

**MINISTÉRIO DA FAZENDA****CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS****SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

Processo nº 19515.000315/2005-06
Recurso nº 163.172 Voluntário
Acórdão nº 2201-00.438 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de outubro de 2009
Matéria IRPF - Ex(s): 2000 a 2002
Recorrente REINALDO CLEMENTE KHERLAKIAN
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2000, 2001, 2002

PAF - CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA - Não há cerceamento ao direito de defesa do contribuinte quando a ele foram conferidas todas as oportunidades de manifestação, tanto na fase de fiscalização, quanto na impugnatória e recursal, sempre com observância aos ditames normativos do Decreto nº 70.235, de 1972.

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA. Não há falar em nulidade da decisão de primeira instância quando esta atende aos requisitos formais previstos no art. 31 do Decreto nº. 70.235, de 1972.

REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA - POSSIBILIDADE - Havendo procedimento fiscal em curso, os agentes fiscais tributários poderão requisitar, às instituições financeiras, registros e informações relativos a contas de depósitos e de investimentos de contribuinte sob fiscalização, sempre que essa providência for considerada indispensável por autoridade administrativa competente.

APLICAÇÃO DA NORMA NO TEMPO - RETROATIVIDADE DA LEI Nº 10.174, de 2001 - Não há vedação à constituição de crédito tributário decorrente de procedimento de fiscalização que teve por base dados da CPMF. Ao suprimir a vedação existente no art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996, a Lei nº 10.174, de 2001 ampliou os poderes de investigação do Fisco, caracterizando a hipótese prevista no § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA - OMISSÃO DE RENDIMENTOS - PRESUNÇÃO LEGAL - Desde 1º de janeiro de 1997, caracterizam-se omissão de rendimentos os valores creditados em contas bancárias, cujo titular, regularmente intimado, não

comprove, com documentos hábeis e idôneos, a origem dos recursos utilizados em tais operações.

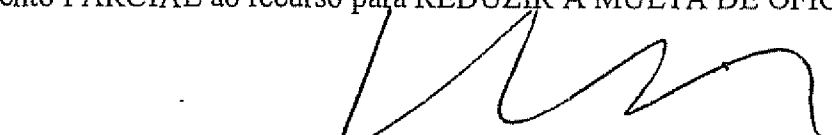
MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. INAPLICABILIDADE - O não atendimento às intimações da fiscalização, quando a omissão não representar embaraço à apuração da infração e à lavratura do auto de infração, não pode ensejar o agravamento da multa de ofício lançada

Preliminares rejeitadas.

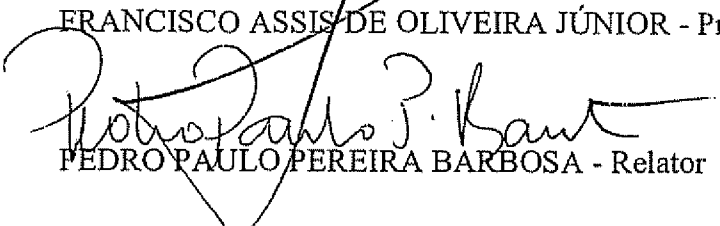
Recurso provido parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, REJEITAR a preliminar de irretroatividade da Lei 10.174, de 2001. Vencidos os conselheiros Janaína Mesquita Lourenço de Souza, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Rayana Alves de Oliveira França e por unanimidade, REJEITAR as demais preliminares. Por unanimidade, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para REDUZIR A MULTA DE OFÍCIO PARA 75%.



FRANCISCO ASSIS DE OLIVEIRA JÚNIOR - Presidente



PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA - Relator

EDITADO EM: 12 MAR 2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Pedro Paulo Pereira Barbosa, Rayana Alves de Oliveira França, Eduardo Tadeu Farah, Janaína Mesquita Lourenço de Souza, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Francisco Assis de Oliveira Júnior (Presidente).

Relatório

REINALDO CLEMENTE KHERLAKIAN interpôs recurso voluntário contra decisão de primeira instância que julgou procedente lançamento formalizado por meio do auto de infração de fls. 356/361. Trata-se de exigência de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF, no valor de R\$ 1.910.600,25, acrescido de multa de ofício de 112,5% (agravada) e de juros de mora, totalizando um crédito tributário lançado de R\$ 5.072.466,70.

A infração que ensejou o lançamento e que está detalhadamente descrita no Termo de Verificação e Constatação Fiscal de fls. 345/355, foi a omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, nos anos-calendário de 2000, 2001 e 2002.

O agravamento da multa de ofício foi justificado pelo fato de o contribuinte não ter respondido a intimações para esclarecer e confirmar a origem dos depósitos bancários.

Na impugnação de fls. 366/419 o Contribuinte argúi, preliminarmente, a nulidade do lançamento por violação ao devido processo legal e por cerceamento do direito de defesa. Afirma que não teve acesso aos termos da denúncia que teria dado ensejo à ação fiscal.

Questiona a validade do lançamento com base em depósitos bancários, invoca a súmula nº 182 do TFR; sustenta o direito de se manter em silêncio quanto aos fatos que lhe são imputados e defende que tal atitude não poderia ser punida com a autuação; argumenta que não teve acréscimo patrimonial e que, como pessoa física, não está obrigado a manter livros e escrituração contábil e, portanto, não poderia ser punido por deixar de responder à intimação para comprovar a origem dos depósitos bancários.

Insurge-se contra a obtenção pelo Fisco dos extratos bancários sem autorização judicial, com a quebra irregular do seu sigilo bancário. Argumenta que a Lei Complementar nº 105, de 2001 não poderia retroagir para alcançar fatos pretéritos.

Por fim, questiona o que chama de simplismo da atividade fiscal que não investigou os fatos para comprovar a ocorrência de acréscimo patrimonial, em afronta ao princípio da verdade material.

No pedido final requer o acolhimento das preliminares argüidas, com a conseqüente anulação do auto em todos os seus termos; o acolhimento das razões esposadas no mérito, concluindo-se pela total improcedência do lançamento, e, ainda, o direito ao acompanhamento da sessão de julgamento.

A Delegacia de Julgamento julgou procedente o lançamento com base, em síntese, nas considerações a seguir resumidas.

Rejeitou a argüição de nulidade, ressaltando que o lançamento foi realizado de acordo com o que estabelece o Decreto nº 70.235, de 1972 e que, quanto ao direito ao contraditório e à ampla defesa, o seu exercício começa com a instauração do contraditório

quando se inicia a fase contenciosa do procedimento. Concluiu, portanto, que não ocorreu vício que pudesse ensejar a nulidade do lançamento.

Defendeu a regularidade do lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada, ressaltando que se trata de presunção legal, estabelecida pelo art. 42 da lei nº 9.430, de 1996; que a presunção inverte o ônus da prova; que a súmula nº 182 invocada não se aplica ao caso pois se refere a período anterior à vigência da referida lei.

Sobre a quebra do sigilo bancário e a retroatividade da LC nº 105, de 2001, afirmou que esta norma só veio ratificar o que já constava no § 1º do art. 145 da Constituição que garantia o direito ao acesso aos agentes do fisco às informações financeiras dos contribuintes e, ademais, a referida norma amplia os poderes de investigação do fisco, aplicando-se imediatamente aos casos pendentes, nos termos do § 1º do art. 144 do CTN.

Sobre o alegado direito ao silêncio, destaca que o mesmo não está em questão, mas que, diante da não comprovação da origem dos depósitos bancários, restou caracterizada a omissão de rendimentos, por presunção legal.

Finalmente, sobre o agravamento da multa de ofício, esta se justificaria pela falta de atendimento à intimação para prestar esclarecimentos.

O Contribuinte foi cientificado da decisão de primeira instância em 11/05/2007 (fls. 470v) e, em 06/06/2007, interpôs o recurso de fls. 508/558, que ora se examina e no qual repete e reitera as razões de defesa articuladas na impugnação, acima resumidas.

Argúi a nulidade da decisão de primeira instância por cerceamento de direito de defesa, tendo em vista que lhe foi negada a participação da sessão de julgamento, o que, em extensa argumentação, defende ser direito dos contribuintes.

Reafirma questionamento a respeito da invalidade do lançamento com base em depósitos bancários, a validade da presunção, a falta de apuração de acréscimo patrimonial, a inversão do ônus da prova. Destaca que sequer foram consideradas despesas.

Insurge-se também contra a utilização dos dados da CPMF como base para o lançamento, considerando havia vedação legal para tanto e que a Lei nº 10.174, de 2001 não poderia retroagir para alcançar fatos pretéritos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Fundamentação

Examino, inicialmente, a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância. A argúi o contribuinte sob a alegação de cerceamento do direito de defesa em face do indeferimento de pedido de acompanhamento da sessão de julgamento do processo.

Diferentemente do que sugere o contribuinte, contudo, o sagrado direito ao contraditório e à ampla defesa deve ser exercido nos termos e nos limites estabelecidos nas normas processuais e, no caso, não há previsão legal para tanto. De qualquer forma, o contribuinte recorreu ao Poder Judiciário demandando a garantia do direito de presenciar à sessão e, ao fazê-lo, renunciou à discussão da matéria na instância administrativa, conforme entendimento consolidado em súmula deste Conselho, a saber:

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. (publicada no DOU de 26 a 28/07/2006)

Rejeito, portanto, a preliminar.

O Contribuinte também se refere a cerceamento de direito de defesa durante a ação fiscal, que ensejaria a nulidade do lançamento. Como ressaltado na decisão recorrida, durante a ação fiscal, antes do lançamento, não há falar em contraditório e ampla defesa. Trata-se de fase inquisitorial do procedimento. Somente com a ciência da autuação, quando de formaliza a exigência, é que se abre a fase do contraditório quando, então, o contribuinte poderá opor as suas razões de defesa, como vem fazendo o ora recorrente com desenvoltura.

Não vislumbro, portanto, no presente processo, nenhum vício quanto a este aspecto que pudesse ensejar a nulidade do lançamento, razão pela qual rejeito a preliminar.

Sobre a quebra de sigilo bancário referida pelo contribuinte, entendo, acompanhando a jurisprudência já pacificada neste Conselho no sentido de que, atendidas as condições fixadas na lei, o Fisco pode ter acesso às informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes e utilizá-las como base para o lançamento tributário.

É verdade que o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal garante o direito à privacidade, no qual se inclui o sigilo bancário, mas esse direito não é absoluto e ilimitado, a ponto de se opor aos próprios agentes do Estado, na sua atividade de controle, por exemplo, do

cumprimento das obrigações fiscais por parte dos contribuintes. Isto é, não se pode pretender, por exemplo, que o sigilo bancário se preste para acobertar irregularidades passíveis de apuração pelos agentes do Fisco.

O ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, embora sempre reconhecendo o sigilo das informações bancárias, tem uma larga tradição em franquear o acesso a essas informações aos agentes do Fisco. Assim, a Lei nº 4.595, de 1964, já prescrevia no seu art. 38, *verbis*:

Lei nº 4.595, de 1964:

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

(...)

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames ser conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

O próprio Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 1966, recepcionado pela Constituição de 1988 como lei complementar, expressamente determina que as instituições financeiras devem prestar informações sobre negócios de terceiros, o que, obviamente, inclui as operações financeiras, silenciando, inclusive, sobre a exigência de prévio processo administrativo instaurado:

Lei nº 5.172, de 1966:

Art. 197 – Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

(...)

II – os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras.

Ainda nesse mesmo sentido, foi editada, posteriormente, a Lei nº 8.021, de 1990, ampliando, inclusive, o rol das instituições obrigadas a prestar informações ao Fisco:

Lei nº 8.021, de 1990:

Art. 7º - A autoridade fiscal do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento poderá proceder a exames de documentos, livros e registros das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como solicitar a prestação de esclarecimentos e informações a respeito de operações por elas praticadas, inclusive em relação a terceiros.

Art. 8º - Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único - As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.

Finalmente, a Lei complementar nº 105, de 2001, a qual versa expressamente sobre o dever de sigilo das instituições financeiras em relação às operações financeiras de seus clientes, fez a ressalva quanto ao acesso a essas informações pelos agentes do Fisco, a saber:

Lei Complementar nº 105, de 2001:

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

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

(...)

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 as contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

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

Como se vê, o ordenamento jurídico brasileiro de há muito vem estabelecendo, em caráter sempre excepcional e em determinadas condições previamente estabelecidas, o acesso a informações bancárias dos contribuintes pelos agentes do Fisco. Assim, a legislação brasileira tem, insistentemente, se inclinado no sentido da relativização do alcance do sigilo bancário, prevendo expressamente as situações excepcionais em que se admite a abertura daquelas informações.

Por outro lado, não se deve esquecer que os agentes do Fisco, assim como os auditores do Banco Central do Brasil, e as próprias instituições financeiras, estão sujeitos ao dever de manter sigilo das informações a que tenham acesso em função de suas atividades. Desse modo, a rigor, sequer se pode falar em quebra de sigilo, mas em mera transferência deste.

Finalmente, cumpre ressaltar que os dispositivos legais acima transcritos são normas válidas e, portanto, plenamente aplicáveis, eis que não foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Não há falar, portanto, em violação ilegal ou ilegítima de sigilo bancário, razão pela qual rejeito esta preliminar.

Sobre esta questão - a utilização dos dados da CPMF como base para o lançamento tributário do IRPF - a Lei nº 10.174, de 2001 afastou a vedação antes existente. Vejamos o que reza esta lei:

Art. 1º O art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 11...

§ 3º A secretaria da Receita Federal resguardará, na forma aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para o lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1966, e alterações posteriores'.

A seguir a redação original do § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996:

Art. 11.

(...)

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

A questão a ser decidida, portanto, é se, como a legislação alterada vedava a utilização das informações para fins de constituição de crédito tributário de outros tributos, o que passou a ser permitido com a alteração introduzida pela Lei nº 10.174, de 2001, é possível, ou não, proceder-se a lançamentos referentes a períodos anteriores à vigência dessa última lei, a partir das informações da CPMF.

Entendo que o cerne da questão está na natureza da norma em apreço, se esta se refere aos aspectos materiais do lançamento ou se ao procedimento de investigação. Isso porque o Código Tributário Nacional, no seu artigo 144, disciplina a questão da vigência da legislação no tempo e, ao fazê-lo, distingue expressamente as duas hipóteses, senão vejamos:

Lei nº 5.172, de 1966:

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

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

Não tenho dúvidas em afirmar que a alteração introduzida pela Lei nº 10.174, de 2001, no § 3º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 1996 alcança apenas os procedimentos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação do Fisco que, a partir de então, passou a poder utilizar-se de informações que antes lhe eram vedadas.

Essa questão, inclusive, já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ em julgados que concluíram nesse mesmo sentido. Como exemplo cito a decisão da 1ª Turma no Resp 685708/ES; RECURSO ESPECIAL 2004/0129508-6, cuja ementa foi publicada no DJ de 20/06/2005, e que teve como relator o Ministro LUIZ FUX, *in verbis*:

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

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

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

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

4. A possibilidade de quebra do sigilo bancário também foi objeto de alteração legislativa, levada a efeito pela Lei Complementar 105/2001, cujo art. 6º dispõe: 'Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão

examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.'

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

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

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

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

9. Recurso Especial desprovido, para manter o acórdão recorrido.

Aplicável na espécie, portanto, o disposto no § 1º, do art. 144 do CTN, acima referido.

Vale ressaltar, também, que os dados da CPMF aparecem aqui apenas como indicação inicial da existência de elevada movimentação financeira e que veio a provocar o passo seguinte da fiscalização que foi a obtenção dos extratos bancários a partir dos quais, aí sim, foram identificados os depósitos efetuados nas contas do Contribuinte. E foram estes depósitos, e não as informações da CPMF que serviram de base para o lançamento.

Assim, não vislumbro nenhum vício ou irregularidade no lançamento quanto a esse aspecto.

A presunção de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários tem previsão em disposição expressa de lei a qual prevê como consequência para a verificação de depósitos bancários cuja origem, regularmente intimado, o Contribuinte não logre comprovar como documentos hábeis e idôneos, a se de presumir que se trata de rendimentos subtraídos ao crivo da tributação, autorizando o Fisco a exigir o imposto correspondente.

Trata-se do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, o qual para melhor clareza, transcrevo a seguir, já com as alterações e acréscimos introduzidos pela Lei nº 9.481, de 1997 e 10.637, de 2002, *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).

§4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.

Como se vê, é a própria lei que considera como rendimentos omitidos os depósitos bancários de origem não comprovada, instituindo, assim, uma presunção, no caso, relativa, que é um instrumento ao qual o Direito lança mão para alcançar certos tipos de

situações que sem ele lhe escapariam. Como ensina Alfredo Augusto Becker (Becker, A. Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 3ª Ed. – São Paulo: Lejus, 2002, p.508):

As presunções ou são resultado do raciocínio ou são estabelecidas pela lei, a qual raciocina pelo homem, donde classificam-se em presunções simples; ou comuns, ou de homem (praesumptiones hominis) e presunções legais, ou de direito (praesumptiones jûris). Estas, por sua vez, se subdividem em absolutas, condicionais e mistas. As absolutas (jûris et de jure) não admitem prova em contrário; as condicionais ou relativas (jûris tantum), admitem prova em contrário; as mistas, ou intermédias, não admitem contra a verdade por elas estabelecidas senão certos meios de prova, referidos e previsto na própria lei.

E o próprio Alfredo A. Becker, na mesma obra, define a presunção como sendo "o resultado do processo lógico mediante o qual do fato conhecido cuja existência é certa se infere o fato desconhecido cuja existência é provável" e mais adiante averba: "A regra jurídica cria uma presunção legal quando, baseando-se no fato conhecido cuja existência é certa, impõe a certeza jurídica da existência do fato desconhecido cuja existência é provável em virtude da correlação natural de existência entre estes dois fatos".

Pois bem, o lançamento que ora se examina foi feito com base em presunção legal do tipo *juris tantum*, onde o fato conhecido é a existência de depósitos bancários de origem não comprovada e a certeza jurídica decorrente desse fato é o de que tais depósitos foram feitos com rendimentos subtraídos ao crivo da tributação. Tal presunção pode ser ilidida mediante prova em contrário, a cargo do autuado.

Quanto ao mérito, o contribuinte não faz nenhum movimento no sentido de tentar comprovar a origem dos depósitos bancários, limitando-se se referir ao direito ao silêncio e à desobrigação de manter escrituração.

Esclareça-se que, diferentemente do que sugerido pelo contribuinte, a autuação neste caso, não é uma punição ao seu silêncio, mas a consequência prevista no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996 que estabelece a presunção de omissão de rendimentos no caso de não comprovação da origem dos depósitos. O que ocorreria, aliás, mesmo que o contribuinte tivesse respondido à intimação porém sem comprovar a origem dos depósitos.

Sobre a necessidade de escrituração contábil, não há nenhuma relação entre a necessidade de comprovar a movimentação financeira e a obrigatoriedade de manter escrituração. Os contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas, são obrigado a prestar esclarecimentos ao fisco a respeito de suas atividades econômicas, patrimônio e renda e, na ausência de exigência de escrituração, o contribuinte poderá adotar, livremente, o sistema de organização que entender melhor para poder cumprir essa exigência. O que não se justifica é a não comprovação da origem dos depósitos pela ausência de obrigatoriedade de escrituração.

Sem a comprovação da origem dos depósitos bancários, pois, paira incólume a presunção de omissão de rendimentos.

Quanto ao agravamento da multa de ofício, contudo, assiste razão ao recorrente. Neste caso, o não atendimento à intimação, por si só, não poderia ser punido com o agravamento. Embora a lei se refira ao não atendimento da intimação para prestar esclarecimento, deve-se levar em conta o contexto e o efeito desse silêncio. No caso, o efeito imediato do não atendimento foi o de se poder presumir a omissão de rendimentos. Isto é, a

atitude omissiva do contribuinte não causou nenhum embaraço à fiscalização, ao contrário, somente sobreveio prejuízo para o próprio contribuinte. Nestas condições, o agravamento significaria apenas uma punição pelo ato omissivo, quando a lei, claramente, pretende sancionar o embaraço ao desenvolvimento da ação fiscal.

Entendo, em conclusão, que deve ser desagravada a exigência.

Conclusão

Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de REJEITAR as preliminares argüidas e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para desagravar a multa de ofício, reduzindo-a para o percentual de 75%.


PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº: 19515.000315/2005-06

Recurso nº: 163.172

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 2201-00.438.

Brasília/DF, 12 MAR 2010

FRANCISCO ASSIS DE OLIVEIRA JÚNIOR
Presidente da 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