



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

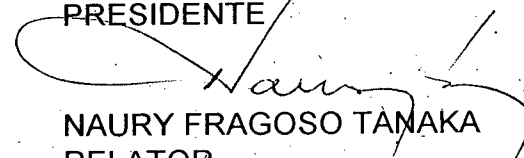
Processo n.º : 13874.000136/2003-33
Recurso n.º : 136.303
Matéria : IRPF - EX.: 1998
Recorrente : LUCI IOSHIDA ARIKITA
Recorrida : 5.ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO II - SP
Sessão de : 05 DE JULHO DE 2004

RESOLUÇÃO Nº. 102-2.184

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela LUCI IOSHIDA ARIKITA.

RESOLVEM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator.


ANTONIO DE FREITAS DUTRA
PRESIDENTE


NAURY FRAGOSO TANAKA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 13 AGO 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, EZIO GIOBATTÀ BERNARDINIS, JOSÉ OLESKOVICZ, JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS e MARIA GORETTI BULHÕES CARVALHO. Ausente, justificadamente, o Conselheiro GERALDO MASCARENHAS LOPES CANÇADO DINIZ.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 13874.000136/2003-33
Resolução nº : 102-2.184
Recurso nº : 136.303
Recorrente : LÚCÍ IOSHIDA ARIKITA

RELATÓRIO

Litígio decorrente da exigência da parte restante da formalização, por Auto de Infração, de 21 de março de 2002, do crédito tributário resultante do Imposto de Renda e acréscimos legais pertinentes em valor de R\$ 3.215.214,96, incidente sobre rendimentos, de natureza tributável e de espécie desconhecida, caracterizados por presunção legal de renda com suporte em depósitos e créditos bancários de origem não comprovada, omitidos em todos os meses do ano-calendário de 1.998.

Parte restante do crédito, considerando que no julgamento de primeira instância foi afastada a incidência da penalidade qualificada, com suporte na falta de elementos que denotassem o elemento subjetivo e o evidente intuito de fraudar, na forma do artigo 72, da lei n.º 4502, de 1964, fl.70.

O feito teve fundamentação legal nos artigos 42 da lei n.º 9.430, de 1996, 21, da lei n.º 9532, de 1997 e 849 do Regulamento do Imposto de Renda-RIR, aprovado pelo Decreto n.º 3.000, de 1999. A penalidade de ofício foi qualificada e agravada, na forma do artigo 44, II, e § 2.º da Lei n.º 9.430, de 1996. Os juros de mora tiveram suporte no artigo 61, § 3.º da lei n.º 9430/96.

Cabe esclarecer que este processo resultou da transferência do crédito constante do processo 10855.001030/2002-14, por representação do chefe da Agência da Receita Federal, considerando que no julgamento de primeira instância foi afastada a incidência da penalidade qualificada e recorrido de ofício ao



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº. : 13874.000136/2003-33
Resolução n.º : 102-2.184

E. Primeiro Conselho de Contribuintes e em razão de ter a contribuinte ingressado com Ação Ordinária, em momento posterior a esse ato, e nesta obtido a antecipação de tutela para fins de suspender a cobrança do crédito tributário lançado com base nos dados obtidos por meio da CPMF e em depósitos e créditos bancários, fl. 1.

Conforme Termo de Constatação, fl. 44, a contribuinte não apresentou declaração de ajuste anual correspondente ao período fiscalizado, e deixou de atender a solicitação contida no Termo de Início de Fiscalização, encaminhado junto ao Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, fl. 1.

Também não se manifestou a respeito das solicitações contidas nos Termo de Intimação Fiscal n.º 01, e Termo de Intimação Fiscal n.º 02, pois em 8 de agosto de 2001, fl. 159, comunicou ao Delegado da Receita Federal em Sorocaba que estava discutindo a quebra do sigilo bancário pela SRF junto à Justiça Federal mediante ação do tipo Mandado de Segurança, n.º 2001.61.10.002646-4, naquela oportunidade com recurso ao TRF/3.^a Região, e que enquanto não decidida a questão não prestaria qualquer informação à Administração Fiscal a respeito dos dados bancários. Nessa ação judicial a liminar pleiteada foi indeferida pelo juízo da Segunda Vara Federal de Sorocaba.

Dessa forma, a investigação desenvolveu-se com os dados obtidos pela Autoridade Fiscal junto às instituições financeiras e sem a manifestação do pólo negativo da relação jurídica tributária.

Conhecendo o feito e representada por seu patrono Alexandre Ogusuku, OAB SP n.º 137.378, fl. 184, contestou a exigência nele contida alegando a sua nulidade por se encontrar centrado em dados da Contribuição Provisória para Movimentação Financeira – CPMF, os quais estavam bloqueados para uso na fiscalização de outros tributos até a edição da lei n.º 10.174, de 2001. Segundo seu



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n.º : 13874.000136/2003-33

Resolução n.º : 102-2.184

entendimento, o lançamento, de acordo com a norma contida no artigo 144, do CTN, deve reger-se pela norma então vigente à época dos fatos. E, como no período fiscalizado era proibida a utilização dos dados da CPMF para esse tipo de lançamento, bem assim o sigilo bancário que estava protegido pela Constituição Federal, artigo 5.º, *caput*, X, XII, a exigência não teria eficácia porque com suporte em fundamentação legal inadequada e inválida no momento dos fatos.

Complementou a motivação pleiteando a nulidade do feito, também, em razão de a movimentação bancária não constituir renda, ou fato gerador do Imposto de Renda – IR. Nessa linha, reforçou sua posição com aquela da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Acórdão CSRF n.º 01-03.172, de 7 de novembro de 2000, em análise de julgado da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes⁽¹⁾.

Contestou a multa de ofício por seu aspecto confiscatório, e os juros de mora pela inconstitucionalidade e ilegalidade, sem, no entanto, indicar a fundamentação legal para essas últimas posições.

A peça impugnatória foi juntada às fls. 177 a 183, e acompanhada de Instrumento de Procuração "Ad Judicia et extra", fl. 184, e de cópia do feito, fls. 185 a 190.

¹ Obtida a cópia do Acórdão CSRF n.º 01-03.172, junto à Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, verifica-se que tem por referência lançamento sobre IRPF, exercícios de 1990 a 1992, e seguinte ementa: "IRPF – OMISSÃO DE RENDIMENTOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS – Descabe o arbitramento dos rendimentos com base em depósitos bancários ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras quando o fisco deixe de demonstrar sinais exteriores de riqueza que evidenciem a renda auferida ou consumida pelo contribuinte. Os valores depositados em conta corrente bancária não caracterizam fato gerador do imposto de renda, mas são indícios que podem levar a uma presunção de omissão de receita cabendo ao fisco a prova de sua existência".



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 13874.000136/2003-33

Resolução n.º : 102-2.184

Julgado em primeira instância pelo colegiado da Quinta Turma da DRJ São Paulo II, Acórdão n.º 2.461, de 19 de março de 2003, a lide foi considerada parcialmente favorável à contribuinte.

A nulidade do feito com suporte na retroatividade da lei n.º 10.174, de 2001, foi afastada considerando o colegiado julgador a característica de norma inerente ao Direito Formal e não de Direito Material, motivo para que sua validade estenda-se aos fatos pendentes. Reforçada a posição com a doutrina de Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito, não indicou outros dados) sobre a distinção desses ramos do Direito, também José Souto Maior Borges², sobre as normas contidas no artigo 144, do CTN e no mesmo sentido, Antonio Roberto Sampaio Dória³. Ainda citou julgados do Poder Judiciário a respeito do assunto.

A vedação de acesso aos dados bancários, pleiteada pelo impugnante como fonte de nulidade do feito, teve contraposição justificada e com fundamento no artigo 197, do CTN, na lei complementar n.º 105, de 2001, artigo 6.º e Decreto n.º 3.724, de 2001.

Quanto ao mérito, rejeitada a alegação de que depósitos e créditos bancários não constituem renda, trazendo o colegiado, para esse fim, o suporte na presunção legal estabelecida pelo artigo 42 da lei n.º 9430, de 1996. Essa norma, além de permitir presumir a renda quando presentes esses fatos-base sem a devida comprovação da origem, transfere o ônus da prova em contrário ao contribuinte.

O requerido efeito confiscatório da multa de ofício não foi acolhido em consideração à validade da norma de fundo. Explicado nesse ato que o princípio é dirigido ao legislador e não ao aplicador da norma.

² BORGES, José Souto Maior. Lançamento Tributário, 2.ª Ed. Malheiros Editores.

³ DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. Da lei tributária no tempo, São Paulo, 1968, p. 320.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº. : 13874.000136/2003-33
Resolução nº. : 102-2.184

A qualificação da penalidade de ofício foi afastada em razão da falta de elementos que comprovassem a presença de elemento subjetivo na conduta da contribuinte, caracterizadores da fraude prevista no artigo 72 da lei n.º 4502, de 1964. Aditou o relator que a presunção autoriza a conclusão pela omissão de rendimentos, e não pelo "*evidente intuito de fraudar*", e que no processo não constam outros elementos que possibilitem concluir nessa linha de raciocínio.

O agravamento da penalidade foi mantido em decorrência do não atendimento das Intimações lavradas em 30 de março de 2001, 26 de julho e 7 de agosto do mesmo ano.

Dessa forma, reduzida a penalidade ao percentual de 112,5%.

A aplicação dos juros de mora com suporte na taxa SELIC foi mantida em face do artigo 161, § 1.º do CTN conter norma autorizativa da aplicabilidade de outra contendo juros em patamar superior a 1%. E, nesta situação a lei n.º 9065/95, artigo 13, deu nova redação a dispositivos da lei n.º 8981/95, e possibilitou a imposição dos juros de mora na forma consubstanciada pela Autoridade Fiscal.

Essas foram as justificativas e fundamentação com as quais o colegiado julgador de primeira instância decidiu pelo provimento parcial às alegações da recorrente. Recorreu de ofício ao E. Primeiro Conselho de Contribuintes por ter o crédito tributário exonerado valor maior que o limite de alçada estabelecido.

Em **17 de abril de 2003**, a unidade de origem recebeu comunicado da PFN Distrito Federal, via fac-símile, fl. 92, no qual informado sobre a concessão, pela MM Juíza Federal da 5.ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dr.ª



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n.º : 13874.000136/2003-33

Resolução n.º : 102-2.184

Daniele Maranhão Costa Calixto, de tutela antecipada em Ação Ordinária n.º 2002.34.00028818-7, proposta por Luci Ioshida Arikita, fls. 93 a 96, para que a autora não se sujeitasse ao pagamento do IR, ano-calendário de 1998, lançado com base nos dados da CPMF, e na sua movimentação bancária, até o julgamento final da dita Ação.

Considerando que a contribuinte ingressou com Recurso Voluntário dirigido ao E. Primeiro Conselho de Contribuintes, fls. 97 a 123, a Autoridade responsável pelo órgão preparador efetuou a representação citada no início, formalizou este processo, e o encaminhou a este órgão, para julgamento.

A peça recursal contém contestação à posição do colegiado de primeira instância, que a seguir transcrevo, em síntese.

Tomando como suporte a Constituição Federal de 1988, que reflete o conjunto de valores acolhidos pela sociedade como primordiais à existência social, e os ensinamentos de José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional, 9.ª Ed., Malheiros, p. 376), a recorrente, representada pelo patrono já identificado, requereu aplicação do princípio da irretroatividade das leis, da legalidade, e do direito adquirido, para afastar a aplicação das normas contidas nas leis n.º 10.174, de 2001, e da LC n.º 105, de 2001, à situação em análise. Nessa posição, utilizou, ainda, como reforço, o entendimento manifestado pelo STF, na ADIN 1451-7, no voto do Min. Moreira Alves.

Afirmou que o sigilo bancário encontra-se entre os direitos individuais previstos na Magna Carta, no artigo 5.º, XII, e esta é uma norma de eficácia contida e aplicabilidade imediata, ou seja, enquanto a lei não regular os casos de exceção ao direito de inviolabilidade dos dados, somente o Estado-Juiz



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 13874.000136/2003-33

Resolução n.º : 102-2.184

poderá autorizar a quebra do sigilo bancário. Considerando que referida norma contem uma limitação constitucional ao poder de tributar, a CF/88 veda a aplicação retroativa da LC n.º 105/2001. O acesso a tais dados, antes da referida lei, somente poderia ser efetuado com autorização judicial.

A lei n.º 10174, de 2001, trata de quebra indireta do mesmo sigilo bancário, uma vez que autoriza o Fisco a utilizar os dados da CPMF como instrumento de fiscalização tributária.

Afirmou a recorrente que esta norma não é de natureza procedimental, mas de conteúdo material, e nesta esfera, o artigo 144, do CTN, dispõe que o lançamento rege-se pela lei então vigente à data de ocorrência do fato gerador da obrigação.

Contestou, também, a atribuição de ocorrência do fato gerador do tributo pela presença dos depósitos e créditos bancários considerando que as entradas e saídas de uma conta-corrente não indicam acréscimo patrimonial. Somente poderia ser aceita essa hipótese, quando tais valores fossem atrelados a outros sinais exteriores de riqueza.

Finalizou a peça recursal protestando contra o efeito confiscatório da penalidade aplicada, enquanto os juros de mora, extorsivos, ilegais e inconstitucionais, pela utilização da taxa SELIC como referencial.

O crédito encontra-se suspenso conforme informado em despacho à fl. 128.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n.º : 13874.000136/2003-33
Resolução n.º : 102-2.184

VOTO

Conselheiro NAURY FRAGOSO TANAKA, Relator

Verifica-se que a contribuinte obteve a *tutela antecipada*⁴ em Ação Ordinária n.º 2002.34.00028818-7, deferida pela MM Juíza Federal da 5.ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dr.ª Daniele Maranhão Costa Calixto, para que a autora não se sujeite ao pagamento do IR, ano-calendário de 1998, lançado com base nos dados da CPMF, e na sua movimentação bancária, até o julgamento final da dita Ação.

Conforme detalhado no *início e ao final da decisão* dessa Autoridade Judicial a referida ação tem por objeto a exigência do tributo com suporte no fato gerador obtido através dos depósitos e créditos bancários, fl. 94.

No entanto, a ação pode envolver matéria ligada com a principal, como o afastamento da multa de ofício, entre outras, que não foram objeto da tutela antecipada.

Para que se possa definir sobre a intenção da contribuinte por qual das esferas de poder optou, ou seja, se a sua opção foi no sentido de transferir a

⁴ CPC – Lei n.º 5869, de 1973 - Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (*Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994*)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (*Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994*)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (*Redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994*)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 13874.000136/2003-33

Resolução n.º : 102-2.184

análise do litígio para a esfera do Poder Judiciário, via Ação Ordinária⁵, situação que tornaria inadequado o seguimento processual administrativo, ou se o objeto teve centro, apenas, na paralisação da atividade de cobrança do referido crédito, necessário que o processo seja instruído com documentos que evidenciem, com clareza, a que se refere a dita ação.

Assim, o julgamento deve ser convertido em diligência, a ser realizada por funcionário da unidade de origem, no sentido de que o processo seja instruído com documento integrante da referida ação ordinária – entre eles a petição inicial – no qual seja indicado, claramente, o seu objeto.

Sala das Sessões - DF, em 07 de julho de 2004.



NAURY FRAGOSO TANAKA

⁵ "A maioria das ações que o sujeito passivo tem contra o sujeito ativo da obrigação tributária, segue o procedimento ordinário. A ação inicia-se por petição que deve atender os requisitos do art. 282 do CPC, sob pena de indeferimento da inicial. Citada a Fazenda Pública, poderá esta se defender oferecendo, no prazo de 15 dias, contestação, exceção e reconvenção de acordo com o que for cabível. A falta de contestação implica em revelia, reputando-se os fatos alegados na inicial como verdadeiros. Se houver revelia, ou se a questão for puramente de direito, ou sendo de fato, não depender de provas a serem produzidas em audiência, deverá o Juiz proferir a sentença de plano (julgamento antecipado da lide), art. 330 do CPC. Caso contrário, deverá o Juiz proferir despacho saneador deferindo as provas pertinentes e designando audiência". CAMPOS, Dejalma de. Direito Processual Tributário, 2.ª Ed., São Paulo, Atlas, 1993, 92.