



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 11516.001671/2002-74
Recurso nº. : 134.767
Matéria : IRPF - Ex(s): 1999
Recorrente : JOÃO GHIZZO FILHO
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ em FLORIANÓPOLIS - SC
Sessão de : 16 DE OUTUBRO DE 2003
Acórdão nº. : 106-13.589

PRELIMINAR - MPF - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.(MPF). CIÊNCIA. - Considera-se que o contribuinte foi cientificado no MPF quando comprovada sua entrega por via postal mediante aviso de recebimento do correio.

PRELIMINAR - PERÍCIA. INDEFERIMENTO - É de se indeferir a solicitação de perícia quando não for necessário o conhecimento técnico especializado, não podendo servir para suprir a omissão do contribuinte na produção de provas que ele tinha a obrigação de trazer aos autos.

PRELIMINAR - NULIDADE DO LANÇAMENTO - LEGISLAÇÃO QUE AMPLIA OS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE - É incabível falar-se em irretroatividade da lei que amplia os meios de fiscalização, pois esse princípio atinge somente os aspectos materiais do lançamento.

SIGILO BANCÁRIO - Havendo procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelos órgãos fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados, não constitui quebra do sigilo bancário.

LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXAME DA LEGALIDADE/ CONSTITUCIONALIDADE - Não compete à autoridade administrativa de qualquer instância o exame da legalidade/constitucionalidade da legislação tributária, tarefa exclusiva do poder judiciário.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Quando o contribuinte traz argumentos e documentos que demonstram que a presunção adotada não tem sólidos fundamentos, ou seja, não leva, de forma genérica, a um juízo de probabilidade sustentável, contamina o lançamento de incerteza, o que não se admite no Direito Tributário, que, dentre outros princípios se rege pela tipicidade.

Preliminares rejeitadas.
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JOÃO GHIZZO FILHO.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares de nulidade por

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

falta de ciência do Mandado de Procedimento Fiscal e do pedido de perícia por desnecessária à convicção do julgador. No mérito, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Luiz Antonio de Paula (Relator), Sueli Efigênia Mendes de Britto e José Ribamar Barros Penha. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Thaisa Jansen Pereira. Fez sustentação oral pelo Recorrente o Sr. Carlos Alberto Barbosa Ferraz, OAB-DF 18.837.



**JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA
PRESIDENTE**



**THAISA JANSEN PEREIRA
RELATORA DESIGNADA**

FORMALIZADO EM: 29 MAR 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros ROMEU BUENO DE CAMARGO, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e EDISON CARLOS FERNANDES. Ausente, justificadamente, o Conselheiro WILFRIDO AUGUSTO MARQUES.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

Recurso nº. : 134.767
Recorrente : JOÃO GHIZZO FILHO

RELATÓRIO

João Ghizzo Filho, já qualificado nos autos, inconformado com a decisão de primeiro grau de fls. 172/192, prolatada pelos Membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis-SC, recorre a este Conselho pleiteando a sua reforma, nos termos do recurso voluntário de fls. 198/215.

Contra o contribuinte acima mencionado foi lavrado em 15/08/2002 o Auto de Infração – Imposto de Renda Pessoa Física de fls. 114/122 e seus anexos de fls. 123/124, exigindo-se o recolhimento do crédito tributário no valor total de R\$ 170.916,90, sendo: R\$ 56.233,70 de imposto, R\$ 30.906,03 de juros de mora (calculados até 31/07/2002) e R\$ 83.777,17 de multa de ofício de 75% e 150%, referente ao exercício de 1999, ano-calendário de 1998.

Da ação fiscal resultou a constatação das seguintes irregularidades:

01) DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PLEITEADA INDEVIDAMENTE.

Glosa de deduções com dependentes, tendo o contribuinte informado o seu filho Marcelo Ghizzo, CPF Nº 003.362.289-29, como dependente. Entretanto, o Sr. Marcelo apresentou a sua própria Declaração de Ajuste Anual (fls. 39/41), o que resultou na glosa do valor de R\$ 1.080,00.

Fato Gerador: 31/12/1998

Multa de ofício : 75%.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

02) DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PLEITEADA INDEVIDAMENTE.

Glosa de deduções com instrução efetuada pelo filho Marcelo Ghizzo, no valor de R\$ 1.700,00, por ter este apresentado a Declaração de Ajuste Anual correspondente.

Fato Gerador: 31/12/1998

Multa de ofício: 75%.

**03) MISSÃO DE RENDIMENTOS CARACTERIZADA POR DEPÓSITOS
BANCÁRIOS NÃO COMPROVADOS**

Omissão de rendimentos, do ano de 1998, caracterizada por valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantida no Banco do Brasil S/A, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou mediante documentação hábil e idônea o origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme demonstrado no Auto de Infração de fls. 117/119.

Fatos Geradores: 31/01/98; 28/02/98; 31/03/98; 31/07/98; 31/08/98; 31/09/98; 31/10/98; 30/11/98 e 31/12/98.

Enquadramento Legal: art. 21 da Lei nº 9.532/97; art. 42 da Lei nº 9.430/96 e art. 4º da Lei nº 9.481/97.

Multa de Ofício: 150%

Às fls. 43/44, consta a Intimação nº 82/02, datada de 19 de abril de 2002, com a observação de que os valores da movimentação financeira foram obtidos com base nas informações prestadas à Secretaria da Receita Federal, pelas instituições financeiras, de acordo com o art. 11, § 2º, da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996.

O Auditor Fiscal autuante descreveu no Auto de Infração de fls. 116/122, as irregularidades constatadas, que resultaram na omissão de rendimentos no valor de R\$ 201.706,18, provenientes depósitos bancários mantidos em conta corrente



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

em instituição financeira, não devidamente comprovados a origem dos créditos. E, na oportunidade, ressaltou à fl. 120:

" ...

"Para efeitos de comprovação de origem dos depósitos bancários, não foram considerados as devoluções de empréstimo que teriam sido feitas pelo Sr. João Nilson Zunino e os empréstimos feitos com pessoas amigas do Sr. João Ghizzo Filho.

Conforme consta a resposta do Sr. João Ghizzo Filho:

<i>Devoluções de empréstimos</i>	<i>R\$ 148.076,90 (fl. 74)</i>
<i>Empréstimos de pessoas amigas</i>	<i>R\$ 74.872,60 (fl. 75)</i>
<i>Total:</i>	<i>R\$ 222.949,50</i>
<i>(-) Devoluções</i>	<i><u>R\$ 20.500,00</u></i>
<i>Montante dos empréstimos</i>	<i>R\$ 202.449,50"</i>

Logo abaixo, descreveu os motivos para a não aceitação das devoluções de empréstimos e dos empréstimos alegados como origens dos depósitos, – fl. 120.

O autuado irresignado com o lançamento, apresentou a impugnação de fls. 131/156, cujos argumentos de defesa estão devidamente relatados às fls. 175/178, acompanhada de cópias dos documentos de fls. 157/170.

Após resumir os fatos constantes da autuação e as principais razões apresentadas pelo impugnante, os Membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis - SC, acordaram, por unanimidade de votos, julgar procedente o lançamento, nos termos do Acórdão DRJ/FNS Nº 2.150, de 16 de janeiro de 2003.

A ementa que consubstancia a r. decisão de primeira instância é a seguinte:

D

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF.
Ano-calendário: 1998*

Ementa: DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. Caracterizam omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

*Assunto: Processo Administrativo Fiscal
Ano-calendário: 1998*

Ementa: UTILIZAÇÃO DAS INFORMAÇÕES RELATIVAS À CPMF. LIMITES – Com o advento da Lei nº 10.174/2001, resguardado o sigilo na forma da legislação aplicável, é legítima a utilização das informações sobre as movimentações financeiras relativas à CPMF para instaurar procedimento administrativo que resulte em lançamento de outros tributos, ainda que os fatos geradores tenham ocorrido antes da vigência da referida lei.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.(MPF). CIÊNCIA. – Considera-se que o contribuinte foi cientificado no MPF quando comprovada sua entrega por via postal mediante aviso de recebimento do correio.

ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIACÃO – As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

PERÍCIA. INDEFERIMENTO. É de se indeferir a solicitação de perícia quando não for necessário o conhecimento técnico especializado, não podendo servir para suprir a omissão do contribuinte na produção de provas que ele tinha a obrigação de trazer aos autos.

*Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário
Ano-calendário: 1998*

Ementa: PRESUNÇÕES LEGAIS. RELATIVAS. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA – As presunções legais relativas obrigam a autoridade fiscal a comprovar, tão-somente, a ocorrência das hipóteses sobre as quais se sustentam as referidas presunções, atribuindo ao contribuinte o ônus de provar que os fatos concretos não ocorreram na forma como presumidos pela lei.

10

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

*MULTA QUALIFICADA – Configurada a existência de dolo, impõe-se ao infrator a aplicação da multa qualificada de 150% prevista na legislação de regência.
Lançamento Procedente”*

O contribuinte foi cientificado dessa decisão em 28/02/2003 – “AR” – fl. 197, e, com ela não se conformando, o recorrente interpôs o recurso voluntário em 27/03/2003, fls.198/215, no qual demonstrou sua inconformidade, que em apertada síntese, pode assim ser resumido:

1. DO USO INDEVIDO DE INFORMAÇÕES DA CPMF

- transcreveu a conclusão constante da r. decisão, acerca deste tópico;
- considerou que o entendimento exarado não é verdadeiro;
- para evitar mera repetição, reitera argumento já apresentado em sua peça impugnatória, que deverá ser analisado em sua plenitude;
- não é verdadeiro o que diz a relatora, quando afirmou que o TRF da 4ª Região, vem se manifestando no sentido de validar autuações com base na legislação da CPMF, pelo contrário, tem dado indícios de que prevalecerá, pelo menos no judiciário, o seu entendimento, ou seja, que é completamente inviável a utilização das informações sobre as movimentações financeiras relativas à CPMF para instaurar procedimento administrativo que resulte em lançamento de outros tributos, para fatos geradores anteriores a Lei nº 10.174/01;
- transcreveu ementas de decisões judiciais;
- pediu a completa invalidação (cancelamento) do Auto de Infração ora recorrido;

P

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

**2. DO EQUÍVOCO EM CONSIDERAR DEPÓSITOS BANCÁRIOS
COMO SE RENDA FOSSEM**

- inicialmente, transcreveu a conclusão da relatora, sendo que este entendimento não pode subsistir;
- primeiro, o próprio Egrégio Conselho de Contribuintes já definiu que o depósito por si só, não constitui fato gerador de imposto;
- segundo, a irregular quebra do sigilo bancário, que só é válida quando o exame de extratos correspondentes pela Secretaria da Receita Federal dá-se por solicitação do Ministério Público Federal, mediante expressa extensão judicial da sua quebra;
- transcreveu ementas de Acórdãos proferidos pela DRJ-Florianópolis-SC e do Conselho de Contribuintes;
- argumentou ainda que, mormente pelo fato de que restou sobejamente comprovado, nos extratos bancários juntados aos autos, que o cheque de um dia é o depósito de outro, evidenciando a informação de simples troca de cheques com amigos;

3. DA CIÊNCIA DO MPF

- aceitar o argumento dos julgadores de primeira instância, de que ao solicitar cópia do processo, estaria sanada a irregularidade de falta de uma intimação intermediária, seria o mesmo que dizer que irregularidades ou descumprimento de formalidades, nos autos de um inquérito administrativo ou penal, não impediriam o andamento do processo até seu final;
- não se pode aceitar a falha de formalidade;
- se o contribuinte deve, na forma da lei, tomar ciência de todos os atos e um deles foi preterido, certamente o que lhes seguem estão contaminados pelo vício;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

4. DO MÉRITO PROPRIAMENTE DITO

- destacou que, em sua peça impugnatória juntou prova inequívoca, obtida em processo judicial, de que houve em seu favor como gerador de caixa, uma efetiva devolução de R\$ 150.000,00, que aqui reside a solução para o maior volume financeiro do ato fiscal;
- em que pesem as considerações feitas pelo Agente Fiscal e pela relatora da decisão de primeiro grau, a qual, aliás, citou legislação revogada para sustentar seu entendimento (art. 135 do CC de 1916) não mais em vigor na data da decisão, não pode o Conselho de Contribuintes fazer vistas grossas às provas juntadas pelo contribuinte;
- é descabido o contribuinte ser devedor de um determinado tributo apenas com base em eventuais formalidades do ato, e transcreveu ementas de acórdãos;
- existem nos autos, provas escritas da existência do empréstimo;
- não pode prevalecer o argumento das autoridades lançadora e julgadora, com base no Código Civil e no Código de Processo Civil, sem a devida fundamentação no CTN e no Regulamento do Imposto de Renda, para demonstrar que a prova apresentada não foi suficiente para demonstrar a insubsistência do ato fiscal. Não há como ignorar prova inequívoca que até no judiciário já transitou;

5. DA INACEITÁVEL MULTA DE 150%

- não há como aceitar pacificamente a aplicação da multa de 150%, pois está evidenciado que agiu com boa-fé, e, não há qualquer conduta dolosa de sua parte;
- é preciso que o Conselho de Contribuintes reveja não só a notificação, a impugnação e, principalmente, a decisão recorrida;

19

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

- não praticou dolo, fraude ou simulação, não infringiu os artigos 71, 72, 73 da Lei nº 4.502/64 e, muito menos, sequer praticou negócio jurídico que objetivasse reduzir carga fiscal;
- transcreveu diversas ementas de acórdãos proferidos pelo Conselho de Contribuintes;
- assim, não há razão para manter tão elevada multa no presente caso;

6. DA IMPOSSIBILIDADE DE SE UTILIZAR A SELIC COMO TAXA DE JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE DÉBITOS DE NATUREZA FISCAL

- apesar da divergência doutrinária e jurisprudencial, entende que cabe a Administração exercer o controle da legalidade de seus atos, na busca da chamada justiça administrativa;
- embora a decretação da inconstitucionalidade seja de competência do STF, através do controle concentrado, essa faculdade não afasta a de outros tribunais (não constitucionais) em negar a aplicação de preceito que contrarie a Carta Magna;
- transcreveu trecho da obra de Sacha Calmon Navarro Coelho;
- os tribunais pátrios também vêm rechaçando a possibilidade de utilização da SELIC como indexador de juros moratórios;
- novamente transcreveu alguns acórdãos proferidos pelo judiciário;
- deve ser excluída do ato fiscal a incidência da Taxa SELIC, porque há tendência forte no sentido de excluir do mundo jurídico tributário o referido acréscimo ilegal e inconstitucional;

DO REQUERIMENTO. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA

- caso não seja aceita a possibilidade de completa invalidação do ato fiscal, com base nos argumentos aqui indicados e nas provas mencionadas, insiste na realização de perícia, para a qual foi indicado

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

quesito (analisar as declarações de dois contribuintes e verificar se, com base nas informações prestadas, é possível demonstrar que os empréstimos ocorreram de fato e de direito).

À fl. 219, consta a informação de que o arrolamento de bens e direitos exigido para seguimento do recurso voluntário encontra-se no processo 10964.000091/2003-98.

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

VOTO VENCIDO

Conselheiro LUIZ ANTONIO DE PAULA, Relator

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo art. 33 do Decreto nº 70.235 de 06 de março de 1972, tendo sido interposto por parte legítima, razão porque dele tomo conhecimento.

Inicialmente, cabe aqui consignar que, o contribuinte não impugnou o lançamento referente às glosas de dependente e despesas com instrução, salientando-se que matéria não expressamente contestada é considerada não impugnada, nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/72.

Assim, somente restou em discussão o lançamento proveniente da omissão de rendimentos por infração ao art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Em preliminar, o contribuinte argumentou em sua peça recursal que tomou ciência de todos os atos e um dele foi preterido, certamente o que lhes seguem estão contaminados pelo vício. E, requereu a nulidade do ato.

A competência para a lavratura do Auto de Infração está definida no Código Tributário Nacional – CTN, art. 142 – cujo parágrafo único responsabiliza funcionalmente a autoridade que abdicar dessa atividade vinculada e obrigatória, não apenas pelo modo, mas também, quanto ao tempo em que definida pela lei.

As atribuições do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal estavam definidas à época pela Medida Provisória nº 2.175/2001, que em seu art.6º definia que



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

o AFRF pode constituir o crédito tributário e executar procedimentos de fiscalização. Esta Medida Provisória foi convertida na Lei nº 10.593/2002, com o mesmo teor.

Ainda, cabe aqui ressaltar que, por intermédio da Portaria nº 1.265, de 22 de novembro de 1999, posteriormente substituída pela Portaria SRF nº 3.007, de 26 de novembro de 2001 e referido no § 1º do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, instituiu-se o “Mandado de Procedimento Fiscal - MPF”, sendo ordem emitida pela administração para se instaurar qualquer procedimento de fiscalização, não se constituindo em elemento indispensável para dar validade ao lançamento tributário.

O referido ato administrativo dispôs tão somente sobre o planejamento das atividades fiscais, estabelecendo normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. Trata-se o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, denominado de “ordem específica”, com vigência a partir de 1º de dezembro de 1999.

Assim, não resta dúvida de que o Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento de controle administrativo da fiscalização. Nesse sentido manifestou-se o Conselho de Contribuintes no Acórdão Nº 107-06.276, de 23/05/2001, da relatoria do ilustre Conselheiro Luiz Martins Valero, que por unanimidade de votos dos Membros da Sétima Câmara, foram rejeitadas as preliminares argüidas, que está assim ementado:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – NULIDADES – Não é nulo o auto de infração que, embora lavrado após decorrido 60 dias do último documento que indicava reinício da ação fiscal, capitula infrações não excluídas pela espontaneidade readquirida – Decreto 70.235/72, art. 7º. O Mandado de Procedimento Fiscal sob a égide da Portaria que o criou, é mero instrumento de controle administrativo” (Ac. 107-06.276, de 23/05/2001) (grifo meu)

Posteriormente, também da lavra do mesmo Conselheiro Relator em outro Acórdão, onde os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

Contribuintes, por unanimidade de votos, deram provimento ao recurso de ofício, (Ac.107-06.820, em sessão de 16 de outubro de 2002), assim ementado:

"MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – MPF – A atividade de seleção do contribuinte a ser fiscalizado, bem assim a definição do escopo da ação fiscal, inclusive dos prazos para a execução do procedimento, são atividades que integram o rol dos atos discricionários, moldados pelas diretrizes de política administrativa de competência da administração tributária. Neste sentido, o MPF tem tripla função: a) materializa a decisão da administração, trazendo implícita a fundamentação requerida para a execução do trabalho de auditoria fiscal, b) atende ao princípio constitucional da cientificação e define o escopo da fiscalização e c) reverência o princípio da pessoalidade. Questões ligadas ao descumprimento do escopo do MPF, inclusive do prazo e das prorrogações, devem ser resolvidas no âmbito do processo administrativo disciplinar e não tem o condão de tornar nulo o lançamento tributário que atendeu aos ditames do art. 142 do CTN.

Recurso de ofício a que se dá provimento."

O MPF tem caráter administrativo, no sentido de instrumentalizar o controle instituído pela Administração para dar segurança e transparência ao trabalho fiscal e salvaguardar o contribuinte de eventuais desvios ou abusos, conferindo-lhe a oportunidade de "certificar" da fiscalização.

Nesta linha de raciocínio, é de se destacar que um dos méritos do MPF é precisamente este, ou seja, destina-se a dar conhecimento ao fiscalizado da autorização emitida para o início da realização dos procedimentos fiscais, definindo o objeto da fiscalização.

No caso em contenda, foram seguidas rigorosamente as disposições legais pertinentes ao lançamento e à lavratura do Auto de Infração. Além disso, os atos e termos constantes do processo foram lavrados por Auditor Fiscal da Receita Federal, agente competente para este mister, a teor do disposto na Medida Provisória e lei retrocitados, *in verbis*:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

“Art. 6º - São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal, no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal, relativamente aos tributos e às contribuições por ela administrados:

I – em caráter privativo:

*a) **constituir, mediante lançamento, o crédito tributário;***

b) elaborar e proferir decisões em processo administrativo-fiscal, ou delas participar, bem assim em relação a processos de restituição de tributos e de reconhecimento de benefícios fiscais;

*c) **executar procedimentos de fiscalização, inclusive os relativos ao controle aduaneiro, objetivando verificar os cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo, praticando todos os atos definidos na legislação específica, inclusive os relativos à apreensão de mercadorias, livros, documentos e assemelhados;***

d) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à aplicação da legislação tributária, por intermédio de atos normativos e solução de consultas;

e) supervisionar as atividades de orientação do sujeito passivo efetuados por intermédio de mídia eletrônica, telefone e plantão fiscal;

II – em caráter geral, as demais atividades inerentes à competência da Secretaria da Receita Federal.” (grifos acrescentados)

A atividade administrativa é vinculada. À vista de um fato jurígeno, não tem o agente à discricionariedade em efetivar o lançamento. Ao revés, deverá por intermédio de métodos de interpretação e subsunção próprios, jungir o fato à norma, e formalizar o adstrito crédito tributário.

Não possui o MPF o condão de criar obrigações ou limitar a competência do Auditor-Fiscal, competência esta definida em textos legais e no próprio CTN:

“Art. 142 – Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.
(grifo meu)

Os elementos constantes dos autos demonstram que o Auditor Fiscal da Receita Federal autuante não fez nada mais do que exercer sua competência vinculada. Há que se ressaltar ainda, que o procedimento além de ter sido corroborado pela autoridade emitente do Mandado de Procedimentos Fiscal – Fiscalização – MPF, não feriu qualquer direito do contribuinte.

No caso em concreto, não houve qualquer irregularidade em relação a ciência do contribuinte. Pois, estão claramente descritos os conteúdos dos documentos encaminhados via postal ao contribuinte, “AR” – fl. 45, que contém o MPF Nº 0920100-2002-00200-0 (fl. 02), onde o contribuinte foi cientificado em 24/04/2002.

Consta do referido MPF que este deverá ser executado até 16 de agosto de 2002 (fl. 02), e ainda, conforme se denota à fl. 03 – Demonstrativo de Emissão e Prorrogação de MPF até 15 de setembro de 2002, pois o Auto de Infração foi lavrado no dia 15/08/2002 (fl. 114), ou seja, dentro do prazo de validade previsto no MPF inicial, repito, do qual o contribuinte foi cientificado em 20/08/2002, (“AR” – fl. 128).

Assim, é de se concluir que o MPF não compõe o rol dos atos e termos vinculados ao lançamento de ofício, que são privativos do Auditor Fiscal da Receita Federal para executar procedimentos de fiscalização, bem como, constituir, mediante lançamento, o crédito tributário em favor da União, nos termos no art. 6º da Medida Provisória nº 46/2002, que convalidou a Medida Provisória 2.175/2001, convertida na Lei nº 10.593, de 06/12/2002.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

Conseqüentemente, não é nulo o presente Auto de Infração, pois, foram atendidos aos requisitos do art. 142 do CTN e, não estando presentes as hipóteses de nulidades previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, que regula o Processo Administrativo Fiscal, não há como anular o presente lançamento.

Desta forma, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento por falta de ciência do MPF ao contribuinte.

Ainda em preliminar, o recorrente requereu a realização de perícia, para a qual foi indicado quesito (analisar as declarações de dois contribuintes e verificar se, com base nas informações prestadas, é possível demonstrar que os empréstimos ocorreram de fato e de direito).

A perícia tem como destinatária final, a autoridade julgadora, e, apenas, ela pode avaliar sua pertinência para a solução da lide. A prova pericial mostra-se útil somente quando não se puder encontrar a verdade de outra forma mais simples.

A perícia se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requerem conhecimentos especializados para o deslinde do litígio, não se justificando quando o fato puder ser demonstrado pela juntada de documentos, o que é o caso em tela.

Assim, rejeito o pedido para a realização de perícia, por entender não ser necessário para o deslinde da questão em contenda.

Muito embora o contribuinte tenha levantado alguns tópicos em sua peça impugnatória, sem a denominação específica de “preliminares”, cabe analisá-los sob esta rubrica, face ao caráter dessa matéria..



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

O contribuinte defende a tese de que, por ser o sigilo bancário uma das garantias constitucionais, não poderia ter sido quebrado sem a prévia autorização judicial, o que tornaria como forma ilícita de prova.

Cabe, nesse ponto, tecer considerações acerca da supramencionada assertiva do contribuinte: a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, ao dispor sobre o sigilo das operações de instituições financeiras determinou:

“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 refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor”

Consoante a retrocitada Lei Complementar, o acesso às informações bancárias independe de autorização, não constituindo quebra de sigilo. As informações obtidas permanecem protegidas. A Lei nº 5.172, de 1966(CTN), em seu artigo 198, veda sua divulgação para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública Nacional, ou de seu funcionários, sem prejuízo do disposto na legislação criminal.

Nos termos do inciso II do art. 197 da Lei nº 5.172/66, as entidades financeiras estão obrigadas a fornecer ao Fisco as informações solicitadas.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

Diz o referido dispositivo legal que:

“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;”

A propósito, de acordo com o Comunicado BACEN/DEFIS nº 373/1987, a prestação de informações e o exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, a que alude o § 5º do art. 38 da Lei nº 4.595/64, não constituem quebra de sigilo bancário.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos X e XII, dispõem:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

...

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Como se vê, a Constituição Federal prevê a proteção à inviolabilidade da privacidade e de dados. Conferiu, contudo, igualmente, em seu art. 145, § 1º, à Administração Pública o direito de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, o que não lhe tira o direito à privacidade, visto que a Fazenda Pública tem obrigação de sigilo.

D

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

O sigilo bancário tem por finalidade a proteção contra a divulgação ao público dos negócios das instituições financeiras e seus clientes. 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 105/2001 e o art. 197, II da Lei nº 5.172, de 25/10/1966, o sigilo bancário não é quebrado, mas, apenas, se transfere à responsabilidade da autoridade administrativa solicitante e dos agentes fiscais que a eles tenham o 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 4.595/64; art. 198 do CTN; art. 325 do CP).

Frise, pois, que as informações obtidas junto às instituições financeiras pela autoridade fiscal, a par de amparada legalmente, não implicam quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais, de sorte que inócorre ilicitude na obtenção de provas.

Desta forma, não pode prosperar as alegações feitas em sua defesa, no que tange à quebra do sigilo bancário.

Com base nas informações prestadas pelas instituições financeiras, nos termos do art. 11, § 2º, da Lei nº 9.311/1996, verificou-se a movimentação financeira da ordem de R\$ 322.290,00 no Banco do Brasil S/A (Intimação Nº 82/02 – fl. 82/02) em nome de contribuinte, o que gerou a instituição do procedimento fiscal, onde lhe foram requeridos os extratos bancários relativos a conta que deu origem à movimentação financeira, bem como a comprovação, mediante documentação hábil e idônea, da origem dos recursos depositados nessa conta.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

Cabe ressaltar que, foi o próprio contribuinte que apresentou as cópias dos extratos bancários, conforme consta às fls. 75 e 77/104.

O recorrente argüiu que a autoridade fiscal não poderia ter utilizado as informações prestadas pelos bancos para constituir créditos tributários de outra natureza que não seja CPMF, ou seja, nulidade do lançamento por utilização de provas ilícitas para o ano de 1998.

É incabível falar-se que a Lei nº 10.174 e a Lei Complementar nº 105 vigentes a partir de 2001, não convalidaram as quebras de sigilo bancário sem autorização judicial de períodos anteriores, aludindo ao princípio da irretroatividade da lei, pois esse princípio é atinente aos aspectos materiais do lançamento, não alcançando os procedimentos de fiscalização ou formalização, como é o caso sem contenda.

Ou seja, com base em indícios de movimentação bancária autorizadas pela Lei nº 10.174 de 2001, as informações foram solicitadas pelo Fisco já sob a égide da Lei Complementar nº 105, de 2001, embora referentes às transações ocorridas no ano-calendário de 1998, não abrangidas pela decadência.

Ressalte-se que a Receita Federal nunca esteve proibida de utilizar informações bancárias para instruir procedimento fiscal, o questionamento restringia-se exclusivamente à possibilidade de ser feita requisição ou utilização de informações bancárias sem prévia autorização judicial, em razão de a Constituição Federal de 1998 ter deixado essa matéria para a legislação infraconstitucional.

Assim, a Lei nº 9.311, de 1996 vedava a utilização das informações recebidas pela Receita, por conta do recebimento da CPMF, justamente porque se estaria autorizando o acesso da Receita Federal as informações bancárias sem que houvesse lei complementar regulando a matéria.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

No entanto, com a edição da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, que regulamentou o acesso de autoridades fiscais a informações bancárias, a norma que vedava a utilização dos dados da CPMF para a constituição de outros créditos tributários perdeu sua razão de existência, motivo pelo qual a restrição foi abolida pela Lei n.º 10.174, de 9 de janeiro de 2001.

Cabe consignar que, as provas obtidas são perfeitamente lícitas, pois sua obtenção deu-se com a permissão do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e respectivas regulamentações, e foram tributadas, após regulares intimações, conforme a legislação vigente, citada no Auto de Infração.

Contudo, o art. 105 do CTN limita a irretroatividade das leis para os aspectos materiais do lançamento.

Código Tributário Nacional – LEI Nº 5172, de 1966

“Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116. (...)

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se da situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (AC) (Parágrafo acrescentado pela Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, DOU 11.01.2001)"

Em relação aos aspectos formais ou simplesmente procedimentais a legislação a ser utilizada é a vigente na data do lançamento, pois para o critério de fiscalização, aspectos formais do lançamento, o sistema tributário segue a regra da retroatividade das leis do art. 144, § 1º, do CTN:

"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 modificada ou revogada.

1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros." (grifou-se)

Portanto, a retroatividade dos critérios de fiscalização está expressamente prevista no Código Tributário Nacional, desde a sua edição, não tendo sido suscitado incompatibilidade dessa norma com o texto constitucional.

Por outro lado, a fiscalização por meio da transferência de extratos bancários diretamente para a administração tributária, prevista na Lei Complementar nº 105 e na Lei nº 10.174, ambas de 2001, não representa uma inovação dos aspectos substanciais do tributo.

No presente caso, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, já previa, desde janeiro de 1997, que depósitos bancários sem comprovação de origem eram hipótese fática do Imposto de Renda; a publicação da Lei Complementar nº 105 e da Lei nº 10.174, em 2001, somente permitiu a utilização de novos meios de fiscalização para

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

verificar a ocorrência de fato gerador de imposto já definido na legislação vigente no ano-calendário da autuação.

Assim, concluiu-se que as provas utilizadas são perfeitamente lícitas, pois o fato gerador em questão estava marcado com a Lei nº 9.430, de 1996, portanto, lei anterior ao período analisado de 1998.

As alegações recursais acerca da inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da legislação tributária foge à alçada das autoridades administrativas de qualquer instância, que não dispõem de competência para examinar hipóteses de violações às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

A apreciação de assuntos desse tipo acha-se reservado ao Poder Judiciário, pelo que qualquer discussão quanto aos aspectos da validade das normas jurídicas devem ser submetidas ao crivo deste poder.

Neste sentido, é que têm se inclinado tanto à doutrina quanto a jurisprudência judicial e administrativa, ao destacarem a incompetência das instâncias administrativas para a apreciação de questões que versem sobre inconstitucionalidade e ilegalidade da legislação fiscal.

Neste sentido, voto por rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento, por não ter ocorrido qualquer procedimento irregular.

Ainda em relação aos aspectos preliminares, deve-se elucidar que é improfícua a jurisprudência administrativa e judicial acerca do lançamento em contenda trazida pelo recorrente, porque essas decisões, mesmo que proferidas pelos órgãos colegiados, sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário. Destarte, não podem ser estendidos genericamente a outros casos, somente aplicam-se sobre a questão em análise e

D

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

vinculam as partes envolvidas naqueles litígios, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade da legislação.

Assim determina o inciso II do art. 100 do CTN:

" Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

(...)

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;"

Por sua vez, o Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, consolida as normas de procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais e, quanto aos créditos administrados pela Secretaria da Receita Federal, determina:

"Art. 4º. Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal."

Verifica-se que a extensão dos efeitos de decisões judiciais possui como pressupostos a existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e que tal decisão se refira especificamente à inconstitucionalidade da lei, do tratado ou do ato normativo federal que esteja em litígio. Não é o caso das citações feitas pelo recorrente e, portanto, em face da inexistência de ato do Secretário da Receita Federal, na forma prevista no art. 4º daquele diploma legal, as mesmas não o beneficiam.

Com base nas informações prestadas pela instituição financeira, nos termos do art. 11, § 2º, da Lei nº 9.311/1996, verificou-se a movimentação financeira da ordem de R\$ 322.290,00 no Banco do Brasil S/A (Intimação Nº 82/02 – fls. 43/44), em nome do recorrente.

Presume-se como omissão de rendimentos os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantidos em instituição financeira, cuja origem dos recursos utilizados nestas operações, em relação aos quais o titular pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme preceitua o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

O legislador federal pela redação do inciso XVIII, do artigo 88, da Lei nº 9.430, de 1996, excluiu expressamente da ordem jurídica o § 5º do artigo 6º, da Lei nº 8.021, de 1990 até porque o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996, não deu nova redação ao referido parágrafo. Destarte, para os lançamentos com base em depósitos bancários, a partir de fatos geradores de 01/01/97, não há que se falar em Lei nº 8.021/90, já que a mesma não produz mais seus efeitos legais.

D

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

A argumentação de que uma autuação fundamentada apenas em depósitos bancários não pode prosperar porque depósitos não são fatos geradores de imposto de renda carece de sustentação, já que atinente a lançamento realizado sob a égide do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, c/c art. 4º da Lei nº 9.481, de 1997.

Assim, com o advento da Lei nº 9.430/96, a partir do ano de 1997, existe o permissivo legal para tributação de depósitos bancários não justificados como se “omissão de rendimentos” fosse.

Para uma melhor compreensão, transcrevem-se os dispositivos legais pertinentes acerca desta matéria, ou seja:

Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996

“Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimentos 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 rendimentos omitidos será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º. Os valores cuja origem houve sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculos 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 de receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

P

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

I – Os decorrentes de transferência 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\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze 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 crédito pela instituição financeira”.

Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997

“Art. 4º - Os valores a que se refere o inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passam a ser R\$ 12.000,00 (doze mil reais) e R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), respectivamente.”

Dos dispositivos legais acima transcritos, pode-se extrair que para a determinação da omissão de rendimentos na pessoa física, a fiscalização deverá proceder a uma análise preliminar dos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantidos junto às instituições financeiras, ou seja: primeiro, os créditos deverão ser analisados um a um; segundo, não serão considerados os créditos de valor igual ou inferior a doze mil reais, desde que o somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de oitenta mil reais; terceiro, excluindo-se as transferências entre contas do mesmo titular.

No caso em discussão, verifica-se que esses limites, quando da lavratura do Auto de Infração, foi devidamente observado nos termos da legislação vigente, mesmo porque o somatório global dentro do ano-calendário era superior ao valor de R\$ 80.000,00.

Assim, denota-se que o procedimento fiscal está lastreado das condições impostas pelas leis (Lei nº 9.430/96 e 9.481/97), o que acarretará ao recorrente o ônus de provar a origem dos recursos depositados em sua conta corrente.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

De modo que, tendo o dispositivo legal acima estabelecido uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento, descabe a alegação de falta de previsão legal.

É a própria lei definindo que os depósitos bancários, de origem não comprovada, caracterizam omissão de receita ou de rendimentos e não meros indícios de omissão; razão por que não há obrigatoriedade de se estabelecer o nexos causal entre cada depósito e o fato que represente omissão de receita ou alguma variação patrimonial.

A presunção legal em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação da origem, pois, afinal, trata-se de presunção relativa, passível de prova em contrário, entretanto, como o recorrente nada provou, não elidiu a presunção legal de omissão de rendimentos.

Portanto, para elidir a presunção legal de que depósitos em conta corrente sem origem justificada são rendimentos omitidos, deve o interessado, na fase de instrução ou na impugnação, comprovar sua, conforme disposto no art. 16, III e § 4º, que foi acrescido ao artigo 16 do Decreto n.º 70.235, de 1972, pelo artigo 67 da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997:

"Art. 16. A impugnação mencionará:

*III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e **provas que possuir,***



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

(...)

§ 4º - A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.” (Grifos acrescidos)

Destarte, se o contribuinte não apresenta documentos que comprovem inequivocamente possuir os depósitos em questionamentos origem já submetida à tributação ou isenta, materializa-se a presunção legal formulada de omissão de receitas, por não ter sido elidida.

Acrescente-se que a omissão de receitas, quando a sua prova não estiver estabelecida na legislação fiscal, pode realizar-se por todos os meios admitidos no Direito, inclusive presuntiva com base em indícios veementes, sendo livre a convicção do julgador.

Ressalte-se que, com base nos documentos e informações trazidos aos autos, no decorrer da ação fiscal já foram excluídos os créditos estomados, os referentes a cheques devolvidos, os que não correspondiam a efetivo ingresso de numerário e os que continham descrição que por si só justificavam sua origem.

No decorrer da ação fiscal, o contribuinte foi intimado a apresentar diversos documentos, entre eles os extratos bancários da conta corrente e informar a origem dos recursos movimentados, pois conforme as informações prestadas pelo

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

Banco do Brasil S.A., no ano-calendário de 1998, foram movimentados na conta corrente do interessado, recursos que totalizaram R\$ 322.290,00.

Às fls.77/104, o contribuinte entregou os extratos bancários referentes à movimentação bancária de sua conta corrente nº 11.558-4, da agência nº 0016-7, do Banco do Brasil S/A. Na oportunidade, informou que no ano de 1998 foram creditados efetivamente em sua conta corrente o valor total de R\$ 263.660,86 (fl. 74).

Ainda, informou que, as origens dos valores depositados em sua corrente são provenientes de:

- Ghizzo e Ghizzo Ltda. (pro-labore): R\$ 1.500,00;
- Ghizzo e Ghizzo Ltda (distribuição de lucros): R\$ 37.075,52;
- INSS: R\$ 25.486,16;
- UFSC: R\$ 17.230,15
- Devolução de empréstimo: R\$ 148.076,90
- Venda da lancha: R\$ 3.000,00
- Empréstimos contraídos: R\$ 74.872,60 (informou que no ano de 1998 foram creditados).

Em referência à devolução de empréstimo, o contribuinte informou em nos anos de 1993, 1994 e 1995 houveram empréstimos concedidos a João Nilson Zunino, CPF nº 006.430.419-15, no valor de R\$ 150.000,00, dos quais foram recebidos alguns valores através de diversos depósitos em c/c no montante de R\$ 148.076,90. À fl. 76 apresentou declaração assinada pelo Sr. João Nilson, onde informa que entre os anos de 1990 a 1995, fez empréstimos em moeda corrente nacional com o Sr. João Ghizzo Filho, cuja devolução ocorreu em 1998, nos valores ali apontados, totalizando o montante de R\$ 148.076,90. Tendo sido declarado que não formalizou contrato *"por ser o Sr. Ghizzo, um amigo de longa data, dos tempos em que estudávamos medicina."*



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

À fl. 105, intimou-se o Sr. João Nilson Zunino, a comprovar cópias dos cheques que comprovem a devolução dos valores e apresentar os extratos bancários que comprovem os débitos em sua conta corrente correspondentes aos valores devolvidos. Em atenção ao intimado, foi respondido (fl. 108) que: *“os pagamentos foram efetuados em diversas formas, em moeda corrente, com cheques de terceiros, etc., e que não guardou a documentação”*. Os únicos documentos apresentados foram aqueles das fls. 109/111, representados pelas cópias de dois canhotos do talão de cheques, cópia de cheque nº 508.369 e cópia de ficha de depósito. E, ainda, informou que os valores a receber do Sr. João Ghizzo estavam declarados no item disponibilidades (fl. 108).

Da análise dos documentos ainda constatou-se a não comprovação de origem (fls. 112/113, os depósitos bancários, cujo somatório representa o montante de R\$ 201.706,18 - fl. 120).

À fl. 120, folha de continuação do Auto de Infração, consta que não foram aceitos as justificativas apresentadas pelo contribuinte em relação a empréstimos feitos por pessoas amigas no valor de R\$ 74.872,60, pois, o contribuinte não prestou essa informação na declaração de imposto de renda, referente ao ano de 1999, no campo específico a informar as dívidas e ônus reais existentes (fls 32 e 34);

De forma idêntica, também não constava na declaração de bens e direitos o valor a receber do Sr. João Nilson, assim como, este último não informou em sua declaração tal dívida.

Também, conforme consta das informações do Auditor autuante, não foram apresentados quaisquer contratos firmados, referentes aos empréstimos contraídos.

P

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

Novamente, em grau de recurso, o recorrente vem insistindo na tese de que a origem dos depósitos bancários em sua conta corrente, do ano-calendário de 1998, são provenientes das devoluções efetuadas de um empréstimo concedido ao Sr. João Nilson Zunino, conforme se depreende nas provas constantes dos autos. E, na oportunidade, salientou à fl. 204 que:

"Ressalte-se e destaque-se, que o então Impugnante juntou prova inequívoca, obtida em processo judicial, de que houve em seu favor, como gerador de caixa, uma efetiva devolução de R\$ 150.000,00 e aqui reside a solução para o maior volume financeiro do ato fiscal."

Da análise dos autos, verifica que o contribuinte foi intimado por várias vezes para apresentar os documentos, comprovantes e suas considerações sobre a sua movimentação bancária.

E, na tentativa de comprovar, apresentou os seguintes documentos:

I – Ação Fiscal

- fl. 76 – Declaração firmada pelo Sr. João Nilson Zunino, datada de 28/06/2002, onde declara que efetuou a devolução de empréstimo contraído, em várias parcelas, conforme quadro demonstrativo;

- fl. 109 – cópia de dois canhotos de cheques;
- fl. 110 – documento intitulado de cópia de cheque;
- fl. 111 – cópia de ficha de depósito, para crédito de João Ghizzo Filho;

II – IMPUGNAÇÃO

- fl. 157 – Certidão assinada pelo Escrivão Judicial do Cartório da 1ª Vara, certificando da existência *"de uma cópia autenticada de uma Nota Promissória no valor de R\$ 150.000,00, assinada por João Nilson Zunino em favor do réu João Guizzo*

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

Filho, que em seu depoimento efetuado as fls. 159 datado de 31/08/99 dos autos informou já ter resgatado a JOÃO GUIZZO FILHO referido valor."

- fl. 158 – cópia de Nota Promissória, sem data.

A simples declaração firmada pelo tomador do empréstimo (fl. 76) por si só, não é suficiente para comprovar o pagamento das diversas parcelas, as quais foram depositados na conta bancária do recorrente, pois não foram carreados outros elementos de prova que o confirmem, apesar de ter sido o mutuário intimado a fazê-lo (fl. 105).

Também, de forma idêntica a simples apresentação de dois canhotos de cheques do tomador (fl. 109) e o documento designado de cópia de cheque não identificam os respectivos valores correspondentes, conseqüentemente, não justificam os depósitos bancários ocorridos na conta do contribuinte. De igual forma, o constante à fl. 111, uma vez que, o contribuinte não a comprovar a efetiva existência do mencionado empréstimo.

Em relação ao documento de fl. 157, representado pela Certidão emitida pelo escrivão judicial, a autoridade julgadora a quo assim se manifestou na r. decisão (fl. 187):

"No que tange à certidão emitida pelo escrivão judicial do Cartório da 1ª Vara, anexada à fl. 157, observa-se que esta atesta, apenas, a existência de uma nota promissória, emitida pelo Sr. João Nilson Zunino em favor do contribuinte (fl. 158) e que já teria sido resgatada à data do depoimento prestado (31.08.1999). Verifica-se que a referida nota promissória não contém data de emissão nem data de vencimento, não servido, assim, para comprovar se houve efetivamente um empréstimo ou quando este teria sido liquidado".

Aliados a todos esses fatos, e ainda, dada a inexistência de lançamento em ambas as Declarações de Ajustes Anuais, tanto do "mutuante" como do "mutuário", das informações relativas a este empréstimo, e considerando ainda o efeito da presunção *juris tantum* é de inversão do ônus da prova. Portanto, cabia ao sujeito

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

passivo se o quisesse apresentar provas de origem de tais rendimentos presumidos. Oportunidade que lhe foi proporcionada tanto durante o procedimento administrativo, através de intimação, como na impugnação, quer na fase recursal. Nada ou quase nada foi acostado que afastasse a presunção legal autorizada.

O recorrente também pretende reduzir a multa aplicada no lançamento em discussão, à multa qualificada de 150%, a multa de ofício aplicada teve como amparo o art. 44, II da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que assim dispõe:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

*...
II – cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis."*

Como se percebe, para a aplicação da multa de ofício de 150%(cento e cinquenta por cento) é indispensável tratar-se de casos de evidente intuito de fraude como definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, que se transcrevem:

"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.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

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."

Verifica-se que a fraude se caracteriza em razão de uma ação ou omissão, de uma simulação ou ocultação, e pressupõe sempre a intenção de causar dano a Fazenda Pública, num propósito deliberado de se subtrair no todo ou em parte a uma obrigação tributária.

Ainda que o conceito de fraude seja amplo, deve sempre estar caracterizada a presença de dolo, um comportamento intencional, específico, de causar dano, utilizando-se de subterfúgios que escamoteiam a ocorrência do fato gerador ou retardam o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária.

O intuito doloso deve estar plenamente demonstrado na autuação, sob pena de não restarem evidenciadas as características da fraude, elementos indispensáveis para ensejar o lançamento da multa agravada.

No presente caso, a fiscalização majorou a multa de ofício para 150% sob o fundamento de que, conforme consta na descrição do Auto de Infração à fl. 121:

"Os elementos disponíveis indicam que houve uma simulação de um contrato de empréstimo entre o Sr. João Ghizzo Filho e o Sr. João Nilson Zunino, de forma que a multa foi agravada, conforme disposto no inc. II do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Por esse motivo, e por dever de ofício, foi feita a devida Representação Fiscal para fins Penais, uma vez que, em tese, houve crime contra a ordem tributária"

O fato é que os valores creditados em conta bancária sem comprovação de origem somente se caracterizam omissão de rendimentos por força de uma presunção legal. Em determinadas situações, até pode ser alegado, e verdadeiro, que os créditos verificados na conta bancária do contribuinte não correspondam a rendimentos sujeitos à tributação, mas diante da falta de comprovação nesse sentido o legislador os considera como se rendimentos tributáveis fossem.

D

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

Assim, se essa omissão de rendimentos é fruto de uma presunção legal, baseando-se no lançamento em uma abstração da norma, a prova consistente da conduta dolosa por parte do autuado se faz ainda mais necessária.

O intuito do contribuinte de fraudar, sonegar ou simular não pode ser presumido juntamente com a omissão de rendimentos, compete ao fisco exibir os fundamentos concretos que revelem a presença da conduta dolosa.

Se por um lado, cabe ao contribuinte comprovar a origem dos recursos utilizados nas operações bancárias para que não seja caracterizada a omissão de rendimentos, por outro, compete à fiscalização demonstrar a conduta dolosa desse contribuinte para então lhe atribuir a multa agravada de 150%, entretanto, tal fato não ficou caracterizado nos autos.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência administrativa, como se vê, por exemplo, na ementa do seguinte acórdão:

"MULTA DE OFÍCIO – ART. 44, INCISO II, DA LEI Nº 9.430/96 – Para a aplicação da multa de ofício agravada, na forma do inciso II, do art. 44 da Lei nº 9.430/96, é imprescindível que haja descrição e incontestada comprovação da ação ou omissão dolosa, na qual fique evidente o intuito de sonegação, fraude ou conluio, capitulados na forma dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, respectivamente." (Ac. CC 303.29.280 – Sessão de 22/03/2000).

Assim, no caso dos autos, não tendo a fiscalização demonstrada a existência de dolo por parte do contribuinte em relação às infrações apuradas, nas condições impostas pela norma legal, descabe o agravamento da multa de ofício em 150%, devendo ser reduzida para 75%, nos termos do art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 1996.

P

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

Ainda restou em discussão, a aplicação da taxa SELIC para a cobrança dos juros de mora, alegando que não se aplica às obrigações tributárias.

Quanto à aplicação dos juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC está legitimamente inserida no ordenamento jurídico.

A Lei nº 8.981, de 23/01/95 estabeleceu, no seu art. 84, I, que os juros de mora sejam equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional, relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna. A MP nº 947, de 23/03/1995, em seus arts. 13 e 14, alterou o disposto para juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, a serem aplicados a partir de 01/04/1995. A Medida Provisória nº 972, de 22/04/1995, convalidou a Medida Provisória anterior e, finalmente, a Lei nº 9.065 de 21/06/1995, no seu art. 13, reafirmou o art. 13 das duas Medidas Provisórias retro mencionadas. Por último, os juros SELIC, foram ratificados pelo art. 61 da Lei nº 9.430/96, e vigoram até hoje.

Portanto, não obstante o que o recorrente traz à evidência, ressalte-se, os estreitos limites a que se encontra adstrito o julgador administrativo na apreciação da matéria em tela. Em razão de ação fiscal ter se baseado em comandos constantes de disposições legais, não lhe cabe competência para analisar as referidas arguições de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade. Ao contrário do que afirma o contribuinte, o procedimento fiscal observou, fielmente, além do disposto no CTN, a legislação vigente sobre o assunto.

O recorrente trouxe em seu socorro algumas ementas de decisões judiciais, segundo a qual a taxa SELIC não pode ser utilizada para fins tributários.

Neste ponto, é de se ressaltar que a decisão proferida em julgamento pelo Poder Judiciário não vincula o julgador administrativo. As decisões judiciais surtem

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

os efeitos nela previstos apenas em relação às partes envolvidas, não podendo ser estendidas a terceiros, estranhos ao processo judicial, excetuando-se as inconstitucionalidades declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do Decreto nº 2.346, de 13 de outubro de 1997.

De todo o exposto, voto por rejeitar as preliminares suscitadas, para no mérito, dar provimento parcial para reduzir a multa de ofício aplicada para 75%.

Sala das Sessões - DF, em 16 de outubro de 2003.



LUIZ ANTONIO DE PAULA

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

VOTO VENCEDOR

Conselheira THAISA JANSEN PEREIRA, Relatora designada

Permita-me o Conselheiro Relator Luiz Antonio de Paula, discordar de seu posicionamento quanto à questão da comprovação do empréstimo pago ao Sr. João Ghizzo Filho por João Nilson Zunino.

A Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, assim determina:

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 individualmente, 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

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

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.

O citado artigo criou uma de presunção relativa, de forma que basta que se configurem as condições citadas na Lei para que se considere ocorrido o fato gerador do imposto de renda.

Conforme palavras de Leonardo Sperb de Paola, em sua obra *Presunções e Ficções no Direito Tributário*, temos:

O que caracteriza as presunções legais relativas é a previsão, pelo legislador, que, salvo prova em contrário, a ocorrência de um determinado fato faz pressupor a existência de outro, ao qual estão vinculadas certas consequências jurídicas. No dizer de Aloísio Surgik, o liame entre os fatos já é estabelecido pela lei, cabendo, apenas, a valoração de provas contrárias.¹

Há que se verificar, contudo, que as presunções não podem ser aplicadas isoladamente, sem que se leve em conta princípios constitucionais tributários com elas relacionados, pois, de outra forma, estar-se-ia deixando de lado o contexto do sistema jurídico para que se ativesse à letra isolada da lei.

Um dos princípios que norteiam a legislação tributária é o da segurança jurídica, que indica para a garantia de imutabilidade dos direitos e obrigações em relação com os atos passados e futuros, visando a estabilidade das relações. Os efeitos jurídicos das condutas devem ser previsíveis, de forma que o indivíduo possa ter a exata noção da extensão dos seus atos. Portanto, por intermédio dela, o

¹ PAOLA, Leonardo Sperb de. *Presunções e ficções no Direito Tributário*. 1ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1997, p. 64 e 65.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

contribuinte somente assim será considerado quando o fato jurídico descrito na norma efetivamente for provado.

As presunções servem para que fatos de difícil comprovação direta sejam substituídos por outros que, em ocorrendo, darão fortes, graves e **concordantes** indícios de que o fato gerador do imposto efetivamente ocorreu.

Outro princípio que rege, em especial, o imposto de renda é o da capacidade contributiva e, este, deve balizar também as presunções determinadas na legislação. Assim, a presunção de omissão de rendimentos em face da constatação de depósitos bancários deve ser construída com base na verossimilhança, pois, sem que assim seja, não será possível a sua aplicação, posto que estará eivada de incerteza, fazendo nascer uma obrigação com vício de bases principiológicas relativas à segurança jurídica e à capacidade contributiva. Não haverá a necessária correspondência lógica entre a ocorrência de um fato constatado com o fato supostamente ocorrido em decorrência daquele.

O contribuinte, ao trazer argumentos e documentos que demonstrem que a presunção adotada não tem sólidos fundamentos, ou seja, *não leva, de forma genérica, a um juízo de probabilidade sustentável*², torna por contaminar o lançamento de incerteza, o que não se admite no Direito Tributário, o qual se rege, também, pelo princípio da tipicidade.

O art. 142, do Código Tributário Nacional, assim determina:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o

² PAOLA, Leonardo Sperb de. **Presunções e ficções no Direito Tributário**. 1ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1997, p. 265 e 266.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é **vinculada** e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

Neste dispositivo legal encontramos o que Paulo de Barros Carvalho identifica como sendo as duas dimensões do princípio da tipicidade. Para ele há uma dimensão no plano legislativo, ou seja deve haver lei que crie a obrigação tributária, daí a **vinculação** da atividade fiscal de lançamento, ou seja, nenhum lançamento poderá ser feito sem que haja lei que preveja a hipótese de incidência do tributo. A segunda dimensão é a do plano da facticidade, qual seja, deverá ter ocorrido o fato previsto na lei para que o lançamento possa ser constituído. Assim, o fato efetivamente ocorrido estará vinculado à obrigação que foi determinada pela previsão genérica da lei.

Há doutrinadores que, em vista do princípio da tipicidade, entendem que não poderia existir a presunção relativa na legislação tributária, porém, conforme esclarece Maria Rita Ferragut, em seu livro Presunções no Direito Tributário:

*Quando o processo de positivação do direito ocorre, com a expedição de enunciado jurídico individual e concreto presuntivo, a incidência é promovida **não porque** o indício transformou-se em fato jurídico apto a desencadear o nascimento da relação jurídica tributária – o que, sem dúvida alguma, implicaria admitir que os critérios previstos no antecedente da norma jurídica geral e abstrata teriam sido alargados pela regra individual e concreta presuntiva, com violação à tipicidade – mas porque o fato jurídico típico, previsto na regra-matriz de incidência, foi conhecido de forma indireta, por meio da presunção.³*

Assim, ela (a presunção relativa) é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico tributário, porém, ao ser aplicada, não se pode deixar de lado a necessária vinculação entre o fato ocorrido no caso concreto (depósitos bancários) e a omissão de rendimentos que leva à imposição legal da exigência do tributo e dos

³ FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. 1ª ed. São Paulo : Dialética, 2001, p. 93 e 94.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

acréscimos legais por meio do lançamento. A omissão de rendimentos é o fato presumido pela constatação dos depósitos bancários, desde que estes não tenham tido sua origem justificada pelo contribuinte de forma verossímil, posto que se assim proceder o sujeito passivo, será demonstrada a falta de verossimilhança no raciocínio lógico dedutivo de que ocorrendo o depósito bancário haverá presumidamente a ocorrência de omissão de rendimentos.

O próprio Código Tributário Nacional, em seu artigo 112, dá o devido amparo ao contribuinte quando se observa que, na interpretação da lei tributária que define infrações, há dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, assim como à natureza ou extensão dos seus efeitos, à imputabilidade ou punibilidade, sugerindo, inclusive, que mesmo em relação à dúvida quanto à efetiva ocorrência dos fatos deva se privilegiar o contribuinte. Tais determinações se justificam pelos princípios acima elencados, dentre outros.

No presente caso, o Sr. João Ghizzo Filho se defende argumentando que, durante o ano fiscalizado, recebeu a devolução de parte de um empréstimo que teria feito ao Sr. João Nilson Zunino, totalizando R\$ 148.076,90, conforme cronograma apresentado à fl. 76 pelo mutuário.

A fiscalização (fls. 120 e 121) dá os motivos pelos quais considerou que os esclarecimentos fornecidos pelo contribuinte não foram considerados suficientes para inibir o lançamento. Porém, apesar de serem indícios passíveis de serem considerados para que seja feito o lançamento, não são suficientes para que seja mantido, em especial, pelo documento que foi acostado à fl.157.

Trata-se de uma certidão lavrada por escrivão judicial do Cartório da 1ª Vara da Comarca de Laguna, do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, na qual consta a seguinte informação:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

Certifico para os devidos fins e legais efeitos, que revendo os autos nº 04097000038-3, de Ação Ordinária promovida em data de 04/12/97, em que é autora Rozani Margarete Karmann e réu João Guizzo Filho, relativo a discursão [sic] sobre divisão de bens do casal, face a separação judicial cuja cópia encontra-se anexada nos autos as fls. 12/62 dos referidos autos, cuja fls. 61 existe uma cópia autenticada de uma NOTA PROMISSÓRIA no valor de R\$ 150.000,00 assinada por JOÃO NILSON ZUNINO em favor do réu JOÃO GHIZZO FILHO, que em seu depoimento efetuado as fls. 159 datado de 31/08/99 dos autos informou já ter resgatado a JOÃO GHIZZO FILHO referido valor.

Por este documento, verifica-se que mesmo antes da ação fiscal, que se iniciou em 18.04.02, o Sr. João Nilson Zunino já havia se pronunciado sobre a efetiva existência de um empréstimo que teria tomado do Sr. João Ghizzo Filho. Não haveria chance de supor a existência de uma fiscalização em relação ao Sr. João Ghizzo Filho, que se iniciaria quase três anos após a declaração prestada no processo judicial.

Em 28.06.02, volta o Sr. João Nilson Zunino a declarar o pagamento de parcelas do empréstimo, acrescentando, então, as datas dos pagamentos (fl. 76). Em 02.08.02 (fls. 108 a 111), vem perante a fiscalização esclarecer que pagou de diversas formas, ou seja, em moeda corrente, em cheques, etc... Contudo não guardou os documentos correspondentes, mas conseguiu resgatar alguns, os quais junta aos autos. São canhotos de cheques e cópia de documento de depósito.

Os documentos isoladamente não comprovam o empréstimo, mas, somados aos demais indícios, possibilitam a convicção de que efetivamente houve um mútuo, mesmo que informal. Há declaração por parte do contribuinte interessado neste processo, assim como de pessoa estranha a este, além dos documentos que apontam para uma real ocorrência do empréstimo.

Desta forma, não há como se fazer a necessária vinculação entre o fato descrito na lei (depósitos bancários) e devidamente comprovado, com a ocorrência da omissão relativa ao valor do mútuo. Não há verossimilhança entre o fato constatado,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 11516.001671/2002-74
Acórdão nº : 106-13.589

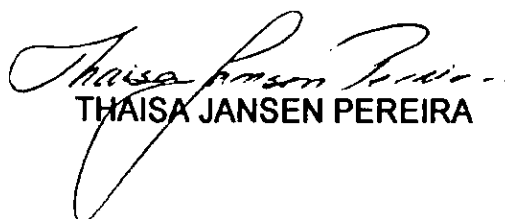
quais sejam os créditos em conta corrente, e a omissão presumida de rendimentos. A vinculação lógico dedutiva em que se baseou a lei para elaborar a presunção não se apresenta no caso concreto deste contribuinte.

Deverão, portanto, ser excluídos da base de cálculo os valores relativos às devoluções feitas pelo Sr. João Nilson Zunino, conforme declaração de fl. 76, por conta do empréstimo tomado do Sr. João Ghizzo Filho.

Se analisados os depósitos constatados e levados em conta pela fiscalização para a elaboração do lançamento (fls. 117 a 120), observa-se que o que resta não justifica o lançamento por conta do que prevê o inciso II, do § 3º, do art. 42, da Lei nº 9.430/96, já transcrito anteriormente. Os créditos não justificados, se considerados os seus valores individuais, não ultrapassam R\$ 12.000,00 e, se somados, resultam valor inferior a R\$ 80.000,00, posto que do total de R\$ 201.706,18 (fl. 120), deverá ser subtraída a quantia de R\$ 148.076,90 referente ao empréstimo devolvido, quando então sobrarão R\$ 53.629,28. Tal circunstância impede a presunção de omissão de rendimentos.

Pelo exposto e por tudo mais que do processo consta, voto por DAR provimento ao recurso, rejeitando as preliminares conforme voto do ilustre Conselheiro Luiz Antonio de Paula.

Sala das Sessões - DF, em 16 de outubro de 2003.


THAISA JANSEN PEREIRA

