sobre a parcela restabelecida de valores glosados, de valor total de R\$ 15.544,00, fl.179, v-I).

Não conformada com a dita decisão, a pessoa interpôs recurso voluntário em 9 de junho de 2006, considerado tempestivo, uma vez que a ciência da primeira ocorreu em 11 de maio desse ano, fl. 383, v-II,, v-I. Nesse protesto, os seguintes argumentos, em síntese:

1. Pedido pela decadência do direito de exigir relativo aos meses de janeiro a novembro, com fundamento na norma do artigo 150, § 4º, do CTN. Considera a recorrente que o processo não contém caracterização de fraude, dolo ou conluio; afirma sobre a necessidade da vinda aos autos de provas para formação da convicção a respeito da conduta ilícita. Cita como exemplo a falta de inclusão no Livro Caixa da dedução pelos pagamentos ao Fundo de Desenvolvimento da Justiça, valores sujeitos ao controle das autoridades públicas, a título de dedução pelo exercício da profissão, ocorrência, segundo a recorrente, de pouca probabilidade nas situações em que há intenção de sonegar.

Em complemento, cita que os rendimentos omitidos apurados com base em depósitos e créditos bancários não podem ter característica de sonegação, fraude ou conluio. Lembra que a regra conformadora dos rendimentos omitidos contém determinação para a apuração mensal, o que significaria possibilidade da formalização da exigência do tributo não recolhido em cada mês. Jurisprudência administrativa na mesma linha desse raciocínio, pelos acórdãos CSRF nº 01-04.621 e 102-47087, este último dirigido à multa isolada.

2. Contesta a recorrente a imposição de multa agravada porque entende ter cometido apenas uma única infração, ou seja, prestação de informações incorretas à Administração Tributária, que deveria caracterizar-se como 'declaração inexata'. No seu entender, a autoridade julgadora de primeira instância tentou utilizar de interpretação extensiva para enquadrar a conduta da pessoa fiscalizada nas hipóteses elencadas na Lei nº 8.137, de 1990 e suprir a falta de materialização das condutas tipificadas na Lei nº 4.502, de 1964.

3. Pedido pela apropriação dos valores pagos ao Fundo de Desenvolvimento da Justiça – FDJ, porque não integrantes do Livro Caixa. Afirma a recorrente que a autoridade julgadora de primeira instância administrativa utilizou dois pesos e duas medidas para a mesma situação. Nessa linha, argumenta que (fl. 396, v-II) “ (...) *se a tributação de rendimentos omitidos parte do pressuposto de que os rendimentos informados na declaração de ajuste anual deveriam ser alterados, cobrando-se a diferença de imposto apurada, estamos diante de uma retificação de dados e, conseqüentemente, da citada declaração. Se isso é possível, mesmo depois de iniciado o procedimento de ofício, como não seria permitida a dedução desses mesmos rendimentos de parcelas legítimas.*”

Na seqüência, contrapõe os argumentos da ilustre Relatora de primeira instância, quanto à possibilidade das despesas ultrapassarem os rendimentos do mês em razão da inserção dos pagamentos do FDJ, com justificativa de que o saldo negativo do mês deve ser amortizado com a renda do mês subsequente. Quanto à falta de verificação das despesas escrituradas,



afirma que a autoridade fiscal cumpriu esse requisito, do que decorre autorização para a inclusão dos ditos valores.

4. Rendimentos omitidos com base em depósitos e créditos bancários. Pedido pela consideração dos valores omitidos e incluídos na tributação mensal com base nessa espécie de fatos, como recursos a justificar a incidência do mês subsequente. Jurisprudência administrativa nos acórdãos 104-19068, 104.19374.

5. Pedido pela inaplicabilidade da multa isolada por força da duplicidade ilegal de incidência sobre a mesma base de cálculo. Entendimento no sentido de que a IN SRF nº 46, de 1997, ao determinar a referida incidência excedeu o campo legal. Fundamenta com a dupla incidência da norma do artigo 957, I, do RIR/99 e 957, III, parágrafo único desse mesmo ato. Jurisprudência administrativa na mesma linha: acórdãos 102-45864, 102-46185, e 104-19120.

6. Pedido pela consideração dos demais argumentos postos na Impugnação, resumidos a seguir.

6.1. Na peça impugnatória verifica-se que a recorrente protesta pela ilegitimidade de parte do lançamento em razão de encontrar-se centrado apenas em depósitos e créditos bancários em contrário à norma determinadora do fato gerador do tributo. O arbitramento com base exclusiva nesses valores fora afastado pela norma do artigo 9º, VII, do Decreto –Lei nº 2.471, de 1988, motivo para que novamente não fosse essa espécie de incidência restaurada.

6.2. Prova ilícita, por força da obtenção de informações bancárias sem a autorização da fiscalizada, nem do Poder Judiciário. Fundamento no artigo 5º, LIV, LV e LVI, da CF/88. O direito à privacidade e à intimidade estaria abrigado na norma do artigo 60, § 4º, dessa Carta.

6.3. Protesta a recorrente pela irretroatividade dos efeitos das normas da Lei nº 10.174, de 2001 e da Lei nº Complementar nº 105, desse ano, com fundamento na validade das normas presentes na Lei nº 4.595, de 1964 que teve força normativa até a publicação da Lei Complementar nº 105, citada e nas normas do artigo 5º, X e XII, da CF/88.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro NAURY FRAGOSO TANAKA, Relator

Observados os requisitos legais, o recurso deve ser conhecido.

O pedido pela ineficácia do feito em função da extinção do direito de formalizar o crédito, com fundamento na norma do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional – CTN, aprovado pela Lei nº 5.172, de 1966, e na hipótese de contagem do prazo com marco referencial coincidente com a incidência em cada mês, afastada a possibilidade da ocorrência de fraude, sonegação ou conluio, nesta situação, não é consentâneo com a norma relativa a essa matéria.

O prazo decadencial diz respeito ao tempo do detentor do direito de exigir algo, concretizar essa atitude sob pena de, extinto esse tempo, não deter mais direito de efetua-la.

As normas reguladoras das diversas hipóteses que demandam contagem desse prazo são aquelas postas no artigo 173, do CTN, que alberga as variações possíveis às diversas modalidades de lançamentos. Nesta situação, aquela havida no inciso I.

Contar esse tempo diretamente do pagamento antecipado previsto no referido artigo 150 é incorrer em interpretação inadequada justamente porque, por força do emprego do método sistemático, não se pode afastar a norma determinativa de obrigação prevista em lei para que a pessoa forneça informações ao fisco sobre os fatos ocorridos em cada ano-calendário de forma a permitir que este possa exercer o direito de fiscalizar e cobrar eventuais tributos devidos.

Assim, contar o prazo a partir do momento do pagamento, por considerar a possibilidade do exercício desse direito desde esse referencial por força do Documento de Arrecadação de Receitas Federais – DARF, a sensibilizar os sistemas informatizados da Administração Tributária Federal em d+2, ou seja, dois dias do pagamento, e no máximo quatro, é pensar que a norma da correspondente obrigação acessória é inócua, existe no sistema por existir, quando esse raciocínio não é verdadeiro, porque essa norma existe em razão das dimensões deste País, das dificuldades em munir de quantitativo razoável de funcionários para atender público e administrar os tributos, do elevado quantitativo de contribuintes, das dificuldades inerentes a um processo investigativo, entre tantos motivos a justificar um prazo maior para a verificação e eventual seleção de contribuinte para fiscalização.

Somente pode ser admitida a decadência para essa espécie de fato quanto à aplicação de penalidade isolada porque esta poderia ser exigida no próprio ano-calendário do pagamento da antecipação, caso efetuada a menor ou não efetuada, no entanto, a contagem do referido prazo deve dar-se pela aplicação da norma do artigo 173, I, do CTN.

Como a contagem do prazo a partir de 1º de janeiro de 2001 implica em termo final em 31 de dezembro de 2005, a exigência da multa isolada não se encontra ineficaz por caducidade.



Enfim, entendo que interpretar dessa maneira é utilizar o método literal, pouco aconselhável em termos de CTN.

O protesto pela ilegalidade na incidência porque centrada apenas em depósitos e créditos bancários em contrário à norma determinadora do fato gerador do tributo constitui questão dirigida à legalidade da norma presente no artigo 42, citado, uma vez que a exigência obedeceu aos requisitos nela contidos.

É correto que o artigo 9º, VII, do Decreto-Lei nº 2.471, de 1988, conteve determinação para que fossem arquivados todos os lançamentos com base exclusiva em depósitos e créditos bancários. No entanto, também é verdade que naquela época não havia lei na qual estivesse presente uma determinação incisiva no sentido de atribuir característica de rendimento omitido ao crédito bancário quando não comprovada sua origem. Portanto, o que se conclui a respeito da dita incidência, quando não há apresentação de provas em contrário pelo fiscalizado, é que corresponde a uma observação estrita dos termos legais.

Eventual ilegalidade (inconstitucionalidade) na construção do texto legal não pode ser analisada neste órgão por força da separação de poderes e da atribuição específica do dever de fiscalizar essa matéria ser atribuída ao Poder Judiciário. Nessa linha, a Súmula 1º CC nº 2:

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

Outra questão posta em Impugnação e reiterada no recurso é aquela dirigida à ilicitude da prova, por força da obtenção de informações bancárias sem a autorização da fiscalizada, nem do Poder Judiciário. Fundamento no artigo 5º, LIV, LV e LVI, da CF/88. O direito à privacidade e à intimidade estaria abrigados na norma do artigo 60, § 4º, dessa Carta.

Protestar contra a quebra ilegal do sigilo bancário significa dizer que se argumenta contra a *ilegalidade* na vinda desses dados ao processo, ou seja, quebra, porque estaria tal acesso protegido por lei, na forma dos incisos X e XII, da CF/88 enquanto o acesso dar-se-ia contra a *vontade* da pessoa detentora da relação financeira; *ilegalidade* em razão dessa vinda não ter amparo em lei portadora de autorização para essa atitude, ou seja, com ofensa ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88).

Conforme posto no Relatório, os extratos bancários foram fornecidos pela fiscalizada em atendimento às solicitações do fisco em Termo de Intimação, fls. 52, 75, 102 e 143, v-I, apesar de que consta do processo cópia do ofício nº 480/DRF NAT/Gabin, de 24 de novembro de 2004, dirigido ao Ilmo Procurador-Chefe da Procuradoria da República no RN, no sentido de que fosse buscada a quebra do sigilo bancário da pessoa fiscalizada.

Desses documentos extrai-se então que não houve *quebra* de sigilo bancário quanto à entrega desses documentos, porque vieram ao processo, não em oposição à *vontade* da pessoa fiscalizada, mas por atitude colaboradora desta em atender à solicitação do fisco.

Rejeita-se este protesto pela nulidade do feito em razão da falta de motivo a sustentá-lo.



Outro protesto posto em Impugnação e reiterado no recurso é aquele dirigido à nulidade do feito em razão da irretroatividade dos efeitos da Lei nº 10.174, de 2001 e da Lei nº Complementar nº 105, desse ano, com fundamento na validade das normas presentes na Lei nº 4.595, de 1964 que teria força normativa até a publicação da Lei Complementar nº 105, citada e nas normas do artigo 5º, X e XII, da CF/88.

A nova Magna Carta conteve autorização para que a Administração Tributária, na busca da imposição justa dos impostos, identificasse o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, *nos termos da lei*, conforme posto no artigo 145, § 1º⁽¹⁾.

Na conformação dessa norma, o Imposto de Renda, tributo existente em momento anterior à referida Carta, por ela foi mantido conforme artigo 153, III.

Quanto à exigência, "*nos termos da lei*", verifica-se que, anteriormente à CF/88, as normas contidas no artigo 38, § 5.º e 6.º, da Lei n.º 4.595, de 1.964⁽²⁾, permitiam aos representantes da Administração Tributária o acesso a tais dados nas atividades de fiscalização, quando considerados imprescindíveis e desde que houvesse *processo* instaurado, este entendido o Judicial, em razão de a CF/46 excepcionar o processo administrativo, porque considerava processo com as devidas garantias do contraditório e ampla defesa apenas o desenvolvido na esfera judicial.

Essa determinação permaneceu vigendo após a promulgação da nova Carta³ pois não continha norma contrária àquelas protetoras dos direitos individuais e se encontrava amparada pela referida norma do artigo 145, § 1.º, citado. Assim, dita lei, após 5 de outubro de 1988, adquiriu nível de *lei complementar* em razão de ausência de outro ato regulador específico e de a nova Carta exigir que essa área econômica fosse jungida à ato legal desse

¹ CF/88 - Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
(...)

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

² Lei n.º 4.595, de 1.964. Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(.....)

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

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

³ CF/88 - ADCT - Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

(...)

§ 3º - Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto.

§ 4º - As leis editadas nos termos do parágrafo anterior produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto na Constituição.

§ 5º - Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §3º e § 4º.



nível⁴. No entanto, como a nova Carta, no inciso LV, do artigo 5.º, assegurou aos litigantes a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, tanto em processo administrativo, quanto em processo judicial, houve alteração no direcionamento contido no artigo 38, citado, na interpretação da palavra *processo*, porque esta passou a albergar o processo administrativo.

A confirmar essa linha de raciocínio, verifica-se que a interpretação da Administração Tributária para essa questão encontra-se no Regulamento do Imposto de Renda – RIR, aprovado pelo Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1.999, no artigo 918, que contém norma extraída do artigo 38, da Lei n.º 4.595, de 1.964, e do artigo 8.º da Lei n.º 8.021, de 1.990⁵). Neste último, autorização para que, depois de iniciado o procedimento fiscal, os extratos bancários do contribuinte, e outras informações pudessem ser obtidas pela Administração Tributária, texto legal publicado durante a vigência da CF/88, e não objeto de análise pelo Poder Judiciário para fins de verificação de sua constitucionalidade.

Então, para os responsáveis pela instituição financeira, a obrigação de prestar as informações solicitadas pela autoridade fiscal e em cumprimento do poder concedido pela dita norma, constitui conduta decorrente do princípio da legalidade, presente no artigo 5.º, II, e 150, I, da CF/88, enquanto a exigência *deve* ser efetivada pelo fisco porque seus atos são vinculados à norma posta, na forma do artigo 37, da CF/88. Eventual recusa somente poderia ocorrer mediante intervenção do Poder Judiciário.

Poderiam, então, interpretar de forma contrária, ou seja, pela invalidade da dita norma em razão de estar contida em ato legal da espécie *lei ordinária* a qual vedada a oposição a determinativo de nível superior, o artigo 38, da Lei n.º 4.595, de 1.964, esta acolhida pela nova Carta como *lei complementar*. O que ocorre, no entanto, é que o artigo 8.º da Lei n.º 8.021, de 1.990, apenas, consolidou a posição do legislador constituinte a respeito do termo *processo*, incluindo no significado deste, o processo administrativo.

Posteriormente à Lei n.º 8.021, de 1990, promulgada a Lei Complementar n.º 105, de 2.001, que regulamentou o sigilo bancário e conteve, entre outras situações, a definição da abrangência do termo “instituições financeiras”, a delimitação das situações em que requerida a intervenção do Poder Judiciário para obtenção dos dados bancários e aquelas em que o fornecimento não implicaria em quebra do sigilo, nesta última inserida a informação dos dados da CPMF, § 2.º, do artigo 11 da Lei n.º 9.311, de 1.996. Ainda, a autorização para que ditas instituições informem à Administração Tributária, detalhadas por tipo e montantes⁶, as

⁴ CF/88 - Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: (...).

⁵ RIR/99 - Art. 918. Iniciado o procedimento fiscal, os Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional poderão solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei n.º 4.595, de 1964 (Lei n.º 4.595, de 1964, art. 38, §§ 5º e 6º, e Lei n.º 8.021, de 1990, art. 8º).

⁶ Lei Complementar n.º 105, de 2001 - Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.(Regulamento)

(...)



operações financeiras praticadas pelos usuários dos serviços, e, em caso destas indicarem indícios de infrações à legislação tributária, o poder para a autoridade fiscal buscar todos os documentos necessários à verificação junto à fonte financeira⁷.

Essa lei trouxe o *processo administrativo* e o *procedimento fiscal em curso* como um dos requisitos fundamentais para a obtenção desses dados financeiros. Observe-se que a inovação consistiu (a) na inserção da presença incontestada de um provável *desvio de conduta* praticado pelo usuário dos serviços da instituição financeira, este constatado em confronto com dados internos da Administração Tributária, (b) na proteção aos dados sigilosos do usuário no primeiro momento em que as informações forem prestadas em blocos, separados por tipos de operações, e (c) na *desvinculação* da autorização judicial para fins de obtenção desses dados, de forma analítica, quando detectada a provável conduta ilegal.

Postos estes esclarecimentos, claro está que, após a promulgação desse ato legal e observados os requisitos nele contidos, o acesso aos dados bancários pode ser efetuado pela Administração Tributária. Conclui-se, também, que no período anterior a ele, em cumprimento da norma contida no artigo 8.º da Lei n.º 8.021, de 1990, poderia também a Administração Tributária requisitar as ditas informações, enquanto caberia ao responsável pela instituição financeira cumprir a norma, ou, então, buscar o amparo do Poder Judiciário para proteção aos direitos individuais sob sua guarda.

Resta, ainda, analisar a extensão dos efeitos da LC n.º 105, de 2001, aos fatos ocorridos em momento anterior à sua publicação.

O acesso aos dados financeiros constitui uma das formas de obtenção de elementos para configurar os fatos econômicos possíveis de subsunção à hipótese de incidência do tributo. Assim, dita norma insere-se no campo do Direito Adjetivo ou Direito Processual Tributário, característica que lhe permite ação sobre os fatos pendentes, nessa modalidade incluídos aqueles jungidos à espécie “lançamento por homologação”, enquanto não efetivada a confirmação, pela Administração Tributária sob a forma expressa de *homologação*, do procedimento efetivado pelo contribuinte, ou decaído o direito de constituir o crédito pelo representante do sujeito ativo. A fundamentar a posição o § 1.º do artigo 144, da Lei .º 5.172, de 1966, CTN⁸.

Por esses motivos e fundamentos, o acesso aos dados bancários era permitido e a vinda deles ao processo não constituiu quebra do sigilo dessas informações.

§ 2º As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

⁷ LC 105, de 2001 – Art. 5.º (...)

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

⁸ CTN – Lei n.º 5.172, de 1966 - Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente 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.



A qualificação da penalidade decorreu da inexatidão das informações prestadas na DAA, segundo informação que integra o campo Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal do Auto de Infração, fl. 6, transcrita:

“Vale esclarecer que foi aplicada a multa de 150%, de conformidade com o Art. 44, inciso II da Lei nº 9.430/96, tendo em vista que o contribuinte prestou informações inexatas quanto a receita do F.D.J. e o valor constante na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física no valor de R\$ 455.829,32 (quatrocentos e cinquenta e cinco mil oitocentos e vinte e nove reais e trinta centavos).”

Conforme esse texto contido na norma individual e concreta externada pelo ato de lançamento constata-se que essa motivação não se encontra adequada à fundamentação legal utilizada, a norma do artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, justamente porque não conteve detalhamento da intenção da fiscalizada em cometer a infração, o dolo.

Essa prejudicial ao feito implicaria em óbice à exigência da multa porque levaria a recorrente a trilhar por caminhos diversos em sua defesa provavelmente distintos daquele escolhido pela autoridade, no entanto, verifica-se que a recorrente conseguiu entender perfeitamente a atitude da autoridade fiscal em qualificar a penalidade, pela intenção de alterar dados na DAA, o que tornou inofensiva a falta da referida caracterização.

Quis dizer a autoridade fiscal que o contribuinte ao prestar informações inexatas sobre os dados declarados omitiu receitas em montante de R\$ 455.829,32, praticou diversas infrações tributárias evidenciadoras do intuito de comete-las, ou seja, repetição da mesma infração em todos os meses do ano-calendário, e mais, outras infrações somaram-se às omissões, como a falta de antecipação mensal do tributo, quando por decorrência do próprio tempo de exercício da profissão deveria conhecer sobre essa obrigação e tê-la bem presente na memória de tal forma a não deixar de cumpri-la em todos os meses do período. Assim, as infrações identificadas não teriam ocorrido por mero esquecimento da fiscalizada, mas por intenção de não efetivar as condutas previstas em lei, motivo para que essa conduta não se subsuma à hipótese normativa do artigo 136, do CTN mas à norma do artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996.

Quanto à apropriação dos pagamentos ao Fundo de Desenvolvimento da Justiça – FDJ, como despesa dedutível deve ser verificado em primeiro lugar se esse valor é necessário ao exercício da profissão, para que atenda ao requisito posto na norma do artigo 11, da Lei nº 7.713, de 1988, transcrito.

“Lei nº 7.713, de 1988 - Art. 11. Os titulares dos serviços notariais e de registro a que se refere o art. 236. da Constituição da República, desde que mantenham escrituração das receitas e das despesas, poderão deduzir dos emolumentos recebidos, para efeito da incidência do imposto:

I - A remuneração paga a terceiros, desde que com vínculo empregatício, inclusive encargos trabalhistas e previdenciários;

II - Os emolumentos pagos a terceiros;

III - As despesas de custeio necessárias à manutenção dos serviços notariais e de registro.”



Como essa norma contém autorização para que haja dedução das despesas de custeio necessárias ao exercício da profissão e para esse fim também escrituração em Livro Caixa, esses dois requisitos legais devem ser observados.

A referida escrituração tem por objeto evitar que sejam inseridos, em momento posterior, fatos a título de custo da atividade, no entanto, não existentes no período verificado e, também, porque essa escrituração obriga a pessoa a ter os documentos e dados que dão suporte aos valores declarados; a característica de custeio decorre da obrigatoriedade do pagamento por força da necessidade ao desempenho do trabalho.

A necessidade ao desempenho do trabalho é caracterizada pela obrigação decorrente dos artigos 6º⁹) e 28⁽¹⁰⁾, da Lei nº 7.088, de 1997.

A autoridade fiscal tomou como base para levantamento da parcela de renda tributável omitida as informações prestadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, fl. 176, v-I, no qual o montante dessa arrecadação foi de R\$ 189.918,78, para o período considerado. A receita que permitiu essa arrecadação consiste em 5 (cinco) vezes esse valor, uma vez que a contribuição é de 20 % (vinte por cento) do total cobrado. Assim, os rendimentos tributáveis auferidos por decorrência do exercício dessa profissão, de acordo com esse referencial, foram de R\$ 831.686,30.

A autoridade fiscal considerou como rendimentos omitidos a quantia de R\$ 368.661,00, como se esta fosse o efetivo *acréscimo patrimonial havido no período*, porque excluiu do quantitativo arbitrado com base no FDJ a soma dos rendimentos oferecidos à tributação, de R\$ 463.025,30 (nestes incluídos rendimentos de outras fontes, em valor de R\$ 7.195,98).

No entanto, como o cálculo da renda omitida teve como referência a dita contribuição, esse montante a conteve, ou seja, a contribuição dele fez parte. Para melhor exemplificar, tome-se como referência o salário de uma pessoa para o qual incide o INSS à alíquota de 11%. Esta, por hipótese recebe R\$ 1.000,00 e dessa importância desconta R\$ 110,00, por força da contribuição de 11% [(R\$ 1.000,00 x (11/100))]; caso fosse calcular quanto a pessoa recebera por meio apenas da contribuição, teríamos a aplicação invertida, ou seja, se esta resulta do produto Salário x 11% então **Contribuição (INSS) = [Sal x (Alíquota)]**, logo **Sal = Contribuição (INSS) / Aliquota**, daí que **Sal = Contribuição (INSS) / (11/100)** ou **Sal = (Contribuição (INSS) x 100)/11** ou seja: **Sal = (R\$ 110,00 x 100) / 11 = R\$ 1.000,00**. Porém, a contribuição de R\$ 110,00 não fica com o assalariado, o que significa **incorreto atribuir R\$ 1.000,00 de rendimento líquido** a essa pessoa.

⁹ Brasil – RN – Lei nº 7.088, de 1997 - Art. 6º. Em todos os casos, as custas são recolhidas em favor do Fundo de Desenvolvimento da Justiça (FDJ), destinadas ao reaparelhamento e modernização da Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, deduzida a parcela do serventuário, quando não for o mesmo remunerado pelos cofres públicos. Pesquisa no site www.tjrn.gov.br/webcorregedoria/Tabela_Custas/arq_disponiveis/Lei_N_7.088.doc, 12h02, de 21 de abril de 2008.

¹⁰ LEI Nº 7.088, de 1997 - Art. 28. Das custas, preços ou qualquer outra receita percebida pelos serviços previstos neste Regimento, é deduzida a parcela do Fundo de Desenvolvimento da Justiça – FDJ e, em seu favor, recolhida em conta própria, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, podendo o Tribunal de Justiça, com relação às Comarcas do interior, sobretudo onde inexistir agência bancária, fixar outro prazo.



Assim, se a receita do cartório foi de R\$ 831.686,30 e nesta estavam incluídos os pagamentos ao FDJ, em total de R\$ 189.918,78, óbvio que a pessoa fiscalizada efetivamente percebeu o primeiro diminuído desses recolhimentos (ao FDJ).

Como a renda omitida conteve a dita contribuição no total considerado como rendimentos auferidos em função do exercício da profissão, os recolhimentos efetuados a esse título, de R\$ 189.918,78, devem ser excluídos da base arbitrada, justamente porque há autorização legal para a dedução e porque o tributo somente considera como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Na situação, esse custo não foi escriturado conforme possível de constatar na cópia do Livro Caixa juntada ao processo às fls. 180 a 191, v-I, no entanto, apenas esse requisito formal não se presta para afastar o direito.

O pedido pela apropriação dos valores tributados como renda omitida com base nos depósitos e créditos bancários ao mês subsequente a título de origem, não pode ser admitido, por falta de previsão legal.

Apesar da determinação contida no artigo 42, § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996 – de que a renda é tributada no mês de referência do depósito ou crédito - a atitude de considerar a renda tributada como renda do mês subsequente somente poderia ser consubstanciada com a comprovação do retorno dos recursos nos depósitos e créditos bancários do mês subsequente, o que não ocorre nesta situação, porque o processo não se encontra instruído com documentos comprobatórios a respeito da origem dos créditos.

O pedido pela inaplicabilidade da multa isolada por duplicidade de incidência sobre a mesma base de cálculo é dirigido à parcela restante das infrações que sofreu essa punição, uma vez que parte dela já foi afastada em primeira instância.

A parcela da multa isolada restante decorre da incidência do tributo sobre rendimentos considerados omitidos, conforme Demonstrativo de Apuração, fls. 15 a 18, v-I.

A punição administrativa somente pode ocorrer uma vez para a mesma infração; punir duas vezes é ilegal e constitui interpretação inadequada e aplicabilidade incorreta dos textos legais.

Quando se pune a falta de recolhimento antecipado do tributo devido em razão da percepção de rendimentos de pessoas físicas, já está se punindo a falta de pagamento dessa parcela do tributo devida no ano (importante observar que o cálculo da multa de ofício não contém exclusão do valor já punido com a multa isolada). Então, a incidência da multa de ofício somente poderia ocorrer para a parcela adicional de tributo havida no cálculo mediante aplicabilidade da tabela progressiva. Essa norma encontra-se inserta na IN SRF nº 46, II, de 1997, como bem salientou a autoridade julgadora *a quo*, mas interpretou-a de forma inadequada por entender que cabia punir duplamente o infrator sobre a mesma infração.

Assim, a aplicação da penalidade isolada para a renda omitida, nesta situação, foi incorreta, porque não se deduziu a parcela do tributo mensal no cálculo do tributo anual, para fins de aplicar a multa de ofício apenas sobre as faltas de pagamentos ainda não objeto de punição.

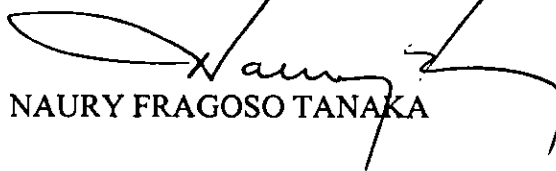


Como apenas uma penalidade deve permanecer, mantém-se a multa de ofício porque alberga as demais incidências sobre omissões de rendimentos.

Considerações, justificativas e fundamentos às questões postas pela recorrente, constata-se que devem ser rejeitadas as preliminares de nulidade do feito por força da irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001 e Lei Complementar nº 105, desse ano, bem assim, pela obtenção dos dados bancários independente da autorização judicial, e quanto ao mérito, voto por dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo a quantia de R\$189.918,78, a título de apropriação de parcela dedutível pelo exercício da profissão em razão dos fatos de origem terem essas características e, também, para afastar a incidência da parcela remanescente da multa isolada, por concomitância com a multa de ofício.

É como voto.

Sala das Sessões-DF, em 24 de abril de 2008.



NAURY FRAGOSO TANAKA

Voto Vencedor

Conselheiro JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, Redator designado

Inicialmente, devo esclarecer que este voto cinge-se, tão-somente, à desqualificação da multa de ofício, e que em relação às demais questões suscitadas pelo recorrente, acompanho o i. Conselheiro relator.

A constituição do crédito tributário, nos termos do artigo 142 do CTN, é atividade administrativa plenamente vinculada à Lei, inclusive no que tange à aplicação da penalidade:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (grifei)

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

A norma do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que disciplina a matéria, estabelece que:

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

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (grifei)

Pela letra da lei, sempre que o lançamento do crédito tributário for realizado pelos Agentes do Fisco, há que ser exigida a multa de ofício no percentual de 75%, nos casos de falta de pagamento, falta de declaração, declaração inexata, ou de 150%, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, dos quais se transcreve aquele que fundamenta o lançamento, *verbis*:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:



I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

A dificuldade de aplicação do dispositivo inicia com o que deve ser interpretado por “evidente intuito de fraude”. Conforme o vernáculo do dicionário Novo Aurélio, evidente significa algo “que não oferece dúvida; que se compreende prontamente, dispensando demonstração; claro, manifesto, patente”; intuito, significa “objeto que se tem em vista; intento, plano; fim, escopo”; e fraude, “abuso de confiança; ação praticada com má-fé, falsificação, adulteração”.

Deste ponto, verifica-se que a aplicação da penalidade qualificada exige da autoridade lançadora a demonstração das figuras típicas da sonegação, da fraude, e do conluio de maneira clara, manifesta, patente. O intuito há que ficar caracterizado pela existência de um plano, um intento visando um objetivo de falsificar, adulterar, enfim, urdir meios para que a sonegação possa ser concretizada fora do horizonte do fisco. Compete ao fisco exhibir os fundamentos concretos que revelem a presença da conduta dolosa.

Neste diapasão o Primeiro Conselho de Contribuintes editou a Súmula nº 14:

Súmula 1º CC nº 14: *A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.*

Em face ao exposto, voto pelo provimento parcial do recurso para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento).

A qualificação da penalidade decorreu da inexatidão das informações prestadas na DAA, segundo informação que integra o campo Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal do Auto de Infração (fl. 06):

“Vale esclarecer que foi aplicada a multa de 150%, de conformidade com o Art. 44, inciso II da Lei nº 9.430/96, tendo em vista que o contribuinte prestou informações inexatas quanto a receita do F.D.J. e o valor constante na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física no valor de R\$ 455.829,32 (quatrocentos e cinquenta e cinco mil oitocentos e vinte e nove reais e trinta centavos).”

A prevalecer o entendimento do Órgão lançador, em toda apuração de omissão de rendimento deveria ser aplicada a multa qualificada. A conduta acima transcrita esta literalmente incluída na hipótese do inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que impõe seja aplicada a multa de 75 % (setenta e cinco por cento), sobre a totalidade ou diferença de

tributo ou contribuição, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata. Não há previsão legal para se presumir o evidente intuito de fraude se a infração for apurada em vários meses do mesmo ano-calendário, até por que todos esses eventos estariam dentro no mesmo fato gerador anual.

A qualificação da multa deve basear-se, sim, na conduta adotada pelo infrator, em ardis revelados em atos concretos: nota fiscal fria ou calçada; documentos falsos ou adulterados para justificar a origem dos depósitos; ou interposição de terceiros para esconder o verdadeiro beneficiário dos depósitos (laranjas) etc. A multa qualificada deve ser reservada para tais hipóteses, onde de fato é evidente o intuito de fraude, não para situações comuns, como no presente caso.

Em relação aos depósitos bancários, acrescenta-se ainda que os valores creditados em conta bancária sem comprovação de origem somente caracterizam omissão de rendimentos por força de uma presunção legal (método indireto de apuração da renda). Em determinadas situações, até pode ser alegado, e verdadeiro, que os créditos verificados na conta bancária não correspondem a rendimentos sujeitos à tributação, mas diante da falta de comprovação nesse sentido o legislador os considera como se rendimentos tributáveis fossem.

Se a omissão de rendimentos é fruto de uma presunção legal, a prova consistente da conduta dolosa do autuado se faz ainda mais necessária. O intuito do contribuinte de fraudar, sonegar ou simular não pode ser presumido juntamente com a omissão de rendimentos; compete ao fisco exhibir os fundamentos concretos que revelem a presença da conduta dolosa. Se, por um lado, cabe ao contribuinte provar a origem dos recursos utilizados nas operações bancárias para que não seja caracterizada a omissão de rendimentos, por outro, compete à fiscalização provar o evidente intuito de fraude desse contribuinte para então aplicar a multa qualificada. Deve-se considerar que ninguém está obrigado a declarar ou individualizar em sua DIRPF os depósitos que ingressaram em sua conta bancária durante o ano-calendário, nem a antecipar o recolhimento do tributo através de recolhimento mensal obrigatório, pois a natureza do recurso depositado em conta bancária não foi comprovada. Se assim o fosse, poder-se-ia até cogitar de omissão dolosa do contribuinte.

Para bem delimitar o tema o Primeiro Conselho de Contribuintes editou a Súmula nº 14: *a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.*

Em face ao exposto, DOU .PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, para desqualificar a multa de ofício.

Sala das Sessões-DF, 24 de abril de 2008.


JOSÉ RAIMUNDO FOSTA SANTOS

Declaração de Voto

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA

Com a devida vênia da douta maioria do colegiado, 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 instituiu 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, em caso afirmativo, qual a natureza deste direito? Antes de responder estas indagações, algumas considerações se fazem necessárias para que se possa compreender as regras de proteção do sigilo bancário existentes até 1996. Assim, retroagimos ao ano de 1964 para analisar as disposições da Lei nº 4.595, norma esta com status de Lei Complementar, que dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional, e dá outras providências, contendo os seguintes preceitos no artigo 38 e respectivo § 7º, a seguir transcritos:

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

.....

§ 1º. As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 7º. A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos,

aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis."

As indagações feitas anteriormente em relação à Lei n° 9.311, de 1996, valem para as disposições do artigo 38 da Lei n° 4.595, 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 a ter medo das ações ilimitadas do Estado, surgindo a conhecida doutrina dos "freios e contra-pesos", por meio do 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 instituidor do Poder Constituinte que aprova norma de hierarquia superior a ser observada por todos.

Voltando às disposições do artigo 38 da Lei n° 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 n° 4.595, de 1964, era norma de natureza material. Assim, por meio do dispositivo legal aqui citado, antes de sua alteração, integrava o rol de direito de todos os indivíduos, a garantia de que, sem ordem judicial, ninguém teria acesso aos seus dados bancários.

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

Diante de tais considerações, volto ao texto do § 3º. do artigo 11 da Lei n° 9.311, de 1996, antes de sua alteração pela Lei n° 10.174, de 2001, e peço vênias para comparar com o artigo 38 da Lei n°. 4.595, de 1964, sendo que estou grifando as expressões em relação as quais quero fazer considerações:

§ 3º. do artigo 11 da Lei nº 9.311/96, em sua redação primitiva	Artigo 38 da Lei nº 4.595/64, em sua redação primitiva
"§ 3º. A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos."	<p><u>"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.</u></p> <p><u>§ 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.</u></p>

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

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

Art. 144.....

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

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

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

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

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

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

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

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

2. A lei no tempo

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

...

6. Revogação

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

....

11. Fundamentos da irretroatividade

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

Outra razão é de indole 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 atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, pode ser aplicada. Nesta linha de raciocínio, conclui-se que as Leis nº. 10.174 de 2001 e a Lei Complementar nº 105, de 2001, ao serem aplicadas, devem estabelecer a separação entre os períodos posteriores a 10 de janeiro de 2001, data que entraram em vigor, e os períodos anteriores a 10 de janeiro de 2001, época em que o artigo 38 da Lei nº. 4.595, de 1964 e o § 3º do artigo 11 da Lei nº. 9.311, de 1996, conferia aos jurisdicionados a garantia material de inviolabilidade de seus dados bancários, salvo, no último caso, para fins de cobrança da CPMF.

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

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

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

Pelo exposto, 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."

Sala das Sessões-DF, 24 de abril de 2008.


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA