



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n°	19515.003497/2004-88
Recurso n°	149.412 Voluntário
Matéria	Omissão de rendimentos, presunção legal por depósitos e créditos bancários
Acórdão n°	102-48.110
Sessão de	26 de janeiro de 2007
Recorrente	Ricardo Augusto Picotez de Almeida
Recorrida	4ª Turma DRJ São Paulo II

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Exercício: 2000, 2001, 2002

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

SIGILO BANCÁRIO – Observadas as regras contidas na Lei Complementar n° 105, de 2001, permitido o acesso aos dados bancários à Administração Tributária independente de autorização judicial.

NULIDADE – ATO ADMINISTRATIVO - OMISSÃO – Em razão da falta de lei portadora de autorização para a apresentação de novos argumentos após o prazo legal concedido à impugnação, vedado ao julgador administrativo deles conhecer.

NULIDADE – AUTO DE INFRAÇÃO – PROGRAMA DE FISCALIZAÇÃO – A ausência de indicação do programa de fiscalização no ato administrativo de exigência do crédito tributário ou no MPF não impõe nulidade à exigência.

RENDIMENTOS APURADOS COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS, OMITIDOS NA DECLARAÇÃO DE IRPF - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - O fato de a fiscalização apurar sistemática omissão de rendimentos em face de depósitos bancários sem origem, não configura, por si só, a prática de dolo, fraude ou simulação, nos termos dos art. 71 a 73 da Lei 4.502 de 1964.


Preliminares rejeitadas.

Recurso voluntário provido parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade por cerceamento do direito de defesa e de ofensa ao princípio da legalidade. Por maioria de votos, REJEITAR: I - as preliminares de quebra do sigilo bancário e de irretroatividade da Lei nº 10.174 e da Lei Complementar nº 105, ambas de 2001. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva que as acolhe e apresenta declaração de voto; II - de erro no critério temporal em relação aos fatos geradores até novembro de cada ano-calendário, suscitada pelo Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, que fica vencido e apresenta declaração de voto. No mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para desqualificar a multa de ofício, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Naurý Fragoso Tanaka que não a desqualifica. Designado o Conselheiro Antonio José Praga de Souza para redigir o voto vencedor.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
Presidente


ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA
Redator designado

FORMALIZADO EM: 40 JUL 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Leonardo Henrique Magalhães De Oliveira, José Raimundo Tosta Santos, Silvana Mancini Karam, Alexandre Andrade Lima Da Fonte Filho, Moisés Giacomelli Nunes Da Silva.

Relatório

O processo tem por objeto a exigência de ofício de crédito tributário em montante de R\$ 3.392.642,75 (três milhões, trezentos e noventa e dois mil, seiscentos e quarenta e dois reais e setenta e cinco centavos) resultante do Imposto de Renda incidente sobre rendimentos percebidos em todos os meses dos anos-calendário de 1999, 2000 e 2001, identificados por meio da presunção legal com base em depósitos e créditos bancários de origem não comprovada. As bases presuntivas, segundo o Demonstrativo de Apuração do Imposto de Renda Pessoa Física, fl. 12 a 14, v-1, totalizaram R\$ 1.276.372,21, R\$ 1.300.053,08, e R\$ 1.297.494,56, respectivamente. Referido crédito foi composto pelo tributo, a multa de ofício prevista no artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, e os juros de mora.

Conforme esclarecido no Termo de Constatação e Conclusão Fiscal, fls. 657, a multa de ofício teve por motivo a repetição costumeira de declarar rendimentos tributáveis em valores significativamente inferiores aos percebidos, com variação percentual de 1.670 % a 2.600%.

Para formalização da exigência foi lavrado Auto de Infração em 29 de dezembro de 2004, fls. 7 a 15, com ciência em 31 de dezembro desse ano, fl. 729, v-IV, do qual integrou o Termo de Constatação e Conclusão Fiscal, fls. 613 a 658, v-IV.

Alguns esclarecimentos sobre o procedimento devem ser postos para melhorar o entendimento.

A pessoa fiscalizada não apresentou os extratos bancários solicitados por meio do Termo de Início de Ação Fiscal, apenas informou à autoridade fiscal que possuía contas bancárias nas seguintes instituições financeiras: HSBC Bank Brasil SA, B. Bradesco SA, e B. Safra SA, fl. 41, v-1. Segundo Termo de Constatação e Conclusão Fiscal, as informações em arquivos da Administração Tributária indicavam presença de conta também no Banco Boavista Interatlântico SA e Banco Santander S/A. Dessa forma, o acesso aos dados bancários foi por meio de Requisição de Informações sobre a Movimentação Financeira – RMF.

Informado pelo fiscalizado que a origem da movimentação bancária no período fora decorrente da sua participação na empresa Brapar Despachos e Transportes Ltda, e pela prestação de serviços de consultoria às empresas Ram Importadora e Exportadora e Terrazul Comércio, Importação e Exportação Ltda e Terrazul Comércio, Importação e Exportação Ltda, fl. 20.

As contas bancárias identificadas pelo fiscalizado foram: HSBC, nº 05934-8, ag. Porto de Santos; B. Bradesco SA, nº 45.907-0, ag. Ponta da Praia; B. Bradesco SA, nº 5.907, B. Safra SA, nº 037.426-0, Ag. Santos. As outras contas não informadas e levantadas pelo fisco: Bancos Bradesco S/A, nº 43.032, esta em conjunto com o pai do fiscalizado Antônio Mauricio Pereira de Almeida, e no Banco Boa Vista Interatlântico SA, nº 18290035.0, ag. 0095, Centro, Banco Santander S/A, nº 621067-40 e 6210066, ag. 047 e 007.

A conta bancária nº 43.032, no B. Bradesco S/A era conjunta com Antonio Mauricio Pereira de Almeida e segundo pesquisa realizada no Sistema COMPROT, 28 de dezembro de 2006, 10h38, transcrita, esse contribuinte também teve crédito tributário formalizado por Auto de Infração, com processo de 24 de dezembro de 2004.



"DADOS DO PROCESSO - NÚMERO : 19515.003511/2004-43 - DATA DE PROTOCOLO : 24/12/2004 - Documento de Origem : AI24122004 - Procedência : Assunto: AUTO DE INFRAÇÃO-IRPF - Nome do Interessado: ANTONIO MAURICIO PEREIRA DE ALMEIDA - CPF: 331.672.818-04 - Localização Atual - Órgão Origem: SEGUNDA CAMARA-ICC-MF-DF - Órgão Destino: REP CONSEL CONTRIBUINTESS-PASSOS-MG - Movimentado em: 21/08/2006 - Sequencia : 0015 - RM : 10145 - Situação: EM ANDAMENTO - UF: MG"

As Declarações de Ajuste Anual – DAA da pessoa fiscalizada relativas aos períodos considerados contiveram renda tributável em valor de R\$ 66.000,00, R\$ 73.260,00 e de R\$ 48.000,00, exercícios de 2000 a 2002, respectivamente, composta por rendimentos percebidos de quatro empresas, a saber, Terrasul – Comércio, Importação e Exportação Ltda, Brapar Despachos e Transportes Ltda, Ram Comercial Import e Export Ltda, no primeiro exercício, enquanto de origem não identificada nos demais porque DAA Simplificada; ocupação principal igual a “Proprietário de Estabelecimento Comercial”, enquanto a declaração de bens apresenta ao final de 2001, patrimônio em valor de R\$ 371.056,85, com dívidas de R\$ 150.000,00.

Em 24/05/2004, por intermédio de procuradora, Ana Lúcia Monteiro Seba, OAB SP 131.466, fl. 716, v-IV, interposta impugnação fls. 664 a 716, v-IV.

Em 12 de maio de 2005, aditado esse protesto, fls. 733 a 750, v-IV, com o objetivo de complementar a argumentação expendida na impugnação.

A lide administrativa foi julgada em primeira instância em 30 de setembro de 2005, quando decidido pela procedência do feito. Esse ato encontra-se formalizado pelo Acórdão DRJ/SPO II n.º 13.428, fl. 755, v-IV.

Em recurso, os seguintes protestos:

1. Nulidade do lançamento:

1.1. Por cerceamento do direito de defesa caracterizado pela inexistência de elementos que permitissem a defesa do fiscalizado. O auto teria sido acompanhado apenas do Termo de Verificação Fiscal e neste a relação de depósitos e créditos bancários não contém as datas em que efetivados, omissão que não permitiria o exercício integral do direito de defesa.

1.2. Ofensa à impessoalidade. Também contribuiria para a nulidade do feito a ofensa ao princípio constitucional da impessoalidade em razão da falta de indicação na autuação dos critérios e diretrizes que levaram à seleção da pessoa física para ser investigada. Haveria a falta do ato do Superintendente da Regional da Receita Federal na 8ª Região Fiscal que conteria autorização para a fiscalização. A fundamentação legal estaria localizada na Portaria SRF n.º 500, de 1995. Em primeira instância, a autoridade relatora teria buscado demonstrar que essa evidência não era obrigatória, desde que a autorização tivesse partido da autoridade competente. Entende a defesa que o administrado somente poderá saber se foram observados os critérios relativos à impessoalidade se lhe for dado conhecimento das causas que as originaram, isto é, se a inclusão de seu nome em programa de fiscalização esteve isenta de vícios. A falta de indicação do programa de fiscalização em que inserido seja no Auto de Infração ou no MPF constituiria fundamento para a nulidade do feito, enquanto, sob outra perspectiva, se inexistente autorização do SRRF/8ª RF não poderia o Delegado da Receita Federal de Fiscalização em São Paulo ter determinado a fiscalização do recorrente.



1.3. Pela dupla tributação sobre a mesma base. Afirmado que a origem dos valores creditados fora informada ao fisco antes da formalização da exigência, localizava-se na pessoa jurídica da qual fazia parte - Brapar Worldwide Service Com. Exp. e Import. de Eletrônicos Ltda - e nela tais valores teriam sido objeto de tributação de ofício, conforme processo n.º 19515.003766/2003-25, fls. 340. Como se tratavam de receitas omitidas na pessoa jurídica, tais valores seriam de livre movimentação dos sócios, condição que permitiria a vinda para as contas bancárias do fiscalizado. A tributação desses mesmos valores na pessoa física dos sócios significaria uma eliminação da isenção relativa aos lucros decorrentes da receita omitida na pessoa jurídica. Os argumentos dos autuantes a respeito da origem dos recursos não se encontrar localizada na Brapar em função da distinção de contas, lançamentos e bancos, seria destituído de sentido, uma vez que os valores omitidos na pessoa jurídica e ali tributados, de ofício, eram de livre disponibilidade do sócio, não podendo a autoridade administrativa, em flagrante confronto com a legislação de regência pretender tributá-los também na pessoa física.

1.4. Tributação anual de valores de incidência mensal. Alega a defesa com fundamento nos artigos 855 e 115, ambos do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto n.º 1.041, de 1994, e na norma restritiva contida no § 4º do artigo 42, da Lei n.º 9.430, de 1996, que a tributação com base em depósitos bancários é mensal, em contrário à forma utilizada no lançamento, da qual resulta agrupamento da renda omitida mensal ao final do período. Jurisprudência administrativa no mesmo sentido.

1.5. Haveria ineficácia da exigência por caducidade em razão da formalização após o transcorrer do prazo legal de 5 (cinco) anos, previsto no artigo 150, § 4º, do CTN, com marco de referência para contagem centrado em cada mês do ano-calendário. Jurisprudência administrativa no mesmo sentido.

1.6. Outro aspecto a contribuir para a nulidade do feito seria dado pela vedação à retroatividade das leis. Sob este motivo, os argumentos a seguir identificados.

1.6.1. Alegação no sentido de que a norma do artigo 42, da Lei n.º 9.430, citada, constitui nova forma de incidência tributária, e por essa condição, não poderiam os fatos passados serem atingidos após a publicação Lei n.º 10.174, de 2001.

1.6.2. Sob outra perspectiva, a norma do artigo 144, § 1º, não poderia ser aplicada para fins de permitir a aplicabilidade retroativa, por força do óbice posto pela outra contida no § 2º, do mesmo artigo, considerado que o Imposto de Renda é tributo apurado por período certo de tempo.

1.6.3. Afirmado que a norma do artigo 3º, § 11, da Lei n.º 9.311, de 1996, conteve uma isenção ao inibir o uso dos dados da CPMF para fins de fiscalização de outros tributos. Assim, era norma de direito material que não poderia ser revogada por outra de direito formal.

1.6.4. A Lei n.º 10.174, de 2001, não conteve nenhuma nova forma de apuração do tributo ou processo de fiscalização, motivo para que não possa ser subsumida à hipótese contida no § 1º, do artigo 144, do CTN. Constituiria ofensa à moralidade a interpretação equivocada dessa norma, com ofensa à norma do artigo 150, III, "a", da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, transcrito.

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)



III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;”

1.7. Outro aspecto a contribuir para a nulidade do lançamento seria dado pelo acesso aos dados bancários do fiscalizado sem o devido processo e autorização judicial. No entender da defesa, estaria vigendo no período a norma proibitiva contida no artigo 38, da Lei nº 4.595, de 1964, enquanto a autorização dada pela Lei Complementar nº 105, de 2001, não poderia retroagir para atos praticados em períodos anteriores à sua publicação.

2. Nulidade da decisão de primeira instância pela falta de apreciação dos argumentos postos após a impugnação.

3. Protestos contra a qualificação da penalidade pela falta de provas da caracterização de fraude. Alegação no sentido de que a fraude deve ser provada e não presumida.

Esses os argumentos e fundamentos que integraram a peça recursal e que foram reforçados com a jurisprudência administrativa no mesmo sentido da posição defendida.

O recurso foi interposto em 23 de dezembro de 2005, com observação do prazo regulamentar uma vez que a ciência da decisão de primeira instância ocorreu em 6 de dezembro desse ano, fl. 792, verso, v-IV.

Arrolamento de Bens, controlado pelo processo 10314.006296/2004-24, conforme informado em despacho, fl. 860, v-V.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro NAURY FRAGOSO TANAKA, Relator

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e profiro voto.

O cerceamento do direito de defesa caracteriza-se, como se pode extrair do próprio termo, pela presença de óbice à manifestação, sob o amparo da lei, da pessoa da qual se exige o crédito tributário.

Nesta situação, a deficiência processual seria caracterizada pela inexistência de elementos a permitir a defesa, havida pela entrega do auto de infração acompanhado apenas do Termo de Verificação Fiscal e neste a relação de depósitos e créditos bancários não conteria as datas de efetivação.

Verifica-se que o Termo de Constatação e Conclusão Fiscal, fls. 613 a 658, v-IV, contém detalhamento analítico dos valores que poderiam ter sido excluídos da base presuntiva por força da determinação legal contida no artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, a própria base construída com os depósitos e créditos em cada instituição financeira e os demonstrativos com a totalização dos valores mensais, por instituição financeira e ano-calendário de referência. Por esse motivo, a inadequado o argumento.

Na seqüência, passa-se a outro pedido por nulidade, agora da decisão de primeira instância, com motivo na falta de apreciação dos argumentos postos após a interposição de impugnação.

O processo administrativo fiscal é regulado em nível específico pelo Decreto nº 70.235, de 1972. Nesse ato legal, verifica-se que há permissão para interposição de Impugnação à exigência no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência, e de documentos complementares após esse tempo, caso devidamente justificada a mora¹

¹ Decreto nº 70.235, de 1972 - Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Art. 16. A impugnação mencionará:

(.....)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(....)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.



Essa forma de dispor a lei significa que a intenção do legislador trilhou no sentido de não autorizar diversas oportunidades para que o pólo passivo da relação jurídica tributária interpusesse argumentos antes da análise da exigência em primeira instância administrativa. Observado que poderia ocorrer dificuldades na obtenção de documentos, autorizou essa vinda após a interposição da peça impugnatória, desde que devidamente justificada a perda do prazo legal.

Conforme possível de verificar nos locais indicados no Relatório, as manifestações complementares da defesa não foram acompanhadas de novos documentos, ou seja, versaram apenas sobre aspectos de direito.

Então, no âmbito da aplicação da lei, a conduta do respeitável colegiado de primeira instância não merece reparos.

Pedido também pela nulidade do lançamento com base na ineficácia por caducidade em razão da formalização após o transcorrer do prazo legal de 5 (cinco) anos, previsto no artigo 150, § 4º, do CTN, com marco de referência para contagem centrado em cada mês do ano-calendário.

Esse artigo tem por referência os valores declarados e o crédito tributário pago, para os quais transcorridos 5 (cinco) anos do fato gerador consideram-se homologados tacitamente.

Os fatos omitidos não se subsumem a essa norma, mas àquela do artigo 149, do CTN, que trata do lançamento de ofício, enquanto a figura jurídica da decadência, é regida pelas normas do artigo 173, desse ato legal².

Este texto legal encerra determinação no sentido de ser o marco inicial para contagem do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Ao final do ano-calendário a pessoa física tem uma base de cálculo do Imposto de Renda, regra geral, diferenciada daquela mensal, bem assim uma tabela progressiva distinta, e novo prazo para, eventualmente, complementar valores não pagos antecipadamente. Logo, não diria impossível, durante o transcorrer do ano-calendário de referência, exigir imposto de renda no mês subsequente ao de ocorrência de fato econômico não tributado, mas atitude ilegal porque contrária à construção estabelecida por lei para a mecânica tributária. Ou seja, não haveria sentido na exigência de uma Declaração de Ajuste Anual, na fixação de prazo para o pagamento de eventual saldo, na concessão de quatro meses após a conclusão do fato gerador para que o contribuinte organize seus dados, com o intuito de declará-los ao Fisco, e apure o *verdadeiro* tributo devido. Diz-se "verdadeiro" porque o tributo *antecipado* pode resultar em devolução total ao final do período, devido à possibilidade de

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância.

² CTN - Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;



apropriação de dedução significativa e redutora do total dos rendimentos auferidos, para fins de obter a renda tributável.

Permitido concluir, então, que o sujeito ativo poderia formalizar o crédito tributário no primeiro dia seguinte ao de extinção do prazo para entrega da DAA, o que torna, nesta situação e para os fatos ocorridos até o mês de novembro do ano-calendário de 1999, o primeiro dia do exercício subsequente àquele em que o crédito tributário poderia ser formalizado, 1º de janeiro de 2001, enquanto sua extinção, em 31 de dezembro de 2005. Portanto, eficaz a exigência porque formalizada em 29 de dezembro de 2004, com ciência em 31 de dezembro de 2004, fl. 729, v-IV, e correta a decisão *a quo* quanto à matéria.

Outro aspecto que compõe a peça recursal é a ilegalidade na tributação desses valores porque teriam origem na receita omitida na pessoa jurídica da Brapar Worldwide Service Com. Exp. e Import. de Eletrônicos Ltda, exigida de ofício pelo fisco de acordo com processo n.º 19515.003766/2003-25. Na condição de receitas omitidas na pessoa jurídica, tais valores seriam de livre movimentação dos sócios, situação que permitiria a vinda para as contas bancárias verificadas. A tributação desses valores na pessoa física dos sócios significaria uma eliminação da isenção relativa aos lucros decorrentes da receita omitida na pessoa jurídica.

Consta do Termo de Constatação e Conclusão Fiscal, fl. 656, v-IV, que, embora tenha havido lançamento na pessoa jurídica indicada, tais dados foram tomados de contas distintas daquelas movimentadas pela pessoa física, e em alguns casos, em bancos diferentes. Fundamentada a posição excludente também no fato de haver distinção das pessoas dos sócios e da pessoa jurídica, situação que impediria a mescla dos bens de ambos.

A prova da origem dos recursos pode ser efetuada por meios diretos ou indiretos, isto é, com documentos que atestem o trânsito dos recursos das contas da pessoa jurídica para as contas da pessoa física, ou com um conjunto de indícios que permitam concluir pela identidade de tais valores. Nesta situação, a peça recursal conteve apenas como prova o lançamento na pessoa jurídica identificada; não há outros elementos a contribuir para a conclusão requerida.

O fato de os valores omitidos na pessoa jurídica poderem ter sido livremente movimentados pelos sócios não se presta para afastar a incidência do tributo sobre a base presuntiva. Realmente os recursos omitidos na pessoa jurídica devem ter sido movimentados pelos sócios, mas essa realidade não significa que tenham circulado especificamente pelas contas bancárias identificadas. Conforme esclarecido pela autoridade fiscal, as contas movimentadas pelos sócios, para as quais identificada a omissão de receita na pessoa jurídica, eram distintas das que serviram para identificar a renda da pessoa física.

A ilegalidade na tributação dos lucros distribuídos em função da receita omitida na pessoa jurídica também não constitui interpretação adequada. A autoridade fiscal colheu os créditos bancários e pediu à pessoa titular das contas bancárias a informação a respeito da origem de tais valores; para atender a essa finalidade, caso a origem fosse realmente da pessoa jurídica indicada, bastaria que viessem ao processo documentos demonstrativos dos elementos de ligação entre os valores tributados na pessoa jurídica e os referidos créditos, ou no sentido de ligá-los com os lucros auferidos ou receitas omitidas. Tais dados, no entanto, não compõem o processo.



Assim, por força do princípio da legalidade que se impõe em razão da vinculação administrativa e da falta de documentos para extrair tais valores da base tributável, não se pode acolher o argumento.

Outro argumento em contrário à incidência tributária tem por objeto o aspecto temporal do fato gerador do tributo. Segundo o recorrente, com fundamento nos artigos 855 e 115, ambos do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 1994, e na norma restritiva contida no § 4º do artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, a tributação com base em depósitos bancários é mensal, em contrário à forma utilizada no lançamento, na qual utilizado agrupamento da renda omitida, mensal, ao final do período, para fins de tributação no ajuste.

A interpretação de um texto legal deve ser obtida não apenas dos conceitos individuais que compõem cada signo componente das frases que o compõem, bem assim, do conjunto por eles formado, mas da inserção do significado deste no interior do conjunto de normas que compõe o ordenamento jurídico correspondente, para fins de identificação das hipóteses de cruzamentos com os efeitos de outras normas de maior ou menor hierarquia, e, no mesmo sentido, sob os diversos ordenamentos que compõem o sistema jurídico.

A incidência do Imposto de Renda para as pessoas físicas foi alterada em 1988, e passou a ser regida pela Lei nº 7.713, de 1988, e alterações posteriores. A característica principal trazida por esta lei foi a aplicabilidade da norma determinativa do fato gerador do tributo em nível geral, contida no artigo 43, do CTN. A incidência do tributo passou a ocorrer no momento da percepção da renda ou da aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda. No entanto, a Lei nº 8.134, de 1990, veio alterar a Lei nº 7.713, citada, e manter o fato gerador centrado no último dia de cada exercício financeiro, ao conter determinação no sentido de autorizar um *ajuste anual* em que permitida tributação complementar, distinta da mensal, caracterizada pelo acolhimento de deduções não permitidas em cada mês, complemento da renda com rendimentos da atividade rural, com os valores inferiores ao limite mensal de isenção que no conjunto dos rendimentos poderão ser tributados, e ocasionar exigência de tributo com base de cálculo e alíquota distintas daquela em nível mensal.

A partir desse momento, a regra de incidência do tributo passou a ser instantânea e agrupada por mês de ocorrência dos fatos, *sujeita ao ajuste anual*. As situações excepcionais, como a tributação do ganho de capital, dos rendimentos de pessoas residentes no exterior, da atividade rural, etc são objeto de legislação específica. Assim, a determinação para tributação mensal contida no artigo 42, constitui apenas uma afirmativa da determinação geral havida pelo conjunto das normas postas pela Lei nº 7.713 e 8.134, citadas. Caso tivesse o legislador a vontade de especificar como de tributação única tais rendimentos, os termos do dito parágrafo deveriam conter além daqueles que o integraram, a conformação de "tributação definitiva". Como o texto legal não porta essa restrição, a tributação de tais valores deve permanecer sob a forma geral de incidência, por força da imposição normativa da lei portadora da determinação para o ajuste.

Outros argumentos que têm por objeto a nulidade do feito são fundados na vedação à retroatividade das leis. Nessa linha, a alegação no sentido de que a norma do artigo 42, da Lei nº 9.430, citada, constitui nova forma de incidência tributária, e por essa condição, não poderiam os fatos passados serem atingidos após a publicação Lei nº 10.174, de 2001.



Nesse protesto, o recorrente mescla a vedação ao uso dos dados da CPMF para fins de investigação de outros tributos e contribuições com a incidência do Imposto de Renda sobre fatos identificados por meio da presunção legal centrada no referido artigo.

A utilização dos dados bancários como fonte de referência para identificação da renda omitida constituiu uma nova forma legal disponibilizada ao fisco para investigação e identificação das atividades desenvolvidas pelas pessoas físicas e jurídicas. As normas componentes desse artigo contêm autorização para uso de tais dados e uma parte desse conjunto está no campo do direito material porque determina que o conjunto dos depósitos e créditos de origem não comprovada constitui rendimento tributável omitido, enquanto outra, encontra-se no campo do direito formal, pois portadora de meios para obtenção do fato gerador oculto.

A norma contida no artigo 11, §3º, da Lei nº 9.311, de 1996, em termos de Direito Tributário não se localiza no campo do direito material, mas de direito formal, porque de início portava vedação ao uso dos dados da CPMF para fins de meios para investigação de outros tributos e contribuições, enquanto pela Lei nº 10.174, esse óbice foi suspenso; ou seja, a norma era dirigida a vedar o meio de investigação de outros tributos que poderiam ser identificados por meio dos dados bancários.

A suspensão dessa vedação está no campo do Direito Formal³ porque ampliou o campo de investigação dos demais tributos ao permitir o uso de dados anteriormente indisponibilizados ao fisco. Observe-se que não se tratava do acesso à renda omitida que o referido artigo estava a inibir, porque esta o fisco poderia conhece-la por outros meios a ele disponíveis, mas do uso das informações bancárias para fins de comparação com os demais dados informados à Administração Tributária para fins de eventual seleção e início de fiscalização, isto é, do uso de um meio de análise prévia para posterior deflagração de uma investigação fiscal.

A alegação no sentido de que a norma do artigo 144, § 1º, não serviria para permitir a aplicabilidade retroativa da Lei nº 10.174, de 2001, por força do óbice posto pela outra contida no § 2º, do mesmo artigo, considerado que o Imposto de Renda é tributo apurado por período certo de tempo também não é adequada.

A norma resultante desse artigo tem por objeto situar a exigência tributária de ofício no tempo e conformá-la à norma de direito substantivo em vigor no momento de ocorrência dos fatos: "*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*". Para esse fim, necessário que outros requisitos fossem postos de modo a não permitir interpretações inadequadas, demanda que foi suprida pela inserção de dois parágrafos portadores de normas restritivas ao objeto posto no *caput*.

³ DIREITO FORMAL - Distinguindo-se do Direito Material, geralmente se diz Direito Formal, para o Direito Adjetivo que vem estabelecer a forma ou os meios para o exercício dos direitos objetivos. Pode vir em direito próprio, como o Direito Processual, que se diz também Direito Adjetivo, ou pode vir juntamente com a norma de Direito Substantivo, onde se estabeleçam princípios de Direito Material. Mas, onde quer que se encontre, possui seu caráter distintivo, pois que vem estabelecer o processo, para que se exercite o direito subjetivo ou facultas agendi, relativo à regra do direito objetivamente considerado. (g.n.)



O §1º desse artigo contém permissão para utilização da lei mais recente quando esta traga novos critérios de apuração, ampliação dos poderes investigatórios do Fisco e a outorga de maiores garantias ou privilégios ao crédito. Essa norma situa-se no campo do direito formal, porque aparta daquela contida no *caput* as demais dirigidas à critérios de apuração, investigação etc, que tratam de meios para obtenção do fato gerador do tributo.

O §2º não porta óbice a aplicação do primeiro, pois contém determinação para que a norma contida no *caput* não tenha sob seu campo de incidência os tributos lançados por períodos certos de tempo, como o imposto de renda, uma vez que, obedecendo ao princípio da anterioridade da lei, a norma de direito substantivo, referencial para estes, sempre tem vigência no período anterior ao da incidência: “§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido”.

Não significa que os critérios e meios de investigação devam ser os mesmos da ocorrência dos fatos. Trazendo exemplo extremo, aplicar o *caput* aos meios de investigação e procedimentos, significa que uma fiscalização de um período de 5 (cinco) anos passados não poderia utilizar determinada tecnologia existente no presente, o que externa uma heresia em termos de informática, pois esta avança, tecnologicamente, em passos largos, dia-a-dia. Por esses motivos, a norma de caráter processual inserida no referido artigo, para restringir a abrangência daquela de direito material presente no *caput*.

Em poucas palavras, o artigo 144, do CTN, contém no seu *caput* norma determinativa de subsunção dos fatos tributários àquelas de direito material vigentes à época da ocorrência, pela conformação aos princípios da legalidade e da anterioridade da lei; no entanto, como não pode ser válida para o direito processual tributário, o § 1.º conteve outra que excepciona do seu campo de incidência os atos e fatos necessários ao desenrolar do procedimento investigatório. Assim, não se verifica qualquer óbice à aplicação dessa lei para permitir à Administração Tributária, a partir de sua publicação, usar os dados da CPMF relativos a períodos anteriores a ela e ainda não atingidos pela decadência do direito de formalizar o crédito tributário.

A respeito do assunto, posição do Superior Tribunal de Justiça – STJ, Primeira Turma, no Resp n.º 506.232-PR (2003/0026785-0), DJ de 16/02/2004, p. 00211, no qual foi relator o Min. Luiz Fux e a Fazenda Nacional obteve provimento por unanimidade de votos.

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

Outra alegação da defesa diz respeito a uma isenção que estaria contida no artigo 3º, § 11, da Lei nº 9.311, de 1996, caracterizada pela inibição do uso dos dados da CPMF para fins de fiscalização de outros tributos. Nessa linha de raciocínio, essa norma estava inserida no campo do direito material e não poderia ser revogada por outra de direito formal.

Para essa questão são válidos os argumentos a respeito das normas de direito substantivo e formal postos em momento anterior. Deve ser acrescido que as normas portadoras de isenções são inibidoras dos efeitos da norma geral de incidência de referência, ou



seja, o fato jurídico ocorre mas não se submete à incidência tributária por força do óbice posto pela norma isentiva. Na situação dos depósitos e créditos bancários não houve isenção pela eficácia da norma posta no artigo 11, § 3º da Lei nº 9.311, de 1996, porque os mesmos fatos jurídicos ocultos que poderiam ser externados pelos depósitos e créditos bancários eram passíveis de ser alcançados com a utilização de outros meios de investigação e não estariam afastados do campo de incidência do Imposto de Renda.

Outro argumento a compor a questão da irretroatividade tem por objeto a ausência de nova forma de apuração do tributo ou processo de fiscalização na Lei nº 10.174, de 2001, motivo para que não pudesse subsumir-se à hipótese contida no § 1º, do artigo 144, do CTN. Constituiria ofensa à moralidade e à norma do artigo 150, III, "a", da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a interpretação equivocada dessa norma.

As explicações anteriores a respeito das normas resultantes do artigo 144, do CTN servem para esclarecer esta questão; necessário complementar o raciocínio com o enfrentamento da teórica ofensa à moralidade.

Para que se clame por moralidade conveniente que se conheça o significado do termo que lhe dá origem, a *moral*⁴. O comportamento do ser humano em determinado grupo social é conformado por regras estabelecidas pelo conjunto de seus componentes; que, em âmbito mais amplo, sofre restrições e direcionamentos dados pelo conjunto maior em que se insere o grupo, como a Nação e as demais Nações do mundo. Assim, quando a defesa cita a moralidade quer se referir à obediência do comportamento fiscal e tributário do representante do sujeito ativo às regras do padrão vigente na nação brasileira.

A ofensa à moralidade estaria consubstanciada pela exigência de tributo sem que houvesse norma válida no momento de ocorrência dos fatos, ou talvez, pela interpretação do texto legal contido no artigo 144, §1º, do CTN, equivocada e prejudicial ao pólo passivo da relação jurídica tributária pela extensão de seus efeitos aos fatos jurídicos não definitivos da norma contida no §1º. Nessa linha de raciocínio, a defesa está equivocada. No Brasil o comportamento dos representantes do poder público é regido pelo princípio da legalidade, o que significa a obediência às normas válidas a fim de que seja permitido exigir algo dos cidadãos brasileiros.

Em termos de Direito, a interpretação não pode caracterizar-se como ofensa à moralidade, mas apenas a extração correta do significado do texto legal. Ofensa à moralidade, poderia caracterizar-se como uma conduta abusiva da autoridade fiscal, ou seja, extrapoladora dos limites legais. Nesta situação, conforme posto em momento anterior, verifica-se que o lançamento conteve observação dos termos legais e quanto à teórica retroatividade de lei, costata-se que o Poder Judiciário também já se manifestou na mesma linha de raciocínio quanto à aplicabilidade da norma de referência a tais espécies de fatos.

Outro aspecto a contribuir para a nulidade do lançamento seria o acesso aos dados bancários do fiscalizado sem o devido processo e autorização judicial. No entender da defesa, nos períodos verificados até janeiro de 2001, estaria em vigor a norma proibitiva contida no artigo 38, da Lei nº 4.595, de 1964, enquanto a autorização dada pela Lei

⁴ Moral é o conjunto de regras de conduta consideradas válidas para um grupo ou para uma pessoa. ARANHA, Maria Lucia de Arruda; Maria Helena Pires Martins. Temas de Filosofia. 1ª Ed. São Paulo, Moderna, 1992, pág. 106.



Complementar nº 105, de 2001, não poderia retroagir para atos praticados em períodos anteriores à sua publicação.

Conforme é possível de extrair do Relatório, a exigência tem por base fatos havidos nos anos-calendário de 1999 a 2001. Os dados da CPMF são disponibilizados pelas instituições financeiras à Administração Tributária e esse fato não implica em quebra do sigilo bancário, já a requisição às instituições financeiras ocorreu em 2003, fls. 53 a 79, v-I, em momento posterior ao marco inicial de vigência da Lei nº 10.174, de 2001.

A nova Carta trouxe determinação autorizativa à Administração Tributária para que, na busca da imposição justa dos impostos, identificasse o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, *nos termos da lei*⁵. O Imposto de Renda é um tributo anterior à CF/88, por ela foi mantido conforme artigo 153, III, e se amolda perfeitamente aos requisitos contidos no artigo citado no parágrafo anterior.

Anteriormente à CF/88, as normas contidas no artigo 38, § 5.º e 6.º, da lei n.º 4.595, de 1.964⁽⁶⁾, permitiam aos representantes da Administração Tributária o acesso a tais dados nas atividades fiscalizatórias, quando considerados imprescindíveis⁷ e desde que houvesse *processo* instaurado, este entendido o Judicial⁸, em razão de a CF/46 excepcionar o processo administrativo, considerando processo com as devidas garantias do contraditório e ampla defesa apenas o desenvolvido na esfera judicial.

O artigo 38 da Lei n.º 4.595, de 1.964, permaneceu vigendo após a promulgação da nova Carta⁹ pois não continha norma contrária àquelas protetoras dos direitos individuais e se encontrava amparado pela norma contida no artigo 145, § 1.º, citado.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ ver nota 4.

⁸ "14.2.2. Requisitos para a quebra do sigilo bancário – Autorização judicial ou determinação de Comissão Parlamentar de Inquérito (estudaremos mais adiante) ou requisição do Ministério Público /CF, art. 129, V);" MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 1.ª Ed., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 70.

⁹ 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.

(...)



Assim, dita norma, 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 nível¹⁰.

A interpretação da Administração Tributária para essa questão encontra-se posta 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 1.990⁽¹¹⁾.

A norma do artigo 38, da Lei n.º 4.595, de 1.964, compôs a matriz legal em razão de a nova Carta, no inciso LV, do artigo 5.º, assegurar aos litigantes em *processo administrativo* a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, determinação que permite interpretação no sentido de que o processo administrativo reveste-se de características de um *devido processo legal*, como determinado no inciso LIV do mesmo artigo¹². E, nessa linha, o termo *processo*, a que se reportava a primeira citada, passou a alcançar o processo administrativo.

O artigo 8.º da Lei n.º 8.021, de 1.990⁽¹³⁾, conteve autorização para que, após iniciado o procedimento fiscal, os extratos bancários do contribuinte, e outras informações pudessem ser obtidas pela Administração Tributária. O texto legal dessa norma foi publicado durante a vigência da CF/88, e não foi analisado 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 para a Autoridade Fiscal, a exigência *deve* ser efetivada porque seus atos são vinculados à norma posta, na forma do artigo 37, da CF/88.

§ 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.

¹⁰ 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: (...).

¹¹ 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 nº 4.595, de 1964 (Lei nº 4.595, de 1964, art. 38, §§ 5º e 6º, e Lei nº 8.021, de 1990, art. 8º).

¹² “Em suma, a Administração Fazendária, quando quer apurar a prática de eventuais irregularidades por parte de um contribuinte para, se for o caso, sancioná-lo, *deve necessariamente* observar um *processo legal*, em que se enseje ao interessado o exercício do direito à ampla defesa, com os meios (provas) e recursos (duplicidade de instância) a ela inerentes.” CARRAZZA, Roque Antonio, Curso de Direito Constitucional Tributário, 16.ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2001, pág. 392.

¹³ Lei n.º 8.021, de 1990 - Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá 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 nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.



Assim, 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, que foi 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 montantes¹⁴, as 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 financeira¹⁵.

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.

¹⁴ 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)

(...)

§ 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.

¹⁵ 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.



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, CTN¹⁶.

Feitas estas considerações, rejeita-se a nulidade pela obtenção dos dados bancários independente da autorização judicial.

O pedido pela nulidade do feito pela ofensa ao princípio constitucional da impessoalidade em razão da falta de indicação, no auto de infração ou no MPF, dos critérios e diretrizes que levaram à seleção da pessoa física para ser investigada deve ser melhor esclarecido.

Realmente a Portaria SRF n.º 500, de 1995, no seu artigo 1º, contém ordem para que critérios sejam obedecidos na seleção de contribuintes para a fiscalização, conforme possível extrair do texto transcrito.

Art. 1º A seleção de contribuintes a serem fiscalizados, no âmbito de programas de fiscalização a cargo das unidades descentralizadas da Secretaria da Receita Federal, observará critérios e diretrizes a serem estabelecidos pela Coordenação-Geral do Sistema de Fiscalização - COFIS, no que se refere a:

I - setores de atividades e dimensões econômico-financeiras dos contribuintes;

II - períodos e tributos a serem fiscalizados;

III - amplitude e profundidade da ação fiscal;

IV - integração com outros órgãos fiscalizadores e utilização de fontes de informação externas.

¹⁶ 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.



§ 1º A COFIS poderá levar em conta características específicas das Regiões Fiscais, na especificação dos critérios a que se refere este artigo.

§ 2º A seleção de contribuintes em desacordo com o previsto neste artigo condiciona-se à autorização prévia do Coordenador-Geral da COFIS, à vista de solicitação justificada do Superintendente da Receita Federal com jurisdição sobre a Região Fiscal em que se deva realizar a fiscalização.

§ 3º A COFIS poderá selecionar contribuintes a serem fiscalizados, na hipótese de haver interesse da administração tributária ou recomendação decorrente de investigação promovida pela Inteligência Fiscal.

Esse texto normativo tem por objeto conformar a atuação da Administração Tributária em termos de toda extensão territorial do País, de maneira a torná-la adequada ao combate às distorções do comportamento considerado padrão para o bom cidadão e de forma semelhante quanto às pessoas jurídicas. Caso assim não fosse regulado, a ação administrativa obedeceria à vontade dos dirigentes regionais, ou locais, e constituiria uso da discricionariedade na ação administrativa.

A defesa encontra-se com a razão quanto à falta de informação sobre os critérios que permitiram a inclusão de sua pessoa em programa de fiscalização para fins de verificação de eventual atitude administrativa em contrário às disposições legais e em termos da proporcionalidade. No entanto, essa informação poderia ter sido fornecida desde o início da investigação fiscal, quando recebido o MPF, em 17 de outubro de 2002, fl. 7. Observe-se que esse documento contém informações a respeito da autoridade administrativa autora da investigação e daquela à qual subordinado, cargo e endereço da unidade à qual vinculada, inclusive o telefone para contato. De tal forma que o direito ao conhecimento do programa de fiscalização em que fora selecionado poderia ser exercido de imediato.

O processo administrativo é regulado pelo Decreto nº 70.235, de 1972, e neste os requisitos do Auto de Infração não incluem a indicação de programas de fiscalização, conforme dispõem o artigo 10, transcrito.

"Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula."

A Portaria SRF nº 3.007, de 2001, não contém determinação para que o MPF contenha indicação do programa de fiscalização em que incluída a pessoa em processo de



investigação. Os dados que compõem esse documento encontram-se identificados no artigo 7º desse ato e nele não se verifica a exigência de que seja externado em qual programa de fiscalização a pessoa deva ser incluída.

O argumento de que a inexistência de autorização do SRRF/8ª RF impediria o Delegado da Receita Federal de Fiscalização em São Paulo determinar a fiscalização do recorrente é despedido de fundamento porque o MPF 3901-9, fl. 1, foi emitido pelo Superintendente R. da Receita Federal na 8ª RF.

Este País tem na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 as regras gerais que regem a vida de seus cidadãos e nela em conjunto com outros direcionamentos há o princípio da legalidade a impor linha de conduta a ser observada por todos. Assim, não sendo determinativo legal a evidência de programas de fiscalização nos atos administrativos de exigência de créditos tributários, os argumentos que tomam por referência esse fundamento não podem ser acolhidos.

O pedido pelo afastamento da qualificação da penalidade constitui interpretação inadequada do texto legal contido no artigo 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996.

Referida norma contém determinação para que a punição seja a de maior ônus financeiro quando a infração cometida denotar presença do *ânimo* do sujeito passivo em cometê-la.

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

(...)

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”

Observe-se que a norma tem por referência o “evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502,”.

As normas que contêm a definição do evidente intuito de fraudar, são aquelas que dão contornos aos crimes de sonegação, fraude e conluio, como descrito no texto transcrito a seguir (artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964):

“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."

Assim, o evidente intuito de fraudar a que se refere a dita norma não pode ser interpretado no sentido restrito da fraude, mas diz respeito à caracterização das atitudes previstas para a sonegação, fraude e o conluio porque toma por referência "o evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502". Então, tal tipo de infração é caracterizado por qualquer das ações referidas nos ditos artigos, quando *dolosas*¹⁷.

Como a parte final das duas primeiras normas faz referência às ações (*dolosas*) isoladas ou em conluio entre duas ou mais pessoas para *impedir ou retardar* a ocorrência do fato gerador ou a excluir ou modificar suas características essenciais, ou ainda, *impedir ou retardar* o conhecimento por parte da autoridade fazendária: da ocorrência do fato gerador, da sua natureza ou circunstâncias materiais, das condições pessoais do contribuinte, o que difere estes tipos de infrações daquelas normalmente apuradas em procedimento de ofício, é a presença do ânimo de cometê-las: o dolo. Pois, pela parte final do texto usado para definição do evidente intuito de fraudar, qualquer das ações consideradas de caráter objetivo poderiam ter maior gravame. Assim, p. ex. uma declaração inexata, por omissão de um dado, poderia ter conotação de tentativa de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária (...).

¹⁷ DOLO - Do latim dolus (artifício, manha, esperteza, velhacaria), na terminologia jurídica, é empregado para indicar toda espécie de artifício, engano, ou manejo, com a intenção de induzir outrem à prática de um ato jurídico, em prejuízo deste e proveito próprio ou de outrem. Mas, este é o sentido de dolo, na acepção civil. No sentido penal, dolo é o desígnio criminoso, a intenção criminosa em fazer o mal, que se constitui em crime ou delito, seja por ação ou por omissão. Na acepção civil, o dolo é vício do consentimento, sendo seu elemento dominante a intenção de prejudicar (animus dolandi). É ato de má-fé, razão por que se diz fraudulento, sendo, como é, o intuito da própria fraude, ou de fraudar, pois sem fraude ou prejuízo preconcebido não se terá dolo em seu exato sentido. Assim, ele se dirá principal ou essencial, incidental ou accidental.

São requisitos do dolo civil:

- a) o ânimo de prejudicar ou fraudar;
- b) que a manobra ou artifício tenha sido a causa da feitura do ato ou do consentimento da parte prejudicada;
- c) uma relação de causa e efeito entre o artifício empregado e o contrato por ele conseguido;
- d) a participação intencional de um dos contraentes no dolo.

Dolo. Em sentido penal, dolo consiste na prática de ato ou omissão de fato, de que resultou crime ou delito, previsto em lei, quando quis o agente o resultado advindo ou assumiu o risco de produzi-lo. Daí advém a compreensão do dolo direto ou indireto.

Direto (dolus in re ipsa habet), também dito dolo específico, é o que resulta da intenção criminosa e da vontade de obter o resultado da ação ou omissão delituosa.

A intenção do agente é, no dolo determinado, direta.

Indireto (dolus indeterminatus determinatur eventu), quando a intenção de praticar o crime não traz a preocupação ou o desejo de conseguir o resultado, embora o agente tenha assumido o risco de produzi-lo, mesmo sem querê-lo ou prevê-lo. A intenção do resultado é, aí, indireta positiva, assim dita para distinguir a que advém da culpa, que é indireta negativa.



Neste ponto da tese, uma pequena digressão.

Regra geral as infrações tributárias tem carácter objetivo, isto é não vinculam o agente infrator à sua prática, nem à exigência, motivo para que a Administração Tributária possa atribuir multas a terceiros não diretamente vinculados aos fatos e às pessoas jurídicas, entes abstratos que não detém o poder volitivo.

Sacha Calmon Navarro Coelho¹⁸ indica três motivos para o carácter *objetivo* das infrações tributárias: (a) a possibilidade de transferir as multas, que estaria vedado caso prevalecesse a subjetividade; (b) impossibilidade de punir as pessoas jurídicas considerando que estas não possuem vontade; e (c) a ignorância e o erro de interpretação que podem ser argüidos como suporte ao não cumprimento da obrigação tributária. Este último, é reforçado pelo carácter heterónimo da norma tributária que, diferentemente daquelas oriundas dos ajustamentos entre as partes, incide independentemente da vontade do destinatário.

A subjetivação do ato infracional implica na existência de duas infrações, a primeira vinculada ao Direito Tributário, dada pelo não pagamento do tributo, enquanto a segunda, pela presença do elemento volitivo no ato infracional, exteriorizado pelos documentos e demais indicativos componentes do suporte fáctico.

Assim, a ação incorreta além de constituir infração à norma tributária, contém atributo daquelas sujeitas à verificação de sua ocorrência pela justiça, para fins de exteriorização e punição pelo Direito Penal.

Retornando ao assunto em análise, o que caracteriza o evidente intuito de fraude, é o conjunto dos fatos que se encontram ligados à ação infratora, inclusive esta, caracterizando as condutas descritas na parte final das normas, acrescidas do *intuito doloso*.

Interessante salientar que a fraude não significa exatamente a contrafação de documentos, como querem algumas interpretações. Observe-se como De Plácido e Silva conceitua e expõe seus ensinamentos a respeito do assunto¹⁹:

Fraude - Derivado do latim fraudus, fraudis (engano, má-fé, logro), entende-se geralmente como o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovidos de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever. Nestas condições, a fraude traz consigo o sentido do engano, não como se evidencia no dolo, em que se mostra a manobra fraudulenta para induzir outrem à prática de ato, de que lhe possa advir prejuízo, mas o engano oculto para furtar-se o fraudulento ao cumprimento do que é de sua obrigação ou para logro de terceiros. É a intenção de causar prejuízo a terceiros. (...)

É por isso, indicativa de lesão de interesses individuais, ou contravenção de regras jurídicas, a que se está obrigado. O dolo é astúcia empregada contra aquele com quem se contrata. (...)

E a prova da fraude se faz por todos os meios permitidos em Direito, admitindo-se mesmo sua evidência em face de indícios e conjecturas, tanto bastando a verificação do prejuízo ocasionado a outrem pela prática do ato oculto ou enganoso. A fraude, assim,

¹⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Teoria e Prática das Multas Tributárias, 2.ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, págs. 29 e 30.

¹⁹ SILVA, Plácido e; FILHO, Nagib Slaibi.; ALVES, Geraldo Magela. Obra citada.



firma-se na evidência do prejuízo causado intencionalmente, pela oculta maquinação.
(...)

Além do sentido de contravenção à lei, notadamente fiscal, possui o significado de contrafação, isto é, reprodução imitada, adulteração, falsificação, inculcação de uma coisa por outra.

Seguindo essa interpretação, agrupa-se os fatos que compõem o conjunto de infrações e verifica-se que as omissões de rendimentos não ocorreram de forma *independente* da vontade do sujeito passivo.

De início, conveniente lembrar da presunção ficta presente na Lei de Introdução ao Código Civil²⁰ que determina não ser permitido a ninguém alegar desconhecimento das normas para fins de não cumprir as leis. Somando a essa premissa, o fato de que o sujeito passivo era proprietário de empresa, conforme constou do recurso, fl. 798, v-V, e da declaração de bens, fl. 28, v-I, e, ainda, porque prestava consultoria na área aduaneira, conclui-se que tinha pleno conhecimento e consciência de que a falta de execução do procedimento previsto no artigo 150, do CTN, de forma reiterada, habitual, porque em cerca de 48 (quarenta e oito meses)²¹ não executou qualquer antecipação ou omitiu esse fato nas declarações de rendimentos entregues à Administração Tributária.

Deve ser esclarecido que a presunção legal diz respeito à renda tributável omitida e não ao ato de omitir, enquanto a penalidade de ofício é aplicada sobre as faltas tributárias caracterizadas pelas diversas omissões de recolhimentos do tributo sobre rendimentos tributáveis percebidos e também pela falta de oferecimento à tributação destes nas Declarações de Ajuste Anual – DAA. Assim, não é válido para afastar a incidência qualquer argumento que tenha por fundamento a inaplicabilidade de penalidade de maior ônus financeiro porque a exigência tem por base uma presunção legal.

Logo, permitido concluir que os atos de deixar de inserir os significativos e múltiplos resultados positivos auferidos em transações diversas como rendimento tributável nas declarações de ajuste anual não externou uma simples declaração inexata, com infração de caráter objetivo, mas ao contrário, inexactidão *intencional*, caracterizadora de presença da subjetividade no ato infracional e motivo tanto para a penalidade de maior ônus, quanto para a correspondente investigação criminal.

Assim, apesar de apurada por presunção legal de renda omitida, a ação do infrator além de constituir infração à norma tributária, contém atributo daquelas sujeitas à verificação de sua ocorrência pela justiça, para fins de exteriorização e punição pelo Direito Penal.

Correta a Autoridade Fiscal ao descrever o conjunto de fatos que permitiram qualificação da penalidade, nele incluída a repetição da infração em cada mês e a diferença entre a renda oferecida à tributação e a parcela de renda tributável omitida, referência para

²⁰ Decreto- Lei n.º 4.657, de 1942 – Lei de Introdução ao Código Civil - Art. 3º - Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

²¹ Deve ser esclarecido que a pessoa fiscalizada é sujeito passivo de outra exigência de ofício, com as mesmas características desta, apenas diferindo em valores e período de incidência, ano-calendário de 1998, no processo n.º 19515.000994/2004-24.



caracterizar o “*evidente intuito de fraude*” previsto na norma do artigo 44, II, da Lei n.º 9.430, de 1996.

Resta esclarecer que a jurisprudência administrativa e do Poder Judiciário presta-se apenas para colaborar com a formação da convicção da autoridade julgadora, uma vez que não se encontra em mesmo nível das normas derivadas dos atos legais, que são detentoras de eficácia *erga omnes*.

Colocadas as justificativas e fundamentos que na interpretação deste que escreve permitem afastar os argumentos a fundamentar os protestos da defesa, passa-se à formalização da exigência tributária. Verifica-se que o procedimento fiscal obedeceu as regras fixadas no artigo 42 da Lei n.º 9.430, de 1996, para fins de levantamento da base presuntiva e identificação da renda tributável oculta. Nessa linha de raciocínio, a pessoa fiscalizada foi intimada a apresentar as provas da origem dos recursos financeiros movimentados, enquanto a base presuntiva teve exclusões das transferências e demais valores que não se prestavam para compor fato-base para a renda omitida, bem assim, a separação proporcional de valores da conta 43.032, no Banco Bradesco S.A. porque em conjunto com Antonio Maurício Pereira de Almeida, pai da pessoa fiscalizada, conforme indicado no Termo de Constatação e Conclusão Fiscal.

Do exposto, permitido concluir e votar pela rejeição às questões preliminares nas quais pedido pela nulidade do feito e da decisão de primeira instância, e quanto ao mérito, para negar provimento ao recurso.

É como voto.

Sala das Sessões, em 26 de janeiro de 2007


NAURY FRAGOSO TANAKA

Voto Vencedor

Conselheiro ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA.

Consoante relatório e voto do acórdão de primeira instância, trata-se de auto de infração do IRPF, por presunção legal de omissão de rendimentos, arbitrados em face de depósitos bancários de origem não comprovada, com incidência da multa qualificada de 150% por evidente intuito de fraude.

O ilustre conselheiro relator, Naury Fragoso Tanaka, propugnou pela manutenção da penalidade mais gravosa, propositura que ousei discordar e fui acompanhado pelos demais membros do Colegiado. Fui então designado para redigir o voto vencedor nessa parte, qual seja a desqualificação da multa de ofício.

De início, cumpre registrar que não merecem reparos os demais fundamentos e considerações do voto vencido, os quais confirmo e adoto integralmente.

No que concerne a multa de ofício, entendeu a autoridade lançadora que a desproporcionalidade entre os rendimentos declarados e os apurados de ofício nos três anos-calendário examinados constituem prática reiterada de omissão de rendimentos, suscetível de enquadramento como caso de evidente intuito de fraude. Por isso, aplicou a multa qualificada de 150%.

O recorrente alega que fraude não se presume, deve ser provada, e no caso não há prova da conduta dolosa a ele atribuída.

A meu ver, cabe razão ao recorrente. Embora o contribuinte não tenha comprovado a origem dos recursos da movimentação bancária, a autuação se utilizou apenas de presunção legal para concluir a omissão de rendimentos.

Inexiste prova de conduta de ação, ou omissão, dolosa visando impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador do imposto, ou ainda visando excluir ou modificar suas características essenciais com o objetivo de reduzir o montante do imposto devido, ou mesmo para evitar ou diferir o seu pagamento.

Para o lançamento com a multa qualificada, nesses casos, a autoridade fiscal deve provar outros fatos, que identifiquem e caracterizem o 'evidente intuito de fraude', além daqueles que são requisitos da presunção legal, pela qual já está sofrendo a penalidade imposta pela lei.

A fraude se caracteriza por uma ação, ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe, sempre, a intenção de causar dano à Fazenda Pública, num propósito deliberado de se subtrair no todo ou em parte uma obrigação tributária.

Dessarte, ainda que o conceito de fraude seja amplo, deve sempre estar caracterizada a presença do dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano à Fazenda Pública, onde, utilizando-se de subterfúgios escamoteiam a ocorrência do fato gerador ou retardam o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária.

O dolo é elemento específico da sonegação, da fraude e do conluio, que o diferencia da mera falta de pagamento do tributo ou da simples omissão de rendimentos na declaração de ajuste anual.

Portanto, o intuito doloso deve estar plenamente demonstrado, sob pena de não restarem evidenciados os ardis característicos da fraude, elementos indispensáveis para ensejar o lançamento da multa qualificada.

O fato de o contribuinte apresentar grande disparidade entre os valores consignados nas suas DIRPF (declarações de imposto de renda) com expressiva movimentação financeira sem qualquer comprovação da origem dos recursos movimentados, por si só, não é motivador para qualificação da multa de ofício, com alíquota de 150%, para a infração depósitos bancários de origem não comprovada.

A qualificação da multa não se vincula às importâncias envolvidas no lançamento. Não cabe à autoridade administrativa, em razão do valor apurado no auto de infração, aplicar ou deixar de aplicar a multa qualificada. Deve basear-se na conduta adotada pelo infrator em relação à infração. Se provada a intenção de fraude, a multa deve ser qualificada, sejam grandes ou pequenos os valores envolvidos.

Enquanto não provado tal intento e não existindo nos autos qualquer outro elemento fático ou jurídico do “evidente intuito de fraude”, deve ser afastada a exigência da multa qualificada para a referida infração depósitos bancários de origem não comprovada.

Em síntese: na aplicação da multa qualificada, em se tratando de rendimentos tributados por presunção legal, deve restar inequívoca a conduta dolosa do infrator.

Ademais, o Fisco tem meios para confrontar a movimentação financeira com os rendimentos declarados, que aliás foram utilizados no caso presente. Logo, ao informar rendimentos ínfimos em sua declaração, ao invés de elidir a ação fiscal, o efeito foi justamente o contrário, o procedimento chamou a atenção do fisco.

A

Assim, inobstante o fato de a titular da conta bancária ser a esposa do contribuinte, não há restou configurado o dolo, fraude ou simulação, nos termos dos artigos 71, 72 ou 73 da Lei 4.502/1964.

Afasto pois, a multa qualificada devendo o percentual ser reduzido para 75%.

Diante do exposto, oriento meu voto no sentido de REJEITAR as preliminares e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

Sala das Sessões – DF, em 24 de janeiro de 2007.


ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA.

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;”

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações."

De fato, compulsando os autos verifica-se que nos Demonstrativos (fls.) anexos ao Auto de Infração, a fiscalização procedeu à contagem das supostas omissões no decorrer do (s) ano-calendário (s) apurando ao final de cada mês, o total do valor a ser tributado.

No entanto, ao invés de exigir o tributo com base no fato gerador do mês que foi identificada a omissão, promoveu o fisco, indevidamente e sem base legal, a soma dos valores ali apurados e tributou-as no final do mês de dezembro do (s) ano-calendário (s) que consta (am) do Auto de Infração.

hm

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

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

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

Por sua vez, o Regulamento do Imposto de Renda 1999 (Decreto n.º 3000/1999), reproduziu no *caput* do artigo 849 e no seu § 3º os mesmos mandamentos do artigo 42 e § 4º, da Lei n.º 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 26 de janeiro de 2007.



LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA

DECLARAÇÃO DE VOTO

CONSELHEIRO MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA

Da Preliminar de irretroatividade da lei.

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

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

Posto o conteúdo da norma, cabe analisar a quem se destinam as expressões: **"vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos."** Tais expressões estariam conferindo algum tipo de direito aos jurisdicionados e, caso afirmativo, qual a natureza deste direito? Antes de responder estas indagações, algumas considerações se fazem necessárias para que se possa compreender as regras de proteção do sigilo bancário existentes até 1996. Assim, retroagimos ao ano de 1964 para analisar as disposições da Lei nº 4.595, norma esta com status de Lei Complementar, que dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional, e dá outras providências, contendo os seguintes preceitos no artigo 38 e respectivo § 7º, a seguir transcritos:

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

.....

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

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

As indagações feitas anteriormente em relação à Lei nº 9.311, de 1996, valem para as disposições do artigo 38 da Lei nº 4.495, de 1964. A quem se destinam as expressões: **"as informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário"**, contidas no § 1º do artigo 38 e a previsão do § 7º de que se constitui crime a quebra do sigilo bancário? Qual a natureza desta norma: instrumental ou material? Se tais dados estão sob o controle do Estado, ente soberano, é preciso que se compreenda o porquê este impõe limitação à sua atuação,

instituinte 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-jurisdicção o bem da vida que lhes foi subtraído ou espontaneamente não lhes foi alcançado pelo obrigado, tenho que o artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, era norma de natureza material. Assim, por meio do dispositivo legal aqui citado, antes de sua alteração, integrava o rol de direito de todos os indivíduos a garantia de que, sem ordem judicial, ninguém teria acesso aos seus dados bancários.

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

Diante de tais considerações, volto ao texto do § 3º. do artigo 11 da Lei nº 9.311, de 1996, antes de sua alteração pela Lei nº 10.174, de 2001, e peço vênias 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
2	4
3	5
“§ 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	<u>“Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.</u>
	<u>§ 1º. As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a</u>

a outras contribuições ou impostos."	<i>exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo carácter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.</i>
--------------------------------------	---

Inequivocadamente, as expressões acima grifadas possuem a mesma natureza. Conferem aos administrados a garantia de que, salvo por ordem judicial, toda e qualquer movimentação bancária feita na vigência de tais normas, em momento algum será utilizada para quaisquer fins, que não os previstos nas leis vigentes na época em que ocorreram os depósitos bancários.

Sabidamente as leis existem e produzem efeitos até que norma subsequente, de idêntica hierarquia, as revogue. Entretanto, é preciso que se tenha presente que a lei que vier modificar norma anterior destina-se a regular os atos da vida que se efetivarem a partir de sua vigência. Imaginar que a lei nova possa desconsiderar direitos, que de forma plena, se verificaram na vigência da lei revogada é o mesmo que admitir que tal lei 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 aos argumentos utilizados por aqueles que admitem a aplicação das referidas leis para investigar fatos ocorridos antes do início de sua vigência que, em síntese, assim sustentam o entendimento que defendem:

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

Art. 144.....

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

Na linha do entendimento liderado pelo Des. Fed. Wellington Mendes de Almeida, do TRF da 4ª. Região, atualmente aposentado, “mostra-se destituído de fundamento constitucional o argumento de que o art. 144, § 1º, do CTN, autoriza a aplicação da legislação

posterior à ocorrência do fato gerador que instituiu novos critérios de apuração ou processos de fiscalização ao lançamento do crédito tributário, visto que este dispositivo refere-se a prerrogativas meramente instrumentais, não podendo ser interpretado de forma colidente com as garantias de inviolabilidade de dados e de sigilo bancário, decorrentes do direito à intimidade e à vida privada, elencadas como direitos individuais fundamentais no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição de 1988”.

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

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

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

“Com efeito, a Lei nº 10.174/01 revogou expressamente a proibição contida na Lei nº 9.311/96, criando novo direito para a Administração tributária. Logo, verifica-se que o ordenamento posterior não se amolda ao contexto delimitado no § 1º. do artigo 144 do Código Tributário Nacional, pois a inovação legislativa não ampliou os poderes de fiscalização pré-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

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

....

11. Fundamentos da irretroatividade

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

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

....

14. Exceção à irretroatividade

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

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

do artigo 11 da Lei n.º. 9.3111, de 1996, conferia aos jurisdicionados a garantia material de inviolabilidade de seus dados bancários, salvo, no último caso, para fins de cobrança da CPMF.

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

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

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

Pelo exposto, entendo que “apenas a partir da vigência da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, é possível o acesso às informações bancárias do contribuinte na forma instituída pela Lei n.º 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 n.º 105/01, sem o crivo do judiciário.”

É o voto.

Sala das Sessões-DF, 26 de janeiro de 2007.


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA