Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10320.004108/2009-59

Processo nº	10320.004108/2009-59
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**2202-005.549 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	12 de setembro de 2019
Recorrente	CASSIO LEVI GONÇALVES BORBA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Exercício: 2007

INTEMPESTIVIDADE. PRAZO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO DE RECURSO VOLUNTÁRIO.

O prazo para interposição de recurso voluntário é de trinta dias a contar da ciência da decisão recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso.

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marcelo de Sousa Sateles, Martin da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de Lima, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Leonam Rocha de Medeiros e Ronnie Soares Anderson (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto nos autos do processo nº 10320004108/2009-59, em face do acórdão nº 08-19.329, julgado pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza (DRJ/FOR), em sessão realizada em 22 de novembro de 2010, no qual os membros daquele colegiado entenderam por julgar procedente o lançamento.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ de origem que assim os relatou:

"O presente processo, que ostenta como última folha a de n° 216, trata de autuação contra 0 contribuinte acima qualificado, conforme auto de infração de fls. 04/07, para cobrança do Imposto de Renda Pessoa Física, exercício de 2007, ano-calendário de 2006, no valor de R$ 4.339.596,37, valor já acrescido dos juros de mora e multa de oficio, calculados de acordo com a legislação de regência.

O lançamento de ofício decorreu de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte, tendo sido constatado omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimento, mantidas em instituições financeiras, em relação quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme Termo de Verificação anexo, parte integrante deste Auto de Infração ora guerreado.

Inconformado com a exigência, o contribuinte apresentou impugnação em 18/01/2010, fls. 181/211, a seguir parcialmente transcrita:

"(...)

1. DA TEMPESTIVIDADE DA PRESENTE IMPUGNAÇAO.

1.1. No que cerne sobre a tempestividade da presente Impugnação ao Lançamento Tributário, o artigo 23, inciso I, c/c artigo 15, caput, do Decreto n°. 70.235, de 06 de junho de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal no âmbito federal, é explícito quanto a isto, in verbis:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

1 - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela. provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada ao inciso pela Lei n°. 9.532, de 10.12.1997).

Art. 15. A impugnação, formalizado por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

1.2. Extrai-se da análise dos anexos que acompanham o Auto de Infração - Imposto de Renda Pessoa Física - que o contribuinte-autuado CASSIO LEVI GONÇALVES BORBA, ora Impugnante, foi intimado deste Auto de Infração na data de 16.12.2009 (segunda-feira).

1.3. Partindo da premissa da data em que fora intimado e contando o trintídio legal, ter-se-á como prazo máximo a data de 18.01.2010 (segunda-feira), isto é primeiro dia útil após o dia 16.01.2010 (sábado), sendo, portanto, a apresentação desta Impugnação ao Lançamento Fiscal dentro do prazo legal.

2. SÍNTESE FÁTICA.

2.1 Em 23 de março de 2009 foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização, o qual requeria a apresentação, no prazo de 20 (vinte) dias, os elementos e/ou esclarecimentos especificados referente ao ano de 2006, no que cerne aos extratos bancários de conta corrente mantida pelo impugnante junto a instituições financeiras no Brasil e no exterior, referente ao período acima especificado.

2.2 Sendo assim, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil - AFRFB resolveu por bem encerrar a presente ação fiscal e lavrar o competente Auto de Infração no valor de R$ 4.339.596,37 (quatro milhões trezentos e trinta e nove mil quinhentos e noventa e seis reais e trinta e sete centavos), em face da infração ao artigo 849 do RIR/99, que

regulamentou, o artigo 42 da Lei n°. 9.430/96, que assim preconiza, in verbis:

"(...)"

2.3 Em minúcia análise, observar-se-á que houve certa discrepância lógica no que tange a conduta do Auditor de Tributos Federais quanto ao exame dos elementos que ensejaram a exação do Auto de Infração e a realidade fática apresentada pelo contribuinte, ora Impugnante, que possam corroborar com a manutenção do presente Auto de Infração.

3. DO DIREITO.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, SEGURANÇA JURIDICA E DA RAZOABILIDADE E SUA COMPATIBILIDADE.

3.1 A presunção resulta de um processo mental, cujo ponto de partida é um fato certo da experiência cotidiana que conduz a um outro, cuja existência é, logicamente, provável. A relação entre os fatos (conhecido e desconhecido) não prescinde da lógica. Há de ter amparo na razão, criando barreiras para extrapolações irrazoáveis quanto ao fato desconhecido.

3.2 Prevê o artigo 5°, II da CF que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". A norma expressa, deste modo, o princípio da legalidade, segundo 0 qual, um indivíduo só poderá ser obrigado a fazer ou abster-se de algo em virtude de lei, "um comando normativo superior, genérico e anterior à ocorrência .do fato nela descrito, funcionando como corolário dos ideais de justiça e da segurança jurídica. "

3.3 Ademais, em se tratando de Direito Tributário, o princípio da legalidade apresenta algumas peculiaridades, pois requer reserva formal, isto é, ato legislativo emanado de ente competente para a instituição ou majoração do tributo, e tipicidade, isto é, a lei que institui determinado tributo deverá conter todos os elementos do tipo tributário tal qual o mecanismo adotado para a tipificação de condutas como ilícitas na esfera penal.

3.4 Para Paulo de Barros Carvalho, ad litteris:

[...] o princípio da tipicidade pode ser definido em duas dimensões: i) no plano legislativo, como a estrita necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo, de modo expresso e inequívoco, os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional; e ii) no plano da facticidade, como exigência da estrita subsunção do evento aos preceitos estabelecidos na regra tributária que o prevê, vinculando-se, obviamente, à adequada correspondência estabelecida entre a obrigação que adveio do fato protocolar e a previsão genérica constante da norma abstrata, conhecida como regra-matriz de incidência, (grifo do autor)

3.5 Logo, em matéria tributária a formação do "tipo" tributo, os planos legislativo (abstrato) e fático (concreto) devem apresentar uma certa correspondência, do contrário não se pode falar em obrigação tributária, em face do princípio da legalidade.

3.6 O princípio da legalidade em matéria tributária está previsto no artigo 150, I da Constituição, o qual estabelece a vedação a exigência ou majoração de obrigação tributária sem lei que, previamente, o estabeleça.

3.7 A inobservância do princípio focado é um dos fortes argumentos contrários ao uso das presunções no Direito Tributário. Os adeptos dessa linha frisam que a constituição do crédito tributário só ocorre a partir de fatos que decorrem da fonte normativa.

Não há, desta forma, como se embasar em fontes meramente indiciárias para impor gravame ao contribuinte.

3.8 Contrariando a posição anterior, doutrinadores há que não vêem nenhuma ilegalidade (ou inconstitucionalidade) no uso das presunções legais para dar origem à obrigação tributária. Argumentam que:

[...] as presunções constituem-se em meios de prova que contribui para a eficácia jurídica da norma. E, se é assim, não se trata de alegar que a obrigação decorre de fato não previsto na regra-matriz, mas de se reconhecer que o conhecimento do evento descrito no fato jurídico tipico dá-se de forma indireta, com base em fatos indiciários graves, precisos e concordantes no sentido da ocorrência pretérita do evento diretamente desconhecido.

3.9 Esse o seguro magistério de Leonardo Sperb de Paola : Nesse sentido, parece ter razão a segunda corrente, que não ver inconstitucionalidade no uso das presunções legais no âmbito do Direito Tributário. Mesmo porque, o ponto de partida para a aplicação da presunção será a existência do fato tributável previsto, com todos os seus elementos, em lei.

Não existindo outros meios de comprovar a sua ocorrência no mundo fática e, desde que haja logicidade em se presumir tal ocorrência, o aplicador socorrer-se-á da prova indireta (presunção).

3.10 Ressalte-se, porém, que os princípios jurídicos devem ser analisados em conjunto. Nessa senda, a partir do momento em que o legislador usa a presunção de forma irrazoável, com o único fito de aumentar a arrecadação ou evitar a evasão, por qualquer modo, acaba penetrando no campo da ilegalidade em sentido amplo, ou dos absurdos jurídicos, para endossar o tom da crítica.

3.11 Neste caso, não se pode falar da legitimidade do uso de presunção (que presunção não é) para dar origem à obrigação tributária, como se verá, mais detidamente, no estudo do inconstitucional art. 42 da Lei n°. 9.430/1996.

3.12 A necessidade de se estabelecer a segurança nas relações jurídicas é imperativa no direito; é de sua própria essência. Imagine-se, por exemplo, um sistema jurídico no qual inexistisse o instituto da prescrição. Nesse sistema, o devedor poderia ter sua parcela de liberdade comprometida até o fim de sua vida. Tal situação não é adequada a sistemas que adotam o modelo democrático, como corolário lógico.

3.13 O princípio em tela tem previsão expressa no texto constitucional no seu art. 5°, XXXVI, que reza: "lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

3.14 Para Ferragut, o princípio da segurança jurídica nos informa que, ad litteris:

“(...)”

3.15 Em matéria tributária, em face do princípio da segurança jurídica, o cidadão só pode ter parcela de sua riqueza destinada aos cofres públicos quando da efetiva configuração do fato jurídico tributável e a partir prova cabal de sua ocorrência. Por outro lado, provada a ocorrência dos fatos pelos meios permitidos em direito, inclui-se aqui a presunção legal, tem o Fisco o direito de tributar.

3.16 Com isso, se afirma que o uso da presunção legal, dentro dos parâmetros fixados anteriormente, é meio idôneo para gerar a obrigação tributária sem que se possa falar em violação do princípio da segurança jurídica. Nunca é demais repetir que, ao falar de presunção legal significa dizer que com base naquele raciocínio que parte de um fato descrito na lei tributária, diga-se, tipificado, chega-se a um outro fato, de forma indireta, como conseqüência irrefutável de um processo lógico, embasado em indícios que só remeta àquela conclusão.

3.17 Do exposto, forçoso é concluir que o uso das presunções não afrontam a segurança jurídica se, e somente se: a) forem indispensáveis em face da impossibilidade de produção de prova direta; b) respeite-se a legalidade, isto é, o uso da presunção não serve como meio de criar obrigação tributária não prevista em lei e c) existam fortes indícios, amparados, se possível por outros meios, da ocorrência do fato tributável na vida real. Logo, a presunção não pode ser usada como sucedâneo do aumento de receita tributária ou obstáculo à evasão, por vias transversas.

3.18 O homem se diferencia dos demais animais pelo uso da razão.

Tautologicamente, ser razoável é não prescindir do uso da razão para resolver determinada situação. E este o substrato do princípio da razoabilidade.

3.19 O princípio da razoabilidade teve sua origem, conforme doutrina majoritária, no direito constitucional alemão. No Brasil, em sede jurisprudencial, tem sido aplicado em diversas demandas.

3.20 Presentemente, no direito pátrio, o princípio da razoabilidade tem recebido a sua devida importância como orientador nos processos de elaboração, interpretação e aplicação das normas, sobretudo no campo do Direito Público onde está sempre havendo choques entre o direito individual e o interesse público.

3.21 Nesse sentido, o legislador não pode criar normas que sejam consideradas excluídas do campo do que é racionalmente aceitável pelo senso normal das pessoas; a autoridade administrativa deve usar da lógica e praticar atos que sejam aceitáveis com razoabilidade e o juiz deverá aplicar a lei com sensatez.

3.22 Em outros termos, pode-se dizer que não há razoabilidade quando se adota posições que não guardem relação lógica com a medida a ser tomada. Destarte, não é razoável a criação de presunções legais, sem pertinência com a razão dos fatos, por mera vontade de aumentar a arrecadação ou como instrumento de inibir a evasão. Tais ações desmedidas põe em destaque um pseudo interesse público em detrimento do interesse individual protegido constitucionalmente.

3.23 Como se expôs, o uso das presunções legais relativas no Direito Tributário é um meio legítimo para dar origem à obrigação tributária, desde que não se contraponha aos princípios constitucionais. A Lei n. 9.430/1996 em seu art. 42, e, conseqüentemente, o artigo 849 do RIIU99, parece ter inobservado essa diretriz.

DA QUEBRA Oo SIGILO BANCÁRIO PARA VERIFICAÇÃO DA OMISSÃO DE RENDA.

3.24 Definir um objeto é sempre algo muito complexo, mormente em face da dinâmica da língua falada que acaba por atribuir a uma determinada expressão uma multiplicidade de significações. Todavia, expressões há que são "apropriadas" pelo Direito e, para dar funcionalidade ao sistema, é necessário atribuir-lhes um significado mais preciso, fugindo, assim, das significações quotidianas, ora limitando-a, ora expandindo-a. Para exemplificar, atente-se para os conceitos de "casa" no Direito Constitucional ou Penal, e também para o conceito de funcionário público, na seara penal.

3.25 O que se afimiou pode ser verificado em relação ao conceito da expressão sigilo que,. etimologicamente, quer significar segredo.

3.26 Informa Folmann, que a doutrina brasileira tem se socorrido constantemente do conceito entabulado por Pontes de Miranda que designa a expressão sigilo (ou segredo) como "liberdade de não emitir o pensamento para todos ou além de certas pessoas". Como se vê, no campo jurídico, o sigilo é uma espécie de exercício de um direito subjetivo que decorre do direito a liberdade garantido constitucionalmente. Por isso, se pode falar em sigilo de correspondência, sigilo telefônico, sigilo de dados, etc.

3.27 Cumpre registrar, quanto ao conceito de sigilo bancário, que o mesmo sofre variações conforme o ordenamento jurídico em que o sujeito se encontra. Em outros termos, cada pais ao legislar sobre a questão do sigilo bancário acaba por lhe dar feições próprias. Isso se deve a vários fatores tais como: fundamento jurídico que permita ou não o acesso a tais dados; limites objetivos, ou seja, quais objetos (informações) são passíveis de serem violados pela quebra do sigilo? E, finalmente, os limites subjetivos: quem tem direito ao sigilo: o cliente? O banco? As instituições financeiras? A quem cabe a tarefa de violar, nos limites legais, as informações bancárias? Às autoridades administrativas ou às autoridades judiciárias? Enfim, todas essas questões são cruciais quando se perquire o conceito de sigilo bancário, ou mesmo a sua quebra.

3.28 Ademais, a par de todas as implicações relatadas, no campo doutrinário de um mesmo país, a própria doutrina diverge, restringindo o conceito, em face dos direitos individuais, ou ampliando, em face do interesse público.

3.29 Para demonstrar, colhem-se alguns conceitos da doutrina.

3.30 Afirma Covello que o sigilo bancário é uma obrigação dos banco sem não revelar as informações que possuam em face de sua atividade, exceto, se houver justo motivo para agir em contrário.

3.31 Arnold Wald diz que o sigilo bancário é um comportamento que devem ter os bancos e seus funcionários de não revelar os negócios de sua clientela, sejam estes presentes ou passados, decorrentes de abertura, movimentação ou fechamentos das respectivas contas.

3.32 Até aqui se nota o destaque para a obrigação dos bancos e seus empregados de abstenção total em dar informações, salvo justo motivo, quanto às operações desenvolvidas no seu âmbito, por seus clientes. Nota-se o apego ao segredo profissional.

3.33 Por outro lado, há doutrinadores que ao conceituar a expressão "sigilo bancário" não prescindem de informar o seu fundamento constitucional. Veja que, ad litteris:

[...] José Augusto Delgado posiciona-se no sentido de que o instituto é uma garantia constitucional que protege a privacidade das pessoas no campo econômico e financeiro, cuja significação é de não tornar públicas a movimentação da conta bancária e as aplicações financeíras do cidadão, para que, de nenhum modo, os atos privados praticados possam ser tornados públicos.

3.34 Julga-se neste estudo que essa última posição está mais consentânea com a atual realidade do ordenamento juridico pátrio. Nesse sentido, considera-se o resguardo das informações bancárias incluído nos ditames do art. 5°, XIV da Constituição Federal.

3.35 Salienta-se ainda que o direito constitucional ao sigilo bancário não tem só o correntista como destinatário. O terceiro envolvido na relação tem direito, constitucionalmente garantido, à preservação do sigilo. Isto se dá pelo fato de existirem transações negociais entre o cliente da instituição bancária e terceiros que são passíveis de identificação pelo vazamento das informações bancárias daquele.

3.36 Finalmente, em que pese a discrepância relacionada ao conceito de sigilo bancário, há pontos de incidência, quais sejam: os destinatários do direito ao sigilo bancário são o cliente e o terceiro que com ele se relacionem de fonna negocial e estejam sujeitos ao vazamento de informações sobre tais transações e, os bancos, bem como seus empregados têm a obrigação de manter total sigilo sobre aquelas informações, salvo as exceções legais.

3.37 Não há ainda uma posição definitiva com relação à constitucionalidade da quebra do sigilo bancário diretamente pelas autoridades fiscais. Por esta razão, os doutrinadores

têm posições divergentes sobre-a constitucionalidade de tal empreitada realizada pelo fisco.

3.38 Assim, há os que admitem a quebra do sigilo bancário diretamente pelas autoridades fiscais, em nome do interesse público e não vêem, nesta tarefa, resquícios de inconstitucionalidade.

3.39 Há também, os que, vêem inconstitucionalidade naquela tarefa das autoridades fiscais, alegando violação de princípios constitucionais fundamentais, quais sejam: direito à privacidade, direito à intimidade, direito ao devido processo legal, presunção da inocência e separação dos poderes em face do afastamento da reserva de jurisdição.

3.40 No centro dos debates, encontra-se a Lei n. 105/2001, já que a mesma, como se registrou, ampliou demasiadamente as situações permissivas da quebra do sigilo, bem como ampliou os sujeitos a quebra do sigilo bancário. Sendo assim, nesta parte do estudo, a mesma lei é o referencial.

3.41 É importante salientar que, no mundo contemporâneo, há uma tendência na esfera internacional de se limitar cada vez mais o direito às informações financeiras. Isto se deve à existência de grandes organizações criminosas e ao terrorismo que conseguem acumular grandes capitais para aqueles atos e, em face da segurança das sociedades, a relativização de certos direitos culminam por ter aceitação social e, conseqüentemente se legitimam, guardadas as devidas proporções.

3.42 Por outro lado, os ordenamentos internos trazem garantias ao cidadão, conquistadas a duras penas, cujas abolições ou mesmo restrições irrazoáveis podem ocasionar maleficios ao indivíduo. Nessa ótica, se a relativização dessas garantias são realmente necessárias, elas devem ser cuidadosamente pensadas, de modo a afetar outras garantias ao mínimo possível.

3.43 Nessa senda, a legislação brasileira que restringe o sigilo bancário não observou essa recomendação e, como se verá, a lei fere princípios de relevo constitucional.

3.44 A atual Constituição brasileira, em seu artigo 5°, incisos X e XII, garante o direito à privacidade, à intimidade e ao sigilo, mas é bom que se diga que, mesmo constando do texto constitucional, nenhum direito lá previsto é absoluto, sucumbindo assim, diante de situações que justifiquem a preponderância de outro direito constitucional.

3.45 Entretanto, sopesar direitos de índole constitucional, em face de situações que os envolvam concomitantemente, requer a aplicação do princípio da razoabilidade. E neste ponto que se identificam os pecados da Lei Complementar n. 105/2001.

3.46 Primeiro, no que tange ao princípio constitucional da separação dos poderes. Verifica-se, através do estudo da legislação pátria, desde o período imperial, que faz parte da cultura jurídica nacional, deixar certas questões que envolvam direitos fundamentais, à reserva jurisdicional. Em outros termos, questão de violação (ou quebra) de sigilo de informações bancárias por ser potencial meio de agressão a direitos fundamentais, deveriam sempre passar pelo crivo do Judiciário - poder constitucionalmente (e, historicamente no mundo civilizado) criado para dizer o direito.

3.48 Ademais, a criação do Poder Judiciário pressupõe o poder de dizer a palavra final, com base no direito e por meio de um sujeito equidistante das partes, logo, um sujeito desinteressado. O agente da administração fazendária, em processo administrativo instaurado por este órgão, não poderá ser considerado sujeito desinteressado, pois o mesmo é parte. Inevitável, reconhecer a inobservância do devido processo legal na seara administrativa. Ou como informa Tourinho Neto, ad litteris:

Ora, estando um conflito entre o fisco e o contribuinte, evidentemente, não é a autoridade fiscal que vai dizer se os documentos bancários sigilosos são ou não

indispensáveis. Um terceiro imparcial, é quem pode solucionar o conflito ocorrente entre o interesse do Fisco e 0 direito de privacidade do indivíduo. Este terceiro é o juiz.

3.49 Dessa forma, admitir que a autoridade fiscal, em processo de mesma natureza, por ela instaurado, tenha o poder de quebrar sigilo bancário para instrução do mesmo processo, é um retrocesso, tendo em vista, o fato de a Constituição do Brasil não permitir que no devido processo legal, a parte interessada seja também juiz da causa.

3.50 A mesma lei, ao permitir que a autoridade fiscal devasse a vida bancária de todas as pessoas, de forma indeterminada, só com o fito fiscalizatório, permite presumir a prática de evasão fiscal por todos aqueles clientes das instituições financeiras, bem como de terceiros que figurem em relações negociais com aqueles. Nessa senda, a autoridade fiscal, em processo administrativo, exclui o princípio constitucional da presunção da inocência (CF, art. 5°, LXII). Será que este princípio se aplica apenas ao processo de cunho penal?

Certamente, não.

3.51 Partir-se da premissa de que "todos sonegam, até que provem o contrário", é afronta direta ao princípio constitucional, não há como pensar de forma oposta.

3.52 Por fim, o argumento mais utilizado para exigir ponderações nas práticas legislativas destinadas à criação de normas, cuja finalidade é trazer restrições ao direito ao sigilo bancário, está inserido no art. 5°, X da Constituição federal que assim diz: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

3.53 Nessa direção, o sigilo bancário é um instrumento de proteção da vida privada, isto é, "[...] o sigilo nao é do banco, mas do homem que utiliza o banco, e com ele negocia.".

3.54 Assim, a noção de vida privada engloba todas as informações da esfera privada de um indivíduo que o mesmo não deseja vê-las disseminadas na esfera pública como fonte de informação à sociedade. Não há dúvida de que o acesso às informações bancárias de um indivíduo pode trazer à tona aspectos de sua intimidade. Ou melhor, através de informações bancárias pode-se ter devassado a vida íntima de um indivíduo. Nessa direção, posiciona-se Celso Bastos quando afirma que, ad litteris:

[...] uma das formas de proteção da intimidade pelo que pode conter de pessoalmente comprometedor uma simples conta bancária e pela ardilosa intromissão nos interesses e atividades pessoais a que estaria sujeito o titular se não gozasse da proteção do sigilo bancário.

3.55 Impende frisar que nem todas as informações disponibilizadas pela análise das informações bancárias serão capazes de revelar dados relacionados com a vida privada do titular da conta bancária, por exemplo. Porém, há dados que, inevitavelmente, serão capazes de publicizar, ao menos perante aos agentes fiscais, informações precisas da vida privada do indivíduo. Por exemplo, identificando-se os destinatários dos pagamentos feitos por um correntista de determinada instituição financeira, obtém-se diversas informações do conteúdo de sua esfera privada.

3.56 Destarte, o simples risco de expor a intimidade individual, por si só, já justificaria maiores cuidados por parte do legislador infraconstitucional no ato de criação de normas restritivas do sigilo bancário. Afinal, a lei não pode restringir demasiadamente a norma constitucional, a ponto de transformar em regra, aquilo que no texto constitucional é exceção, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. `

3.57 O acesso às informações bancárias do contribuinte, pela quebra do respectivo sigilo, possibilita as identificações de operações que representam fato gerador de

tributos. Essa idéia fez nascer a noção presunção de omissão de receitas ou rendimentos como reza o art. 42 da lei n. 9.430/1996 que será comentado nas linhas vindouras.

COMENTÁRIOS AO ARTIGO 42 DA LEI N. 9.430/96;

OBSERVAÇÕES (IN) CONSTITUCIONAIS.

3.58 Através das informações coletadas junto às instituições financeiras, por meio do acesso direto das autoridades fiscais aos dados pertinentes às relações bancárias das pessoas, previsão da lei complementar n. 105/2001, a lei n. 9.430/ 1996, em seu artigo 42, estatuiu a presunção legal relativa (júris tantun) de omissão de receita ou rendimentos tributáveis, cuja origem não seja comprovada.

3.59 De acordo com o art. 42, caput da lei 9.430/ 1996, in verbis:

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 *f*ísica ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

3.60 Dessa forma, de posse das informações financeiras do "suposto" contribuinte, a administração tributária, intimá-lo-á para comprovar a origem dos recursos que constam da transação, mediante a documentação hábil e idônea que demonstrem a origem de tais recursos.

3.61 Nesse sentido, a partir de uma presunção relativa, o fisco remete ao contribuinte o ônus de comprovar que O montante encontrado nas operações bancárias não representa renda tributável, ou mesmo, que a mesma já sofreu a incidência do respectivo tributo. Até aqui, não há nenhuma novidade, visto que a legislação tributária, por vezes, utilizasse desse mecanismo para evitar a evasão fiscal. Isto é, a administração tributária comete ao contribuinte O comportamento de demonstrar cabalmente que determinada situação não configura hipótese de incidência de determinado tributo, naqueles casos de dificultosa (ou mesmo, impossível) fiscalização.

3.62 . Todavia, a questão crucial é: SABER SE, NÃO COMPROVADA A ORIGEM DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS, DE FORMA CABAL, COMO PREVÊ A LEI E QUER A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, O INDIVÍDUO, TITULAR DA OPERAÇÃO, DEU CAUSA A UMA SITUAÇÃO QUE SE ENCONTRA NA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA, E MAIS, SE NA REALIDADE FÁTICA, OCORREU O PATO GERADOR DAQUELE TRIBUTO, CONDIÇÕES IMPRESCINDÍVEIS PARA A EXIGÊNCIA LEGÍTIMA DO TRIBUTO. “

3.63 No dizer do legislador, como reza O caput do art. 42 da Lei n°. 9.430/96, atualmente, a falta de comprovação gera situação tributável. Presume-se o auferimento de renda, de forma absoluta, devendo-se incidir o imposto de renda sobre o montante, cuja comprovação de origem, por qualquer razão, não se comprovou. Mas, nem Sempre foi assim. Antes do advento da Lei Complementar n°. 105/2001, doutrina e jurisprudência eram unissonas, em criar barreiras para a tributação com base em presunção de auferimento de renda, decorrente de depósitos bancários não comprovados.

3.64 Para demonstrar O afirmado, colacionou-se a ementa de alguns julgados que se fundamentam na Súmula de n°. 182 do extinto TRF, in verbis:

'“(...)°

3.65 Nota-se que todas as decisões foram lastreadas na extinta súmula n° 182 do antigo TFR, a qual dizia: "E ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários".

3.66 Os julgamentos dos Tribunais Regionais Federais são pela impossibilidade de autuação somente como base na movimentação da conta corrente, conforme ementas transcritas abaixo:

G€(...)37

3.67 A ementa, a seguir, traz argumentos mais fortes, no sentido de impedir a tributação do imposto de renda com base na mera presunção de renda auferida em -face de omissão de rendimentos que decorram de depósitos bancários, cuja origem não seja cabalmente provada.

"(...)"

3.68 Observa-se que O julgado acima, data de 31.03.1982, logo, anterior ao advento da Lei n°. 9.430/96.

3.69 Para Aires Fernandino e Cleber Giardino, a caracterização do sinal de riqueza, para fins de descoberta do sinal exterior de riqueza, depende de vários requisitos, que os depósitos bancários, por Si sós, não satisfazem, a saber: perfeita identificação do sinal; fixação da renda tributável relacionada com O sinal; demonstração da natureza tributável do rendimento; demonstração de que tal renda já não foi tributada.

3.70 O Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO assim

também entende, in verbis:

"(...)"

3.71 Como se vê, A SIMPLES PRESUNÇÃO SEM LASTRO EM PROVA CABAL DE EXISTENCIA DE AUFERIMENTO DE RENDA TRIBUTAVEL, POR SI SO NÃO SIGNIFICA A OCORRENCIA DO FATO GERADOR DO IMPOSTO DEVIDO.

3.72 A SIMPLES PRESUNCAO DE OMISSAO DE RENDA TRIBUTÁVEL COM EASE APENAS NOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA NÃO PODE LEVAR À CONCLUSÃO DA EXISTÊNCIA DE PATO GERADOR Do IMPOSTO DE RENDA, PARA TANTO DEVERÁ EXISTIR OUTROS ELEMENTOS, DECORRENTES DA ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA, QUE CORROBOREM COM A PRESUNÇÃO. MESMO PORQUE OS VALORES DETECTADOS PODERÃO TER SI ORIGINADO DE RENDA NÃO TRIBUTÁVEL OU ATE MESMO DE RENDA JÁ TRIBUTADA.

3.73 Resta então concluir pela inconstitucionalidade do art. 42 da referida lei. Isso pode ser confirmado em face da norma citada ferir os seguintes princípios constitucionais: princípio da legalidade, princípio da segurança jurídica e O princípio da razoabilidade, bem como, em face do pressuposto para a sua verificação, qual seja, o acesso direto às informações bancárias (quebra do sigilo diretamente pelo Fisco em decorrência da Lei Complementar n. 105/2001), ferir os princípios da inviolabilidade da privacidade e intimidade, do devido processo legal e da separação dos poderes, como já foi assinado.

3.74 Como frisado, o princípio da legalidade é uma garantia explícita do contribuinte em face dos possíveis excessos do Estado. Em matéria tributária a lei deve especificar a hipótese de incidência do tributo, tipificando-O com todos os seus elementos para não gerar dúvida quanto à formação da obrigação tributária, trazendo prejuízos para o contribuinte ou pra o próprio Estado. Nesta senda, Frederico Moura Theophilo assim expõe seu entendimento, ad lírrerís:

A presunção júris tantum do artigo 42 da Lei 9.430/96, por considerar o total da soma dos depósitos bancários de per si como "omissão de receíta" e considerando-se que "receita" não se confunde com "renda" dentro da matriz constitucional da imposição da renda e proventos de qualquer natureza, (__.) não encontra validez nas normas superiores do sistema jurídico positivo, especialmente na Constituição e no CTN.

Assim, em face da existência de depósitos não comprovados, o montante de valores encontrados não constitui de per sí renda capaz de, segundo o princípio da legalidade e da tipicidade, seu corolário, fazer valer os interesses primários do fisco, qual seja, a tributação.

3.75 Também, a norma comentada, fere o princípio da segurança jurídica. Isto porque, o cidadão tem direito de ver o Estado utilizar-se de meios hábeis, consentâneos com a cultura jurídica do ordenamento, para lhe impor gravames.

3.76 Quando o Estado se utiliza das presunções legais, instrumento jurídico que se encontra no campo das provas, na teoria geral do direito, para lhe obrigar ao pagamento de tributos, prescindindo de elementos outros, necessários ao nascimento da relação jurídica obrigacional de índole tributária, está em franca contradição com o direito. Sabem todos, que não se podem criar obrigações de pagar tributos por meio de presunções. Cabe somente à lei tal tarefa.

3.77 Nessa direção, há decisões na seara administrativa fiscal de

elevada sensatez que, devido à sua importância para a linha de orientação deste estudo devem ser registradas.

IRPF - OMISSAO DE RENDIMENTO - LANÇAMENTO COM BASE EXCLUVAMENTE EM DEPÓSITO BANCÁRIO - os depósitos bancárias não constituem, por si só, fato gerador do imposto de renda pois não caracterizam disponibilidade económica de renda e proventos. O lançamento baseado em depósitos bancários só é admissível quando ficar comprovado o nexo causal entre o depósito e o fato que representa omissão de rendimentos. (Acórdão 104- 1 7.494, 4"câmara do 1° Conselho de Contribuintes, DOU- 13.09.2000).

IRPF - OMISSAO DE RENDIMENTO - DEPOSITOS BANCÁRIOS -Os depósitos bancários, embora possam refletir indícios de auferimento de renda, não caracterizam, por si só, disponibilidade de rendimentos, não podendo ser considerados como 'aplicações' no fluxo de 'entradas' e 'saidas' para apuração de variação patrimonial, cabendo à fiscalização aprofundar seu poder investigatório a fim de demonstrar que os depósitos representam efetivamente gastos suportados pelo contribuinte. (Acórdão CSRF/01-02. 741, DOU - 06.12.2000).

3.78 Quanto ao acesso às informações bancárias por órgão da administração tributária, parte interessada no processo administrativo se revela, também, tamanha afronta á segurança jurídica em face do direito ao devido processo legal, garantido pela Constituição Federal em matéria administrativa. Por outro lado, artifícios utilizados pela lei infraconstitucional para alcançar seus objetivos, como por exemplo, a exclusão da reserva de jurisdição em matérias de trato de direitos fundamentais também são atitudes reveladoras da relativização do princípio da separação dos poderes, princípio constitucional de base na história do constitucionalismo.

3.79 Por fim, há desconsideração do princípio da razoabilidade, implícito no texto constitucional. Não seria razoável, impor amplas restrições a princípios constitucionais como o da privacidade, diante da quebra do sigilo bancário, distorcendo-se a estrutura de um instituto jurídico, como fez o legislador, no art. 42 da Lei n°. 9.430/96.

3.80 Nessa senda, por razões lógicas, a dinâmica do conceito de presunção é assim estruturada: a matéria anterior (provada) deve conduzir a uma realidade palpável,

concreta, com possibilidade de ser da forma esperada. Ou seja, entre o fato conhecido (fato indiciário) e o fato desconhecido (provável) deve haver uma correlação segura e direta, não podendo haver dúvidas sobre a materializaçao dessa correlação, sob pena desse artifício legal resultar indevido por absoluta inadequação do conceito jurídico escolhido para sua concreção

(...).

3.81 Todavia, a norma em tela, extrai dos fatos provados as conseqüências que convém ao fisco: a conseqüência da não comprovação da origem dos depósitos bancários, nas operações financeiras, segundo a nomia, é o auferimento de renda tributável, isto é, a "certeza legal" da tentativa de evasão.

3.82 O que não se pode admitir em razão do que foi apresentado. Por exemplo: Suponha que o proprietário de uma grande residência de veraneio faça constantemente depósitos na. conta de seu empregado, o caseiro responsável pela administração da residência.

3.83 Suponha ainda, que tais depósitos tenham como destino a cobertura das despesas corriqueiras, com pessoal (domésticos), tributos como IPTU, por exemplo, e que os montantes depósitos alcance uma cifra tributável através do IRPF.

3.84 De acordo com o art. 42 da lei em comento, identificado o montante tributável na conta do caseiro e, este após intimação, por alguma razão, não tiver meios de comprovar a origem desses valores, presumir-se-á a tentativa de evasão.

3.85 Logo, "por presunção" configurar-se-á o fato gerador do IRPF e o caseiro terá que recolher o tributo, sob as penas da lei. Conseqüência disto é a exigência de um tributo, cujo fato gerador não existiu!

3.86 Logo, há diversos obstáculos ao uso irrazoável das presunções em relação à tributação do imposto de renda das pessoas físicas.

A presunção não está calcada na experiência anterior; não é possível estabelecer correlação direta entre o montante dos depósitos e a omissão de rendimentos; o encargo probatório e' totalmente transferido para o contribuinte com manifesta impossibilidade dessa prova ser produzida.

3.87 Por fim, também não é razoável admitir-se que todas as pessoas são supostos sonegadores, até prova em contrário. Essa tese é passível de ser deduzida diante da inobservância do princípio da presunção da inocência como se debateu. É mais uma conseqüência dos meandros utilizados pelo legislador para garantir, a qualquer custo, os interesses do Estado Tributário.

4. DO REBATE ESPECÊTICO DO AUTO DE INFRAÇAO.

DO INDISPENSÁVEL ATO SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL NO REGIME ESPECIAL.

4.1 Verifica-se no item 10 do Termo de Verificação de Infração que o Auditor Fiscal constatou a indispensável emissão da RMF- Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira, enquadrando a hipótese no inciso VII do art. 3° do Decreto n° 3.724/2001, in verbis:

Art. 3° Os exames referidos no § 5° do art. 2° somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses: (Redação dada pelo Decreto n° 6.104, de 2007). (...)

VII - previstas no art. 33 da Lei no 9.430, de 1996;

4.2 O art. 33 da Lei n° 9.430/96, regulamenta o denominado regime especial de fiscalização, objetivando o cumprimento de obrigações pelo sujeito passivo, in verbis:

"(...)"

4.3 Não obstante o Auditor Fiscal não ter especificado qual o inciso do art. 33 da Lei n° 9.430/96 em que enquadrou o contribuinte, constata-se o enquadramento no inciso I, acima transcrito, face a interpretação literal do item 10, do Termo de Verificação de Infração, do MPF n° 0320100/0034/09.

4.4 Constata-se claramente que a emissão do RMF - Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira é um regime especial de fiscalização, nos termos do art. 33 da Lei n° 9.430/96.

4.5 Por se tratar de regime especial de fiscalização, que ultrapassa os limites normais da atividade de fiscalização, o próprio art. 33 da Lei n° 9.430/96, que autoriza sua aplicação, exige em seu §1° como condição de validade que esta seja precedida por do Secretario da Receita Federal.

4.6 Assim, em face da determinação legal, estabelecida no §1° do citado art. 33 da Lei n° 9.430/96, conclui-se o indispensável ato do Secretário da Receita Federal, INEXISTENTE NOS AUTOS DO AUTO DE INFRAÇÃO N° 10320.004l08/2009- 59; motivo pelo qual requer o reconhecimento da impossibilidade de julgamento com base nas informações obtidas das respostas da Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira.

DA IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 959 DO DECRETO N° 3.000/99.

4.7 Constata-se que o parágrafo primeiro do item 14, do Termo de Verificação de Infração, do MPF n° 0320100/0034/09, aplica a multa prevista do art. 959 do Decreto n° 3.000/99, in verbis, por considerar que o Impugnante não prestou os esclarecimentos solicitados pela Auditora-Fiscal:

Seção I

Agravamento de Penalidade

Art. 959. As multas a que se referem os incisos I e II do art. 957 passarão a ser de cento e doze e meio por cento e de duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para (Lei n° 9.430, de 1996, art. 44, § 2°, e Lei n° 9.532, de 1997, art. 70,1):

I - prestar esclarecimentos;

II- apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 265 e 266;

III- apresentar a documentaçao técnica de que trata o art. 267.

4.8 Todavia, verifica-se pela assinatura dos AR's (Avisos de Recebimento) das Intimações e Re-Intimações, que quem os recebeu e assinou, foi a Sra. Ana Cláudia Barbosa Nascimento (CPF - 009.630.493-64 e RG - 18981422001-0), sogra do Impugnante.

4.9 Somente no dia 20/04/2009, através do Sr. Raimundo Nonato Jardim Oliveira (representante munido de procuração) é que houve o suprimento da ciência, através de AR's, mediante o comparecimento espontâneo do Impugnante; ocasião em que apresentou comprovante de endereço, extrato de conta contente do Banco do Brasil S/A e informes de rendimentos financeiros.

4.10 Importante salientar que nao apresentou os extratos do Banco do Bradesco, porque o referido banco não o disponibiliza na intemet os extratos e saldos de exercícios anteriores ao ano corrente e que a solicitação da mencionada documentação demanda período superior ao fornecido pela Auditora -Fiscal.

4.11 Assim, é importante citar que houve afronta ao art. 23, I do Decreto n° .2â5i72, in verbis, tendo em vista que não se pode considerar como válidas as intimações Avisos de Recebimento apontam pessoa diversa da do Impugnante:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada ao inciso pela Lei n°. 9.532, de 10.12.1997).

4.12 Desta forma, pugna-se pela desconsideração da multa em 1 12,5% (cento e doze e meio -por cento) aplicando-se a multa de 75% (setenta e cinco por cento), prevista no 957, I do RIR/99, in verbis, sobre a correta base de cálculo:

DO ENQUADRAMENTO COMO PRODUTOR RURAL DO CONTRIBUINTE - AFERIÇÃO EM DECORRÊNCIA DAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS POR PESSOA FÍSICA - ERROR IN PROCEDENDO NA FISCALIZAÇÃO REALIZADA PELA AUDITORA FISCAL DA RFB.

4.13 Em proflcua análise do Termo de Verificação de Infração a que foi coimado o contribuinte, denota-se que a averiguação fática que fora realizada pela douta Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil - AFRFB apresentou-se um tanto controversa, conforme exporemos nos tópicos a seguir.

4.14 No item 01 do Termo de Verificação de Verificação, a nobre Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil - AFRFB assim expressou os fatos a qual constatou na fiscalização ora em análise:

01) O contribuinte, ora sob fiscalização, apresentou, através da DIRPF 2007, ano-calendário 2006, rendimentos no valor de R$ 54.927,75, recebidos da COSIMA - SIDERÚRGICA DO MARANHÃO LTDA, CNPJ 10.431.245/0001-27, oriundos do trabalho sem vínculo empregatício, conforme Declaração de Imposto de renda Retido na Fonte - DIRRF, constante nos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, (...).

4.15 Ora emérito Julgador, o que se voga a partir do exame do tópico acima suscitado é que o contribuinte, ora Impugnante, PESSOA FÍSICA realizava negociações de cunho comercial com a sobredita empresa COSIMA - SIDERÚRGICA DO MARANHÃO LTDA, de CNPJ 10.431.245/0001-27.

4.16 Porém do que se tratavam tais negociações jurídicas'?! O contribuinte, ora Impugnante, CASSIO LEVI GONÇALVES BORBA vendia CARVÃO VEGETAL para a empresa COSIMA -SIDERÚRGICA DO MARANHÃO LTDA, conforme se depreende das Notas Fiscais de Pessoa Física para a pessoa jurídica em apreço.

4.17 Nesse ínterim, conforme a realidade da situação fática ora apresentada, o Impugnante se enquadra legalmente na qualificação de PRODUTOR RURAL, haja vista a ATIVIDADE desempenhada pelo contribuinte, em consonância do que preceitua os artigos 57 e 58 do Decreto n° 3.000/99, in verbis:

"(...)"

4.18 A Instrução Normativa n° 83, de 11 de outubro de 2001, assim dispôs sobre a tributação dos resultados da atividade rural, no que cerne a atividade desempenhada pelo contribuinte, disposta no artigo 2°, in verbis:

d) transformação de produtos florestais:

1 .produção de carvão vegetal;

2. produção de lenha com árvores da propriedade rural;

3.venda de pinheiros e madeira de árvores plantadas na propriedade rural;

4119 Portanto, o contribuinte, ora Impugnante, produzia e comercializava a produção de carvão vegetal para a empresa COSIMA - SIDERÚRGICA DO MARANHÃO LTDA, conforme se depreende das Notas Fiscais emitidas por aquele em favor desta e que, habilmente, poder-se-á verificar na contabilidade da sobredita empresa numa aferição cruzada de dados de entrada de mercadorias e as despesas correntes com o pagamento das referidas Notas Fiscais.

4.20 Na realidade fática, os valores descobertos na movimentação financeira apresentada pela douta Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil – AFRFB remontam a quantia de R$ 6.571.579,25 (seis milhões quinhentos e setenta e um mil quinhentos e setenta e nove reais e vinte e cinco centavos). Aplicando-lhe a alíquota de 27,5% (vinte e sete vírgula cinco cento) com base na Tabela Progressiva Anual de 2007, conforme o artigo 1° da Lei n° 11.119/05 e artigo 1° da Lei n°. 11.311/O6, na base de cálculo acima esposada, teremos o imposto a recolher na quantia de R$ 1.805.156,56.

4.21 No entanto, qualificando o presente contribuinte como PRODUTOR RURAL ou que desenvolve ATIVIDADE RURAL a base de cálculo do imposto é calculada no montante de 20% da receita bruta ano-base, em face do que preceitua o artigo 5° da Lei n°.'8.023, de 12 de abril de 1990, in verbis:

Art. 5 ° À opção do contribuinte, pessoa física, na composição da base de cálculo, o resultado da atividade-rural, quando positivo, limitar-se-á a 20% (vinte por cento) da receita bruta no ano-base.

4.22 Aplicando-se o percentual de 20% (vinte por cento) na receita bruta anual auferida pelo contribuinte, conforme a análise da Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil - AFRFB, 0 valor que seria considerado base de cálculo seria de R$ 1.314.315,85 (Hum milhão trezentos e quatorze mil trezentos e quinze reais e oitenta e cinco centavos).

4.23 Em conseqüência desse enquadramento errôneo efetuado pela nobre Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil -AFRFB, haja vista tê-lo enquadrado como rendimentos tributáveis de pessoa física na DIRPF do montante apurado nas movimentações financeiras no ano calendário 2006 no procedimento fiscalizatório na quantia de R$ 6.571.579,25 (seis milhões quinhentos e setenta e um mil quinhentos e setenta e nove reais e vinte e cinco centavos), o somatório de Imposto a recolher como Pessoa Física rendeu-lhe a quantia de R$ 1.805.156,56 (Hum milhão oitocentos e cinco mil cento e cinqüenta e seis reais e cinqüenta e seis centavos) em contrapartida do que será recolhido na qualidade de contribuinte tributável de Atividade Rural, em que se sopesasse a redução da quantia para R$ 355.443,12 (trezentos e cinqüenta e cinco mil quatrocentos e quarenta e três reais e doze centavos).

4.24 Vê-se que é flagrante o erro da Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil - AFRF B em ter se utilizado de tal medida no procedimento fiscalizatório, haja vista o contribuinte ter como lastro de sua atividade profissional as Notas Fiscais em que comercializa o produto 'carvão vegetal' com a empresa COSIMA - SIDERÚRGICA DO MARANHÃO LTDA, caracterizando, assim, a atividade voltada a produção rural, corroborando, por fim, o enquadramento legal cabível a realidade fática apresentada.

> 5. DOS PEDIDOS.
>
> 5.1. Ex positis, requer a V. Senhoria que se digne a acolher e declarar totalmente PROCEDENTE todos os tennos abordados nesta Impugnação, julgando IMPROCEDENTE a presente autuação.
>
> Nestes termos, pede deferimento
>
> É o relatório."

A DRJ de origem entendeu pela improcedência da impugnação apresentada, mantendo a integralidade do lançamento.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso voluntário, às fls. 253/269, reiterando as alegações expostas em impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Martin da Silva Gesto - Relator

Analisando os autos, verifica-se que foi encaminhada intimação ao contribuinte quanto ao resultado do julgamento por AR, tendo sido essa recebida em 03/01/2011, consoante fl. 252.

No entanto, o contribuinte somente apresentou recurso voluntário em 04/02/2011 (fl. 253), passados 32 (trinta e dois) dias da intimação quanto ao resultado do julgamento, alegando, em preliminar, a tempestividade do recurso.

Refere o contribuinte em seu recurso que realizou o protocolo deste no prazo de 30 (trinta) dias previstos na legislação. Carece de razão o recorrente, pois conforme acima demonstrado o protocolo somente se realizou no 32º dia, devendo ser considerado intempestivo e, por consequência, não conhecido.

Salienta-se que os artigos 5° e 33 do Decreto nº 70.235/72 estabelecem as regras para contagem do prazo de interposição do recurso voluntário:

> Art. 5° Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o do vencimento.
>
> Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.
>
> [...]
>
> Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

Ante o exposto, voto por não conhecer do recurso.

(documento assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator