



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
QUARTA CÂMARA**

Processo n° 10945.002303/2006-54
Recurso n° 156.311 Voluntário
Matéria IRPF
Acórdão n° 104-23.305
Sessão de 25 de junho de 2008
Recorrente JOÃO CARLOS ARCE
Recorrida 4ª. TURMA/DRJ-CURITIBA/PR

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2002, 2003, 2004, 2005

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE DO PROCESSO FISCAL - Se foi concedida, durante a fase de defesa, ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos, bem como se o sujeito passivo revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante extensa e substancial defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO VIA ADMINISTRATIVA - ACESSO ÀS INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL - É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº. 105, de 2001, examinar informações relativas ao contribuinte, 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, independentemente de autorização judicial.

APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 10.174 DE 2001 E LEI COMPLEMENTAR 105 DE 2001 - POSSIBILIDADE - ART - 144, § 1º - Pode ser aplicada, de forma retroativa, ao lançamento, a legislação que tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA - ARTIGO 42, DA LEI Nº. 9.430, de 1996 - Caracteriza omissão de rendimentos a existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento

gel

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.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1º CC nº 2).

Preliminares rejeitadas.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JOÃO CARLOS ARCE.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares argüidas pelo Recorrente e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO

Presidente


ANTONIO LOPO MARTINEZ

Relator

FORMALIZADO EM: 18 AGO 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nelson Mallmann, Heloísa Guarita Souza, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Rayana Alves de Oliveira França, Pedro Anan Júnior e Renato Coelho Borelli (Suplente convocado). Ausente justificadamente o Conselheiro Gustavo Lian Haddad.

Relatório

Em desfavor de JOÃO CARLOS ARCE foi lavrado o Auto de Infração de Imposto de Renda de Pessoa Física - IRPF de fls. 196 a 199, do qual fazem parte os demonstrativos de apuração de fls. 191/194, o demonstrativo de multa e juros de mora de fls. 195, o termo de encerramento, fls. 200, o termo de verificação fiscal, fls. 184/190, e os demais documentos e demonstrativos constantes dos autos, que lhe exige o recolhimento de crédito tributário no valor de R\$ 750.554,37, sendo R\$ 338.639,97 de imposto e R\$ 253.979,96 de multa de ofício de 75%, prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a redação dada pelo art. 18 da Medida Provisória 303, de 2006, além de R\$ 157.934,44 de juros de mora calculados até 31/07/2006.

O lançamento decorre da apuração de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários cujas origens não foram comprovadas, conforme detalhado no termo de verificação fiscal de fls. 184/190 e no auto de infração às fls. 197/199.

Cientificado do lançamento em 25/08/2006 (fls. 203), o contribuinte ingressou, em 26/09/2006, por meio de representante (procuração à fls. 119), com a impugnação de fls. 206/211, onde alega os seguintes pontos extraídos da decisão recorrida:

Preliminarmente, alega que "o procurador do autuado, advogado regularmente constituído nos autos, não foi intimado da solução do procedimento fiscal, gerando a nulidade do feito, uma vez que impediu o legítimo direito ao conhecimento da decisão administrativa caracterizando cerceamento de defesa na medida em que impede o constitucional direito a ampla defesa e, por conseguinte, ao devido processo legal". Diz que fez pedido expresso nesse sentido e que não foi indeferido, "logo tacitamente aceito, sendo assim o direito a intimação do advogado constituído nos autos jamais poderia ser relegado ao esquecimento, caracterizando a nulidade da intimação, realizada tão somente na pessoa do constituinte". Acrescenta que isso "impediu o defensor de ter acesso aos autos oportunamente, bem como, de elaborar defesa no prazo previsto por lei, e, via de consequência, cerceou o direito ao devido processo legal e a defesa, pois somente ontem - véspera do encerramento do prazo de recurso - o subscritor da presente ficou sabendo via telefone que, apesar do requerimento expresso de intimação acima transcrito, não seria intimado da decisão". Requer seja concedido novo prazo de trinta dias para a impugnação.

No mérito, diz que atendeu todas as solicitações da autoridade fiscal. Constata que "os valores apresentados como líquidos ao final de cada mês ou mesmo no final de cada ano, não são aqueles deduzidos no demonstrativo de apuração, sendo estes resultados da soma dos depósitos efetuados no mês olvidou-se por completo que após tais depósitos tais valores eram sacados imediatamente".

Argüi que os fatos "não se subsumem aos tipos previstos nos artigos 849, do RIR/99, e 42 da Lei 9.430/96, posto que os valores não pertenciam ao contribuinte, tanto é que os valores logo eram sacados revelando que os valores não lhe pertenciam e comprovando tudo quanto foi dito desde o início".

Aduz ser "pessoa pobre, pois mora em bairro e casa popular, financiada muito antes dos fatos aqui descritos, comprada em 300 prestações no valor individual de R\$ 37,01 cada, em 1991", que o veículo arrolado, uma Brasília 1978, não lhe pertence e as cotas sociais da empresa nada valem. Conclui não haver nenhum sinal de riqueza, o que revela a insubsistência da presunção.

Contesta a aplicação da multa de ofício de 75%, pois, "além de não ter causa, é extremamente usurária, e o contribuinte sendo pessoa pobre jamais terá como pagar sequer o imposto quanto mais as multas aplicadas cumulativamente, tão somente para penalizar o mesmo, em razão de uma ficção criada pela lei para, juntamente com outros sinais de riqueza, impedir a sonegação fiscal, o que definitivamente não é o caso vertente".

Em 05 de dezembro de 2006, os membros da 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba proferiram Acórdão que, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares, e considerou procedente o lançamento, nos termos da Ementa a seguir transcrita.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física IRPF

Exercício: 2002, 2003, 2004, 2005

Ementa: PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INTIMAÇÃO DO REPRESENTANTE.

As normas que dispõe sobre as formas pelas quais a Administração Fazendária pode efetuar a intimação do lançamento são de ordem pública, não comportando modificação por disposição das partes, sendo requerimento nesse sentido considerado inepto, independente de manifestação da autoridade administrativa, não constituindo cerceamento de defesa, mormente quando houve a regular intimação do sujeito passivo, via postal, com prova de recebimento, dentro dos estritos ditames da legislação.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROV A. MOMENTO DE APRESENTAÇÃO.

Nos termos do artigo 16 do Decreto n° 70.235, de 1972, cumpre ao contribuinte instruir a peça impugnatória com todos os documentos em que se fundamentar e que comprovem as alegações de defesa, precluindo o direito de fazê-lo em data posterior.

OMISSÃO DE RENDIMENTO. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS ARTIGO 42 DA LEI N° 9.430 de 1996. O art. 42, da Lei nO 9.430, de 1996, determina o lançamento com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo

MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO.

A multa de ofício é devida em face da infração às regras instituídas pelo Direito Fiscal, possui previsão legal e aplica-se na cobrança de imposto suplementar, por falta de declaração ou declaração inexata, independentemente da gravidade da infração, má-fé ou intenção do contribuinte, sendo que a mera inadimplência verificada em procedimento de ofício é supedâneo à sua exigência.

Lançamento Procedente.

Cientificado em 27/12/2006, o contribuinte, se mostrando irresignado, apresentou, em 18/01/2006, o Recurso Voluntário, de fls. 230/250, reiterando as razões da sua impugnação, às quais já foram devidamente explicitadas anteriormente que podem ser sintetizadas da seguinte forma:

- Preliminarmente, argumenta que ocorreu o cerceamento de sua defesa na medida em que não lhe foi permitida acesso a solução final, impossibilitando-lhe de defender-se.

- observa que não lhe foi propiciado o tempo devido para a realização de sua defesa;

- adverte que não foi dirigida intimações ao advogado constituído nos autos;

- entende ilegal quebra do sigilo bancário;

- alerta sobre a nefasta aplicação da lei nº. 10174/2001;

- afirma que a movimentação financeira não constitui fato gerador de imposto de renda.

- conclama para aplicação da Súmula 182/TFR;

- indica que o auto de infração foi apresentado sem qualquer motivação idônea e pertinente;

- caberia a administração o ônus de provar a existência de aumento patrimonial, que é o único fato gerador do imposto de renda;

- afirma ser inconstitucional a aplicação da Lei 9.430/96.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro ANTONIO LOPO MARTINEZ, Relator

O recurso está dotado dos pressupostos legais de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Do Cerceamento do Direito de Defesa.

Suscitou o autuado, o cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que a autoridade fiscal não lhe propiciou a oportunidade para uma defesa plena e o advogado não foi intimado.

Entretanto isso não se reflete na verdade dos fatos, percebe-se que o auto de infração foi cientificado ao contribuinte em 25/08/2006, sendo que o mesmo apresentou sua impugnação apenas no dia 26/09/2006, utilizando-se plenamente do prazo que a legislação permite. A intimação foi dirigida ao recorrente tal como prescreve a legislação em perfeita sintonia com o que prescreve os princípios do processo administrativo tributário.

Acrescente-se, por pertinente, que a alegação do recorrente não procede. Não ficou caracterizado o cerceamento do direito de defesa. Muito pelo contrário. A defesa foi exercida de forma absolutamente ampla. A maior prova disso é que o contribuinte contestou todos os pontos da autuação, demonstrando, dessa forma, o conhecimento pleno da infração que lhe foi imputada.

Foi concedida, durante a fase de defesa, ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos, bem como se o sujeito passivo revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante extensa e substanciosa defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

Deste modo não há como acolher a preliminar de cerceamento do direito de defesa.

Da Nulidade Material.

Formula o contribuinte preliminar de nulidade alegando que a autoridade administrativa teria formulado um auto de infração sem motivação idônea e pertinente.

Ocorre que, nos presentes autos, não ocorreu nenhum vício para que o procedimento seja anulado, como bem discorreu a autoridade recorrida, os vícios capazes de anular o processo são os descritos no artigo 59 do Decreto 70.235/1972 e só serão declarados se importarem em prejuízo para o sujeito passivo, de acordo com o artigo 60 do mesmo diploma legal.

Percebe-se nitidamente com base no Termo de Verificação Fiscal de fls. 184 a 190 quais os fundamentos do auto de infração Não havendo que se falar em nulidade no

presente caso ou falta de motivação idônea. Diante disso rejeito a preliminar argüida pelo contribuinte.

Da Irretroatividade da LC 105/2001 e da Lei nº 10.174/2001.

O contribuinte se mostrou inconformado com a aplicação da Lei Complementar 105/2001 e da Lei 10.174/2001. Entendeu que ao proceder com base em tais instrumentos legais o Fisco acabou por obter provas de origem ilícita.

Não procede tal argumento. O parágrafo 1º do art. 144 do CTN permite a aplicação de legislação posterior à ocorrência do fato gerador, que tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização e ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas.

Desta forma é notória a possibilidade de aplicação dos mencionados instrumentos legais de forma retroativa, uma vez que, tão somente, ampliam os poderes de investigação do Fisco. O STJ já manifestou o seu entendimento neste sentido no RESP 529818/PR e no ERESP 726778/PR.

Da Impossibilidade de Acesso ao Sigilo Bancário sem Autorização Judicial.

O sigilo bancário sempre foi um tema cheio de contradições e de várias correntes. Antes da edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, os Tribunais Superiores tinham a forte tendência de albergar a tese da inclusão do sigilo bancário na esfera do direito à privacidade, na forma da nossa Constituição Federal, sob o argumento que não é cabível a sua quebra com base em procedimento administrativo, amparado no entendimento de que as previsões nesse sentido, inscritas nos parágrafos 5º e 6º do artigo 38, da Lei nº 4.595, de 1964 e no artigo 8º da Lei nº 8.021, de 1990, perdem eficácia, por interpretação sistemática, diante da vedação do parágrafo único do artigo 197, do CTN, norma hierarquicamente superior.

Apesar de existir intermináveis discussões quanto à natureza do sigilo bancário, entendo que tal garantia, insere-se na esfera do direito à privacidade, traduzido no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Por outro lado, entendo que o direito à privacidade não é ilimitado, tendo em vista o princípio da convivência de liberdades. Assim, não se pode, sob o manto da privacidade, pretender acobertar indistintamente qualquer irregularidade que seja objeto de apuração pelo fisco, ou seja, os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal não se prestam a servir de manto protetor a comportamentos abusivos, e nem tampouco devem prevalecer diante de fatos que possam constituir crimes. Sejam eles crimes tributários ou não.

Não restam dúvidas, que o direito ao sigilo bancário não pode ser utilizado para acobertar ilegalidades. Por outro lado, preserva-se a intimidade enquanto ela não atingir a esfera de direitos de outrem. Todos têm direito à privacidade, mas ninguém tem o direito de invocá-la para abster-se de cumprir a lei ou para fugir de seu alcance. Tenho para mim, que o sigilo bancário não foi instituído para que se possam praticar crimes impunemente.

Desta forma, é indiscutível que o sigilo bancário, no Brasil, para fins tributários, é relativo e não absoluto, já que a quebra de informações pode ocorrer nas hipóteses previstas em lei.

Os Auditores-Fiscais da Receita Federal poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, desde que houver processo fiscal administrativo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. Devendo ser observado que os documentos e informações fornecidos, bem como seus exames, devem ser conservados em sigilo, cabendo a sua utilização apenas de forma reservada, cumprido as normas a prestação de informações e o exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, a que alude a lei, não constitui, portanto, quebra de sigilo bancário.

Sempre é bom lembrar que o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais constitui um dos requisitos do exercício da atividade administrativa tributária, cuja inobservância só se consubstancia mediante a verificação material do evento da quebra do sigilo funcional, quando, então, o agente envolvido sofrerá a devida sanção.

Da mesma forma, discordo daqueles que defendem a ilegalidade da aplicação retroativa da Lei Complementar nº 105, de 2001, sob o argumento que em face ao princípio constitucional que veda a aplicação retroativa da lei, a mesma (LC nº 105, de 2001), não poderia ter sido tomada pelas autoridades fiscais para respaldar a obtenção e o exame da movimentação bancário do ano calendário de 1998.

Da Presunção baseada em Depósitos Bancários.

O lançamento fundamenta-se em depósitos bancários. A presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do sujeito passivo, em instituições financeiras, ou seja, pelo artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, tem-se a autorização para considerar ocorrido o “fato gerador” quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não havendo a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova.

Via de regra, para alegar a ocorrência de “fato gerador”, a autoridade deve estar munida de provas. Mas, nas situações em que a lei presume a ocorrência do “fato gerador” (as chamadas presunções legais), a produção de tais provas é dispensada. Neste caso, ao Fisco cabe provar tão-somente o fato indiciário (depósitos bancários) e não o fato jurídico tributário (obtenção de rendimentos).

No texto abaixo reproduzido, extraído de “Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas” (Justec-RJ; 1979:806), José Luiz Bulhões Pedreira sintetiza com muita clareza essa questão:

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.

Assim, o comando estabelecido pelo art. 42 da Lei nº 9430/1996 cuida de presunção relativa (*juris tantum*) que admite a prova em contrário, cabendo, pois, ao sujeito passivo a sua produção. Nesse passo, como a natureza não-tributável dos depósitos não foi comprovada pelo contribuinte, estes foram presumidos como rendimentos. Assim, deve ser mantido o lançamento.

Antes de tudo cumpre salientar que a presunção não foi estabelecida pelo Fisco e sim pelo art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Tal dispositivo outorgou ao Fisco o seguinte poder: se provar o fato indiciário (depósitos bancários não comprovados), restará demonstrado o fato jurídico tributário do imposto de renda (obtenção de rendimentos).

Assim, não cabe ao julgador discutir se tal presunção é equivocada ou não, pois se encontra totalmente vinculado aos ditames legais (art. 116, inc. III, da Lei nº 8.112/1990), mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN). Nesse passo, não é dado apreciar questões que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal que, de modo inequívoco, estabelece a presunção legal de omissão de receita ou de rendimento sobre os valores creditados em conta de depósito 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 (art. 42, caput, da Lei nº 9.430/1996).

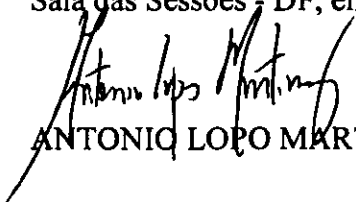
Da Inconstitucionalidade das Normas.

No referente a suposta inconstitucionalidade das Normas aplicadas, acompanho a posição sumulada pelo 1º Conselho de que não compete à autoridade administrativa de qualquer instância o exame da legalidade/constitucionalidade da legislação tributária, tarefa exclusiva do poder judiciário.

O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1º CC nº 2).

Ante ao exposto, voto por REJEITAR as preliminares argüidas e, no mérito por NEGAR provimento ao recurso.

Sala das Sessões, DF, em 25 de junho de 2008


ANTONIO LOPO MARTINEZ