



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

Processo nº 19515.000195/2004-58
Recurso nº 155.642 Voluntário
Matéria IRPF - Exs.: 2000 a 2001
Acórdão nº 102-49.437
Sessão de 17 de dezembro de 2008
Recorrente RENATO HELENA
Recorrida 7ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2000, 2001

CONFLITO DE COMPETÊNCIA JUDICIÁRIA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS DECORRENTES DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM DESCONHECIDA. Tendo o contribuinte obtido medida liminar junto ao Juízo Cível para que seu sigilo bancário não fosse quebrado e, ao mesmo tempo, tendo o Fisco representado junto ao Ministério Público e este último, ingressado junto ao Juízo Penal e obtido a ordem para quebra do sigilo bancário e obtenção dos extratos, fica caracterizado conflito de competência judiciária que não cabe a este Tribunal Administrativo dirimir. Constatado que, a quebra de sigilo se deu afinal, através de ordem judicial que afastou a ordem anterior, não há que se falar em nulidade do lançamento, por prevalência de uma (ordem judicial) sobre a outra. Preliminar de nulidade afastada.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Presunção legal relativa estabelecida pelo art. 42 da Lei 9.430 de 1.996. Inversão do ônus da prova. Não logrando o sujeito passivo comprovar a origem dos depósitos realizados na conta corrente bancária de sua titularidade, deve ser mantido o lançamento. A alegação do titular da conta bancária, que exerce a advocacia e que a revelação da origem dos depósitos iria ferir o sigilo profissional ao qual se obriga, não tem o condão de afastar a presunção legal relativa, contida no artigo 42 da Lei 9.430 de 1.996.

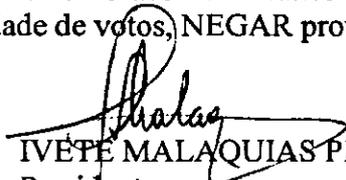
APLICAÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO E COBRANÇA DE ACRÉSCIMOS LEGAIS COM BASE NA VARIAÇÃO DA TAXA SELIC. Ambas são determinações decorrentes da mera aplicação da legislação vigente e não podem ser afastadas.

Preliminar de nulidade afastada.

Recurso negado. *f*

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, AFASTAR a preliminar de nulidade. Vencido o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva que apresenta declaração de voto e, no mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
Presidente


SILVANA MANCINI KARAM
Relatora

FORMALIZADO EM: 28 AGO 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Raimundo Tosta Santos, Núbia Matos Moura, Alexandre Naoki Nishioka, Eduardo Tadeu Farah, Vanessa Pereira Rodrigues Domene.

Relatório

O interessado acima indicado recorre a este Conselho contra a decisão proferida pela instância administrativa “a quo”, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Em razão de sua pertinência, peço vênia para adotar como RELATÓRIO do presente, relatório e voto da decisão recorrida, *in verbis*:

“Em ação levada a efeito na contribuinte acima qualificada, apurou-se o crédito tributário na importância correspondente a R\$ 610.456,23 (seiscentos e dez mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e vinte e três centavos) relativo ao Imposto de Renda Pessoa Física – OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA, nos anos-calendário 1999 e 2000, sendo R\$ 264.704,03 referentes ao imposto, R\$ 198.528,01 referentes à multa proporcional e R\$ 147.224,19 referentes aos juros, consubstanciado no Auto de Infração de fls. 348 a 350.

2.A infração apurada, que resultou na constituição do crédito tributário referido, encontra-se relatada no Termo de Verificação do Auto de Infração (fls. 338 e 339) e nos dá conta, segundo relato, de omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimentos, mantidas em Instituições Financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou mediante documentação

hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações, destacando-se, ainda, os seguintes aspectos:

que por meio de ofício 2039/2003 da Sexta Vara Criminal Federal, de 13/08/2003, referente à Processo Criminal Diverso 2002.61.81.007528-1, foram encaminhados a esta Divisão os extratos bancários referentes à movimentação financeira do contribuinte dos anos-calendário de 1998, 1999 e 2000;

conforme Mandado de Procedimento Fiscal, os trabalhos de fiscalização restringiram-se aos anos de 1999 e 2000;

que, em Termo de Início de Fiscalização, datado de 16/09/2003, o contribuinte foi intimado a comprovar a origem dos valores creditados/depositados em suas contas correntes, nos anos de 1999 e 2000, elencados em planilha anexa à intimação;

em 25/09/2003, em resposta ao Termo de Intimação, o contribuinte alegou dificuldades em obter os documentos comprobatórios de sua movimentação financeira dos anos solicitados e solicitou prazo adicional de 90 dias. Além disso, invocou a concessão da segurança, em 24/06/2002, em face do Mandado de Segurança 2002.61.00.0243080-0, onde o juízo federal determinou que a autoridade coatora, no caso a Receita Federal, se abstinhasse de quebrar-lhe o sigilo bancário, relativamente a período anterior a 2001;

foi concedido, ao contribuinte, prazo de 30 dias, a partir de 05/10/2003;

em 24/09/2003, o contribuinte solicitou nova prorrogação de prazo para a entrega dos comprovantes inicialmente requeridos, tendo sido concedido prazo adicional de 30 dias;

transcorrido o prazo concedido, o contribuinte não se manifestou;

3.O Auto de Infração foi lavrado em 28/11/2003, tomando o autuado ciência em mesma data, pessoalmente (fl. 06), tendo ingressado com a impugnação (fls. 156 a 249) em 23/12/2003, através de seu advogado formalmente habilitado, conforme procuração de fl. 325, na qual procura demonstrar a improcedência da autuação, alegando, em resumo, que:

descrevendo os fatos, o impugnante diz que, em 18/10/2002, o ora Impugnante impetrou Mandado de Segurança visando assegurar aspecto de seu direito constitucional à privacidade. A liminar, proferida em 22/10/2002, concedeu a segurança, para "suspender os efeitos do Procedimento Fiscal nº 08.1.90.00-2002.03313-4, determinando à Autoridade Impetrada que se abstenha de quebrar o sigilo bancário do impetrante relativamente ao ano calendário de 1998";

em 24/06/2003, foi proferida sentença de primeira instância, da qual consta, ao final: "Diante do exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA para fim de determinar que a autoridade coatora se abstenha, pessoalmente ou por seus subordinados, de quebrar-lhe o sigilo bancário, para fins de constituição de crédito tributário relativo a outros tributos que não a CPMF, relativamente a período anterior a 2001.";

explica que, não obstante a determinação judicial, em 16/09/2003, o Impugnante foi cientificado de Mandado de Procedimento Fiscal relativo ao período compreendido entre 01/1999 e 12/2000. Ainda à revelia da determinação judicial, o Fisco

evidencia ter efetuado a quebra do sigilo bancário do Impugnante, conforme se constata pelo Demonstrativo de Movimentação Bancária juntado ao processo às folhas 5 a 8;

conclui que, evidente a violação do sigilo bancário, contra legem e afrontando sentença judicial;

em procedimentos criminal, do qual o Impugnante só tomou conhecimento ao ter vistas do processo administrativo ora Impugnado, consta a representação Criminal n.º 1.34.001.005801/2002-94 (Processo Criminal n.º 2002.61.81.007528-1, que tramita junto à 6.ª Vara Criminal federal);

o impugnante apresenta uma síntese dos fatos ocorridos, por data de ocorrência, em fl. 365 do processo;

PRELIMIARES. Argumenta que não deve prosperar o Auto de Infração em razão das afrontas à Constituição e das ilegalidades dos atos que lhe deram origem;

que as informações contidas no Auto de Infração foram obtidas em afronta à Constituição, ao arrepio da Lei, à revelia judicial. O procedimento de fiscalização que culminou na lavratura do Auto de Infração está, desde a sua mais remota origem, portanto, eivado pela nulidade;

alega que, o Fisco, ao expedir Mandado de Procedimento fiscal, já havia, contrariando a Lei 9.311/1996, obtido junto às Instituições Financeiras, informações que constam do demonstrativo Consolidado de Crédito Tributário. As informações foram obtidas junto às Instituições Financeiras sem o embasamento de medida judicial que o autorizasse, conforme exigência legal e violando também o princípio e comando contido no artigo 5.º, inciso X da Constituição Federal com a quebra do sigilo bancário;

o Senhor Delegado da DEFIC foi notificado da liminar concessora da segurança ao contribuinte, em 24/10/2002. Diante deste fato, aquela autoridade procurou, por outras vias, furtar-se aos efeitos da liminar, e prosseguir na violação ilegal do sigilo bancário;

em 04/12/2002, o pedido de quebra de sigilo bancário relativo à representação criminal, foi deferido liminarmente, com a conseqüente expedição de ofício aos bancos Unibanco, Itaú e Bank Boston;

tem-se, então, que face à impossibilidade de continuar com o violação do sigilo bancário, em razão da Liminar, lançou mão de táticas menos ortodoxas para continuar a violação ilegal;

o juízo criminal acatou o pedido do fisco, expedindo ofício aos bancos em 04/12/2002;

prossegue argumentando que "Criou-se, com este estratagema do fisco, uma situação sui generis, bem como uma manobra processual vedada por lei. Com origem em ato administrativo nulo, em razão de ilegalidade e inconstitucionalidade, desenvolveu-se o Processo Administrativo n.º 19515.000195/2004-58. O contribuinte, ora impugnante, visando impedir a continuação da ilegal violação, iniciou um processo Civil – Mandado de Segurança n.º 2002.61.0000140080-0. Por sua vez, o Fisco, buscando burlar o empecilho da Liminar no

Mandado de Segurança, inicia Processo Criminal (Representação Criminal nº 1.34.001.005801/2002-94).”;

alega que o objeto de ambos os processos – civil e criminal – são idênticos: a quebra do sigilo bancário. Os pedidos são exatamente opostos, ou seja, no processo civil, ajuizado em 18/10/2002, o contribuinte pede que não seja quebrado o sigilo bancário e obtém liminar e sentença favoráveis; no processo criminal, o Fisco pede, em 4 de dezembro de 2002, que seja quebrado o sigilo bancário e obtém o que pede;

o resultado é que o juízo civil ordena que não seja quebrado o sigilo bancário, e, contrariamente, o juízo criminal ordena que seja quebrado o sigilo bancário, ao mesmo tempo;

argumenta que, este resultado é exatamente idêntico ao que se verifica em uma situação de litispendência (artigo 3001, V do Código processo civil, e artigo 95, III do Código de Processo Penal). Litispendência, por ser desvantajosa ao desenvolvimento do ordenamento jurídico e pernicioso ao princípio da segurança jurídica, não é admitida no direito pátrio;

complementa dizendo que, a jurisprudência orienta no sentido de que “A litispendência constitui matéria de ordem pública e deve ser reconhecida ‘ex officio’, independentemente de provocação da parte interessada” (STJ-2ª Seção, CC 34.298-DF – AgRg – Edel, rel Mon. Ari Pargendler, j. 25.09.02);

NULIDADE DE LANÇAMENTO. Nos termos do art. 114 do CTN, somente quando ocorre no mundo fenomênico um fato que, em todos os seus exatos contornos, corresponde a uma hipótese de incidência, é que surge a obrigação tributária, ensejando a efetivação do lançamento que constituirá o correspondente crédito tributário;

se não há exata correspondência entre o fato e a dita norma de incidência, não há como surgir obrigação tributária e, em tal hipótese, caso fosse efetuado lançamento, este estaria eivado de nulidade;

não há norma que prescreva que depósitos bancários constituem fatos geradores do imposto de renda, em sendo assim, o lançamento está contaminado pelo vício da ILEGALIDADE, pelo que, em PRELIMINAR, requer seja o mesmo declARado NULO e, desta forma e por este motivo, CANCELADO;

NULIDADE POR AFRONTA À CONSTITUIÇÃO. Destaca as situações que entende caracterizar o desrespeito à Constituição, como seguem a) Alega violação dos comandos constitucionais do art. 5º, incisos X e LVI;

consta nos Termos de Intimação e Reintimação a informação de que os valores da movimentação financeira foram obtidos com base nas informações prestadas à Secretaria da receita Federal, pelas instituições financeiras;

ressalta que a Lei nº 9.311/1996 apenas autoriza a utilização dessas informações acobertadas pelo sigilo bancário por parte da secretaria da receita Federal para que promova a fiscalização e arrecadação da CPMF, e por outro lado veda explicitamente a sua utilização sob qualquer pretexto nos procedimentos tendentes a constituir crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos que não a própria CPMF, nos termos do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96;

o art. 11, § 3º da Lei n° 9.311/96 torna ilegais e irregulares outros procedimentos que não os vinculados especificamente à CPMF, em razão de dados obtidos a partir da mesma contribuição;

b) o artigo 1º da Constituição Federal, define a República Federativa do Brasil como um “Estado democrático de Direito”, consagrando, em seu artigo 2º, o postulado da separação de poderes;

nesse sentido, conclui que não podem prosperar procedimentos de quebra de sigilo bancário carentes de autorização dos órgãos competentes para tanto, ou seja, os jurisdicionais, ou aqueles aos quais são atribuídos poderes próprios das autoridades judiciais, conforme o artigo 58, §3 da CF;

c) Argumenta que o Ordenamento Jurídico brasileiro consagra o Princípio da Irretroatividade das leis. Alega que tal Princípio está em vias de ser atingido, dado que, ao que se evidencia pelo termo de Intimação, pretende a Fiscalização aplicar, em relação ao ano de 1998, legislação que lhe é posterior;

pretende o Fisco aplicar ao caso os recentes dispositivos insertos na Lei Complementar 105/2001 e na Lei 10.174/2001 que autoriza o Fisco a quebrar o sigilo bancário sem a necessidade de um provimento jurisdicional favorável;

prossegue, ainda que se admitisse a constitucionalidade desta, é imperioso concluir que as mesmas não poderiam ser aplicadas retroatividade, como pretende o Fisco, menos ainda se considerada a restrição imposta pelo parágrafo terceiro do artigo 11 da Lei 9.311/1996, que veda a utilização dos dados da CPMF para constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos;

o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, impede que a legislação infraconstitucional, ainda quando de ordem pública, retroaja para alcançar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, ou que o Juiz a aplique retroativamente;

portanto, qualquer tentativa de emprestar efeito retrooperante ao art. 1º da Lei n° 10.174/2001 VIOLARIA o artigo 5º, XXXVI e XL da Constituição federal, artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e o art. 105 do Código Tributário Nacional;

conclui, assim, que se impõe a declaração da NULIDADE da autuação e a conseqüente exoneração do crédito tributário, configurados a ofensa aos princípios emanados do texto Constitucional e em especial aos mandamentos contidos no art. 5º, incisos X, XII, XXXVI e XL, bem como ao artigo 6º da Lei de Introdução do Código Civil e ao artigo 105 do Código Tributário Nacional;

MÉRITO. Argumenta que, é necessário que haja uma hipótese de incidência prevista em lei e que ocorra o “fato imponible” (fato gerador) exatamente de acordo com o previsto na hipótese de incidência para que se instaure a relação jurídica dando nascimento à obrigação tributária;

o fato gerador do imposto de renda, conforme definido no Código tributário nacional é a aquisição de disponibilidade de renda e depósito bancário não é renda nem fato gerador do imposto de renda;

argumenta que, o impugnante possui como atividade profissional a advocacia, que exige, de acordo com seu Código de Ética, sigilo absoluto de todas as transações, inclusive a movimentação financeira no interesse de seus clientes;

o impugnante, pelos serviços realizados, recebeu honorários que foram devidamente apresentados em sua declaração de rendimentos. Todavia, sua movimentação junto às instituições financeiras, inclui valores outros, inclusive os relativos a custas a despesas processuais, a pagamentos relacionados a acordos ente seus clientes e terceiros, os quais estão protegidos pelo dever de sigilo inerentes à sua atividade de profissional do Direito;

faz transcrição de mentas de decisões judiciais acerca do sigilo profissional;

O FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA AUTUAÇÃO COM BASE EM PRESUNÇÃO. O fato gerador do imposto de renda, conforme definido no CTN é a aquisição de disponibilidade de renda e depósito bancário não é renda nem fato gerador do imposto de renda;

não se configurou, no presente caso, o fato gerador pretendido pela Fiscalização, tratando-se de autuação com base em presunção;

prossegue argumentando que, tratou-se, a partir de depósitos bancários de supor uma inexistente omissão de rendimentos. Em suma, foi autuação por presunção e sempre que esta se dá deve estar reforçada por elementos inequívocos de prova. E movimentação bancária não é prova de omissão de receita;

faz referência a entendimento do professor Antonio Airton Ferreira, fazendo transcrição de parte de seu texto; Ainda, transcreve ementas de acórdãos do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos, bem como destaca Súmula nº 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos – TFR;

conclui, então, que a presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei 9.430/96 colide com as diretrizes do processo de criação das presunções legais, pois a experiência haurida com os casos anteriores evidenciou que entre esses dois fatos não havia nexo causal, vale dizer, constatou-se não haver liame absoluto entre o depósito bancário e o rendimento omitido;

transcreve, também, manifestação do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, a fim de robustecer seu entendimento; apresenta, jurisprudências do TRF e do Conselho de Contribuintes;

Cita textos de Paulo de Barros Carvalho, Hugo de Brito Machado e Gilberto de Ulhôa Cantos;

conclui, então, a que, a doutrina está concorde em que a mera existência de depósitos em nome de alguém não o torna sujeito passivo de imposto de renda – exatamente por não ficar evidenciado, com o mero depósito, que esse alguém haja adquirido a disponibilidade econômica ou jurídica de renda; e esse, sim é que é o fato necessário para que surja a obrigação tributária em concreto;

a existência de depósitos serviria, nessa linha de idéias, apenas para sugerir uma presunção de aquisição de renda. Mas não se poderia construir uma exigência de tributo a partir, simplesmente, de uma presunção. Caberia ao Fisco comprovar que tais depósitos constituíssem ou refletissem efetiva aquisição de disponibilidade de renda;

argumenta eu o entendimento doutrinário e suas razões legais encontram apoio já jurisprudência da Alta Corte, fazendo, assim, referência a acórdãos do TRF;

DEPÓSITO BANCÁRIO NÃO É RENDA NEM FATO GERADOR DE IMPOSTO DE RENDA. *Argumenta que não resiste aos princípios da LEGALIDADE e da TIPICIDADE o auto de infração calcado em mera presunção não prevista em lei;*

nula a autuação que afronta a Constituição e a lei;

o art. 150, inciso I, da Constituição Federal, impõe o princípio da legalidade da tributação, segundo o qual nenhum tributo será exigido ou aumentado sem lei que o estabeleça. Não existe infração nem fato gerador do imposto de renda no depósito em si, nem a saída ou na movimentação bancária, e conclui-se que o Auto de Infração peca pela ILEGALIDADE.

A JURISPRUDÊNCIA RECENTE. *Alega que, sinaliza a improcedência das autuações calcadas em depósitos bancários, quer se refiram a Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) ou a Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), também, a mais recente jurisprudência; nesse sentido, faz citação de vários acórdãos do Conselho de Contribuintes;*

CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES QUE CONTAMINAM A AUTUAÇÃO. *a) os documentos anexos ao presente processo evidenciam que foi quebrado o sigilo bancário dos três filhos do ora impugnante, SEM ORDEM JUDICIAL; b) os documentos anexos evidenciam que o lançamento foi efetuado com base nas informações obtidas pelo Fisco diretamente junto às instituições financeiras, sem autorização judicial para tanto. Isto se evidencia pelas primeiras intimações recebidas pelo ora impugnante, emitidas durante o ano de 2002, das quais já constavam os nomes das instituições financeiras e os valores movimentados nestas. Assim, a instauração de processo criminal, com ofensa à Constituição e ao arripio da Lei serviu para esquivar-se da ordem judicial contida na limar e na sentença do Mandado de Segurança e para a tentativa de dar aparência de legalidade à quebra do sigilo bancário;*

MULTAS. *Argumenta que, não tendo ocorrido infração, incabível a pretendida incidência da norma sancionante;*

requer o cancelamento da multa aplicada no Auto de Infração, demonstrada sua improcedência;

OS JUROS. *Impossibilidade da cobrança de juros superiores a 12% ao ano, por expressa vedação constitucional;*

a TR, TRD e SELIC têm natureza remuneratória, caracterizando-se como autênticos meios de remuneração do capital. Atuam como pagamento pelo uso do dinheiro e são calculados em função da variação de seu custo, sujeito às flutuações da economia de mercado;

a sua aplicação aos tributos vencidos ofende os conceitos jurídico e econômico de juros, traduzindo-se igualmente em ofensa ao parágrafo 1º do artigo 161 do CTN e ao § 3º do artigo 192 da Constituição Federal;

O PEDIDO. Requer seja declarado Nulo/Cancelado o Auto de Infração com a conseqüente exoneração do correspondente crédito tributário.

A impugnação é tempestiva e atende aos demais requisitos de admissibilidade previstos no decreto 70.235 de 06/03/1972 e suas alterações posteriores. Portanto, dela toma-se conhecimento.

PRELIMINARES

5. Em caráter preliminar, o impugnante requer a NULIDADE da autuação alegando as seguintes razões: a) violação aos comandos constitucionais do art. 5º, inciso X e LVI; b) ausência de autorização judicial para a quebra do sigilo bancário; c) violação ao Princípio da Irretroatividade das leis.

6. Primeiramente, cabe destacar que o impugnante impetrou ação em Mandado de Segurança nº 2002.61.00024080-0, na qual discute as seguintes questões (fls. 404 a 417): Desrespeito aos Direitos individuais assegurados nos incisos X e XII, do art. 5º da Constituição Federal bem como o Devido Processo Legal, que o sigilo bancário é protegido pela Constituição Federal, e a irretroatividade da LC 105/2001 e Lei nº 10.174/2001, que deu nova redação ao parágrafo 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/1996.

7. Considerando que o ingresso de ação judicial importa na renúncia à discussão na esfera administrativa, as matérias acima mencionadas que se encontram sub judice deverão aguardar a decisão definitiva a ser proferida na esfera judicial. O processo administrativo deverá, contudo, ter seu prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada.

8. Posteriormente serão abordados os efeitos da ação judicial relativamente as matérias ali tratadas que foram trazidas à discussão no presente processo administrativo, entretanto, inicialmente, comporta verificar os pressupostos para que se decrete a nulidade do lançamento fiscal a fim de se verificar ser cabível, ou não, a reivindicada nulidade.

DA NULIDADE DO LANÇAMENTO.

9. Há de se constatar que todos os requisitos previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, que regula o processo administrativo fiscal, foram observados quando da lavratura do auto de infração, a saber:

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

I - a qualificação do autuado;

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

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;

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

10.No tocante aos aspectos relativos a nulidade dos atos que compõem o processo fiscal, destaque-se o estabelecido pelo artigo 59, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

“Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

11.Verifica-se, pelo exame do processo, que não ocorreram os pressupostos supracitados, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado por Auditor Fiscal da Receita Federal - servidor competente para efetuar o lançamento -, perfeitamente identificado pelo nome, matrícula e assinatura em todos os Atos emitidos pelo mesmo, no decorrer do procedimento fiscal, conforme designação pelo Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº MPF 08.1.90.00-2003-03199-2.

12.O autuado, por outro lado, teve conhecimento da existência do citado procedimento fiscal, tendo sido concedido ao mesmo o mais amplo direito, pela oportunidade de apresentar, já na fase de instrução do processo, em resposta às intimações que recebeu, argumentos, alegações e documentos no sentido de tentar elidir as infrações apuradas pela fiscalização. Por fim, o contribuinte teve ciência do mesmo, exercendo amplamente o seu direito de defesa, conforme impugnação recebida e conhecida de fls.358 a 399.

13.Pelo exposto, tem-se que a autoridade lançadora agiu com estrita observância das normas legais que regem a matéria, não tendo como prosperar as alegações de nulidade do lançamento.

CONCOMITÂNCIA ENTRE O PROCESSO JUDICIAL E O ADMINISTRATIVO.

14.O contribuinte interpôs medida judicial, mais especificamente, MANDADO DE SEGURANÇA (Autos de nº 2002.61.00024080-0), obtendo liminar no sentido de que a impetrada se absteresse, pessoalmente ou por seus subordinados, de quebrar-lhe o sigilo bancário para fins de constituição de crédito tributário relativo a outros tributos que não a CPMF, relativamente a período anterior a 2001.

15.Conforme documento juntado a fls. 404 a 417, o Impetrante pretende em ação judicial discutir desrespeito aos Direitos Individuais assegurados nos incisos X e XII, do art. 5º, da Constituição Federal, o Devido Processo Legal, o Sigilo Bancário e os efeitos retroativos da LC 105/2001 e Lei nº 10.174/2001, que deu nova redação ao parágrafo 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/1996.

16. Em 24/06/2003, houve **CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA** para fim de determinar que a autoridade coatora se abstenha, pessoalmente ou por seus subordinados, de quebrar-lhe o sigilo bancário para fins de constituição de crédito tributário relativo a outros tributos que não a CPMF, relativamente a período anterior a 2001. O referido processo foi remetido em 03/11/2003 ao TRF 3ª Região, fl. 426.

17. Tendo em vista que o impugnante, sob os temas "da inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial", "irretroatividade da Lei Complementar 105/2001 e Lei nº 10.174/2001, que deu nova redação ao parágrafo 3º do art. 11 da Lei nº 9.311/1996" e "violação a direitos individuais assegurados nos incisos X e XII, do art. 5º, da Constituição Federal", abre discussão no presente processo administrativo-fiscal, bem como em ação judicial, não se pode, administrativamente, tomar conhecimento das referidas matérias, pois o contribuinte renunciou ao poder de recorrer na esfera administrativa ao impetrar ação judicial, conforme disposição que segue.

18. Segundo dispõem o artigo 1º, parágrafo 2º, do Decreto-lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, e o artigo 38, parágrafo único da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, a propositura, pelo contribuinte, de mandado de segurança, ação anulatória ou declaratória de nulidade de crédito da Fazenda Nacional, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

19. Nesse sentido, foi editado Ato Declaratório Normativo da Coordenação Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal (ADN/COSIT) nº 3/96, cujos termos encontram-se reproduzidos a seguir:

"a) a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois da autuação, com o mesmo objeto, importa em renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;

b) conseqüentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p. ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo etc);

c) no caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 do CTN; na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se de fazê-lo, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do artigo 151, do CTN;

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC)."

20. Com efeito, a coisa julgada a ser proferida no âmbito do Poder Judiciário, jamais poderia ser alterada no processo administrativo, pois tal procedimento feriria a Constituição Federal, que adota o modelo de jurisdição una, onde são soberanas as decisões judiciais.

21. *O ato normativo citado acima veio consolidar, administrativamente, uma interpretação já consagrada na jurisprudência do Conselho de Contribuintes, cujo conteúdo básico ora se extrai do voto do Ilmo. Relator, Vilson Biadola, no acórdão 103-18.617, de 14/05/1997:*

"(...) Desta forma, não sendo nulo o lançamento, mas apenas passível de exclusão de valores indevidos nele constantes, resta examinar o fato do sujeito passivo estar discutindo a mesma matéria na esfera judicial.

Neste aspecto, é importante tecer alguns comentários sobre os julgamentos administrativos. Estes se revestem como um autocontrole da legalidade dos atos administrativos, que gozam de uma presunção relativa de legalidade e, em princípio, se reputam válidos.

Assim, esta presunção de legalidade admite prova em contrário e, a administrativa jurisdicional, exercendo o controle da legalidade de seus atos ao decidir se a pretensão do Fisco está ou não de acordo com a lei.

No entanto, tal autocontrole não impede o controle do Poder Judiciário, quando este for impulsionado pelo sujeito passivo à apreciação do ato administrativo.

Mas o controle do judiciário se sobrepõe ao controle administrativo, ou autocontrole, porquanto não se pode excluir do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito individual, conforme previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Desta forma, sujeitando-se os atos administrativos à discricões do Poder Judiciário, por princípio, se o contribuinte ingressar na via judicial, estará renunciando às instâncias administrativas, uma vez que qualquer decisão administrativa que for prolatada não terá eficácia frente à decisão judicial, que a ela se sobrepõe.

Destarte, torna-se ilógico continuar os procedimentos administrativos judicantes, quando judicialmente se discute idêntica matéria e com a mesma finalidade.

Existindo controvérsia já estabelecida previamente no judiciário, sobre uma determinada hipótese jurídica - (...) - não é possível admitir-se uma discussão sobre a mesma questão através de ato administrativo de revisão, pois a solução desta jamais poderá sobrepor-se àquela "

22. *No caso sob exame, a identidade de objeto entre os processos administrativo e judicial está patente nos fundamentos apresentados pelo contribuinte, conforme segue: A INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO E FISCAL SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, VIOLAÇÃO AOS DIREITOS INDIVIDUAIS ASSEGURADOS NOS INCISOS X E XII, DO ART. 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL e IRRETROATIVIDADE DA LC 105/2001 e LEI nº 10.174/2001, que deu nova redação ao parágrafo 3º do ART. 11 da LEI nº 9.311/1996.*

23. *Dessa forma, esta Delegacia de Julgamento não toma conhecimento de impugnação onde o contribuinte discute a mesma matéria que já foi levada à decisão do Poder Judiciário.*

Da prova Ilícita.

24. *O impugnante defende que as informações contidas no Auto de Infração foram obtidas em afronta à Constituição, ao arrepio da Lei, à revelia judicial. Alega que, o Fisco, ao expedir Mandado de Procedimento fiscal, já havia, contrariando a Lei 9.311/1996, obtido junto às Instituições Financeiras, informações que constam do demonstrativo Consolidado de Crédito Tributário. As informações foram obtidas junto às Instituições Financeiras sem o embasamento de medida judicial que o autorizasse, conforme exigência legal e violando também o princípio e comando contido no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal com a quebra do sigilo bancário.*

25. *Destaque-se, entretanto, que essas questões são objeto de ações judiciais, tendo a explanação que se segue, apenas, função de esclarecer o entendimento desta Autoridade Julgadora de que a obtenção dos dados bancários do contribuinte, logo de início, quando instaurado o procedimento fiscal, tinha respaldo legal. Assim, tem-se que a Lei Complementar nº 105, de janeiro de 2001, prescreve que o acesso às informações bancárias independe de autorização, não constituindo quebra de sigilo uma vez que as informações obtidas permanecem protegidas. A Lei 5.172, de 1966 (CTN), em seu artigo 198, veda sua divulgação para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública Nacional ou de seus funcionários, sem prejuízo do disposto na legislação criminal.*

26. *Integrando referida disposição legal ao preceituado no art. 144, § 1º, do CTN, tendo em vista que a LC nº 105/2001 refere-se a novos critérios de apuração e de fiscalização, verifica-se que a aplicação da LC 105/2001 é imediata, ao tempo do lançamento, inclusive quanto a fato jurídico tributário ocorrido em data anterior.*

27. *A integração da LC 105/2001, com o § 1º, do art. 144, do CTN, é imposição legal e instrumental obrigatórias, independe da vontade do agente, e não há imposição de qualquer forma de restrição. Se a lei nova refere-se a novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, aplicar-se-á esta lei nova à data do fato jurídico tributário, ao procedimento administrativo de lançamento.*

28. *No presente caso a quebra do sigilo bancário foi decretada pela Justiça Criminal Federal (processo n.º 2002.61.81.007528-1) que encaminhou à Receita Federal os extratos bancários referentes à movimentação financeira do contribuinte, para providência de sua alçada.*

Da obtenção dos dados fiscais pela Autoridade Administrativa – Legislação.

29. *A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2.001, dispõe acerca do sigilo das operações de instituições financeiras, e assim determina:*

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 3º *Não constitui violação do dever de sigilo:*

[...]

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

[...]

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços

[...]

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que se refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

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

30. Com efeito, o Decreto nº 3.724, de 10/01/2001, regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, e assim dispõe, in verbis:

“(…)Art. 2º A Secretaria da Receita Federal, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.(…)”

§ 2º O procedimento de fiscalização somente terá início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído em ato da Secretaria da Receita Federal, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º deste artigo.(…)”

Art. 3º Os exames referidos no caput do artigo anterior somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses:

I – subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

II – obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;

III – prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições estabelecidas no art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

IV – omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;

V – realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;

VI – remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;

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

VIII – pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais:

a) cancelada;

b) inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei nº 9.430, de 1996;

IX – pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;

X – negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira(...)”(grifamos)

31. Assim, a partir da prestação, por parte das instituições financeiras, das informações e documentos solicitados pela autoridade tributária competente, como autorizam a Lei Complementar nº 105/2.001 e o art. 197, II, da Lei nº 5.172, de 25/10/1.966, o sigilo bancário não é quebrado, mas, apenas, se transfere à responsabilidade da autoridade administrativa solicitante e dos agentes fiscais que a eles tenham acesso no restrito exercício de suas funções, que não poderão violar, salvo as ressalvas do parágrafo único do art. 198 e do art. 199, ambos do Código Tributário Nacional, como, aliás, prevê o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, sob pena de incorrerem em infração administrativa e em crime (§ 7º do art. 38 da Lei nº 4.595/1964; art. 198 do CTN; art. 325 do CPC).

32. Para melhor compreensão, segue abaixo a transcrição de alguns dos citados dispositivos legais.

Lei nº 5.172/1.966

"Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça.

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio."

Lei nº 4.595/1.964

"Art. 38.

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

Código Penal

"Violação de Sigilo Funcional

Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave."

33. Frise-se, pois, que as informações obtidas junto às instituições financeiras pela autoridade fiscal, a par de amparada legalmente (Lei Complementar nº 105/2.001; art. 197, inc. II, da Lei nº 5.172, de 25/10/1.966; art. 918 do RIR aprovado pelo Decreto 3.000, de 26/03/1.999; Portaria MF/GB nº 493/1.968; Comunicado BACEN/DEFIS 373/1.987), não implicam quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais (art. 201 e §§ 1º e 2º, e art. 202 do Decreto-lei nº 5.844/1943, dispositivos consolidados nos art. 998 e 999 do Regulamento do Imposto de Renda), de sorte que inócorre ilicitude no início do procedimento fiscal.

Das ações judiciais em andamento.

34. No que tange aos reflexos dos processos judiciais em andamento, mencionados na impugnação, tem-se, de um lado, o processo civil – Mandado de Segurança nº 2002.61.00024080-0, impetrado pelo ora impugnante, com o objetivo de obstar a quebra de sigilo bancário, a partir do recebimento de intimação da Receita Federal que iniciava procedimento fiscal, e, de outro, o processo criminal nº 2002.61.81.007528-1, resultante de Representação Criminal por parte do Delegado da Receita Federal de Fiscalização.

35. Explica o impugnante que houve concessão de liminar no Mandado de Segurança para suspender os efeitos do Procedimento Fiscal nº 08.1.90.00-2002.03313-4, determinando à Autoridade Impetrada que se abstivesse de quebrar o sigilo bancário do impetrante, mas que, o Fisco, buscando burlar o empecilho da Liminar no Mandado de

segurança, inicia Processo Criminal através de Representação Criminal efetuada pelo Delegado da Receita Federal.

36. Relativamente a Ação Criminal, que, segundo o impugnante, teve por objetivo furtar-se aos efeitos da liminar, e prosseguir na violação ilegal do sigilo bancário, por parte do Fisco, necessário fazer algumas ressalvas a essa linha de raciocínio.

37. A Representação Fiscal para Fins Penais é a comunicação, à autoridade competente, da existência de indícios que indiquem uma conduta criminosa praticada pelo contribuinte (notícia do crime) de que o servidor fiscal tenha conhecimento em razão de sua função. A Portaria SRF nº 2.572/2001, com as alterações introduzidas pela Portaria nº 1.279/2002, determina que a Representação Fiscal para Fins Penais seja efetuada não apenas nos casos em que haja indícios de Crime contra a Ordem tributária ou em detrimento ao Erário, mas também nos casos de qualquer crime contra a Administração Pública Federal. A Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41) em seu art. 66 considera que incorrerá na contravenção denominada "Omissão de Comunicação de Crime" quem deixar de comunicar à autoridade competente, crime de ação pública incondicionada de que teve conhecimento no exercício de função pública.

38. O dever de representar está preceituado em vários dispositivos legais, a saber:

Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41), cujo art. 66 estabelece:

"Omissão de Comunicação de Crime

Art. 66 - Deixar de comunicar à autoridade competente:

I - crime de ação penal pública, de que teve conhecimento no exercício da função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;"

39. Do mesmo modo, a Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico Único) estipula como dever funcional, em seu art. 116, incisos VI e XII:

"Art. 116 - São deveres do servidor:

.....

VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver conhecimento em razão do cargo;

.....

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder."

40. A Lei nº 8.137/1990 imprimiu nova dinâmica, com a especialização da Procuradoria-Geral da República no papel de Ministério Público Federal (pelo novo texto Constitucional) e a limitação das condições de extinção da punibilidade dos Crimes contra a Ordem Tributária às regras gerais do art. 107 do Código Penal (após a vigência da Lei nº 8.383/1991), ficando evidente a vontade política de enfrentar os delitos dessa espécie de

maneira mais eficaz, o que resultou a publicação Decreto nº 325/1991 e, posteriormente, a do Decreto nº 982/1993.

41.O art. 83 da Lei nº 9.430/1995 estatuiu que a Representação Fiscal para Fins Penais relativa aos crimes contra ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990 seria encaminhada ao Ministério Público Federal após a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

42.Assim, após o breve histórico acerca da legislação que norteia a Representação Fiscal para Fins Penais, conclui-se que, ao Auditor Fiscal compete o crédito tributário e impor ao contribuinte a sanção devida por conduta tributariamente condenável, mediante a lavratura de Auto de Infração. Ainda, deparando-se a autoridade fiscal com fatos ou indícios que indiquem uma conduta criminosa, está ele obrigado a comunicar a ocorrência dos fatos que, EM TESE, constituem ilícito penal.

43.Observe que, o Auditor Fiscal, embora impedido de prosseguir com o procedimento fiscal, em razão de Liminar em Mandado de Segurança, dispunha de elementos que indicavam existência de conduta criminosa por parte do contribuinte, assim sendo, e tendo em vista, ainda, a prescrição penal e a decadência do direito de lançar, por dever funcional, a Autoridade Fiscal da Receita Federal competente encaminhou ao Ministério Público Federal expediente contendo notícia do crime acerca dos delitos previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, destacando a existência de liminar “que impede a fiscalização de obter, junto ao mesmo ou a instituição financeira, acesso a sua movimentação financeira.”

44.A Autoridade Fiscal apenas cumpriu seu dever e representou ao órgão federal competente para que ele tomasse as iniciativas cabíveis na espécie. Dada a autonomia das instâncias civil e criminal, o Ministério Público, reconhecendo necessária a quebra do sigilo bancário, a fim de se apurar as responsabilidades, requer a quebra do sigilo, tendo sido esta concedida via instauração de processo criminal nº 2002.61.81.007528-1. Por meio de ofício 2039/2003 da Sexta Vara Criminal Federal, de 13/08/2003, foram encaminhados à Delegacia da Receita Federal de Fiscalização em São Paulo, os extratos bancários referentes à movimentação financeira do contribuinte, anos-calendário de 1999 e 2000, obtidos a partir de determinação judicial.

45.É dentro deste contexto que deve ser visualizada pelo interessado a Ação Criminal – um dever de ofício da fiscalização quando constatados elementos que indiquem conduta criminosa, elementos estes que, mediante análise pelo Ministério Público, e a critério deste, são adotadas as providências cabíveis. Destaque-se que, o prosseguimento da ação penal, relativamente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, depende da constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, da materialidade do crime.

46.Resumindo, num primeiro momento, antes da concessão da Liminar em Mandado de Segurança, tem-se que o acesso às informações bancárias do contribuinte não estava condicionado à autorização do Poder Judiciário, logo, a ausência desta não influenciou o início do procedimento fiscal baseado em informações bancárias; num segundo momento, em razão da concessão de liminar impedindo o acesso à movimentação financeira do contribuinte, pelo Fisco, este, após tomado ciência da Liminar, nenhum ato processual executou, não havendo de se falar em descumprimento de ordem judicial; num terceiro momento, a Justiça Criminal Federal decretou a quebra do sigilo bancário e encaminhou à

Receita Federal os extratos bancários referentes a movimentação financeira do contribuinte, para providência de sua alçada, o que resultou no Auto de Infração que ora se contesta.

47. Pelo acima exposto, não houve invasão de competência entre os Poderes da Federação, tampouco o exercício de atribuições de uma esfera por outra.

48. Quanto a alegada existência de situação de litispendência, há de se destacar que esta ocorre quando se reproduz ação idêntica a outra que já está em curso, e as ações são idênticas quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. No caso presente não se dá a litispendência, pois, uma ação é civil (Mandado de Segurança), tendo como partes do processo o Sr. RENATO HELENA e o Sr. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE FISCALIZAÇÃO EM SÃO PAULO, já a outra ação é criminal, tendo como partes do processo o MINISTÉRIO PÚBLICO e o Sr. RENATO HELENA (fl. 422).

49. Correto, portanto, o procedimento fiscal com base nos extratos bancários, à vista da legislação vigente e a partir de determinação da Justiça Criminal Federal.

MÉRITO

DOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS – NÃO SUSTENTAM A PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS.

50. Discursa acerca do teor do termo “presunção” dizendo que a autuação se baseou-se em presunção e sempre que esta se dá deve estar reforçada por elementos inequívocos de prova, e movimentação bancária não é prova de omissão de receita, argumenta.

51. A manifestação de inconformidade do impugnante acerca da exigência consubstanciada no Auto de Infração de fls. 348 a 350, compreendendo a tributação dos rendimentos omitidos provenientes de valores creditados em conta de depósito ou de investimento, de origem não comprovada, receberá uma cuidadosa exposição, frente à argumentação de que depósitos bancários não sustentam a presunção legal de omissão de rendimentos.

52. O procedimento fiscal foi levado a efeito sob a égide do artigo 42 da Lei 9.430, de 27/12/1996, com alteração posterior introduzida pelo art. 4º da Lei nº 9.481, de 13/08/1997, cujo texto legal a seguir se transcreve:

Lei nº 9.430/1996:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à 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). (art. 42, § 3º, II, da Lei n° 9.430/1996 c/c art. 4º da Lei n° 9.481, de 13/08/1997).

*53. A partir de 01/01/1997 (data em que se tornou eficaz a Lei n.º 9.430/96), a existência de depósitos de origens não comprovadas, como bem afirmou o impugnante, tornou-se uma nova hipótese legal de **presunção de omissão de rendimentos**, que veio se juntar ao elenco já existente; com isso, atenuou-se a carga probatória atribuída ao fisco, que precisa apenas demonstrar a existência de depósitos bancários de origem não comprovada para satisfazer o ônus probandi a seu cargo. Assim, a criação de uma presunção mais sumária concede ao fisco a dispensa de estabelecer um nexo de causalidade entre tais depósitos e fatos concretos ensejadores do ilícito.*

54. As presunções estão, desde há muito, incorporadas à ordem jurídica. Por meio delas, estabelece a lei, com base naquilo que se observa na maior parte dos casos – baseando-se, portanto, na aplicação de um critério de razoabilidade –, que ocorrida determinada situação fática, pode-se presumir, até prova em contrário – esta a carga do contribuinte –, a ocorrência da omissão de renda/rendimentos.

*55. O que é importante perceber, no entanto, é que não se desobriga a autoridade de comprovar o(s) fato(s) que dá(ão) origem à omissão de renda: ou aquele definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção *juris tantum*, ou aqueles outros concretamente evidenciadores da materialidade da infração.*

*56. Evidenciada, assim, a absoluta licitude do estabelecimento de presunções legais, cumpre que se diga que a existência de depósitos bancários com origem não comprovada, no ano-calendário 1998 (sob vigência da Lei n° 9.430/96) é, por si só, hipótese presuntiva de omissão de receitas – trata-se de uma presunção legal do tipo *juris tantum* (relativa). Cabe, portanto, ao contribuinte apresentar justificativas válidas para os ingressos ocorridos em suas contas correntes.*

57. Corroborando este entendimento, nos ensina José Luiz Bulhões Pedreira in "Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas", JUSTEC - RJ - 1979 - p. 806:

O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que ao negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume, cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativa) provar que o fato presumido não existe no caso.

58. É função do Fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento, examinar a correspondente declaração de rendimentos e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos/informações/esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de rendimentos de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte.

59. Por outro lado, ressalte-se, é de conhecimento de todos os contribuintes que os mesmos devem manter sob a sua guarda os documentos que digam respeito aos fatos geradores de qualquer tributo, enquanto não extinto o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário. Em nenhum momento pediu-se registros detalhados da movimentação financeira, mas que, se essa movimentação é reflexo de atividade profissional, o contribuinte deve manter sob a sua guarda todos os documentos que se vinculem a ela; se se trata de qualquer outra forma de atividade, com reflexo na tributação, deverá manter os documentos relativos a essa atividade também sob sua guarda. São esses documentos que foram solicitados durante toda a fiscalização.

60. Entretanto, o auto de infração foi lavrado em 30/01/2004, sem que a referida documentação comprobatória tivesse sido apresentada; a impugnação foi protocolizada em 27/02/2004, fundamentando-se, basicamente, em questões de direito (nulidade do auto de infração baseado em prova obtida ilícitamente, ausência de autorização judicial para o acesso aos dados constantes dos extratos bancários, inocorrência do fato gerador), não se manifestando quanto às questões de fato, deixando de apresentar, também nesta fase impugnatória, as provas da origem dos recursos dos depósitos em suas contas correntes, sendo que são estas, tão-somente, que podem afastar a procedência do lançamento.

61. Destarte, não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder/dever de autuar a omissão no valor dos depósitos bancários recebidos. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente tão-somente a inquestionável observância das normas vigentes.

62. Assim, não cabe razão ao impugnante relativamente inocorrência do fato gerador, pois caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantido junto a instituição financeira, cuja origem não foi comprovada.

CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES QUE CONTAMINAM A AUTUAÇÃO.

63. Sob este título alega o impugnante que os documentos anexos evidenciam que o lançamento foi efetuado com base nas informações obtidas pelo Fisco diretamente junto às instituições financeiras, sem autorização judicial para tanto. Isto se evidencia pelas primeiras intimações recebidas pelo ora impugnante, emitidas durante o ano de 2002, das quais já constavam os nomes das instituições financeiras e os valores movimentados nestas. Conclui, então, que a instauração de processo criminal, com ofensa à Constituição e ao arripio da Lei serviu para esquivar-se da ordem judicial contida na limar e na sentença do Mandado de Segurança e para a tentativa de dar aparência de legalidade à quebra do sigilo bancário.

64. *Essas questões foram largamente debatidas nos parágrafos 12 a 38 acima, restando evidenciado que “antes da concessão da Liminar em Mandado de Segurança, tem-se que o acesso às informações bancárias do contribuinte não estava condicionado à autorização do Poder Judiciário, logo, a ausência desta não influenciou o início do procedimento fiscal baseado em informações bancárias; num segundo momento, em razão da concessão de liminar impedindo o acesso à movimentação financeira do contribuinte, pelo Fisco, este, depois de tomada ciência da Liminar, nenhum ato processual executou, não havendo de se falar em descumprimento de ordem judicial; num terceiro momento, a Justiça Criminal Federal decretou a quebra do sigilo bancário e encaminhou à Receita Federal os extratos bancários referentes à movimentação financeira do contribuinte, para providência de sua alçada, o que resultou no Auto de Infração que ora se contesta.”.*

65. *Dessa forma, não resta dúvida de que o procedimento fiscal transcorreu de acordo com os pressupostos legais.*

66. *No que tange ao argumento de que os documentos anexos ao presente processo evidenciam que foi quebrado o sigilo bancário dos três filhos do ora impugnante, SEM ORDEM JUDICIAL, há de se destacar que se trata de matéria estranha, pois, somente uma pessoa sofreu autuação, através deste processo, que é o Sr. RENATO HELENA, qualquer outra pessoa que, porventura, tenha sofrido início de procedimento fiscal (regular ou irregularmente) é questão para ser discutida em processo específico, se for o caso.*

67. *Por outro lado, o disposto no parágrafo 64 supra é válido para todo e qualquer contribuinte, em assim sendo, o acesso às informações bancárias dos filhos do contribuinte em epígrafe não estava condicionado à autorização do Poder Judiciário, e os extratos a eles relativos anexados ao presente não maculam o procedimento, lembrando-se, sempre, que todos os elementos aqui envolvidos encontram-se protegidos pelo sigilo fiscal.*

DA MULTA DE OFÍCIO.

68. *Quanto à penalidade aplicada, cumpre reproduzir o disposto no artigo 63, “caput”, e seu § 1º, da Lei nº 9.430/1996, com a redação do art. 70 da MP nº 2.158-35, de 24/08/2001, esta última em vigor por força do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001, o qual estabelece as situações em que não é cabível o lançamento de multa de ofício:*

“Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei No 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.”

69. *No entanto, “in casu”, não estava presente, por ocasião do início do procedimento fiscal, qualquer das situações enumeradas nos incisos IV e V do artigo 151 do CTN, pois, conforme o próprio impugnante informa, o Mandado de Segurança foi impetrado com fim de obstar o prosseguimento do procedimento fiscal já instaurado.*

70. *Afastada a hipótese do art. 63, § 1º, da lei 9.430/1996, tem-se que a aplicação de multa de 75%, prescrita no art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996, é aplicável, sempre, nos lançamentos de ofício. Referida multa consiste em penalidade pecuniária aplicada em decorrência da infração cometida, no caso, omissão de rendimentos.*

DOS JUROS SELIC APLICADOS.

71. *A impugnante também se insurge contra a utilização da Taxa SELIC como fator de juros, alegando que a incidência da Taxa SELIC sobre o suposto débito apontado no auto não encontra respaldo jurídico.*

72. *Esclareça-se que, qualquer discussão em torno da constitucionalidade e legalidade de dispositivos legais dos quais tenha a fiscalização lançado mão, deve ser proposta ao Poder Judiciário, que detém com exclusividade a prerrogativa de decidir sobre a matéria, conforme se infere dos arts. 97 e 102 da Carta Magna.*

73. *Dessa forma, refoge à competência da autoridade administrativa a apreciação e decisão de questões que versem sobre a constitucionalidade de atos legais e/ou desrespeito de atos legais à norma de escalão hierárquico superior, salvo se já houver decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.*

74. *No que tange a base legal da cobrança, observe-se que o próprio Código Tributário Nacional, em seu art. 161, § 1º, abaixo transcrito, permite, por autorização legal, exigência de juros de mora em valor superior a 1% ao mês:*

"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês."

75. *De nenhuma forma, há vedação legal para que se exija juros moratórios em percentual maior que 1%, devendo ser aplicado no presente caso o disposto no art. 13 da Lei nº 9.065/1995 e art. 61, § 3º da Lei nº 9.430/1996.*

76. *A cobrança de juros de mora em percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) para títulos federais, acumuladas mensalmente, foi fixada pela Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, art. 13, portanto sua cobrança não é ilegal.*

77. *É cediço que, em época de crise ou mesmo fora dela, no mercado de dinheiro, se busca o capital onde for mais barato. Portanto, em matéria tributária, a exigência dos juros de mora com base em taxas flutuantes aos níveis de mercado, além de não encontrar nenhum óbice de natureza constitucional, atua como fator dissuasório da inadimplência fiscal ao impedir que o particular, como meio de fugir das taxas de mercado, utilize o expediente de atrasar o adimplemento de suas obrigações tributárias e, por conseguinte, de locupletar-se à custa do Erário.*

78. Assim, a exigência de juros de mora com base na taxa SELIC significa apenas uma adequação desses juros aos valores de mercado uma vez que, no sentido de se desindexar a economia, foi abolida a cobrança de correção monetária.

79. Dessa forma, correto o cálculo dos juros de mora calculados à taxa SELIC, em virtude de o mesmo estar de acordo com a legislação vigente.

DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL.

80. As decisões administrativas, mesmo as proferidas por Conselhos de Contribuintes, e as judiciais, excetuando-se as proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade das normas legais, 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.

81. Contudo, vale mostrar que, embora o interessado tenha ilustrado sua defesa com jurisprudências administrativa e judicial com entendimento sobre o assunto diverso ao do presente Acórdão, não se pode precisar a data das autuações que os originaram, sendo possível que se refiram a ilícitos decorrentes de fatos geradores ocorridos anteriormente à edição da Lei nº 9.430/1996. Ou seja, tais decisórios, provavelmente, decorreram do julgamento de processos administrativos fiscais formalizados antes que estivesse autorizada, por lei, a presunção de omissão de receitas em face da existência de depósitos bancários injustificados em nome dos contribuintes. É quase certo que tais créditos tributários estejam embasados na Lei nº 8.021/1990 que, como visto, regia a matéria anteriormente.

82. Como ilustração, por oportuno, faz-se uso de alguns Acórdãos do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, dentre inúmeros mais recentes que os citados na defesa apresentada, que trazem entendimento contrário ao do argumentado pelo defendente sobre lançamentos de omissão de receitas decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada, todos com fato gerador posterior à edição da Lei nº 9.430/1996:

“OMISSÃO DE RENDIMENTOS – LANÇAMENTO COM BASE EM VALORES CONSTANTES DE EXTRATOS BANCÁRIOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA – ART. 42 DA LEI N.º 9.430/96 – “Caracteriza omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação as quais o titular pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.” (AC 104-18883, exarado em sessão de 21/08/2002, pela 4ª Câmara do 1º CC)”

“OMISSÃO DE RENDIMENTOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS - “Com o advento da Lei n.º 9.430/96, caracterizam, também, omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular não comprove a origem dos recursos utilizados, observadas as exclusões previstas no § 3º, do art. 42, do citado diploma legal” (AC 106-12867, exarado em sessão de 17/09/2002, pela 6ª Câmara do 1º CC)”

“IRPF – OMISSÃO DE RENDIMENTOS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS – “Somente com o advento da Lei n.º 9.430, de 1996, é que depósitos bancários podem ser presumidos como rendimentos omitidos, desde que, em se tratando de presunção legal,

obedecidas as estritas normas pertinentes à matéria.”(AC 104-18668, exarado em sessão de 20/03/2002, pela 4ª Câmara do 1º CC)”

“DEPÓSITOS BANCÁRIOS – ANOS CALENDÁRIOS DE 1997 E 1998 – PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS – Para fatos geradores ocorridos a partir de primeiro de janeiro de 1997, a Lei n.º 9.430 de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores apontados em conta bancária, se o titular, regularmente intimado, não comprovar mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos. (AC 104-19330, exarado em sessão de 17/04/2003, pela 4ª Câmara do 1º CC)”

83. Por todo o exposto e tudo o mais que do processo consta VOTO no sentido de deixar de tomar conhecimento da matéria que constituiu objeto de ação judicial, quanto as demais, rejeitar as preliminares e, no mérito, JULGAR PROCEDENTE o lançamento consubstanciado no Auto de Infração de fls. 348 a 350.

No Recurso Voluntário, o interessado em síntese, ratifica as razões anteriormente expostas em sede de impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheira SILVANA MANCINI KARAM, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos de admissibilidade. Dele conheço e passo a sua análise.

Em sede de preliminar, o interessado requer pela nulidade do feito administrativo porque teria havido, em seu entender, irregular quebra de sigilo bancário.

Conforme muito bem detalhado na decisão recorrida, ora utilizada como relatório desta manifestação, ao ser intimado a prestar informações sobre os depósitos bancários realizados em sua conta corrente, o interessado ingressou com mandado de segurança e obteve liminar em seu favor, impossibilitando ao Delegado da Receita Federal o acesso aos seus dados bancários. A DRF agravou daquela decisão que concedeu a liminar, e, ao mesmo tempo, ingressou com representação junto ao Ministério Público informando a presença (i) de indícios de crime contra a ordem tributária e, (ii) da liminar que impedia o prosseguimento das apurações. O Ministério Público, por sua vez, interpôs ação judicial própria, perante o Juízo Penal, que determinou a quebra do sigilo bancário, intimando as instituições financeiras a apresentarem os extratos bancários.

Estes procedimentos foram considerados ilegais pelo contribuinte, provavelmente porque o artigo 83 da Lei 9.430 de 1996, determina que a representação fiscal para fins penais somente pode ser encaminhada ao MP após o trânsito em julgado da decisão administrativa que reconhece o ilícito tributário. Se for este o dispositivo legal supostamente infringido pela autoridade fiscal, entendo que o interessado se equivocou. O Fisco submeteu ao MP as suas suspeitas e foi este último que afinal decidiu interpor a ação judicial, com vistas a

afastar a liminar obtida na esfera cível, para que fossem feitas exclusivamente, as apurações desejadas. Não há processo penal em andamento contra o contribuinte. O MP, diante das informações fiscais, entendeu que deveria propor ao Juízo Penal que desse outra ordem, cujo resultado prático seria afastar a liminar que impedia a obtenção das informações consideradas imprescindíveis pela autoridade fiscal.

Entendo, “data máxima vênia”, que não compete a este E. Conselho de Contribuintes questionar se o MP teria ou não competência para adotar o procedimento descrito. De igual modo, este Tribunal Administrativo não tem competência para decidir se a ordem concedida pelo Juízo Penal tem ou não, o condão de afastar a do Juízo Cível. Esta é uma questão que o interessado deve discutir no Judiciário. O Conselho de Contribuintes não tem atribuição legal para decidir sobre conflito de competência judiciária. A realidade é que, o sigilo bancário do contribuinte foi quebrado por ordem judicial. E, em assim sendo, não há que se falar em nulidade do procedimento fiscal que se utilizou dos dados bancários do contribuinte para lavrar o auto de infração, ora em discussão.

Por estas razões **afasto a preliminar de nulidade** do lançamento e passo à apreciação do mérito.

A omissão de rendimentos decorrentes de depósitos bancários de origem desconhecida decorre da aplicação do artigo 42 da Lei 9.430 de 1.996, cuja natureza jurídica é de presunção legal lícita, do tipo relativa, que admite prova em contrário, a ser produzida pelo contribuinte.

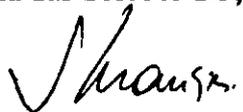
Em sua defesa, o interessado, que exerce a profissão de advogado, alega que não pode revelar a origem dos depósitos, pois se o fizesse estaria descumprindo a obrigação de manutenção do sigilo profissional, em relação às operações praticadas por seus clientes.

Em outras palavras, o interessado afirma que optou, como é seu direito, por não revelar a origem dos depósitos praticados em sua conta corrente. Ocorre que, se a presunção legal contida no artigo 42 da Lei 9.430 de 1.996, somente pode ser afastada mediante a comprovação pelo titular da conta corrente, de que os valores depositados não correspondem à qualquer omissão de seus rendimentos à Receita Federal e, o contribuinte decide não promover essa prova, não há como se prover o apelo.

De igual modo, não há como se afastar a multa de ofício aplicada, nem tampouco, os acréscimos calculados com base na variação da taxa SELIC, pois ambas as exigências decorrem do mero cumprimento da legislação que rege os lançamentos tributários.

Nestas circunstâncias, é de se **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso em razão de restar inafastada a presunção legal contida no artigo 42 da Lei 9430 de 1.996.

Sala das Sessões-DF, em 17 de dezembro de 2008.


SILVANA MANCINI KARAM