



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

Processo nº 10320.003113/2005-11
Recurso nº 160.496 Voluntário
Matéria IRPF
Acórdão nº 104-23.192
Sessão de 30 de maio de 2008
Recorrente ALDENOR CUNHA REBOUÇAS
Recorrida 1ª TURMA/DRJ-FORTALEZA/CE

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2001

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA - O procedimento de fiscalização tem natureza inquisitorial, não se cogitando, nessa fase, de direito ao contraditório e à ampla defesa. Somente com a ciência do lançamento, quando se imputa ao contribuinte a prática de infração tributária, estará garantido o direito à ampla defesa.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42, da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção de omissão de rendimentos com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO - MULTA QUALIFICADA - JUSTIFICATIVA - Se não estiver demonstrado nos autos que a ação do contribuinte teve o propósito deliberado de impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, utilizando-se de recursos que caracterizam evidente intuito de fraude, não cabe a aplicação da multa qualificada, de 150%.

Preliminares rejeitadas.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
ALDENOR CUNHA REBOUÇAS. *pl*

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares argüidas pelo Recorrente e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO

Presidente


PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA

Relator

FORMALIZADO EM: 02 JUL 2008

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

Relatório

Contra ALDENOR CUNHA REBOUÇAS foi lavrado o auto de infração de fls. 05/11 e Termo de Verificação Fiscal de fls. 12/22 para formalização da exigência de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF no valor de R\$ 1.830.343,38, acrescido de multa de ofício e de juros de mora, totalizando um crédito tributário lançado de R\$ 4.873.797,76.

Infrações

As infrações estão assim descritas no auto de infração:

1) RENDIMENTOS RECEBIDOS DE PESSOAS JURÍDICAS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS RECEBIDOS DE PESSOAS JURÍDICAS – Rendimentos recebidos de Frigorífico Eldorado S/A., através de cheque originalmente destinados a supostos pagamentos a empresas prestadoras de serviços do frigorífico, o que se verificou se tratar de desvio de verbas do FINAM, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal das folhas 12 a 18 do processo, que é parte integrante do presente auto de infração.

2) DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM ORIGEM NÃO COMPROVADA – Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito e poupança, mantidas nos Bancos Bradesco, da Amazônia e do Brasil, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal das folhas 12 a 18 do processo, que é parte integrante do presente auto de infração.

Impugnação

O Contribuinte apresentou a impugnação de fls. 230/239 com as alegações a seguir reproduzidas:

1.1. O Contribuinte responde a processo 2003.12777-3 na 2ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Maranhão, consoante Denúncia, (fls. 95/157), em virtude de suposto desvio de recursos oriundos do FINAM e creditados ao projeto Frigorífico Eldorado S/A.

1.2. O Pedido de Quebra do Sigilo Bancário do Contribuinte consta da Denúncia, (fls. 154), merecendo destaque os seguintes:

“4. Requisição de auditores da Receita Federal, a fim de que, à vista das informações bancárias decorrentes dos itens 1, 2 e 3, proceda ao completo rastreamento de todos os valores movimentados a partir do crédito dos recursos do FINAM em favor do Frigorífico Eldorado, examinando, inclusive, as inversões correspondentes ao capital aplicado pelos acionistas;



5. A extração de cópias dos autos e seu envio à Delegacia da Receita Federal, a fim de instaurar procedimento administrativo fiscal, tendo em vista a indicação da movimentação de recursos através de interpostas pessoas, bem como para verificar a variação patrimonial dos denunciados e de suas empresas, bem como sua compatibilidade com os rendimentos declarados;"

1.3. Observe-se que a primeira missão, confiada aos Auditores, era rastrear os valores movimentados a partir do crédito dos recursos do FINAM, enquanto que o segundo objetivo, a cargo da Delegacia, era verificar a variação patrimonial do Contribuinte, bem como sua compatibilidade com os rendimentos declarados.

1.4. Sucede que a Decisão que rompeu o Sigilo do Contribuinte, (doc. 01), indeferiu o envio das informações obtidas com a quebra a fim de que se verificasse a variação patrimonial do Contribuinte. A redação da decisão merece ser reproduzida, verbis:

"DEIXO de DETERMINAR a requisição de instauração de procedimento administrativo fiscal por considerar tal providência incluída no rol de atribuições do Ministério Público Federal (LC nº 75/93, art. 38 item 5 fls. 63)."

1.5. Em outras palavras, a Quebra de Sigilo Bancário do Contribuinte teria por única finalidade o rastreamento dos valores movimentados a partir do crédito dos recursos do FINAM em favor do projeto Frigorífico Eldorado S/A.

1.6. Por conseguinte, inverídica a afirmação do AFRF (fls. 12) de que "... a Justiça Federal solicitou a instauração de procedimento fiscal para verificar a variação patrimonial e a compatibilidade dos rendimentos declarados (fls. 80 a 86)". O que o juízo ordenou é que os auditores rastreassem os valores creditados pelo FINAM em favor do Frigorífico Eldorado S/A. Só!

1.7. Como o Parquet Federal não requisitou a instauração de PAF, a Receita o instaurou, consoante Ofício 253/GAB/DRF/SLS/MA (fls. 86), porque "... a partir da identificação dos verdadeiros beneficiários dos recursos da SUDAM, novas ações fiscais poderiam vir a ser instauradas contra os Contribuintes..."

1.8. Ou seja, o Juiz não determinou a instauração de PAF, nem o Ministério Público, foi a Receita quem o instaurou. Por isso que o Ofício 517/GAB/DRF/SLS/MA (fls. 87/89) solicita ao Juízo "... que seja proferida decisão autorizando o uso das informações bancárias pela Receita Federal..."

1.9. O Ofício 1215/2005/SEPOD/2ª VARA/JF/MA (fls. 38/41), informa que o "... Juízo proferiu decisão (cópia em anexo) [...] autorizando o uso de informações bancárias por esse órgão..."

1.10. Como essa Decisão é carente de fundamentação, bem como ilegal, impetrou-se Habeas Corpus (doc. 02) junto ao TRF 1ª Região para que a mesma seja declarada nula. Caso o Tribunal conceda a ordem, a documentação que sustenta o Lançamento será nula por ilicitude.

2. DA AUDITORIA FISCAL

(...).

2.3. Após a análise, o AFRF elaborou planilha com os depósitos bancários que necessitavam ser comprovados. Merece destaque que nos autos só existem extratos bancários, não havendo qualquer outro documento bancário.

2.4. O Contribuinte foi intimado, em 08/08/2005, a comprovar a origem dos valores creditados/depositados em suas contas-corrente, sob pena de Lançamento a título de Omissão de Receita ou de Rendimento.

2.5. Como o Lançamento Definitivo é que consuma o delito tipificado no Art. 1º, Inc. I da Lei 8.137/90, na dicção do SUPREMO, o Contribuinte solicitou Cópia dos Autos ou Vista pelo prazo de 05 dias (fls.50), com esteio no Art. 3º Inc. II da Lei 9.784/99 e Art. 100, § 2º do Decreto 3000/99, visto que já em jogo o status libertatis do Contribuinte.

2.6. Inacreditavelmente, o AFRF nega ambos os pedidos, ou seja, nem fornece cópia, nem concede vista por que: a) não há processo formalizado; b) a documentação que recebera do Judiciário é sigilosa até para o fiscalizado!

2.7. Por isso que se impetrou Mandado de Segurança (fls. 58/63) para que a contagem do prazo de 20 dias para cumprir a intimação se inicie após o recebimento das cópias ou da concessão de Vista.

2.8. Em que pese a Liminar ter sido indeferida (fls. 75) o mérito ainda aguardava julgamento em 29.11.2005 data da lavratura do Auto de Infração, consoante Consulta (fls. 78/79), e assim permanece conforme Consulta Processual dessa data (doc. 03).

(...)

3. DO CERCEAMENTO DE DEFESA

3.1. É sabido que a ampla defesa e o contraditório, princípios de envergadura constitucional, como reza o Art. 5º, Inc. LV da Carta Política, são aplicáveis tanto à esfera administrativa quanto judicial.

3.2. Essa fase investigatória é irmã siamesa do Inquérito Policial, visto que busca apurar a autoria e materialidade do Crime Contra a Ordem Tributária, é claro que a finalidade imediata do lançamento é constituir o crédito tributário, entretanto, o STF empresta-lhe, também, a importância de fazer surgir a infração penal tributária.

3.3. Embora se saiba que não há contraditório em Inquérito Policial, o direito de defesa do cidadão, contudo, inicia-se desde a etapa investigativa. Essa fiscalização, conduzida secretamente, tromba com essa orientação do SUPREMO, máxime se o direito ambulatorio estiver em jogo.

(...)

3.4. *Mutatis Mutandis, a consequência do descumprimento ou do cumprimento deficiente da intimação é o Lançamento de ofício a título de omissão de receita, o qual faz surgir o Crime Contra a Ordem Tributária, que é material e necessita do Lançamento Definitivo para consumir-se.*

3.5. *Logo, inoponível ao Contribuinte e seu defensor o sigilo da fiscalização, visto que o cerceamento da atuação permitida à defesa poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade.*

A sonegação dos autos, além de obstruir o pleno exercício da defesa visto que não sabia o que constava da fiscalização, embora se tivesse de respondê-la, também ofende o Art. 3º, Inc. I da Lei nº 9.784/99, visto que o AFRF deveria facilitar o exercício dos direitos do contribuinte fornecendo as cópias solicitadas ou, alternativamente, concedendo vista. A informação de que a documentação consta de processo em tramitação perante o Judiciário não isenta o AFRF do dever de conceder vista ou cópia, eis que deve obediência ao Art. 3º Inc. II da Lei 9.784/99.

4. *DA (IR)REGULARIDADE DA INTIMAÇÃO*

4.1. *A letra do Art. 42 da Lei 9.430/96 põe como Omissão de Receita os valores creditados em conta bancária e o Contribuinte regularmente intimado, não comprove a origem dos recursos utilizados nessas operações.*

4.2. *O AFRF afirma (fls. 16) que "A tributação está se dando, como já foi dito, sob o amparo da presunção legal de que depósitos não justificados caracterizam-se como omissões de receitas".*

4.3. *Ocorre que um dos pedidos do Mandado de Segurança impetrado (fls. 58/63) é exatamente para que o prazo da Intimação somente se inicie com a concessão das cópias ou vista dos autos por 5 dias. Como dito, o mérito, desse writ ainda está pendente de julgamento (doc. 03).*

Instalado o impasse: o AFRF entende que a intimação para falar em uma fiscalização secreta, sem que se tenha sequer cópia dos autos, opera regular a intimação. Por outro lado, o Contribuinte entende que o sigilo das informações não lhe alcança, bem como não pôde verificar a regularidade da fiscalização por não ter acesso aos autos, entendendo, portanto, que a intimação é irregular.

(...)

7. *LANÇAMENTO É BASEADO UNICAMENTE EM EXTRATOS BANCÁRIOS E, POR CONSEQUENTE, É ILEGAL*

7.1. *É descabido o lançamento do Imposto de Renda com em extratos bancários e o Art. 9º Inc. VII do Decreto-Lei 2.471/88 determina o cancelamento dos débitos enquadrados nessa hipótese.*

7.2. *Analisandose os autos, verifica-se que exceto os depósitos de R\$ 409.000,00 e R\$ 591.000,00, que possuem outros documentos*



comprobatórios todos os lançamentos se deram com base, exclusivamente em extratos bancários, o que patenteia a ofensa ao Art. 9º Inc. VII do Decreto-Lei 2.471/88.

7.3. Esse entendimento é esposado pelos tribunais desde o saudoso Tribunal Federal de Recursos, o qual editou a Súmula 182 com a seguinte redação: "É ilegítimo o lançamento do Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários".

(...)

9. DO PEDIDO

9.1. Ex positis, demonstrada a improcedência do lançamento, requer que seja acolhida a presente Impugnação, além disso, pede:

- a) intimação da data de julgamento, quando pretende se fazer presente;*
- b) a faculdade de juntar documentos e formular alegações enquanto não houver decisão, com esteio no Art. 3º Inc. III da Lei 9.784/99.*

Decisão de Primeira Instância.

A DRJ-FORTALEZA/CE julgou procedente o lançamento com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que, como o Contribuinte ajuizou ações judiciais tendo por objeto alegação de cerceamento do direito de defesa e questionamentos sobre a quebra do seu sigilo bancário, renunciou à instância administrativa em relação a essas matérias;

- que a legislação determina que o contribuinte deve apresentar as provas juntamente com a impugnação, inexistindo previsão legal para a entrega de provas em momento posterior, salvo nas hipóteses referidas no art. 16, § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972;

- que quanto ao pedido de que seja comunicado sobre a data do julgamento para que compareça à sessão, inexistente norma regulamentando esse procedimento, razão pela qual o pedido foi indeferido;

- que, quanto ao mérito, o Contribuinte não apresentou alegações ou argumentos contrários ao item 01 do auto de infração;

- que quanto aos depósitos de origem não comprovada, o Contribuinte reivindica a aplicação do disposto no Decreto-lei nº 2.471, de 1º de setembro de 1988 e invoca a súmula nº 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR;

- que a súmula acima referida foi superada com a edição da Lei nº 9.430, de 1996 que disciplinou a matéria;



- que o legislador estabeleceu, a partir dessa data, uma presunção legal de omissão de rendimentos de sorte que, não logrando o titular da conta bancária comprovar a origem desses recursos, resta configurada a omissão;

- que essa presunção inverte o ônus da prova, devendo o Contribuinte o comprovar a origem dos recursos.

Recurso

Cientificado da decisão de primeira instância em 11/06/2007 (fls. 296), o Contribuinte apresentou, em 10/07/2007, o recurso de fls. 297/309 no qual reproduz, em síntese, as alegações e argumentos da impugnação para, por fim, formular pedidos nos seguintes termos:

a) seja afastada a necessidade de depósito ou arrolamento de bens como condição de admissibilidade desse recurso, já que o plenário do STF deu pela inconstitucionalidade dessa exigência;

b) Seja reconhecida a Decadência, da forma em que sacudida, seja por provocação, seja de ofício, como permitem os julgados administrativos invocados;

c) O reconhecimento do cerceamento do direito de defesa, ante a falta de intimação da data de julgamento da Impugnação;

d) A desqualificação da multa agravada, já que o AFRF não tratou de descrever a fraude perpetrada e, muito pior, não informou a maneira como o desvio de recursos do FINAM repercutiu no lançamento;

e) Seja vista a afronta à Teoria dos Motivos Determinantes, vez que a fiscalização não atentou ao fato de que o juízo só ordenou o rastreamento dos valores do FINAM;

f) A declaração de nulidade do lançamento, como seqüência do pedido anterior;

g) A decretação da nulidade da Intimação antecedente ao auto de infração, isto é, aquela que determinou ao Contribuinte que comprovasse a origem dos valores;

h) O reconhecimento do cerceamento de defesa, ante a negativa de vistas ou cópias das peças que a fiscalização dispunha;

i) A declaração de ilegalidade do lançamento, visto que apoiado unicamente em extratos bancários;

j) A admissão de que a fiscalização extrapolou o comando judicial, porque deveria resumir sua atuação aos valores depositados pelo Frigorífico Eldorado S/A. É dizer, o AFRF verificou todos os depósitos bancários, olvidando-se que a determinação resumia-se ao crédito do FINAM;



k) A intimação da data de julgamento desse Recurso Voluntário, quando pretende se fazer presente, com esteio no art. 28 da Lei nº 9.784/99.

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 do lançamento por cerceamento do direito de defesa e por irregularidade na intimação que iniciou o procedimento fiscal para o lançamento com base em depósitos bancários.

Sobre o cerceamento do direito de defesa, afirma o Contribuinte que não lhe foi dado direito a vistas dos autos, durante o procedimento de fiscalização e, embora reconheça que não há litígio nessa fase, a negativa da vista requerida o caracterizaria.

Não merece acolhida essa alegação. Inicialmente, o Contribuinte não poderia ter vistas dos autos porque autos não havia. É certo que a Fiscalização estava de posse de documentos sobre a movimentação financeira do Contribuinte as quais, por fim, serviram de base para o lançamento. O Contribuinte, entretanto, teve acesso as essas informações, seja quanto intimado a comprovar a origem dos depósitos, seja quando autuado o processo e formado os autos, momento a partir do qual foi franqueada vistas ao Autuado.

Portanto, não é certo dizer que o Contribuinte não teve vistas dos autos, a questão está no momento em que tal vista foi franqueada. O que se coloca para a análise do direito ao contraditório e da ampla defesa é se o procedimento, da forma como foi conduzido, trouxe prejuízo ao exercício do direito por parte do contribuinte. E a resposta, certamente, é negativa.

Ora, durante o processo investigativo, sequer há acusação, a qual somente se formaliza com a autuação, como, então, falar-se em defesa ou em contraditório. Nessa fase, o Fisco busca reunir elementos para apurar a ocorrência ou não de infração e somente após reunir esses elementos é que, mediante instrumento próprio, no caso de apurar infração, descreve os fatos, aponta a infração e os fundamentos legais. Somente a partir daí pode-se falar em contraditório e ampla defesa.

Também quanto à alegada irregularidade na intimação, como afirmado pelo próprio Contribuinte, a análise do mérito do Mandado de Segurança não foi julgado e, portanto, não havia obstáculo legal para que a autoridade administrativa procedesse sem observar a condição pretendida pelo Contribuinte. Não se cogita, portanto, de vício quanto a esse aspecto.

Vale ressaltar que a simples propositura de ação judicial não confere ao seu autor o direito pretendido, conforme pretende o Contribuinte.



Também não procede a alegação de que o procedimento fiscal exorbitou ao que determinado pela ordem judicial. Conforme trecho citado pelo próprio Recorrente, o Juiz deixou de determinar a instauração de procedimento fiscal por reconhecer que se trata de atribuição própria do Ministério Público. Portanto, ao contrário do que pretende o Recorrente, a decisão judicial não restringiu a possibilidade da ação fiscal, antes reconheceu que a Receita Federal poderia fazê-lo, independentemente de autorização judicial.

Tal conclusão, aliás, é evidente já que, tendo a atribuição legal de apurar a prática de infrações fiscais e proceder à formalização da exigência de imposto eventualmente sonegado, a Secretaria da Receita Federal, diante de indícios de infração, dependa de autorização judicial para apurar os fatos e proceder ao lançamento.

Sobre a falta de informação da data do julgamento de primeira instância, não há nas normas que regem o processo administrativo fiscal, previsão para tal comunicação, o que não impede, todavia, que os contribuintes colham essa informação perante a Delegacia da Receita Federal de Julgamento.

Não vislumbro, portanto, qualquer vício no procedimento fiscal nem no lançamento dele decorrente em relação a esse aspecto.

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade do lançamento.

Sobre o pedido de nulidade da intimação, independentemente de qualquer consideração sobre sua pertinência, sua rejeição é decorrência necessária das considerações e conclusões quanto à validade do lançamento, acima expostas.

Quanto ao mérito, o Contribuinte não esboça movimento no sentido de comprovar a origem dos depósitos bancários, limitando-se a questionar a validade do lançamento com base apenas nas informações sobre a movimentação financeira, invocando a súmula nº 182, do antigo TFR.

Inicialmente, cumpre deixar assentado que a referida súmula não tem aplicação ao caso, pois se refere a realidade normativa anterior à Lei nº 9.430, de 1996, que instituiu a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada, antes inexistente.

Como se disse acima, cuida-se, na espécie, de lançamento com fundamento no 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 Lei nº 10.637, de 2002, *verbis*:

Lei nº 9.430, de 1996:

"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 nos 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 juris). Estas, por sua vez, se subdividem em absolutas, condicionais e mistas. As absolutas (juris et de jure) não admitem prova em contrário; as condicionais ou relativas (juris 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 teve por base 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.

Assim, a simples afirmação de que o lançamento se baseia em presunção, sem a apresentação de provas que a ilidam em nada aproveita a defesa. Sem a comprovação da origem dos depósitos, paira incólume a presunção.

Quanto à qualificação da multa de ofício, assiste razão ao recorrente quando afirma que a autoridade lançadora não descreveu a fraude fiscal nem estabeleceu a relação entre o desvio de recursos do FINAM e o evidente intuito de fraude que justificaria a exasperação da penalidade.

Note-se que ao se referir ao evidente intuito de fraude o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 reporta-se aos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1.965 que se referem sempre às condutas tendentes a subtrair ao Fisco o conhecimento da ocorrência do fato gerador ou a modificar seus elementos, senão vejamos:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

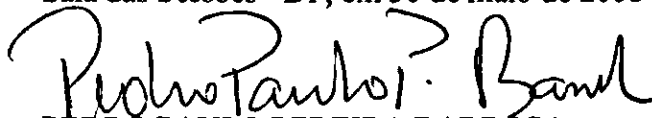
Era indispensável, portanto, que a autoridade lançadora apontasse uma das condutas descritas acima, o que não fez. Quanto ao desvio de recursos do FINAM, embora possa ser configurada como ilícito penal, não está entre as condutas acima, que dizem respeito à fraude fiscal.

É de se afastar, portanto, a qualificação da multa de ofício.

Conclusão.

Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para desqualificar a multa de ofício.

Sala das Sessões - DF, em 30 de maio de 2008


PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA