



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	19515.004582/2003-82
Recurso nº	148.932 Voluntário
Matéria	IRPF - Ex.: 1999
Acórdão nº	102-48.372
Sessão de	30 de março de 2007
Recorrente	LOVER IBAIXE
Recorrida	5ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 1998

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

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

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

IRPF - DECADÊNCIA - AJUSTE ANUAL - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - A tributação das pessoas físicas sujeita-se a ajuste na declaração anual e independente de exame prévio da autoridade administrativa, lançamento é por homologação, regra que também se aplica aos rendimentos arbitrados com base na presunção legal do art. 42 da lei 9.430/1996 (depósitos bancários de origem não comprovada). Sendo assim, o direito de a Fazenda nacional lançar decai após cinco anos contados de 31 de dezembro de cada ano calendário questionado. Salvo se comprovado dolo, fraude ou simulação, hipótese que desloca o início da contagem do prazo para o primeiro dia do ano seguinte, ou seja, nessa hipótese, a contagem do prazo é aumentada em um ano.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - ARTIGO 42 DA LEI 9.430/1996 - Caracterizam omissão de rendimentos valores remanescentes creditados em conta bancária mantida junto a instituição financeira, quando o contribuinte ou seu representante, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos

A

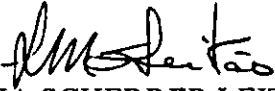
utilizados nessas operações. Outrossim, devem ser corrigidos os equívocos cometidos pelo fisco na determinação da base de cálculo, apontados no recurso voluntário.

INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA CALCULADOS À TAXA SELIC - A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula nº 4 do Primeiro Conselho de Contribuintes).

Preliminares rejeitadas.
Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade da intimação. Por maioria de votos, REJEITAR as preliminares de (1) irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva que a acolhe, cancela o lançamento e apresenta declaração de voto; (2) de erro no critério temporal, suscitada pelo Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira que fica vencido e apresenta declaração de voto; (3) a preliminar de decadência. Acompanha, quanto à decadência, o Conselheiro Naurý Fragoso Tanaka, pelas conclusões. Vencido o Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira que a acolhe. No mérito, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo o montante de R\$ 83.514,08, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
Presidente


ANTONIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA
Relator

FORMALIZADO EM:

04 JUN 2007

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

Relatório

LOVER IBAIXE recorre a este Conselho contra a decisão de primeira instância proferida pela 5ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

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

"O contribuinte, acima identificado, foi, em decorrência de ação fiscal, autuado e notificado a recolher as importâncias constantes do Auto de Infração de fls. 235/239, relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física, exercício 1999, ano-calendário 1998, cujo valor apurado foi R\$ 1.110.625,27 de imposto, R\$ 916.265,84 de juros de mora (calculados até 28/11/2003) e R\$ 832.968,95 de multa proporcional, totalizando o crédito tributário de R\$ 2.859.860,06.

Com base nas informações obtidas através de fontes internas e externas, foi procedida a autuação da seguinte parcela:

OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA

Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em conta(s) de depósito ou investimento, mantida(s) em instituição(ões) financeira(s), em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme demonstrado no Termo de Verificação Fiscal de fls. 205/207.

<i>Fato Gerador</i>	<i>Valor Tributável</i>	<i>Multa (%)</i>
<i>31/01/1998</i>	<i>R\$578.983,40</i>	<i>75,00</i>
<i>28/02/1998</i>	<i>R\$345.382,15</i>	<i>75,00</i>
<i>31/03/1998</i>	<i>R\$255.866,01</i>	<i>75,00</i>
<i>30/04/1998</i>	<i>R\$686.383,51</i>	<i>75,00</i>
<i>31/05/1998</i>	<i>R\$376.435,51</i>	<i>75,00</i>
<i>30/06/1998</i>	<i>R\$284.533,06</i>	<i>75,00</i>
<i>31/07/1998</i>	<i>R\$262.283,08</i>	<i>75,00</i>
<i>31/08/1998</i>	<i>R\$323.673,81</i>	<i>75,00</i>
<i>30/09/1998</i>	<i>R\$276.583,91</i>	<i>75,00</i>
<i>31/10/1998</i>	<i>R\$242.731,84</i>	<i>75,00</i>
<i>30/11/1998</i>	<i>R\$143.554,57</i>	<i>75,00</i>
<i>31/12/1998</i>	<i>R\$264.871,96</i>	<i>75,00</i>

Enquadramento Legal: Art. 42 da Lei nº 9.430/96; art. 4º da Lei nº 9.481/97; art. 21 da Lei nº 9.532/97.

Cientificado em 17/12/2003 (fl. 242) e inconformado com a autuação sofrida, o contribuinte, por intermédio de procuradores legalmente habilitados (fl.273) apresentou, em 13/01/2004 (fl. 250), a impugnação de fls. 250 a 272, alegando, em síntese:

1) que a falta de chance de defesa ou mesmo de prévia ciência quanto a existência da fiscalização e da conseqüente quebra do sigilo bancário, bem como o exíguo prazo concedido para a apresentação dos esclarecimentos requeridos pelo Auditor Fiscal, conduzem invariavelmente à nulidade do auto de infração; ;

2) que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal traz como garantia

constitucional a qualquer pessoa o direito à apresentação de defesa, bem como de utilização de todas as suas formas, desde que estabelecidas em legislação, sempre que contra si houver sido instaurado processo judicial ou administrativo;

3) que a aplicação daquele dispositivo constitucional no processo administrativo já foi reconhecido pelos Tribunais, a exemplo do ocorrido no voto do Ministro Pedro Acíoli do Superior Tribunal de Justiça, cujo trecho transcreve;

4) que, no caso concreto, a falta de intimação/ciência da existência de um processo administrativo de fiscalização gerou a quebra do sigilo bancário do defendente, o qual somente teve ciência da invasão da sua privacidade praticamente um pouco mais de um mês antes da lavratura definitiva do Auto de Infração, demonstra a toda evidência a total nulidade do procedimento ;

5) que o auto de infração em questão foi finalizado e devidamente intimado o contribuinte em 17/12/2003, sendo que o valor lançado como devido reporta-se aos fatos geradores de janeiro a novembro de 1998, que já se encontravam atingidos pela decadência;

6) que o prazo de decadência do direito de lançar é de cinco anos a contar do fato gerador, como se percebe do art. 150, § 4º do CTN, cuja disposição é repetida no Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000/2001, no seu art. 899;

7) que houve erro do Auditor Fiscal que lançou valores já decaídos e por consequência extintos, segundo dispõe o CTN, no seu art. 156, inciso V e jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais e do Conselho de Contribuintes;

8) que se em 1998 era vedada a utilização de dados da CPMF para lançamento de outros impostos e contribuições de acordo com a redação, então em vigor, do art. 11, da Lei nº 9.311/96 e se o art. 144, § 2º, do CTN veda a retroatividade da aplicação de normas de lançamento a impostos lançados por período certo, a utilização de dados da CPMF de 1998 para lançamento de IRPF é claramente ilegal ;

9) que a irretroatividade encontra guarida não só na legislação ordinária, mas também, de forma ampla, no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e de forma específica, no art. 150, III, "a", de modo que o lançamento efetuado aplicando retroativamente a legislação, encontra vedação em tais dispositivos legais;

10) que, caso sejam superados os vícios apontados, o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e o Decreto nº 3.724/2001 não se sustentam, em razão de suas inconstitucionalidades;

11) que o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01, regulamentado no âmbito da administração federal pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, supostamente autorizou a Receita Federal e outros órgãos tributários estaduais e municipais a solicitarem informações às instituições bancárias, independentemente de autorização do Poder Judiciário;

12) que, todavia, em diversas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que o sigilo de dados de operações financeiras é um desdobramento do direito à privacidade, assegurado no art. 5º, X, da Constituição Federal, que constitui ainda uma das formas de expressão da liberdade prestigiada no art., caput ; só passível de flexibilização pela Administração Pública ou pelo Ministério Público através de ordem judicial;

13) que o sigilo de dados bancários e operações financeiras constituindo, pois, uma espécie do direito à intimidade, jamais admitiria ruptura sem a provocação do Judiciário e na forma incondicional proclamada no art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, tanto mais quando se constata que estes desencadeiam ato contínuo a quebra

do sigilo, à margem de qualquer motivação, suspeita ou indícios, obrigando as instituições financeiras transmitir à Administração, periodicamente, a integralidade dos dados da vida bancária e financeira dos seus usuários;

14) que a maior prova do cuidado da Constituição Federal com os limites da interferência estatal no âmbito da vida privada das pessoas é o teor do art. 145. § 1º da Constituição Federal, que antepõe, expressamente, ao dever do Estado de fiscalizar, o respeito aos direitos e garantias individuais, o que reforça ainda mais a inconstitucionalidade da quebra do sigilo do defendente, contagiando essa cobrança;

15) que de tudo isso resulta que o direito individual ao sigilo de dados reservados da vida financeira e bancária das pessoas nem sempre pode se opor ao interesse público, mas sua quebra só pode advir de determinação judicial, estampando, em decorrência, a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, por afronta ao inciso XII do art. 5º, e bem assim a parte final do § 1º do art. 145; da Constituição Federal;

16) que o lançamento tributário fiou-se apenas nos depósitos bancários, não tendo havido no período qualquer acréscimo patrimonial do contribuinte, o que ressalta a inviabilidade do presente auto de infração;

17) que o lançamento do IRPF com base apenas em depósitos bancários, nos termos da Súmula nº 182 do Tribunal Federal de Recursos, é totalmente inconsistente, sendo que o 1º Conselho de Contribuintes em diversas oportunidades já decidiu contrariamente ao lançamento baseado em extratos ou depósitos bancários, conforme ementas de Acórdãos que transcreve;

18) que a aplicação da Taxa Selic como taxa de juros de mora é ilegal, ofendendo a Carta Magna, que no seu art. 192, inciso VII, § 3º, impõe o limite de 12% ao ano aos juros moratórios.

A fiscal atuante formalizou a competente Representação Fiscal para Fins Penais (Processo nº 19515.004858/2003-22, em apenso) em cumprimento à legislação de regência."

A DRJ proferiu em 30/06/2005 o Acórdão nº 7.177, fls. 338-363, que trás as seguintes ementas:

"PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Rejeita-se a preliminar de nulidade do lançamento invocada com base em cerceamento do direito de defesa, porquanto ao contribuinte foi lhe dado tomar conhecimento do inteiro teor das infrações que lhe são imputadas, possibilitando o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Concedida ao contribuinte ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos, tanto no decurso do procedimento fiscal como na fase impugnatória, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. A Lei nº 9.430/1996, no seu art. 42, estabeleceu uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas(Art.144, § 1º do CTN). A Lei Complementar nº 105/2001 e a Lei nº 10.174/2001, que deu nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/1996, disciplinam o procedimento de fiscalização em si, e não os fatos econômicos investigados, de forma que os

A

procedimentos iniciados ou em curso a partir do mês de janeiro de 2001, poderão valer-se dessas informações, inclusive para alcançar fatos geradores pretéritos.

DECADÊNCIA. NATUREZA DO LANÇAMENTO. Tendo havido recolhimento a menor do tributo, ensejando lançamento de ofício, o início da contagem do prazo decadencial terá efeito no primeiro dia do exercício seguinte àquele previsto para a entrega da declaração de ajuste anual, conforme o disposto no art. 173, I do CTN.

INCONSTITUCIONALIDADE. NORMAS LEGAIS. JULGAMENTO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA. Compete à autoridade administrativa de julgamento a análise da conformidade da atividade de lançamento com as normas vigentes, não podendo decidir, em âmbito administrativo, pela inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis ou atos normativos validamente editados.

SIGILO BANCÁRIO. É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar n.º 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial. A obtenção de informações junto às instituições financeiras, por parte da administração tributária, a par de amparada legalmente, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais por dever de ofício.

DA TAXA SELIC - Devidos os juros de mora calculados com base na taxa Selic, na forma da legislação vigente. Eventual inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da norma legal deve ser apreciada pelo Poder Judiciário

LANÇAMENTO PROCEDENTE"

Cientificado da decisão em 30/08/2004 (AR de fl. 367), o contribuinte interpôs em 28/10/2004 o recurso voluntário de fls. 369-393, representado por advogados, que contém as seguintes alegações (*verbis*):

"(...) O Recorrente recebeu em outubro de 2003 um Termo de Intimação Fiscal, onde se dava notícia de uma fiscalização existente contra si, e requisitava-se a comprovação da origem das quantias depositadas nos bancos Santander e Unibanco (os referidos depósitos estavam indicados em documento anexo ao referido Termo).

O Recorrente foi surpreendido com a existência dessa fiscalização que já havia inclusive quebrado o seu sigilo bancário e que corria, até aquele momento, totalmente a sua revelia. (...)

O Recorrente tentando atender a fiscalização solicitou a prorrogação do prazo fixado na intimação fiscal, uma vez que o prazo determinado era muito curto para levantar as informações relativas a movimentação ocorrida no ano calendário de 1998, totalizando quase trinta páginas de documentos.

O pedido de prorrogação do prazo foi protocolada em 8 de dezembro de 2003 e foi deferido um prazo suplementar de apenas 3 dias ! O que tornou praticamente impossível atender a fiscalização, ainda mais, no caso vertente em que o contribuinte residia em Goiânia e buscava atender uma fiscalização feita pela Receita Federal de São Paulo.

No dia 12 de dezembro de 2003 foi lavrado o presente Auto de Infração, no momento em que o Recorrente estava coletando os dados relativos a sua movimentação no período e havia solicitado uma dilação de prazo para tanto, como se pode atestar da cópia da petição protocolada em 8.12.03, negando dessa forma o seu direito à ampla

A

defesa e ao contraditório.

Esse levantamento não foi concluído, nem mesmo no prazo da impugnação ao lançamento que, infelizmente, não foi finalizado tempestivamente para a 1ª instância administrativa e que dessa feita acabou sem esse importante elemento para a defesa do Recorrente.

Em apertada síntese o Auto de Infração recebido pelo Recorrente baseia-se apenas nos valores creditados na sua conta, considerando como base de cálculo do imposto de renda os valores depositados, o que acarretou num lançamento de R\$ 2.859.860,06 a título de IRPF.

O Auto de Infração baseia-se em informações obtidas pelas Requisições de Movimentações Financeiras (RMF) endereçadas aos bancos, onde o Recorrente possuía conta bancária, de forma inconstitucional, por ferirem o direito ao sigilo bancário entre outras garantias constitucionais, e não poderiam ter sido obtidas pela Receita Federal, sem autorização judicial, e muito menos usadas para lançar o Imposto de Renda (IRPF), em total colisão ao que dispõe o artigo 5º, inciso LVI da Carta Magna ("são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;").

Tem-se, como resultado de um processo viciado "ab initio" um auto de infração inteiramente nulo.

Também não se poderia usar como base de cálculo para o lançamento do IRPF os valores dos depósitos bancários, primeiramente, porque a movimentação financeira não significa a existência de rendimento tributável, e também, porque inúmeras são as situações em que o contribuinte poderá ter movimento financeiro superior à sua renda, sem que haja aí qualquer ilegalidade. Reforce-se, ainda, que no ano calendário em questão o contribuinte não teve qualquer acréscimo patrimonial, muito pelo contrário, teve um decréscimo patrimonial, como se assevera da declaração de ajuste anual juntada com o presente recurso.

Em suma, não houve acréscimo patrimonial ou mesmo a indicação de que os valores movimentados foram consumidos, o que permitiria a ilação de que seriam rendimentos omissos.

Ressalte-se ainda a ocorrência da decadência no presente Auto de Infração, pois os débitos correspondentes aos fatos geradores de 01/03/98 até 01/13/98, já se encontravam extintos pelo decurso de cinco anos.

Outro ponto que macula o presente Auto de Infração é a inconstitucionalidade da aplicação retroativa do artigo 11, § 3º da Lei n.º 9.311/96, que teve a sua redação alterada pela lei 10.174/2001, e foi aplicada sobre fatos ocorridos em 1998, como adiante demonstraremos.

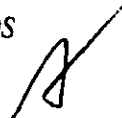
(...) a incidência da taxa Selic, indice esse que não encontra fundamento constitucional e que deve ser expurgado, ante a sua latente inconstitucionalidade.

A decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo manteve o lançamento tributário, negando toda a argumentação argüida pelo Recorrente.

A decisão de 1ª instância administrativa merece ser reformada, sendo que, no presente recurso voluntário trazemos a origem dos recursos (que em razão do exíguo prazo não foram trazidos na impugnação), o que desmonta por completo o lançamento tributário efetuado contra o contribuinte.

É a síntese do necessário.

PRELIMINARMENTE - DA ORIGEM DOS RECURSOS



O Recorrente anexa ao seu recurso voluntário cópia da Declaração de Ajuste Anual do exercício de 1999, bem como do respectivo recibo de entrega e da guia de pagamento do IRPF, relativos ao ano calendário autuado, com o fim de facilitar a compreensão das movimentações financeiras apresentadas.

Como é sabida, a presunção de considerar a movimentação financeira como omissão de rendimentos cede passo a prova em contrário, (sendo que a Lei nº 9.430/96 determina que o contribuinte seja intimado a comprovar a origem, o que demonstraremos a seguir em outro tópico, não ocorreu), e é o que faremos a seguir. (...)

Não obstante o valor da movimentação ser superior aos valores apontados nesse ano, a origem da movimentação do Recorrente é exatamente a mesma, havendo apenas um retomo do mesmo numerário para as suas contas. Melhor explicando, os valores que circularam nas suas contas são apenas o resultado de idas e vindas do mesmo dinheiro, e não podem ser considerados como rendimentos omissos, como quer a fiscalização.

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO: DA FALTA DE INTIMAÇÃO VÁLIDA E DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

O Recorrente foi surpreendido com a existência de fiscalização, a qual já havia inclusive quebrado o seu sigilo bancário e que corria, até aquele momento, totalmente a sua revelia.

O Recorrente tentando atender a fiscalização solicitou a prorrogação do prazo fixado na intimação fiscal, uma vez que o prazo determinado era muito curto para levantar as informações relativas a movimentação ocorrida no ano calendário de 1998, totalizando quase trinta páginas de documentos.

O pedido de prorrogação do prazo foi protocolada em 8 de dezembro de 2003 e foi deferido um prazo suplementar de apenas 3 dias ! O que tornou praticamente impossível atender a fiscalização, ainda mais, no caso vertente em que o contribuinte residia em Goiânia e buscava atender uma fiscalização feita pela Receita Federal de São Paulo.

No dia 12 de dezembro de 2003 foi lavrado o presente Auto de Infração, no momento em que o Recorrente estava coletando os dados relativos a sua movimentação no período e havia solicitado uma dilação de prazo para tanto, como se pode atestar da cópia da petição protocolada em 8.12.03, e anexada a impugnação, negando dessa forma o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

A falta de chance de defesa ou mesmo de prévia ciência quanto a existência da fiscalização, e conseqüentemente da quebra do sigilo bancário, leva a nulidade do auto de infração, senão vejamos. (...)

No entanto Nobre Julgador, em nenhum momento o Recorrente foi cientificado da existência de um processo administrativo / fiscalização e mais, que seu nome estava ali envolvido, nem tampouco que o seu sigilo bancário havia sido quebrado, pelo contrário, o Recorrente tomou ciência da fiscalização após a quebra do seu sigilo já ter sido efetuado.

Estas questões demonstram a total nulidade do processo administrativo de fiscalização e do seu resultado, o auto de infração impugnado, motivo pelo qual o mesmo deverá ser anulado imediatamente.

E ainda, se tivesse sido (realmente) intimado a esclarecer tal situação, facilmente, demonstraria que se trata de um violento erro esse auto de infração, bem como a quebra do seu sigilo bancário.

Assim, fica claro que o procedimento adotado encontra-se eivado de inconstitucionalidade, motivo pelo qual deverá ser anulado.

DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR

O auto de infração em questão foi finalizado e devidamente intimado o contribuinte em 17.12.2003, sendo que, o valor lançado como devido reporta-se aos fatos geradores de janeiro a dezembro de 1998, e já se encontravam atingidos pela decadência.

O prazo de decadência do direito de lançar é de cinco anos a contar do fato gerador, como se percebe do artigo 150, § 4º do CTN: (...)

Da inconstitucionalidade e a ilegalidade da aplicação retroativa do art 11, § 3a, da Lei n" 9311/96, com a redação dada pelo art l" da Lei n" 10.174/2001

Dispõe o art. 105 do CTN que a lei tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e pendentes, entendidos estes últimos como aqueles sujeitos a condições.

O art. 106 do CTN dispõe que a lei tributária aplica-se retroativamente quando for meramente interpretativa ou quando se tratar de ato não definitivamente julgado, nesta última hipótese quando deixar de definir o fato como infração ou aplicar-lhe penalidade menos gravosa.

Já o art. 144 do CTN dispõe que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, sendo que o parágrafo 1º deste artigo autoriza a aplicação retroativa de normas de lançamento (procedimentais). Contudo, o parágrafo 2º do art. 144 do CTN expressamente manda que o lançamento dos 'impostos lançados por período certo de tempo' (que é o caso do IRPF) aplique a lei material ou procedimental em vigor no momento da ocorrência do fato gerador e não aquela vigorante no momento da prática do lançamento. (...)

DA NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL PARA REALIZAR A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

"Ad argumentadum", caso sejam superados os vícios apontados, o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e o Decreto nº 3724/2001 não se sustentam, em razão de suas inconstitucionalidades.

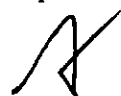
O artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01 supostamente autorizou a Receita Federal e outros órgãos tributários estaduais e municipais a solicitarem informações à instituições bancárias, independentemente de autorização do Poder Judiciário. Vejamos: (...)

No âmbito da administração tributária federal, o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01 veio a ser regulamentada pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, do qual transcrevemos os principais artigos: (...)

De tudo isso, resulta que o direito individual ao sigilo de dados reservados da vida financeira e bancária das pessoas nem sempre pode se opor ao interesse público, mas sua quebra só pode advir de determinação judicial, estampando, em decorrência, a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, por afronta ao inciso XII do art. 5º.

DA IMPOSSIBILIDADE DO LANÇAMENTO SER FEITO APENAS COM BASE NOS EXTRATOS BANCÁRIOS

É inviável o lançamento do IRPF com base apenas em depósitos bancários, nos termos



da Súmula nº 182 do Tribunal Federal de Recursos ("É ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários"), ainda mais no presente caso, em que no ano calendário em questão q contribuinte não teve qualquer acréscimo patrimonial, muito pelo contrário, teve um decréscimo patrimonial, como se assevera da declaração de ajuste anual juntada com o presente recurso.

Em síntese, não houve acréscimo patrimonial ou mesmo a indicação de que os valores movimentados foram consumidos, o que permitiria a ilação de que seriam rendimentos omissos.

DA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DOS JUROS SELIC

Ainda em atenção ao princípio da eventualidade, a aplicação da taxa Selic dever ser expurgada da cobrança em tela.

O PEDIDO

Ante o exposto, requer o Recorrente seja reformada a decisão recorrida, reconhecendo-se a Insustentabilidade e improcedência da ação fiscal, declarando-se nula a presente cobrança, em razão da ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal e, a improcedência da cobrança, ante a comprovação da origem dos valores creditados na conta bancária, da ilegalidade e inconstitucionalidade da quebra do sigilo do Recorrente, da impossibilidade de lançar-se o IRPF com base em depósitos bancários, subsidiariamente, caso não sejam acolhidos os argumentos anteriores, seja expurgado do débito os valores relativos a taxa Selic e seja reduzida da base de cálculo os valores apontados no presente recurso, no tópico 'A ORIGEM DOS RECURSOS'. (...)"

A unidade da Receita Federal responsável pelo preparo do processo, efetuou o encaminhamento dos autos a este Conselho em 14/12/2005 (fl. 475), tendo sido verificado atendimento à Instrução Normativa SRF nº 264/2002 (arrolamento de bens, fl. 447-465).

Em 20/10/2006 o recorrente apresentou documentação probatória adicional, fls. 476-585, cuja juntada aos autos foi autorizada pela presidente da Câmara, fl. 586.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA, Relator

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

Conforme relatado, a matéria ainda em litígio refere-se a exigência do IRPF, por presunção legal, em face da falta da comprovação da origem de depósitos bancários no ano-calendário de 1998.

Passo a apreciar as alegações do recorrente.

1) Preliminar de nulidade do auto de infração - cerceamento do direito de defesa em face do tempo exíguo para atendimento da intimação fiscal.

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

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

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

A decisão recorrida não merece reparos, por ter deixado de apreciar alegações quanto a legalidade ou constitucionalidade de dispositivo legal em vigor. Esta matéria é objeto da Súmula nº 2 deste Conselho, que dispõe: "*O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*"

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

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

Quanto a alegação de cerceamento do direito de defesa, entendo que não cabe razão ao recorrente, pois, consoante asseverado na decisão de primeira instância, além ter sido o próprio contribuinte que deu causa à alegada exigüidade, haja vista que não cumpriu com sua obrigação de manter atualizado seu domicílio fiscal, o prazo concedido após o contribuinte ter

sido localizado foi superior aos 20 dias, determinados no art. 844 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99.

Vis a Vis, desde a data em que o contribuinte foi localizado, até o julgamento deste recurso, transcorreram-se mais de 40 (quarenta) meses, sendo que nesse período foi apresentada a peça impugnatória, o recurso voluntário e o complemento do recurso. Logo, o recorrente teve tempo mais que suficiente para fazer prova da origem dos depósitos.

Outrossim, peço vênia para adotar os fundamentos do voto condutor da decisão de primeira instância, da lavra do ilustre julgador Armando Carezzato Sobrinho, a seguir transcritos, como razões adicionais de decidir, nesta parte:

“O exame acurado das peças integrantes dos autos, máxime do Termo de Verificação Fiscal anexo ao Auto de Infração, lavrado em 12/12/2003, dá a demonstração inequívoca de que incorreu a nulidade da ação fiscal sob a alegação de falta de chance de defesa ou mesmo de prévia ciência quanto a existência da fiscalização.

Com efeito, a fiscalização iniciou-se, por meio do Termo de Início de Fiscalização de 05/02/2003, encaminhado ao contribuinte, via postal, com aviso de recebimento, em 16/02/2003(fl.10), dando-lhe ciência do Mandado de Procedimento Fiscal e intimando-o a apresentar os documentos e/ou esclarecimentos ali especificados (fl. 09).

Ocorre que a mencionada correspondência retornou ao remetente com a informação “mudou-se”, razão pela qual a autoridade lançadora empreendeu diligência fiscal no endereço cadastral do contribuinte, sem, contudo, encontrá-lo.

Desse modo, frustradas as duas primeiras formas de intimação previstas na legislação de regência, quais sejam, a diligência pessoal no local e a intimação por via postal, o contribuinte foi cientificado do Termo de Início de Fiscalização, por meio do Edital n.º 052/2003, afixado pelo prazo de 15 (quinze) dias em local franqueado ao público, na Repartição Fiscal da Delegacia de Fiscalização do Rio de Janeiro, situada à Rua Presidente Antonio Carlos, 375,Rio de Janeiro/RJ.

Decorrido o prazo assinalado sem que tivesse havido o comparecimento do contribuinte ou de seu representante legal para tomar ciência do referido Termo, o contribuinte foi considerado intimado a partir do 16º dia da afixação do Edital em comento,nos termos do inciso III e parágrafo 1º do artigo 23, combinado com o artigo 7º e parágrafos, todos do Decreto n.º 70.235/72, com a nova redação dada pelo artigo 67 da Lei n.º 9.532/97.

Obtida a informação do novo endereço do contribuinte, foram encaminhados os Termos de Intimação Fiscal de fls.155 e 158, com os respectivos AR's de fls. 156 e159, instando-o a atualizar o endereço cadastral e a eleger um único domicílio fiscal perante a Receita Federal, o que foi atendido com a remessa da declaração de fl. 162, indicando como seu domicílio fiscal a Rua Quinze, 210,11º andar,apto. 1100, Setor Oeste, Goiânia

Posteriormente, através do Termo de Intimação Fiscal de 14/10/2003, recebido em 20/10/2003, conforme AR anexado à fl. 199, foi o contribuinte intimado a comprovar, no prazo de 20 (vinte) dias, mediante documentação hábil e idônea coincidente em datas e valores, as fontes de recursos que deram origem aos depósitos/créditos bancários efetuados em seu nome, conforme minuciosa relação anexada ao Termo.

Em 08/12/2003, foi-lhe concedido um prazo adicional de 3(três) dias, contados a partir daquela data(fl. 202), fazendo com que o prazo inicial de vinte dias se estendesse a 52(cinquenta e dois) dias.



Esgotado o prazo concedido sem que houvesse qualquer manifestação do contribuinte e caracterizada a omissão de rendimentos, foi lavrado o competente auto de infração.

Não prospera, portanto, a alegação de nulidade do ato administrativo ora impugnado sob o argumento da falta de intimação/ciência da existência de um processo administrativo de fiscalização ou cerceamento do direito de defesa .

Por outro lado, cumpre esclarecer, que as causas de nulidade do lançamento são aquelas previstas no artigo 59 do Decreto n.º 70.235/1972. Os demais vícios podem ser sanados, quando for o caso, conforme dispõe o artigo 60 do mesmo decreto.

Convém, portanto, salientar que o interessado teve ampla oportunidade de apresentar no curso do procedimento fiscal (e mesmo na fase impugnatória), os documentos, informações e esclarecimentos requisitados pela Fiscalização. Ainda na fase impugnatória, o contribuinte poderia ter trazido aos autos as provas documentais que lhe foram solicitadas, nos termos facultados pelo artigo 16, inciso III, e § 4.º, do Decreto n.º 70.235/1972, com a redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993, e alterações introduzidas pelo art. 67 da Lei n.º 9.532, de 10/12/1997.

O autuado possuía a prerrogativa de anexar aos autos todas as provas que julgasse relevantes para elidir o lançamento e teve pleno conhecimento do ilícito tributário que lhe foi imputado, podendo exercer, sem qualquer restrição, o seu direito de defesa, como se constata, facilmente, pelo extenso arrazoado apresentado.

Nesse sentido, é oportuno transcrever algumas ementas de acórdãos do Conselho de Contribuintes, que corroboram o entendimento aqui expendido:

'PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL-CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA- Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontrarem plenamente assegurados.' (Acórdão 104-16357).

'NULIDADE DO LANÇAMENTO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA- Se o autuado revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as uma a uma, de forma meticulosa, mediante extensa e substancial impugnação, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.' (Acórdão n.º 104-16.701/1998).

Feitas estas considerações, é patente que não se configurou a ocorrência do propalado cerceamento ao direito de defesa. O interessado teve assegurado os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa preceituados no art. 5.º, inc. LV, da Constituição Federal. (...)

Assinale-se, ainda, que não se vislumbra do exame dos autos qualquer falta ou violação aos princípios e critérios elencados no art. 2.º e parágrafo único da Lei n.º 9.784, de 29/01/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Por oportuno, frise-se que o processo administrativo fiscal é regido, fundamentalmente, pelo Decreto n.º 70.235/1972, com a redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993 e alterações introduzidas pelo art. 67 da Lei n.º 9.532/1997, sendo que somente a partir da lavratura do auto de infração é que se instaura o litígio entre o fisco e o contribuinte, podendo-se então, falar em ampla defesa ou cerceamento dela.

Enfim, restou claro, que a alegada preterição do direito de defesa não ocorreu, devendo a preliminar de nulidade argüida ser rejeitada."

2) Preliminar de decadência

O recorrente alegou ainda, em preliminar, decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário, isso porque o fato gerador do IRPF no caso de depósitos bancários seria mensal.

Compulsando os autos, verifica-se que a apuração e tributação dos rendimentos omitidos observou rigorosamente o disposto no art. 42 da Lei 9.430/1996, pois:

- os depósitos cuja origem não foi comprovada foram identificados individualmente, conforme discriminado no termo de fls. 208 a 234;

- durante a auditoria, o contribuinte foi intimado, e re-intimado, para comprovar a origem dos recursos utilizados nesses depósitos (fls. 199);

- os valores não comprovados foram totalizados mensalmente, para fins de tributação, conforme termo de descrição dos fatos e enquadramento legal do auto de infração à fl. 236 (transcritos no relatório acima)..

Observa-se que, para cada fato gerador mensal, encontra-se grafado o valor tributável, em absoluta atenção ao §3º do art. 42 da Lei 9.430 de 1996. Também está grafado distintamente, para cada fato gerador, o percentual da multa de ofício. Veja-se também que no demonstrativo de apuração e consolidação do ajuste anual do imposto de renda devido pelo contribuinte, as infrações tributadas foram mais uma vez totalizadas mensalmente.

Ocorre que o artigo 42 da Lei 9.430 de 1996, e suas alterações posteriores, não estabeleceu que esta tributação mensal seria definitiva, muito menos em separado. Ao contrário da tributação do Ganho de Capital na pessoa física, por exemplo, que é efetuada em separado, e definitiva, conforme estabelece o artigo 21 da Lei. 8.981 de 1995:

"Art. 21. O ganho de capital percebido por pessoa física em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza sujeita-se à incidência do imposto de renda, à alíquota de quinze por cento.

§ 1º O imposto de que trata este artigo deverá ser pago até o último dia útil do mês subsequente ao da percepção dos ganhos.

§ 2º Os ganhos a que se refere este artigo serão apurados e tributados em separado e não integrarão a base de cálculo do imposto de renda na declaração de ajuste anual, e o imposto pago não poderá ser deduzido do devido na declaração." (grifei).

E mais, para alguns tipos de rendimentos, a legislação do IRPF determina sejam realizados recolhimento mensais, a título de antecipação, consoante art. 106 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99):

"Art. 106. Está sujeita ao pagamento mensal do imposto a pessoa física que receber de outra pessoa física, ou de fontes situadas no exterior, rendimentos que não tenham sido tributados na fonte, no País, tais como (Lei nº 7.713, de 1988, art. 8º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 24, § 2º, inciso IV):

(...)"



Também não é esse o caso dos rendimentos apurados com base na presunção legal do artigo 42 da Lei 9.430/1996.

Certo é que tais rendimentos, tal qual ocorre, com àqueles apurados pela aplicação da presunção legal de acréscimo patrimonial a descoberto (Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 1º), devem ser submetidos ao ajuste anual de que trata o artigo 2º da Lei 8.134 de 1990 e art. 7º da Lei 9.250 de 1996, que dispõem:

“Lei 8.134/1990

Art. 2º O Imposto de Renda das pessoas físicas será devido à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos, sem prejuízo do ajuste estabelecido no artigo 11.

Art. 11. O saldo do imposto a pagar ou a restituir na declaração anual (artigo 9º) será determinado com observância das seguintes normas:

I – será apurado o imposto progressivo mediante aplicação da tabela (artigo 12) sobre a base de cálculo (artigo 10);

II – será deduzido o valor original, excluída a correção monetária, do imposto pago ou retido na fonte durante o ano-base, correspondente a rendimentos incluídos na base de cálculo (artigo 10); (...).”

“Lei 9.250/1996

Art. 7º A pessoa física deverá apurar o saldo em Reais do imposto a pagar ou o valor a ser restituído, relativamente aos rendimentos percebidos no ano-calendário, e apresentar anualmente, até o último dia útil do mês de abril do ano-calendário subsequente, declaração de rendimentos em modelo aprovado pela Secretaria da Receita Federal;”

É no ajuste anual que são incluídas as deduções da base de cálculo, autorizadas em lei (despesas médicas, despesas com instrução, previdência privada), e também as reduções do imposto. Além disso, os rendimentos, as deduções e os recolhimentos mensais são totalizados, permitindo ao contribuinte restituir o imposto eventualmente pago a maior.

O ajuste anual é a regra geral de tributação dos rendimentos recebidos pelas pessoas físicas; as tributações em definitivo, bem assim as exclusivas na fonte, são exceções, e devem estar expressa em lei. Logo, a consolidação e apuração do imposto devido, mediante o ajuste anual, não implica em mudança do critério temporal do fato gerador, pelo contrário, trata-se de estrita observância do comando legal (princípio da legalidade).

Frise-se que, caso o ajuste anual deixe de ser realizado, a autoridade tributária ou julgadora deve determinar sua realização, conforme estabelecido na Instrução Normativa SRF nº 46 de 1997. Aliás, tal ajuste, não implica em alteração do critério jurídico do lançamento, muito menos do critério temporal do fato gerador. As diversas Câmaras deste Conselho já decidiram nesse sentido, inclusive determinando a realização do ajuste, a exemplo dos seguintes julgados:

Sessão: 27/01/1999
Decisão: Acórdão 106-10.636
Resultado: NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE
Ementa: IRPF - LANÇAMENTO - APLICAÇÃO DA IN SRF Nº 46/97 - O crédito

tributário continua a ser apurado em bases mensais, não obstante seja computado na determinação da base de cálculo anual do tributo, em atenção ao disposto na IN SRF n.º 46/97. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NOVO PRAZO PARA DEFESA - DESNECESSIDADE - A abertura de novo prazo para defesa é determinada pela lei processual administrativa tão-só quando a exigência resultar agravada pela decisão da Delegacia de Julgamento.

Sessão: 15/10/1998
Decisão: Acórdão 102-43421
Ementa: *IRPF - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO - Classifica-se como omissão de rendimentos, a variação positiva no património do contribuinte, sem justificativa em rendimentos tributáveis, não tributáveis ou tributáveis exclusivamente na fonte. Em obediência a alínea "a", inciso I do art. 1.º da IN - SRF n.º 46/97, reduz-se o valor do imposto devido.*

Sessão: 14/07/1998
Decisão: Acórdão 106-10282
Ementa: *IRPF - RENDIMENTOS - OMISSÃO - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO - É tributável o acréscimo patrimonial apurado pelo fisco, cuja origem não seja comprovada por rendimentos tributáveis, não tributáveis, tributados exclusivamente na fonte ou sujeitos à tributação definitiva.
IRPF - ACRÉSCIMO PATRIMONIAL - APURAÇÃO MENSAL - O acréscimo patrimonial deve ser apurado mensalmente, devendo os valores lançados serem computados na determinação da base de cálculo anual do tributo, nos termos da IN SRF n.º 46/97.*

Quanto à decadência, a Câmara Superior de Recursos Fiscais também já firmou entendimento no sentido de que a contagem nos casos de rendimentos sujeitos ao ajuste anual tem por marco o dia 31 de dezembro de cada ano-calendário (fato gerador complexivo). Vejamos a ementa de um dos acórdãos sobre a matéria, proferido pela 4ª. Turma da CSRF:

Sessão: 22/09/2005
Acórdão: CSRF/04-00.092
Ementa: *IRPF - DECADÊNCIA - Sendo a tributação das pessoas físicas sujeita a ajuste na declaração anual e independente de exame prévio da autoridade administrativa, o lançamento é por homologação (art. 150, § 4.º do CTN), devendo o prazo decadencial ser contado do fato gerador, que ocorre em 31 de dezembro.*

A jurisprudência predominante nesta Câmara e também da Câmara Superior de Recursos Fiscais, vem se consolidando no sentido de que o prazo decadencial do IRPF - no que tange aos rendimentos sujeitos ao ajuste anual - é de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, que se dá em 31 de dezembro do ano da percepção dos rendimentos. Salvo se comprovado dolo, fraude ou simulação. Nesse sentido, temos como exemplo os seguintes julgados:

Câmara: Câmara Superior de Recursos Fiscais
Data Sessão: 16/02/2004
Acórdão: CSRF/01-04.860
Ementa: *"IRPF - DECADÊNCIA - Sendo a tributação das pessoas físicas sujeita a*

A

ajuste na declaração anual e independente de exame prévio da autoridade administrativa, o lançamento é por homologação (art. 150, § 4º do CTN), devendo o prazo decadencial ser contado do fato gerador, que ocorre em 31 de dezembro. Recurso especial negado."

Câmara: 2ª. Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes

Data Sessão: 12/09/2005

Acórdão: 102-47.078

Ementa: *DECADÊNCIA – AJUSTE ANUAL – LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – Sendo a tributação das pessoas físicas sujeita a ajuste na declaração anual e independente de exame prévio da autoridade administrativa, o lançamento é por homologação, hipótese em que o direito de a Fazenda nacional lançar decai após cinco anos contados de 31 de dezembro de cada ano calendário questionado."*

Ressalvado meu entendimento pessoal, no sentido de que decadência sempre é contada na forma do art. 173 do CTN, passei a adotar a orientação majoritária, supra referida, que vem sendo reiterada nos últimos anos.

No caso presente, o ano-calendário em discussão refere-se a 1998, à luz do artigo 150, inciso IV, do CTN, o prazo decadencial transcorreria em 31/12/1993. A ciência do lançamento ocorreu em 17/12/2003 (fl. 242). Portanto, não há que se falar em decadência .

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

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

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

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.'

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

Cuidou, assim, o preceptivo legal em comento - que revogou expressamente, em seu art. 13, o art. 38 da Lei nº 4.595/1964 -, de cancelar uma exceção à regra do sigilo bancário, já prevista na lei anterior, agora com toda a clareza, sem deixar margem à interpretação equivocada ou distorcida, ao declarar expressamente que o processo mencionado é o administrativo; que a autoridade competente, para os fins da lei, é a administrativa.

Certamente, ao sopesar interesses opostos (públicos e privados), continuou a preponderar na tomada de decisão do legislador a preocupação com o interesse público e da coletividade. Deveras, se é a própria Constituição que confere competência aos entes da federação para instituir tributos, se é a própria Lei Maior que faculta à administração tributária identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, não seria razoável admitir que uma norma infraconstitucional viesse para aniquilar os meios mediante os quais poderão ser viabilizados os recursos financeiros dos entes federativos, provenientes de tributos, tão necessários à satisfação e ao atendimento de reclamos da coletividade, nas diversas áreas de atuação do Poder Público.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Com o advento da Lei 9.311/96, que instituiu a CPMF, as instituições financeiras responsáveis pela retenção da referida contribuição ficaram obrigadas a prestar à Secretaria da Receita Federal informações a respeito da identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações bancárias, sendo vedado, a teor do que preceituava o 3º da art. 11 da mencionada lei, a utilização dessas informações para a constituição de crédito referente a outros tributos.

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

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

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

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

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

9. Processo cautelar acessório ao processo principal.

10. Juízo prévio de admissibilidade do recurso especial.

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

12. Ação Cautelar improcedente.

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

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

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

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

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

'APLICAÇÃO DA NORMA NO TEMPO - RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174, de 2001 - Ao suprimir a vedação existente no art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, a Lei nº

A

10.174, de 2001 nada mais fez do que ampliar os poderes de investigação do Fisco, aplicando-se, no caso, a hipótese prevista no § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional.' (4ª Câmara, Ac. 104-20031, sessão de 17/06/2004)

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

Em síntese:

- no presente caso, não há que se falar em nulidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa;

- não ocorreu a decadência, haja vista que o fato gerador do IRPF, quanto aos rendimentos sujeitos ao ajuste anual, se completa em 31/12;

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

- o sigilo bancário do contribuinte pode ser estendido à SRF, na forma da Lei Complementar nº 105/2001.

Afasto assim, todas as preliminares argüidas pelo recorrente.

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

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

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

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

A

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

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

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

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)."

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

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

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

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

"TRIBUTAÇÃO DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/97, a Lei 9.430/96, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações."

A

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

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

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

Pois bem. O recorrente alega que a movimentação financeira do ano de 1998 teria suporte em rendimentos isentos e outros valores percebidos até 31/12/1997, principalmente os pagamentos de desapropriação efetuada pela Prefeitura Municipal de Rio Claro - SP, no valor de R\$ 1.073.401,10. Ocorre que os depositados bancários realizados pelo contribuinte em 1998 superaram R\$ 4.000.000,00. Além disso, o patrimônio declarado pelo recorrente em 31/12/1998 (DIRPF à fl. 408-verso) era de R\$ 2.308.416,25, sendo R\$ 950.000,00 relativo a um imóvel rural adquirido no ano de 1997 e 2.000 (dois mil) garrotes (bovinos) adquiridos no mesmo período por R\$ 590.022,00.

O contribuinte não declarou ter auferido receitas da atividade rural, que de acordo com o declarado, parecia estar iniciando à época.

O saldo do crédito do contribuinte junto a Prefeitura Municipal de Rio Claro-SP foi reduzido para R\$154.215,93 em 31/12/1998. A toda evidência, os recursos que recebeu daquele Órgão foram vertidos para compra de terras e animais em 1997. Logo, não poderiam ter sido usado nos depósitos intimados.

Mais a Mais, O citado artigo 42 da lei 9.430/1996 estabelece em seu §2º que "para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente". Ou seja, cada depósito deve ser individualmente identificado e o contribuinte intimado a justificar sua origem, tal qual ocorreu na ação fiscal em comento.

Cabe ao contribuinte fazer prova de que os recursos por ele declarados foram mesmo vertidos em depósitos nas contas-correntes objeto da tributação. Do contrário, tais valores não podem ser aceitos para comprovar os depósitos. Afinal, o contribuinte poderia ter destinado tais recursos para outros fins sem transitar por suas contas bancárias que foram objeto autuação, hipótese constatada neste voto.

Na complementação da peça recursal apresentada em 20/10/2006, fls. 476-585, o recorrente aponta 18 (dezoito) valores que teriam sido incluídos indevidamente na base de

cálculo tributada, identificados com as letras “a” até “r”, que solicita sejam excluídos. Analisei um a um os valores e verifiquei que cabe razão parcial ao contribuinte, devendo ser excluído da base de cálculo do lançamento o montante de R\$ 83.514,08, a saber:

Item	Descrição	Valor Lançado R\$	Extrato da conta corrente - fls.	Valor correto - R\$	Valor a ser excluído da tributação
a	Consta no extrato o seguinte histórico “CRED UNICOBTRANÇA”. o Recorrente alega tratar-se de empréstimo. Todavia não fez prova do alegado, sendo que bastava trazer um esclarecimento do banco. O fato de serem 5 (cinco) valores idênticos, de a conta bancaria do recorrente não estar devedora e o texto do histórico do lançamento (UNICOBTRANÇA ou cobrança do Unibanco) infere-se que esses créditos referem-se a cobrança de títulos a favor do contribuinte que foram feitas pelo Banco Unibanco, ou seja, são mesmo valores passíveis de tributação haja vista que o contribuinte não justificou a origem. Registre-se, outrossim, que não há que se falar em diligência para esclarecer a natureza destes valores, uma vez que a justificativa foi trazida aos autos extemporaneamente e deveria estar acompanhada das provas do que foi alegado. .	18.800,00	484	18.800,00	0,00
b	Valor não encontrado no extrato bancário na data registrada pela Fiscalização. Portanto, deve ser excluído.	3.020,90	487	-	3.020,90
c	Idem “a”. CRED UNICOBTRANÇA. Não há prova que seria empréstimo.	18.800,00	500	18.800,00	0,00
d	Idem “a”. CRED UNICOBTRANÇA. Não há prova que seria empréstimo.	18.800,00	505	18.800,00	0,00
e	Trata-se de erro de digitação do Fisco na intimação Fiscal. o valor correto é R\$312,66, ou seja, maior que o lançado, portanto, não há que ser exonerado. A toda evidência, caso desejasse o contribuinte poderia ter justificado o depósito no valor correto.	312,61	509	312,66	0,00
f	Idem “a”. CRED UNICOBTRANÇA. Não há prova que seria empréstimo.	18.800,00	518	18.800,00	0,00
g	Valor não encontrado no extrato bancário na data registrada pela Fiscalização. Portanto, deve ser excluído.	1.683,72	525-528	-	1.683,72
h	Valor não encontrado no extrato bancário na data registrada pela Fiscalização. Portanto, deve ser excluído.	586,00	525-528	-	586,00
i	Idem “a”. CRED UNICOBTRANÇA. Não há prova que seria empréstimo.	18.800,00	532	18.800,00	0,00
j	Trata-se de erro de digitação do Fisco na intimação Fiscal. o valor correto é R\$19.714,89, ou seja, menor que o lançado, portanto, deve ser exonerada apenas a diferença. A toda evidência, caso desejasse o contribuinte poderia ter justificado o depósito no valor correto.	19.719,89	540-550	19.714,89	5,00
k	Valor não encontrado no extrato bancário na data registrada pela Fiscalização. Portanto, deve ser excluído.	605,60	540-550	-	605,60
l	Valor não encontrado no extrato bancário na data registrada pela Fiscalização. Portanto, deve ser excluído.	1.725,20	540-550	-	1.725,20
m	Trata-se de erro de digitação do Fisco na intimação Fiscal. o valor correto é R\$2.706,26, ou seja, menor que o lançado, portanto, deve ser exonerada apenas a diferença. A toda evidência, caso desejasse o contribuinte poderia ter justificado o depósito no valor correto.	2.760,50	540-550	2.706,26	54,24
n	Trata-se de erro de digitação do Fisco na intimação Fiscal. o valor correto é R\$4.769,53, ou seja, menor que o lançado,	4.769,53	540-550	4.769,53	0,20

A

	portanto, deve ser exonerada apenas a diferença. A toda evidência, caso desejasse o contribuinte poderia ter justificado o depósito no valor correto.				
	Trata-se de erro de digitação do Fisco na intimação Fiscal. o valor correto é R\$3.772,33, ou seja, maior que o lançado, portanto, não há que ser exonerado. A toda evidência, caso desejasse o contribuinte poderia ter justificado o depósito				
o	no valor correto.	3.722,33	552-559	3.772,33	0,00
	Trata-se de valor lançado a débito da conta-corrente (DOC emitido, e não crédito). Portanto, deve ser excluído.	75.385,63	561	-	75.385,63
p					
	Trata-se de crédito referente a cheque devolvido. Portanto, deve ser excluído da base de cálculo tributada.	447,59	575	-	447,59
q					
	Trata-se de erro de digitação do Fisco na intimação Fiscal. o valor correto é R\$5.100,00, ou seja, maior que o lançado, portanto, não há que ser exonerado. A toda evidência, caso desejasse o contribuinte poderia ter justificado o depósito				
r	no valor correto.	5.000,00	581-585	5.100,00	0,00
Total		213.739,50		36.375,67	83.514,08

5) Dos Juros de Mora à taxa Selic

O recorrente contesta a incidência de juros de mora à taxa Selic.

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

6) Conclusão

Por todo o exposto, voto no sentido de REJEITAR as preliminares e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo o montante de R\$83.514,08.

Sala das Sessões– DF, em 30 de março de 2007.


ANTONIO JOSÉ 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;"

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

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

"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 o 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.

M

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 30 de março de 2007.



LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA

Da irretroatividade da lei.

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

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

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

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

.....

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

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

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

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

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

Diante de tais considerações, volto ao texto do § 3º do artigo 11 da Lei n.º 9.311, de 1996, antes de sua alteração pela Lei n.º 10.174, de 2001, e peço vênia para comparar com para o artigo 38 da Lei n.º 4.495, de 1964, sendo que estou grifando as expressões em relação as quais quero fazer considerações:

§ 3º. do artigo 11 da Lei n.º 9.311/96, em sua redação primitiva	Artigo 38 da Lei n.º 4.595/64, em sua redação primitiva
"§ 3º. A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, <u>vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.</u> "	<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 exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.</u>

- 10

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

Sabidamente as leis existem e produzem efeitos até que norma subsequente, de idêntica hierarquia, as revogue. Entretanto, é preciso que se tenha presente que a lei que vier modificar norma anterior destina-se a regular os atos da vida que se efetivarem a partir de sua vigência. Imaginar que a lei nova possa desconsiderar direitos, que de forma plena, se verificaram na vigência da lei revogada é o mesmo que admitir que tal lei não produziu efeitos em relação aos fatos que se concretizaram durante sua vigência.

Concluindo que o § 3º. do artigo 11 da Lei nº 9.311, de 1996, é norma de natureza material que confere aos administrados o direito de que ninguém irá investigar suas movimentações financeiras, salvo por ordem judicial, em razão da divergência jurisprudencial, ora o STJ julgando na esteira do Recurso Especial nº. 608.053 entendendo que a Lei Complementar nº. 105, de 2001 e a Lei nº. 10.174, de 2001, não têm aplicação a fatos ocorridos antes de sua vigência, “sob pena de violar o princípio da irretroatividade das leis”, ora julgando na linha seguida no Recurso Especial nº 668.012, decidido por voto de desempate da Ministra Denise Arruda, admitindo a aplicação retroativa das leis aqui citadas, tramitando ainda, junto ao Supremo Tribunal Federal as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 2406; 2397 e 2390, cujo relator é o Ministro Sepúlveda Pertence, cabe-nos fazer algumas considerações em relação aos argumentos utilizados por aqueles que admitem a aplicação das referidas leis para investigar fatos ocorridos antes do início de sua vigência que, em síntese, assim sustentam o entendimento que defendem:

A Lei nº. 10.174, de 2001 e a Lei Complementar nº. 105, de 2001, que introduziram, respectivamente, alterações nos artigos 11, § 3º. da Lei 9.311, de 1996 e artigo 38 da Lei 4.595, de 1964, ampliaram as hipóteses de prestação de informações bancárias, permitindo a utilização de dados a partir da arrecadação da CPMF para a apuração e constituição de crédito referente a outros tributos. Havendo ampliação dos poderes em busca de informações, à luz do artigo 144, § 1º., a seguir 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 carácter material que limitava o poder do Estado-soberano frente ao indivíduo. A limitação do poder do Estado-Administração frente ao cidadão é para este uma garantia de natureza material que, se violada, legitima o ofendido a recorrer ao Judiciário, usando-se para tal as normas de natureza instrumental como, por exemplo, o mandado de segurança.

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

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

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

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

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

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

2. A lei no tempo

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

...

6. Revogação

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

....

11. Fundamentos da irretroatividade

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

Outra razão é de 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 9.311, de 1996, conferia aos jurisdicionados a garantia material de inviolabilidade de seus dados bancários, salvo, no último caso, para fins de cobrança da CPMF.

- 26

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

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

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

Pelo exposto, voto na linha dos que, assim como eu, entendem que “apenas a partir da vigência da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, é possível o acesso às informações bancárias do contribuinte na forma instituída pela Lei nº 10.174/2001, ou seja, sem a requisição judicial. A aplicação desse conjunto de normas para a obtenção de dados relativos a exercícios financeiros anteriores sem autorização judicial, implica ofensa ao princípio da irretroatividade das Leis. Assim, não pode a autoridade fazendária ter acesso direto às operações bancárias do contribuinte anteriores a 10.01.01, como preconiza a Lei Complementar nº 105/01, sem o crivo do judiciário.”

É o voto.

Sala das Sessões-DF, 30 de março de 2007.


Moisés Giacomelli Nunes da Silva