



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

Processo nº 13808.001188/2002-30
Recurso nº 155.813 Voluntário
Matéria IRPF - Ex(s): 1999
Acórdão nº 106-17.243
Sessão de 5 de fevereiro de 2009
Recorrente DENISE TOMÉ SILVA
Recorrida 1ª TURMA DRJ em FORTALEZA - CE

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1998

OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. EFEITOS

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial, conforme Súmula nº 1 do Primeiro Conselho de Contribuintes.

**CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.
DESCARACTERIZAÇÃO.**

Comprovado nos autos que foram entregues ao contribuinte cópia de todos os documentos que embasaram o lançamento junto ou com o Auto de Infração ou durante a ação fiscal, não resta caracterizado o cerceamento do direito de defesa.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 1998

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS

Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1998

JUROS DE MORA. TAXA SELIC

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios dos débitos para com a Fazenda Nacional passaram a ser equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, de acordo com precedentes já definidos pela Súmula nº 4 do 1º CC, vigente desde de 28/07/2006.


MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA. NÃO ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO. HIPÓTESE DE INAPLICABILIDADE


O agravamento da multa de ofício para 112,5% ou 225% em face do não atendimento à intimação para prestação de esclarecimentos não se aplica nos casos em que a omissão do contribuinte já tem conseqüências específicas previstas na legislação.

Recurso voluntário provido parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DENISE TOMÉ SILVA.

ACORDAM os membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso quanto à quebra do sigilo bancário e à irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001, em face da concomitância com a via judicial e, na parte conhecida, REJEITAR a preliminar de cerceamento do direito de defesa e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reduzir a multa de ofício para 75%, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS
Presidente


MARIA LÚCIA MONIZ DE ARAGÃO CALOMINO ASTORGA
Relatora

FORMALIZADO EM: 28 SET 2009

Participaram, do julgamento, os Conselheiros: Ana Neyle Olímpio Holanda, Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, Giovanni Christian Nunes Campos, Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Carlos Nogueira Nicácio (suplente convocado), Paulo Sérgio Viana Mallmann, Gonçalo Bonet Allage (Vice-Presidente da Câmara) e Ana Maria Ribeiro dos Reis (Presidente da Câmara).



Relatório

Contra a contribuinte acima qualificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 106 a 108 - volume 1, integrado pelos demonstrativos de fls. 104 e 105 - volume 1, pelo qual se exige a importância de R\$423.303,63, a título de Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF, acrescida de multa de ofício de 112,5% e juros de mora.

I. Da Ação Fiscal

Em consulta à Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 107 e 108 - volume 1) e ao Termo de Verificação Fiscal (fls. 99 a 101 - volume 1), verifica-se que a autuação refere-se à omissão de rendimentos proveniente de depósitos bancários de origem não comprovada, apurada no ano-calendário 1998, prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

A ação fiscal iniciou por meio Termo de Início de Fiscalização (fl. 15 – volume 1), cientificado pessoalmente ao procurador da contribuinte, em 11/06/2001 (fl. 16 – volume 1), no qual foi solicitado a apresentação do comprovante de entrega de declaração, relativa ao ano-calendário 1998, e dos extratos bancários relativos ao mesmo ano-calendário, bem como comprovar a origem dos depósitos efetuados nas contas bancárias.

Tendo em vista a não apresentação dos extratos solicitados, foi enviada Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira para o Banco Itaú, em 13/11/2001 (fls. 42 e 43 – volume 1).

Relata autuante, à fl. 100 – volume 1, que, em 08/11/2001, a contribuinte impetrou Mandado de Segurança (processo nº 2001.61.00.028343-0), com objetivo de suspender a ação fiscal em curso. O MM Juízo da 20ª Vara Civil, após ouvir a autoridade coatora e com base no relatório enviado, indeferiu a liminar em 27/11/2001.

Analisando os extratos bancários fornecidos pela instituição financeira, a fiscalização intimou o contribuinte a comprovar a origem dos depósitos efetuados em suas contas correntes, referente ao ano-calendário 1998 (fls. 20 a 24 – volume 1). Como a contribuinte não comprovou os ingressos em suas contas bancárias, a fiscalização tributou como omissão de rendimentos o total dos depósitos não comprovados, excluindo os cheques devolvidos, conforme demonstrativo anexado à fl. 102 – volume 1.

II. Da Impugnação

Cientificada do presente Auto de Infração, a contribuinte apresentou, tempestivamente, a impugnação de fls. 120 a 165 - volume 1, cujo resumo se extrai da decisão recorrida (fls. 188 a 197 - volume 1):

4. Inconformada com a exigência, da qual tomou ciência em 17/06/2002, fls. 106, a contribuinte apresentou impugnação, em 17/07/2002, fls. 120/165, mediante instrumento procuratório, fls. 166, contendo um breve relato dos fatos e as alegações a seguir resumidas:

Preliminares:

4.1. a impugnante, ao proceder a sua defesa, teve violado alguns de seus direitos constitucionalmente protegidos, tais como o direito ao devido processo legal, o exercício da ampla defesa e do contraditório;

4.2. a Constituição Federal, ao dispor sobre os direitos e garantias individuais, estabelece no inciso LV, art. 5º que “aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Tais garantias constitucionais não se resumem a um direito da parte litigante, são também garantias do próprio poder jurisdicional. Ao infringi-las estar-se-ia violando o próprio processo, e conseqüentemente, a estrutura jurisdicional do Estado, não podendo alegar que esses princípios não recaem sobre o processo administrativo fiscal;

4.3. o processo só poderá ser justo quando houver oportunidade de ambas as partes tomarem conhecimento das alegações que a outra elabora, e ainda assim, forem assegurados todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. A necessidade de estabelecer um devido processo legal para a cobrança de qualquer tributo não se restringe aos dispositivos constitucionais citados. O Código Tributário Nacional, em seu art. 148, na mesma esteira da Constituição, prevê a instauração de um “processo regular” para a elaboração do arbitramento;

4.4. em inúmeros momentos o direito de defesa da impugnante foi cerceado, sempre com justificativas diversas, sem qualquer respaldo no ordenamento jurídico pátrio. A seguir as lesões perpetradas pelo Fisco Federal:

Reduzido horário e insuficiência das condições de atendimento:

4.4.1. o primeiro obstáculo oposto ao pleno exercício do direito de ampla defesa da impugnante ocorreu desde o início das diligências dos patronos desta à sala 301, 3º andar da Secretaria da Receita Federal – CAC/Luz. Diferentemente de outras repartições, o horário de atendimento do contribuinte pessoa física na Equipe de Controle e Cobrança de Créditos Tributários (sala 301) é extremamente reduzido: das 13:00 h às 16:00h, ou seja, apenas 3 horas por dia;

4.4.2. como se não bastasse esse nítido descaso com aquele que provém a força econômica do Estado, o contribuinte, a Secretaria da Receita Federal designou para o atendimento de incontáveis cidadãos que lá comparecem apenas uma pessoa. E não estamos relatando o atendimento feito numa cidade do interior do Estado, mas sim do atendimento no principal prédio da Secretaria da Receita Federal da maior cidade do país: São Paulo. O resultado da conjugação desses dois fatores é dezenas de pessoas na fila do atendimento esperando para serem atendidas, sendo que muitos não conseguem sequer obter alguma informação no mesmo dia. Tudo isso culmina por corroborar no cerceamento da defesa da impugnante;

Impedimento do acesso ao processo administrativo e da diminuição do prazo para defesa:

4.4.3. o Auto de Infração que deu início a esse processo administrativo fiscal foi lavrado no dia 17 de junho de 2002. Nos termos do Decreto nº 70.235, de 1972, art. 15, o contribuinte autuado tem trinta dias, a contar da data da autuação, para apresentar a sua defesa. No entanto este prazo não foi respeitado;

4.4.4. cumpre dizer que de 5 a 10 de julho de 2002 não foi permitido à impugnante ter acesso ao presente processo, localizado na sala 301 do CAC/Luz, pois para tanto era necessário agendar previamente a vista dos autos. Ao indagar qual dispositivo legal fundamenta essa exigência, foi-lhe informado que esta orientação era dada pelo chefe superior daquele setor. Assim, durante cinco dias a impugnante foi impedida de analisar o processo que lastreava o presente auto de infração por meras orientações dadas oralmente aos funcionários, sem qualquer embasamento legal. Note-se que durante esses cinco dias o prazo para apresentar sua defesa não foi suspenso, muito pelo contrário, continuava a correr, em desrespeito a dois dos maiores princípios que regem o processo administrativo: a ampla defesa e o contraditório;

4.4.5. o Fisco Federal ao impedir o acesso da impugnante a tais dados cerceou sua defesa, pois para poder se defender de uma acusação, é necessário primeiro saber as razões que lastreiam tal acusação e os argumentos que a sustentam. Ao estabelecer a exigência de prévio agendamento para obter acesso aos autos do processo, a Administração impossibilitou a impugnante de tomar conhecimento do teor dos documentos que subsidiam a autuação, diminuindo assim o prazo de 30 para 25 dias que a mesma tem para se defender, acutilando, ademais, o art. 15 do Decreto nº 70.235, de 1972;

Obrigatoriedade do reconhecimento de firma da procuração juntada e da exigência de cópia autenticada de documento de identidade do procurador:

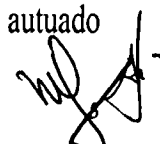
4.4.6. os obstáculos criados pelo Fisco para cercear o direito de defesa do contribuinte não se resumem aos já explanados. Inconformada com a necessidade de agendamento prévio para ter acesso aos autos, mas ciente de que não havia outro meio de obter informações detalhadas do processo, o patrono da impugnante procurou seguir as exigências formais estabelecidas pela Administração Fiscal Federal;

4.4.7. para proceder ao agendamento, o fisco exige a apresentação do mandato de procuração com a firma do outorgante reconhecida, ao lado da juntada de cópia autenticada de documento de identidade do procurador que recebe tais poderes e assina qualquer requerimento no bojo do processo administrativo impugnado. É sabido que atualmente a procuração outorgada não precisa apresentar firma reconhecida, na esteira do art. 38 do Código de Processo Civil. Essa desnecessidade do reconhecimento de firma é sufragada tanto pelos tribunais administrativos quanto pelo Superior Tribunal de Justiça;

4.4.8. ora, uma vez que existe a dispensa do reconhecimento de firma em procuração para ações judiciais, que é um processo regido pelo princípio da formalidade, no processo administrativo fiscal que é informal, mostra-se ilegal e ilógico este tipo de exigência. A exigência de comprovar que aquele que assinou o requerimento de cópias é de fato o próprio procurador, mediante a apresentação de cópia autenticada de seu documento de identidade, além de aberrante, mostra-se sufragável apenas num Estado totalitário. Essa situação, ao lado das demais, comprovam e fomentam o cerceamento de defesa que a impugnante sofreu;

Impedimento de carga dos autos do processo administrativo:

4.4.9. quando a impugnante pôde, finalmente, ter acesso ao processo, não foi permitido aos procuradores da impugnante fazer carga dos autos do processo. A recusa à mera obediência legal sequer foi fundada em algum ato administrativo. O Estatuto da Advocacia assegura a todo advogado “ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais”. Ora, como já citado, o prazo para o contribuinte autuado



apresentar sua defesa é de 30 dias, sendo este, dessa forma, o prazo para o advogado da parte retirar o processo em carga;

Impossibilidade de obter cópia dos documentos dentro do prazo legal para defesa:

4.4.10. inconformada com toda a série de atos perpetrados até então, mas não tendo outro meio de se defender, a impugnante decidiu extrair fotocópias do processo pelo trâmite criado pela Equipe de Controle e Cobrança de Créditos Tributários, de São Paulo. Mais uma vez a impugnante protocolou seu pedido de extração de cópia no dia 11 de julho de 2002, juntando Darf no valor de R\$ 65,00, e obtendo a informação de que tais cópias só lhe seriam disponibilizadas 6 dias depois, no dia 17 de julho, ou seja, no último dia do prazo que dispõe para apresentar sua defesa;

4.4.11. nada pode justificar a morosidade do atendimento feito ao público e todos os obstáculos opostos pelo Fisco Federal à defesa do contribuinte, senão o intuito de dificultar e impossibilitar a defesa daquele que se vê diante de uma autuação fiscal. Para comprovar os fatos acima narrados e dar fé pública ao ocorrido, o patrono da impugnante compareceu ao 16º Tabelião de Notas de São Paulo naquela mesma data (11/07/2002) onde foi lavrada “Escritura de Declaração”, relatando o ocorrido. Assim, manifestou sua irrisignação expressamente nos autos do processo administrativo, expondo de maneira sucinta todos as dificuldades impostas;

4.4.12. diante do exposto, requer a impugnante a desconsideração de todo o presente processo, uma vez que foi instaurado de forma ilegal e em desrespeito aos mais importantes princípios constitucionais processuais;

Do mérito:

Impossibilidade dos depósitos bancários serem tidos como base para presunção legal de omissão de rendimentos:

4.5. o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, entre outras presunções legais de omissão de receita, criou uma presunção vinculada à não comprovação pelo titular da origem dos recursos utilizados nas operações aos valores creditados em conta de depósito ou de investimento junto à instituição financeira. Importante, antes de adentrar-se efetivamente na discussão acerca da configuração de omissão de rendimentos, recordar o conceito de presunção, que segundo as lições de Alfredo Augusto Becker *é o resultado do processo lógico mediante o qual o fato conhecido cuja existência é certa se infere o fato desconhecido cuja existência é provável;*

4.6. a presunção se insere no campo da prova, como defende Maria Rita Ferragut, sendo esta entendida como o ato de demonstrar que ocorreu ou deixou de ocorrer determinado evento. A presunção, diz-se, representa uma prova indireta, partindo-se de ocorrências de fatos secundários, fatos indiciários, que apontam para o fato principal, necessariamente desconhecido, mas relacionado diretamente ao fato conhecido;

4.7. pode-se concluir, a partir das lições dos renomados juristas, que a presunção deve resultar sempre da experiência, da observação do acontecer dos fatos na ordem natural das coisas;

4.8. verifica-se que o instituto da presunção jamais poderá ser resultado da iniciativa criativa do legislador, pois esta deverá sempre estar apoiada na repetida correlação entre os dois fatos considerados, o conhecido e o desconhecido. Somente a certeza da correlação natural entre esses fatos autoriza a inserção da correlação lógica entre tais fatos. A Lei nº 9.430, de 1996, através de seu art. 42, inadequadamente

apontou a presunção legal, pois entre os depósitos bancários e a omissão de rendimentos, não há uma correlação lógica, direta e segura, já que nem sempre o volume de depósitos injustificados leva ao possível rendimento omitido;

4.9. a materialização dessa correlação lógica é impossível de ser determinada, inicialmente, porque a observação da experiência cotidiana demonstrou que não há uma correlação natural entre depósitos e rendimentos omitidos, pois o fato desconhecido pode ser de outra natureza e, depois, porque a movimentação bancária não configura o fato gerador do imposto de renda. Este, aliás, foi o pronunciamento da 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes confirmado pela Câmara Superior de Recursos. Pode-se, ainda, colacionar outros julgados que também sufragam a insubsistência dos depósitos como reveladores de renda, na medida que inexistente nexos causal entre cada depósito e o fato que represente omissão de rendimentos;

4.10. a presunção estabelecida pelo art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, portanto, fere o processo de criação das presunções legais, pois para a sua caracterização é necessária a existência de nexos causal, que pudesse justificar uma possível omissão de rendimento. Os juristas Aires Fernandino e Cléber Giardino asseveram que os sinais de riqueza dependem de vários requisitos; que os depósitos bancários, apenas, não satisfazem, já que o sinal de riqueza deverá ser identificado através da sua relação com a fixação da renda tributável; a demonstração da natureza tributável do rendimento, além, ainda, a demonstração de que tal renda já não foi tributada;

4.11. os depósitos bancários poderiam representar o marco inicial de uma investigação, mas não poderão ser tidos como fato indiciário na construção da presunção legal, porque está ausente a correlação natural exigida na instituição desse artifício legal, transferindo ao contribuinte o ônus do encargo probatório, o que, quase sempre, essa prova não poderá ser produzida;

4.12. a presunção legal, portanto, apoiada em depósitos bancários, como dito anteriormente, não está embasada em experiência anterior, não sendo possível estabelecer uma correlação entre o montante dos depósitos e a omissão de rendimentos e, sendo o encargo probatório transferido para o contribuinte, que tem manifesta impossibilidade de produzi-la, a exigência em questão, fere, inquestionavelmente, um dos pilares mais importantes e preciosos da Constituição Federal, que é a invasão da privacidade de qualquer cidadão e quebra de sigilo de dados. Posto isto, força é concluir que os depósitos constantes da movimentação financeira da impugnante não são aptos a sufragar o lançamento tributário em contenda, merecendo, destarte, ser anulado;

Não obrigatoriedade e ausência de razoabilidade quanto à exigência de escrituração da movimentação financeira da conta de pessoa física.

4.13. a necessidade de proceder à escrituração das entradas e saídas de valores é uma obrigação afeta às pessoas jurídicas. O objetivo disso é que existe um rígido controle dos valores despendidos, além de apurar com exatidão os numerários recebidos, tudo com o objetivo de revelar, ao término do exercício, a existência ou não de renda;

4.14. para que esse encontro de contas seja possível existe uma série de obrigações as quais as pessoas jurídicas estão sujeitas. Esses deveres instrumentais, ao lado de consubstanciarem obrigações tributárias acessórias, traduzem o caminho pelo qual o contribuinte e o fisco devem se guiar para verificar se os créditos e os débitos resultam ou não em renda a ser tributada. Para as pessoas físicas ficou estabelecida a necessidade das mesmas entregarem a “Declaração de Rendimento Anual”, ao lado da dispensa em juntar os documentos aptos a comprovar as deduções ou importâncias



pagas, ressalvando, contudo, a necessidade das mesmas manterem os documentos listados sob sua guarda;

4.15. importa notar que afora a obrigatoriedade de declarar e manter os documentos referentes às deduções e às importâncias pagas sob sua guarda, a legislação fiscal deixou de exigir que as pessoas físicas tivessem um rigoroso controle de todos os ingressos e saídas existentes em suas contas. Em suma, os contribuintes pessoas físicas não estavam instados a manter um sistema conta-corrente rigoroso, a exemplo das pessoas jurídicas, muito embora devessem estar aptas a responder em determinados casos acerca da origem desses recursos;

4.16. apenas por argumentar, mesmo que esse dever saltasse dos textos legais, essa obrigação não se escoimaria de impropriedades. Isso porque exigências formais absolutamente impossíveis de serem atendidas não se afiguram como razoáveis e, desse modo, deixam de guardar harmonia com o ordenamento jurídico;

4.17. Celso Ribeiro Bastos anota que “de nada adiantaria prestigiarem-se princípios, tais como da legalidade, da impessoalidade, da isonomia, se não se atentasse também para aquelas hipóteses em que o ato administrativo, a pretexto de valer-se de poderes discricionários da Administração, violenta o particular com os efeitos óbvios de um ato onde a relação entre seu objeto e a sua finalidade é despida de qualquer sentido lógico e cívica de absurdidade. Nem tudo que é razoável é jurídico, mas, inversamente, tudo o que é irrazoável não pode ser jurídico”;

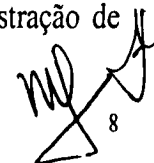
4.18. é bem verdade que o conteúdo semântico do que é ou não razoável é difícil de ser balizado. Contudo, existem certas situações que esbarram naquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello conhece por *zona de certeza positiva e zona de certeza negativa*. Certamente a exigência de pessoa física responder acerca de cada movimentação financeira que empreendeu anos atrás mostra sem sombra de dúvidas contrária a razoabilidade. Seria possível que algum contribuinte sem dispor de técnicas contábeis pudesse identificar e precisar mais de 1000 lançamentos? Acredito que não! Talvez melhor que o próprio juízo do impugnante, seria o próprio julgador refletir a respeito da sua situação. Seria possível se lembrar de todos os valores recebidos e todos os débitos que efetivou? Sem antecipar a resposta, não ousaria dizer que não;

4.19. ante a inexistência de obrigatoriedade do impugnante escriturar todos os depósitos efetuados na sua conta, ao lado disso atentar contra a razoabilidade, vê-se motivos suficientes para a anulação da presente autuação;

Ausência de retroatividade nas normas atinentes à quebra do sigilo bancário. Ofensa ao direito adquirido. Impossibilidade de retroação na órbita tributária. Agressão ao princípio da segurança jurídica.

4.20. antes de se adentrar na análise da constitucionalidade do sigilo bancário, deve-se sustentar a ausência e, posteriormente a ilegalidade da retroatividade da legislação infraconstitucional que autoriza a quebra do sigilo bancário;

4.21. o § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, na sua redação original, determinava expressamente a impossibilidade do Fisco utilizar-se das informações da movimentação financeira dos contribuintes prestada pelas instituições financeiras, para constituir crédito tributário. A vedação contida no comando acima citado acabou sendo flagrantemente desrespeitada, culminando na utilização das informações prestadas pelo Banco Itaú para a constituição do auto de infração ora impugnado. A certeza de que o impugnante não seria autuado em função desse dispositivo, transformou-se, na verdade, em mera fábula, pois mesmo diante de uma proibição expressa, a Administração de



forma espúria logrou satisfazer seus interesses fiscais sem reputar as garantias asseguradas anteriormente aos contribuintes;

4.22. em 9 de janeiro de 2001, o dispositivo acima referido foi revogado pela redação promovida pelo art. 1º da Lei nº 10.174, de 2001. Em síntese, ficou estabelecida a possibilidade do Fisco utilizar-se das informações recebidas pelos bancos para constituir crédito tributário. Posteriormente, houve a edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, a qual estabeleceu essa possibilidade, agora mediante legislação de timbre complementar. Note-se que tanto a Lei nº 10.174, de 2001, quanto a Lei Complementar nº 105, de 2001, previam o início da sua vigência na data de sua publicação. A primeira foi publicada em 10/01/2001, enquanto a segunda foi publicada em 11/01/2001. Desse modo, os seus efeitos só poderiam se projetar para os eventos ocorridos após esse marco de tempo, ou seja, da data de sua publicação;

4.23. desse modo, vez que as próprias legislações não previam a possibilidade de retroação, não existe previsão legal para tanto, sendo ilegal a utilização das informações prestadas pelas instituições financeiras para constituir crédito tributário anterior à vigência desses diplomas;

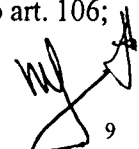
4.24. dito de outro modo: como a Lei nº 10.174, de 2001 e a Lei Complementar nº 105, de 2001, instauraram, somente a partir de 2001, a possibilidade do Fisco poder utilizar-se das informações recebidas dos bancos para constituir crédito tributário; o mesmo jamais poderia valer-se desses dispositivos para pretender constituir crédito tributário de períodos pretéritos as suas vigências. A razão disso é extremamente singela: a lei não previu a retroatividade;

4.25. cumpre dizer que o “Termo de Início de Fiscalização” traz apenas como fundamento legal o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996. O objetivo disso é a tentativa ardilosa de auferir competência numa legislação pretérita ao fato e não naquelas que realmente permitiram tal possibilidade, ou seja, as datadas de 2001. Ardiloso porque se apenas lido esse dispositivo, isoladamente, tem-se a impressão que a faculdade reclamada pelo fisco era possível desde 1996;

4.26. contudo como propagava Rudolf Stammler: “aplicar um dispositivo legal implica em aplicar todo o direito”. Assim, a simples vigência do § 3º do art. 11 da Lei 9.311, de 1996, até a publicação da Lei nº 10.174, de 2001 ou da Lei Complementar nº 105, de 2001, obsta essa possibilidade;

4.27. caso se admita a possibilidade de retroação dessas normas, mesmo assim, o fisco não poderia constituir créditos de períodos pretéritos, tanto em face do direito adquirido, quanto da irretroatividade das leis tributárias. No caso em tela, o fato reside na existência da conta da impugnante no Banco Itaú no ano de 1998; já o direito repousa no § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, que assegurava ao contribuinte que os dados recebidos pelo fisco, provenientes das instituições financeiras, não poderiam ser utilizados para constituir créditos tributários;

4.28. evidenciado a existência de um direito, bem como um fato adequado a fazer invocá-lo, força é concluir que o dispositivo que assegurava que as informações prestadas pelos bancos não seriam utilizadas para constituir crédito tributário desfruta do *status* de direito adquirido. Além disso, o texto constitucional é expresso ao contemplar a irretroatividade das leis. Embora o Poder Constituinte tenha talhado a irretroatividade na esfera do Direito Penal, a doutrina tem entendido que esta é a linha diretriz que deve mover a retroatividade nas demais esferas. Dentro desse espírito, o Código Tributário Nacional – CTN, enquadrando a retroatividade, nos termos do art. 106;



4.29. uma vez verificada que as novas disposições não se subsomem as hipóteses elencadas no art. 106 do CTN, deve-se concluir pela impossibilidade de retroação das legislações que permitem ao fisco utilizar-se das informações da movimentação financeira da impugnante para constituir o crédito tributário ora atacado. Não fosse essa orquestra de argumentos, o renomado constitucionalista português Gomes Canotilho e outros autores entendem que a irretroatividade das leis encontra amparo no princípio da segurança jurídica;

4.30. em virtude do quanto exposto, procurou-se evidenciar que, independentemente da inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário sem ordem judicial, a pretensão em tela contida na presente autuação, face (i) a inexistência de retroação nas normas que autorizam a utilização da movimentação financeira para constituir crédito tributário; (ii) ao direito adquirido contemplado no § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996; (iii) expressa impossibilidade da retroação dessas normas nas lides tributárias; e (iv) ofensa ao postulado cardeal da segurança jurídica;

Inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário. O fisco não se limitou a obter os valores movimentados mensalmente, mas conheceu de forma pormenorizada a origem e utilização de cada recurso da impugnante.

4.31. as normas constitucionais podem receber várias classificações. Uma delas diz respeito a sua possibilidade de revogação ou modificação mediante Emenda Constitucional. Os tipos de normas que não permitem essa alteração recebem a designação de cláusulas pétreas. O art. 5º da Constituição disciplina uma série de direitos e garantias individuais que ostentam esse *status*. São normas que não podem ser modificadas, na exata fraseologia do inciso IV do §4º do art. 60 do Texto Excelso: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. Dentre esses direitos e garantias que não podem ser suprimidos, encontra-se os incisos X e XII do citado art. 5º;

4.32. o direito à intimidade assegura ao cidadão que o registro de suas informações sejam preservadas, não sendo lícito que o ente público ou qualquer particular as viole. Dentro do alcance desse dispositivo encontra-se a impossibilidade de um terceiro conhecer para quem “A” telefonou. Com isso preserva-se a intimidade dos cidadãos. De outro lado, o sigilo de dados contempla a própria mensagem da relação comunicativa. Assim, impede que outros tenham conhecimento do seu conteúdo. Ambos preceitos atuam em sintonia, evitando, assim, que o universo privado do cidadão seja agredido;

4.33. a agressão em tela concretizou-se não só pela obtenção dos valores movimentados mensalmente pela impugnante, a sua ficha cadastral, o seu Informe de Rendimentos, mas, principalmente, por ter acesso ao seu extrato bancário de forma pormenorizada, tendo acesso muitas vezes a origem do crédito e como o mesmo foi utilizado;

4.34. em que pese a impugnante não ter tido a possibilidade de obter cópia dos autos que lastrearam o auto de infração em contenda, o seu patrono, num breve compulsar dos autos constatou que no “Extrato de Conta Corrente” que o fisco logrou obter do Banco Itaú, constava, dentre outras, as seguintes informações:

Localização	Descrição	Valores em Reais
Fls. 51	09 TBC 0160 76935-2 VIAGEM	- 1.505,59
Fls. 54	04 DOC BKL 131978 COMISSÃO	- 10.000,00

4.35. a partir dos lançamentos financeiros, acima exemplificados, mostra-se possível obter várias informações a respeito da impugnante. Informações essas que

violam sua intimidade e por que não dizer o sigilo desses dados. É certo que o fisco ao obter o extrato bancário pormenorizado da impugnante tomou conhecimento de informações completamente alheias a atividade de constituir crédito, diga-se de passo, norma considerada inconstitucional ao seu entender. Vejamos, então, o quanto se pode extrair das informações contidas nos referidos extratos:

Localização	Informação
Fls. 51	Depositou na Agência 0160, Conta 76935-2, o valor de R\$ 1.505,59, em razão de uma viagem.
Fls. 54	Pagou a título de comissão a importância de R\$ 10.000,00

4.36. se a partir desses lançamentos pode-se dizer que a impugnante pagou por uma viagem, atribuiu uma comissão etc, o que dizer da leitura de todos os lançamentos constantes do seu extrato. A invasão perpetrada pelo conhecimento do extrato bancário talvez seja uma das mais sérias ofensas à intimidade dos cidadãos. Isso porque a partir do extrato pode-se obter várias informações a respeito da esfera privada da impugnante, como se fosse uma espécie de agenda financeira em que relata os seus acontecimentos;

4.37. o próprio Subprocurador Geral da Fazenda Nacional Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho mostra-se contrário à postura da Administração em tomar conhecimento pormenorizadamente de todos os lançamentos financeiros da impugnante. Segundo sua posição, compete apenas ao fisco conhecer o valor total depositado nas contas bancárias;

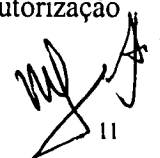
4.38. não é porque nos extratos constam as informações relativas a movimentação financeira da impugnante que o fisco possui o direito de obtê-los. Tais informações poderiam, ao certo, ser obtidas de maneira a não atirar com tais vetores. Proceder dessa forma seguramente equivale a quebrar o seu sigilo bancário;

4.39. embora compreende-se que o direito à intimidade e ao sigilo de dados sejam direitos individuais que não podem ser suprimidos e, desse modo, possuam a condição de cláusulas pétreas, sufragamos, também, da posição daqueles que o entendem com algumas limitações. Apesar da intimidade e do sigilo de dados estarem assegurados e não poderem ser suprimidos, esses direitos, em determinados momentos, cedem espaço a outros valores constitucionais positivados. O fato de haverem outros preceitos a serem protegidos pelo Estado, não retira dessa norma o seu *status* de direito individual e, por conseguinte, a sua impossibilidade de modificação (cláusula pétrea);

4.40. o direito à intimidade e ao sigilo de dados somente podem ser quebrados pelo Judiciário, sendo inconstitucional a previsão outorgada ao fisco pela Lei nº 10.174, de 2001, Lei Complementar nº 105, de 2001 e demais previsões;

4.41. o Supremo Tribunal Federal obstou a quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público, sem autorização judicial, em razão da sua imparcialidade. O que dizer então quando quebra é procedida pela Secretaria da Receita Federal, ente, diga-se de passo, interessado na violação dos dados da impugnante para aumentar a sua arrecadação? Se o Ministério Público não teria competência para sopesar os casos em que esse preceito deveria ser violado, óbvio que o órgão fiscal interessado em aumentar a sua própria arrecadação não o terá;

4.42. o fato do Poder Judiciário ser o único órgão competente para determinar a quebra do sigilo bancário decorre do postulado constitucional da reserva de jurisdição. Esse postulado decorre também da observância ao princípio do devido processo legal, bem assim do contraditório e da ampla defesa. Posto isto, força é concluir pela inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário da impugnante sem autorização judicial e, por conseguinte, nulidade do lançamento sob exame;



11

Da inconstitucionalidade da taxa Selic.

4.43. a utilização da taxa Selic para fins tributários encontra-se originalmente apenas prevista no §4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 1995. A Lei nº 8.212, de 1991, em seu art. 34, prescreve que a utilização da taxa Selic nos casos de pagamento fora do prazo, na condição de juros moratórios, prevendo, em seu art. 38, § 6º, a sua utilização na condição de juros remuneratórios de capital, na hipótese de moratória por débito confessado;

4.44. cumpre dizer que os dispositivos acima referidos somente prevêm a aplicação da taxa Selic, sem, contudo, dimensioná-la, ou seja, determinar em que proporção é aplicável. Assim, inexistente qualquer previsão legal acerca do seu patamar. Ressalte-se ainda que a taxa de juros Selic também não teve sua estrutura de cálculo detalhada em lei. O inciso I do art. 150 da Constituição ao consagrar o princípio da estrita legalidade na esfera tributária determina que não é possível exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça;

4.45. cumpre dizer que isso irradia efeitos não só em toda dimensão da regra matriz de incidência tributária (obrigação tributária), ou seja, critério material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo (alíquota e base de cálculo), mas como também em toda amplitude das obrigações acessórias, assim compreendidas, como aquelas que estabelecem as multas e os juros. Ao contrário da fixação da alíquota vir estabelecida em diploma de índole legal, como exige o princípio da legalidade, a mesma encontra-se disciplinada por resoluções e circulares do Banco Central;

4.46. ademais, o § 3º do art. 192 da Constituição determina que os juros moratórios devem ater-se à taxa de 1% ao mês. Desse modo, a legislação infralegal pode estabelecer apenas juros inferiores a esse limite; nunca, superiores a 1% ao mês. Logo, como a taxa Selic é bastante superior ao percentual de 1% ao mês, resta concluir que afronta também o limite constitucional quanto à fixação da taxa de juros;

4.47. ante a ausência de legislação prevendo a percentagem de juros Selic, quer ordinária ou complementar, força é concluir pela impossibilidade de sua aplicação. Além disso, sob os débitos de natureza fiscal somente podem incidir juros moratórios. Ora, a taxa Selic possui natureza remuneratória, logo a sua utilização é incompatível na esfera tributária, máxime na atualização de débitos tributários. Diante do exposto, força é concluir que a taxa Selic é eivada de inconstitucionalidades, não podendo, portanto, ser aplicada no cálculo do débito constante do presente auto de infração.

5. Ao final, a impugnante requer que seja declarada a nulidade do auto de infração, acolhendo-se os argumentos suscitados quanto ao mérito e quanto à forma, eximindo-a da cobrança do crédito tributário.

6. Para fortalecer as suas argumentações, a contribuinte cita em sua impugnação doutrina de renomados juristas e julgados do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

III. Do Julgamento de 1ª Instância

Apreciando a impugnação apresentada pela contribuinte, a 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Fortaleza (CE), manteve integralmente o lançamento, proferindo o Acórdão nº 7.189 (fls. 185 a 206 - volume 1), de 05/12/2005, assim ementado:



Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 1998

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS.

Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo.

ÔNUS DA PROVA.

Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários.

RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

A propositura da ação judicial, antes ou posteriormente à autuação, afasta o pronunciamento da autoridade administrativa sobre a matéria objeto da pretensão judicial, razão pela qual não se aprecia o seu mérito, não se conhecendo da impugnação apresentada, salvo quando se tratar de matéria diversa da(s) questionada(s) na referida ação.

JUROS MORATÓRIOS.TAXA SELIC.

A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na taxa referencial do Selic, decorre de expressa disposição legal.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1998

NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Quando comprovado nos autos que a disposição do art. 5º, LV da Constituição Federal, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa encontra-se resguardada, descabe a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa.

Não há que se falar em cerceamento de defesa quando resta comprovado nos autos que o contribuinte conheceu das acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as em sua impugnação.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1998

SENTENÇAS JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões as judiciais não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade da legislação.



IV. Do Recurso Voluntário

Notificada do Acórdão de primeira instância, em 22/08/2006 (vide AR de fl. 211 verso - volume 1), a contribuinte interpôs, em 21/09/2006, tempestivamente, o recurso de fls. 216 a 263 - volume 2, no qual após breve relatos fatos, reitera os argumentos apresentados na impugnação.

V. Da Distribuição

Processo que compôs o Lote nº 02, sorteado e distribuído para esta Conselheira na sessão pública da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes de 10/09/2008, vindo numerado até à fl. 392 - volume 2 (última).

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Relatora

Em síntese, da peça recursal extraí-se como preliminares: (i) o cerceamento de do direito de defesa; (ii) a irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001; e (iii) a inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário. No mérito, a contribuinte alega: (i) a impossibilidade dos depósitos bancários serem tidos como base para presunção legal de omissão de rendimentos; (ii) não ser obrigado a manter escrituração da movimentação financeira da conta da pessoa física; e (iii) inconstitucionalidade da taxa SELIC.

1 Opção pela via judicial

No que se refere à quebra do sigilo bancário e a irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001, o presente recurso não pode ser conhecido por este Colegiado, em face daquilo que a seguir se expõe.

Como já destacado pela decisão de primeira instância, a contribuinte impetrou mandado de segurança, processo judicial nº 2001.61.00.028343-0, cuja sentença encontra-se às fls. 90 a 98 – volume 1, no qual pleiteava:

[...] seja determinado ao Delegado da Receita Federal em São Paulo o sobrestamento da fiscalização e do andamento do Procedimento Fiscal nº 0813400 2001 00228 7-4, e a abstenção em adotar qualquer outra medida tendente à quebra do seu sigilo bancário. Alega a Impetrante, em resumo, que em razão de suas movimentações financeiras, recebeu intimação da Secretaria da Receita Federal para que prestasse esclarecimentos àquele órgão, no prazo de 20 dias. Entende, no entanto, que o procedimento adotado viola disposições constitucionais e que a Lei Complementar nº 105 é inconstitucional.

Ressalte-se que a pretensão da impetrante foi julgada improcedente, denegando-se a segurança, “por não vislumbrar, no procedimento adotado pelo Impetrado, qualquer violação a direito líquido e certo seu” (da impetrante). Não consta dos autos que a contribuinte detenha qualquer decisão favorável a seu pleito.

Assim, em se tratando de processo administrativo cujo objeto é idêntico àquele submetido ao Poder Judiciário, inócua torna-se a manifestação desta Câmara quanto a ela, uma vez que a decisão pretoriana sempre prevalecerá. Ressalte-se que esta questão já se encontra pacificada no âmbito no Primeiro Conselho de Contribuintes:

Súmula 1ª CC nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Quanto às demais matérias, o recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto merece ser conhecido.

Destarte, não conheço do presente recurso na parte que se refere à quebra do sigilo bancário e à irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001.

2 Cerceamento do direito de defesa

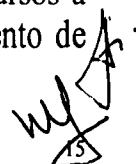
A contribuinte alega, em resumo, que teve seu direito de defesa cerceado pelos seguintes motivos: (i) reduzido horário e insuficiência das condições de atendimento; (ii) impedimento de acesso ao processo administrativo e diminuição do prazo para defesa; (iii) obrigatoriedade do reconhecimento de firma da procuração juntada e exigência de cópia autenticada de documento de identidade do procurador; e (iv) impedimento de carga dos autos do processo administrativo.

Muito embora pretenda a contribuinte fazer crer que houve cerceamento do seu direito de defesa, não é do que dos autos se depreende.

Nada há que impeça a repartição de estipular horário de atendimento ou agendamento para aqueles que desejem ter vista de seus processo, a fim de organizar melhor seu trabalho, o que, por si só, não pode ser considerado cerceamento do direito de defesa.

Conforme consta do documento de fl. 117 – volume 1, o representante legal da contribuinte compareceu, em 10/07/2002, quando lhe foi concedida vistas ao processo. Foi protocolizado, no dia seguinte, conforme petição de fl. 118 – volume 1, solicitação de cópia integral dos autos, as quais foram retiradas pelo procurador da contribuinte apenas em 24/07/2002.

Quando ao impedimento de carga dos autos, cabe repisar o que já foi dito na decisão de primeira instância. Por expressa determinação legal, contida no art. 38 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1998, os processos somente podem sair dos órgãos da Secretaria da Receita Federal (atual Receita Federal do Brasil) para: I - encaminhamento de recursos à instância superior; II - restituições de autos aos órgãos de origem; III - encaminhamento de documentos para fins de processamento de dados.



Ainda que a contribuinte não tivesse obtido as cópias dos autos em tempo hábil como alega, em virtude do horário reduzido de atendimento e outros empecilhos, verdade é que, como muito bem ressaltado, às fls. 198 e 199 – volume 1, pelo julgador *a quo*, ela já dispunha de todos os elementos necessários para a sua defesa:

12. Observa-se, ainda, que os documentos constantes do processo, a saber: Mandado de Procedimento Fiscal nº 08.1.34.00-2001-00228-7 e seus Complementares (fls. 01, 03/11), Mandado de Procedimento Fiscal nº 08.1.90.00-2002-00876-8 (fls. 13), Termo de Início de Fiscalização (15), Termo de Ciência de Continuação de Procedimento Fiscal (fls. 17), Termo de Intimação Fiscal e Relação dos depósitos efetuados na conta-corrente nº 0885-32387-3 do Banco Itaú S/A a serem comprovados (fls. 20/24), Termo de Verificação Fiscal (99/101), Demonstrativo de Depósitos Bancários (102/103) e Auto de Infração, foram recebidos pela contribuinte, por intermédio do seu procurador, Sr. Salvador Ribeiro dos Santos, CPF 899.900.648-49, tudo conforme historiado no mencionado Termo de Verificação Fiscal. Ressalta-se, inclusive, que a contribuinte anexa à sua impugnação, cópia dos citados Auto de Infração e Termo de Verificação Fiscal.

13. Vê-se, portanto, que a impugnante encontrava-se ciente das razões que lastrearam o presente lançamento, cabendo salientar que a relação dos depósitos efetuados na conta-corrente nº 0885-32387-3 do Banco Itaú S/A (fls. 22/24), a qual foi encaminhada à contribuinte, contém a data e o valor de cada depósito a ser comprovado perante a fiscalização.

14. Assim, constata-se que a contribuinte conheceu as acusações que lhe foram imputadas e, conforme se vê da impugnação apresentada, tais acusações foram rebatidas.

Ademais, entre a ciência do Auto de Infração (17/06/2002) e a ciência da decisão de primeira instância (22/08/2006), passaram-se mais de quatro anos, tempo suficiente para a contribuinte, se fosse o caso, comprovar o origem dos recursos creditados em suas contas bancárias. Contudo, ao apresentar o presente recurso limitou-se a recorrente a repisar os argumentos de sua impugnação, sem juntar qualquer documento que comprovasse a origem dos depósitos ora tributados.

Assim, por tudo quanto se expôs, não se caracterizou o alegado cerceamento do direito de defesa, razão pela qual rejeita-se a preliminar suscita.

3 Presunção de omissão com base em depósito bancário de origem não comprovada

Em análise das alegações postas, impõe-se, de início, ressaltar, que a Constituição Federal, além de conferir à União a competência para instituir o **imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza** (art. 153, inciso III), traçou, também, entre os princípios do Sistema Tributário, as atribuições da lei complementar, assim enumeradas (art. 146):

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;*
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;*
- c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas;*
- d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*

Do artigo retro transcrito, depreende-se que cabe à lei complementar, entre outras prerrogativas, estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, em especial, definir tributos e suas espécies, bem como os respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes. A lei complementar que dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário é a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, denominado Código Tributário Nacional – CTN, a qual foi recepcionada pela nova constituição, consoante art. 34, § 5º do Ato das Disposições Transitórias.

Importa ainda transcrever os art. 43 e 44 do Código Tributário Nacional – CTN:

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

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

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

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

Como se vê, a tributação do imposto de renda não está só calcada em rendimentos reais do contribuinte, mas também em rendimentos arbitrados ou **presumidos**.

Como preceitua o art. 113 do CTN, a obrigação principal, surge com a ocorrência do fato gerador, e este, por sua vez, consiste na situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência, conforme disposto no art. 114 do mesmo diploma legal.

Por sua vez, a presente autuação por omissão de rendimentos está embasada no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, *in verbis*:

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.

§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).

[...] (grifou-se)

De acordo com o dispositivo acima transcrito, basta ao fisco demonstrar a existência de depósitos bancários de origens não comprovadas para que se presuma, até prova em contrário, a cargo do contribuinte, a ocorrência de omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção legal do tipo *juris tantum* (relativa), e, portanto, cabe ao fisco comprovar apenas o fato definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, para que fique evidenciada a omissão de rendimentos.

Nestes termos, cumprido o ônus atribuído à Fazenda Pública, que é o de identificar os depósitos bancários não escriturados ou de origem não comprovada e de intimar o contribuinte a sobre eles se manifestar com o fim de afastar o peso que a presunção do artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 lhe transfere, e não tendo este mesmo contribuinte logrado afastar tal presunção *juris tantum*, evidenciada está a omissão de rendimentos.

Quanto às decisões administrativas mencionadas pela recorrente, como se sabe, estas não podem ser estendidas genericamente a outros casos, vinculando apenas as partes envolvidas naqueles litígios. Ressalte-se, contudo, que a jurisprudência mais recente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, vem corroborando nosso entendimento. Cite-se, por exemplo, a ementa do Acórdão CSRF nº 00.259, de 12.06.2006:



*DEPÓSITO BANCÁRIO – OMISSÃO DE RENDIMENTOS -
Caracterizam omissão de rendimentos valores creditados em conta
bancária mantida junto a instituição financeira quando o contribuinte,
regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e
idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, nos termos
do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996.*

4 Obrigatoriedade de escrituração da movimentação financeira das pessoas físicas

Cumpra esclarecer, inicialmente, que ao se exigir do contribuinte a comprovação da origem dos valores depositados em suas contas correntes não está a autoridade fiscal agindo de forma indiscriminada. Ao contrário, está apenas exigindo aquilo que a lei assim determinou. Logo, é dever do contribuinte manter em boa ordem as informações e documentos que lhe permitam esclarecer, quando solicitado, todos os ingressos em suas contas bancárias.

No que se refere ao fato de que as pessoas físicas, por não terem obrigação legal de escriturar suas operações cotidianas, muitas vezes realizadas informalmente, e, conseqüentemente, poderem encontrar dificuldades para justificar alguns valores incluídos há vários anos em suas contas bancárias, cabe ressaltar que a legislação prevê, especificamente no caso das pessoas físicas, que o levantamento da omissão de rendimentos seja feito excluindo-se os depósitos que individualmente sejam inferiores a R\$12.000,00, desde que no total não ultrapassem R\$ 80.000,00 num mesmo ano-calendário (§ 3º do art. 42 da Lei nº 9.430/1996). Tais limites foram estabelecidos para suprir eventuais dificuldades encontradas pelos contribuintes em justificar a origem dos depósitos referentes pequenas operações corriqueiras, em razão de sua falta de organização e previdência. Exclusões fora destes parâmetros não têm amparo legal e, portanto, não podem ser aceitas. No caso em que se analisa, trata-se de depósitos de valores muitas vezes expressivos (ultrapassando o valor total de R\$1.500.000,00) para os quais a contribuinte não teve a cautela de documentar adequadamente os fatos que alega terem ocorrido.

Assim, não pode a contribuinte se esquivar do ônus que a presunção legal do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, lhe atribuiu, alegando simplesmente não estar obrigada a manter escrituração de suas movimentações financeiras.

5 Agravamento da multa de ofício

Não obstante a contribuinte não tenha se manifestado especificamente em relação ao agravamento da multa de ofício incidente sobre o imposto decorrente da presunção de omissão de receitas com base em depósitos bancários de origem não comprovada, uma vez que o crédito tributário foi impugnado, há que se fazer algumas considerações.

Como dos autos se infere, o agravamento da penalidade se deu porque a autoridade fiscal entendeu estar inclusa nos limites do § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, a conduta do contribuinte de não cumprir seu “dever legal de prestar as informações à administração tributária”.

Entretanto, o fato de o contribuinte não apresentar os extratos bancários de suas contas correntes ou não comprovar a origem dos depósitos nelas depositados, tem para ele uma repercussão definida em lei: a caracterização da omissão de receitas, nada mais. Quando se está intimando o contribuinte a apresentar provas que a lei define como de responsabilidade dele

que se consubstanciam nos meios hábeis à conformação ou não da presunção, a não apresentação destas provas tem uma única decorrência: ter-se por verdade aquilo que a hipótese legal presume.

De outro lado, para o agravamento das multas de ofício para 112,5% ou 225%, o que é importante aferir é a resistência oposta pelo contribuinte ao conhecimento, por parte do fisco, da matéria tributável. Ou seja, é medida aplicável naqueles casos em que o fisco só pode chegar aos valores tributáveis, depois de expurgados os artifícios postos pelo sujeito passivo. À evidência, tal situação é muito diferente da que aqui se tem, pois a não comprovação da origem dos depósitos não obsta a atividade fiscal, pelo contrário a facilita, pois tal conduta do contribuinte coloca a presunção legal contra ele, autorizando o lançamento de ofício. Da mesma forma, os extratos bancários não fornecidos pelo contribuinte, regularmente intimado a apresentá-los, podem ser obtidos por meio de requisição formulada diretamente às instituições financeiras.

Como se vê, ao não justificar a origem dos depósitos ou mesmo ao se recusar a apresentar seus extratos bancários, o contribuinte atua contra si próprio, não se podendo, nestes casos, ter-se como evidenciada conduta tendente à caracterização da situação que justifica a imposição da multa de agravada.

Diante do exposto, manifesto-me no sentido de que não restou evidenciada a situação de fato que daria ensejo à aplicação da multa de ofício de 112,5%, devendo a mesma ser reduzida para 75%.

6 Taxa Selic

Na verdade, a exigência dos juros apurados a partir da Taxa SELIC está prevista, de forma literal, no artigo 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995 e no § 3º do art. 61 da Lei nº 9.430/1996, não havendo como afastá-la sem expurgar, também, tais dispositivos literais de lei.

Ademais, esta matéria já se encontra pacificada no âmbito deste Tribunal Administrativo, nos termos da Súmula nº 4 do 1º CC, em vigor desde de 28/07/2006:

Súmula 1ª CC nº 4: A partir de 1ª 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.

Ressalte-se que o enunciado sumular é de aplicação obrigatória nos julgamentos de segundo grau, nos termos do art. 53 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007. Assim, não pode qualquer Conselheiro adotar posicionamento diferente de matéria pacificada por meio de súmula ainda em vigor.

Destarte, há que se referendar o feito fiscal naquilo que se relaciona com a aplicação da Taxa SELIC como juros de mora.




Handwritten signature and stamp, possibly indicating approval or signature of an official.

7 Conclusão

Diante do exposto, voto por NÃO CONHECER do recurso, no que se refere à quebra do sigilo bancário e à irretroatividade da Lei nº 10.174, de 2001, REJEITAR a preliminar de cerceamento do direito de defesa e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reduzir a multa de ofício de 112,5% para 75%.

Sala das Sessões, em 5 de fevereiro de 2009.


Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº: 13808.001188/2002-30
Recurso: 155.813

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 106-17.243.

Brasília, 28 SET 2009

EVELINE COELHO DE MELO HOMAR
Chefe da Secretaria
Segunda Câmara da Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

- Apenas com Ciência
- Com Recurso Especial
- Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador(a) da Fazenda Nacional