



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

MD1-R

Processo nº 11634.000154/2007-46
Recurso nº 161.247 Voluntário
Acórdão nº 2201-00.394 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de agosto de 2009
Matéria IRPF
Recorrente ZAKI KHOURI
Recorrida 4ª TURMA DA DRJ - CURITIBA/PR

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2003

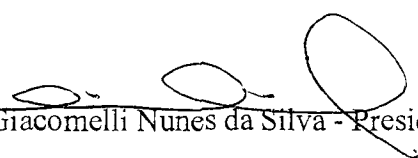
**ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO – PARTICIPAÇÃO –
AUSÊNCIA DE PROVAS – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO**

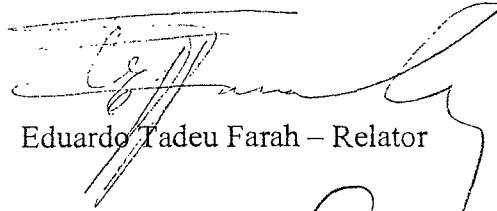
É passível de dúvida a remessa de recursos financeiros se não consta assinatura do contribuinte nos elementos probatórios, nem se comprova de outra forma a participação do contribuinte no esquema fraudulento, o que enseja a nulidade do lançamento fiscal por instrução insuficiente do Auto de Infração.

Recurso Provido.

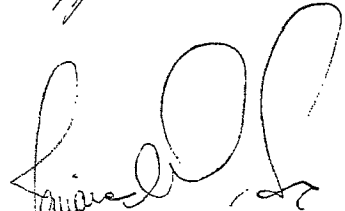
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **2ª câmara / 1ª turma ordinária** do **SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Eduardo Tadeu Farah (Relator) e Pedro Paulo Pereira Barbosa. Fará o Voto Vencedor a Conselheira Janaína Mesquita Lourenço de Souza.


Moisés Giacomelli Nunes da Silva - Presidente em exercício



Eduardo Tadeu Farah – Relator



Janaína Mesquita Lourenço de Souza – Redatora Designada

EDITADO EM:

24 FEV 2011.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa, Rayana Alves de Oliveira França, Eduardo Tadeu Farah, Janaína Mesquita Lourenço de Souza, Sérgio Galvão Pereira Garcia (Suplente convocado) e Moisés Giacomelli Nunes da Silva (Presidente em exercício).

Relatório

Zaki Khouri recorre a este conselho contra a decisão de primeira instância proferida pela 4ª. Turma da DRJ de Curitiba/PR, pleiteando sua reforma, nos termos do Recurso Voluntário apresentado de fls. 190 a 225.

Trata-se de exigência de IRPF com valor total de R\$ 132.410,16, já incluído os acréscimos legais cabíveis, calculados até 30/03/2007.

A infração apurada pela fiscalização foi de acréscimo patrimonial a descoberto relativo ao mês de agosto de 2002.

A autuação teve origem em investigações realizadas em contribuintes que movimentavam recursos no exterior em contas do “Beacon Hill Service Corporation”, representando doleiros brasileiros e/ou empresas “off shore”.

Ressalte-se que o auto de infração em apreço refere-se ao reexame dos procedimentos fiscais originalmente constituídos por meio do processo administrativo nº 11.634.000502/2006-02, que por ocasião do julgamento pela 4ª Turma da DRJ-Curitiba/PR, constatou-se que uma das remessas ordenadas pelo interessado, no valor de US\$ 50.000,00 e datada de 02/08/2002, não fez parte do referido lançamento.

Assim, em cumprimento ao disposto no art. 906 do RIR/99, foi determinado o reexame do período anteriormente fiscalizado.

Cientificado do auto de infração, em 11/04/2007 (fl. 132), o recorrente interpôs impugnação (fls.136/165), sustentando, em síntese:

a) impossibilidade de novo lançamento referente a período já fiscalizado, por ausência das razões elencadas no artigo 149 do CTN;

b) desconhecimento em relação às operações supostamente praticadas. Jamais teria remetido qualquer divisa ao exterior;

c) contesta a conclusão fiscal de que seria remetente das divisas, embasada somente na coincidência do nome. A imputação como feita permite que *“qualquer pessoa – ou até mesmo ninguém, que foi o que realmente ocorreu – pode ter praticado as referidas operações; basta oferecer o nome de qualquer contribuinte constante da base de dados da Secretaria da Receita Federal para se esquivar dos efeitos penais e tributários”*;

d) que embora não tenha feito as remessas, possuía recursos para tanto, oriundos da venda de um imóvel, no ano de 1998 e que foi *“declarada, por puro erro, somente em 2002 – erro este que, diga-se de passagem, não acarreta qualquer prejuízo ao Fisco, uma vez que eventuais ganhos de capital advindos da alienação do referido imóvel são tributados exclusivamente na fonte, quando da concretização da compra-e-venda”*;

e) *inexiste nos autos qualquer prova concreta acerca da materialidade dos fatos: grande parte dos documentos acostados no auto de infração foram produzidos,*

 3

unilateralmente, pelos próprios Auditores Fiscais, enquanto aqueles que não o foram (Laudos Periciais), não indicam nome, documento ou qualquer outro indício de que o impugnante remeteu divisas ao exterior” e “ainda que o laudo consigne que o impugnante remeteu divisas ao exterior, este documento foi produzido pelo Instituto Nacional de Criminalística – sem a participação do impugnante -, não se apresentando, no presente caso, com o competente conjunto probatório que o suporte”;

f) afirma que a autuação está baseada em meras presunções de que o contribuinte remeteu divisas ao exterior e não possuía disponibilidade econômica para tanto, e que tais presunções não estão previstas em lei, transcrevendo decisões administrativas que sustentariam essa posição.

g) decadência “porque, conforme visto, a suposta omissão de rendimentos foi aferida a partir do momento em que o impugnante passou a fazer aplicações no exterior, desprovido de caixa. Ao se levar em conta que a mais antiga transação se deu em 02.10.2001, quando o impugnante supostamente não possuía lastro, a única conclusão a que se chega é que os rendimentos omitidos foram aferidos anteriormente a 05.10.2001”, concluindo que “o fato gerador do imposto de renda pessoa física se concretiza à medida que os rendimentos são percebidos, tem-se que a decadência dos créditos tributários referentes aos rendimentos omitidos aferidos anteriormente a 05.10.2001 operou-se, no máximo, em 05.10.2006, ou seja, anteriormente à constituição do crédito tributário mediante a notificação do impugnante (09.04.2007 – fl. 132)”.

h) inaplicabilidade da multa de 150% porque o “auditor fiscal não efetuou a capitulação da conduta do contribuinte em nenhum dos tipos estabelecidos pelos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. O impugnante não praticou nenhuma infração à legislação tributária”;

i) ilegalidade e inconstitucionalidade da SELIC;

j) improcedência de juros sobre a multa.

A 4ª. Turma da DRJ de Curitiba/PR proferiu Acórdão 06-14.544, mantendo integralmente o lançamento, consubstanciado nas seguintes ementas:

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões administrativas e as judiciais, não proferidas pelo STF sobre a inconstitucionalidade das normas legais, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se aproveitam em relação a qualquer outra ocorrência, senão àquela objeto da decisão.

REABERTURA DE AÇÃO FISCAL. EQUÍVOCO NA APURAÇÃO DO MONTANTE TRIBUTÁVEL. LEGALIDADE.

A reabertura da ação fiscal, autorizada pelo Delegado da Receita Federal, para lavratura de novo auto de infração, referente à parcela exonerada no auto original em virtude de equívoco na determinação do montante tributável, não constitui nenhuma mácula ao procedimento.

DECADÊNCIA. RENDIMENTOS SUJEITOS À DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL.

O fato gerador do imposto de renda em relação aos rendimentos sujeitos à declaração de ajuste anual ocorre em 31 de dezembro; quando não declarados, para efeito de lançamento de ofício, o termo inicial do prazo decadencial é contado do primeiro dia do exercício seguinte ao que poderia o fisco ter feito o lançamento (CTN, art. 173, I).

ILEGITIMIDADE PASSIVA. DOCUMENTOS BANCÁRIOS.

É suficiente à prova da titularidade dos valores remetidos ao exterior a indicação, em documentação bancária, do nome do contribuinte.

PROVA. DOCUMENTOS. REMESSA JUDICIAL.

Os documentos produzidos no âmbito da Justiça Federal e remetidos oficialmente, gozam de presunção de legitimidade e autenticidade.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. APLICAÇÕES.

Considera-se dispêndio o valor remetido para o exterior, mesmo que o ordenante não seja o titular da conta que foi creditada.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. DOLO.

É dolosa a conduta de declarar, de forma reiterada, apenas uma ínfima parte dos rendimentos, cabendo a aplicação da multa de ofício qualificada.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os tributos e contribuições sociais não pagos até o seu vencimento, com fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1995, serão acrescidos na via administrativa ou judicial, de juros de mora equivalentes, a partir de 01/04/1995, à taxa referencial do Selic para títulos federais.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

O crédito decorrente da multa de ofício, não pago no vencimento, dá ensejo à cobrança de juros de mora (art. 161, CTN).

Cientificado da decisão de primeira instância (fl. 189), Zaki Khouri apresenta tempestivamente Recurso Voluntário alegando, essencialmente, os mesmos argumentos postos em sua Impugnação.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro EDUARDO TADEU FARAH, Relator

O recurso é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Alega preliminarmente o recorrente a ocorrência de decadência, pois, segundo seu ponto de vista, o crédito tributário referente ao rendimento omitido auferido anteriormente a 05/10/2001 operou-se, no máximo, em 05/10/2006, ou seja, *anteriormente a constituição do crédito tributário mediante a notificação ao contribuinte*.

Ressalte-se que o rendimento omitido refere-se, na verdade, a 02/08/2002 e não a 05/10/2001, como informa o recorrente.

Inicialmente, cabe o registro que as alterações legislativas do imposto de renda ao atribuir à pessoa física e jurídica a incumbência de apurar o imposto, sem prévio exame da autoridade administrativa, classifica-se na modalidade de lançamento por homologação. E o § 4º do art. 150 do CTN, fixa prazo de homologação de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, no caso em que a lei não fixar outro limite temporal. Transcreve-se o art. 150, § 4º do CTN:

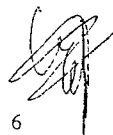
Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, o lançamento por homologação se consolida quando o sujeito passivo identifica a ocorrência do fato gerador, determinando a matéria tributável e, conseqüentemente, o montante do tributo devido.

Na inoccorrência de dolo fraude ou simulação (como se verá adiante) aplica-se ao lançamento o disposto no art. 150, § 4º do CTN. Todavia, a omissão de rendimentos provenientes de acréscimo patrimonial a descoberto deve ser apurada em bases mensais e tributada na declaração de ajuste anual.



Portanto, durante o ano-calendário, o sujeito passivo submete à tributação os rendimentos de forma antecipada, cuja apuração definitiva somente se dará quando do acerto por meio da declaração de ajuste anual, ou seja, no encerramento do ano-calendário. É nessa oportunidade que o fato gerador do imposto de renda resta concluído, por ser do tipo complexo (complexivo), completando, portanto, no último dia do ano.

Assim, o fato gerador do IRPF referente ao ano-calendário de 2002 perfeitou-se em 31 de dezembro daquele ano. Sendo assim, o *dies a quo* para a contagem do prazo de decadência inicia-se em 01 de janeiro de 2003 e considerando o lapso temporal de cinco anos para que a Fazenda Pública exerça o direito de efetuar o lançamento, a data fatal completa-se em 31 de dezembro de 2007. Destarte, como a ciência do contribuinte ocorreu em 11 de abril de 2007, o crédito tributário constituído pelo lançamento não havia sido atingido pela decadência.

Invoca o suplicante, ainda em preliminar, a ocorrência de nulidade, pelo fato de a fiscalização ter efetuado o reexame de período anteriormente fiscalizado.

De pronto, verifico que não procede o inconformismo do recorrente, tendo em vista a determinação contida no art. 906, do Decreto 3000, de 26/03/99:

Reexame de Período já Fiscalizado

Art. 906. Em relação ao mesmo exercício, só é possível um segundo exame, mediante ordem escrita do Superintendente, do Delegado ou do Inspetor da Receita Federal (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, § 2º, e Lei nº 3.470, de 1958, art. 34).

Assim, não há que se falar em nulidade do Auto de Infração, quando o respectivo Mandado de Procedimento Fiscal que determinou o reexame de período já fiscalizado foi autorizado pelo Delegado da Receita Federal (fl. 36). Ademais, trata-se de procedimento administrativo com atribuição vinculada, na forma do art. 142 do 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, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Destarte, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade.

Quanto ao mérito, o contribuinte nega ter realizado as infrações tributárias devidamente tipificadas no presente Auto de Infração, ou seja, não assume ter efetuado as remessas para o exterior, calcando sua defesa numa alegada inexistência de provas inequívocas de que ele as tivesse efetuado.

O “Laudo de Exame Econômico-Financeiro”, nº 1258/04 – INC (fls. 21/27) elaborado pelos Srs. Peritos Criminais Federais do Instituto Nacional de Criminalística do Departamento de Polícia Federal confirma a autenticidade das mídias computacionais apresentadas pela Promotoria do Distrito de Nova Iorque.



No item 28 do Laudo (fls. 34) é esclarecido que as planilhas foram confeccionadas em um tipo de mídia óptica que permite a gravação permanente de informações sem a possibilidade de alterações posteriores, tendo sido procedida, inclusive, a uma autenticação eletrônica dos arquivos.

O Laudo e a mídia gravada representam fielmente todos os documentos citados no próprio Laudo e os dados constantes em anexo, por sua vez, reproduzem (até pela impossibilidade de sua alteração) dados constantes da mídia.

Conquanto o contribuinte alegue que não existem provas de que tenha ele realizado ordens de pagamentos, essa não é a verdade dos autos, uma vez que, como se vê seu nome consta expressamente no campo denominado "ordenante" da transação nº 0231700214ES especificada no dia 2/8/2002, para a conta YORK NY 10022-3703.

Esclareça-se que o contribuinte não possui homônimos, razão pela qual considerando todas as cautelas que cercam as operações dessa natureza, não há nenhum indício concreto que possa levar à conclusão de que alguém tivesse se enganado, consciente ou inconscientemente, quanto ao nome do contribuinte ou estivesse tentando encobrindo terceiros, conforme alegado.

Outrossim, verifica-se que não há qualquer indicação de que o contribuinte tenha tomado qualquer medida, seja perante a Polícia ou perante o Poder Judiciário, para verificação da utilização indevida de seu nome nestas operações.

Assim, tendo em vista os fatos acima, e a absoluta e inconteste idoneidade dos dados constantes do Laudo nº 1258/04 – INC, elaborado por peritos do Instituto Nacional de Criminalística do Departamento de Polícia Federal – que, por sua vez, procederam à análise de documentos e mídias eletrônicas encaminhados pela Promotoria do Distrito de Nova Iorque, cujos dados não poderiam ter qualquer possibilidade de sofrer alterações posteriores, não pode ser aceita a argumentação do contribuinte, caracterizada exclusivamente em uma suposta ausência de prova cabal e inconteste contra ele.

Em relação à próxima suplica, cabe inicialmente considerar, antes de dar início à análise dos argumentos apresentados na peça contestatória, que o acréscimo patrimonial é uma das formas colocadas à disposição do Fisco para detectar omissão de rendimentos, edificando-se aí, uma presunção legal do tipo condicional ou relativa, que, embora estabelecida em lei, não tem caráter absoluto de verdade, impondo ao contribuinte a comprovação da origem dos rendimentos determinantes do descompasso patrimonial.

Nesse sentido, dispõe a legislação sobre o assunto:

Código Tributário Nacional:

Art. 43 - O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

(...)

*II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.
(grifo nosso)*



Lei nº 7.713, de 1988:

Art. 3º - O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos artigos 9º a 14 desta Lei.

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados. (grifo nosso)

(...)

§ 4º - A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas e proventos, bastando para incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma ou título.

Pelo que se depreende das normas reproduzidas, verifica-se que a própria lei definiu que a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível caracteriza omissão de receita ou de rendimentos, impondo ao agente público o lançamento de ofício do imposto correspondente sempre que o contribuinte não justifique, por meio de documentação hábil e idônea, o acréscimo patrimonial a descoberto.

O objetivo da análise patrimonial é verificar a situação do contribuinte, pela comparação, em determinado período, dos valores que ingressaram no seu patrimônio (origens de recursos) com aqueles efetivamente saídos (aplicações de recursos); a metodologia permite detectar se houve excesso de aplicações com relação às origens de recursos, situação que somente pode ser explicada pela omissão de rendimentos por parte do contribuinte; em outras palavras, a ocorrência de acréscimo patrimonial a descoberto pressupõe a disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Diante dos fatos, caberia ao contribuinte comprovar, mediante a apresentação de documentos hábeis e idôneos, que tais remessas foram suportadas por rendimentos tributáveis, isentos ou tributados exclusivamente na fonte, visto que é dele, e não do Fisco, o dever de provar a origem dos rendimentos.

É certo, pois, que é farta a documentação acostada aos autos, comprovam ser o contribuinte beneficiário da referida operação e que, intimado a esclarecer a razão de tal operação não ter sido informada em sua Declaração de Ajuste Anual – DAA e a comprovar a origem dos recursos relacionados com a operação, optou por silenciar, sem nada esclarecer.

Nesse contexto, a mera alegação de que não efetuou as operações apontadas pela fiscalização, desacompanhadas de qualquer outro meio de prova, não é suficiente para elidir a tributação.

Por outro lado não há como dar guarida a tese do contribuinte de que a venda do imóvel suportaria o acréscimo patrimonial a descoberto. Verifica-se, em verdade, que o recorrente não colige qualquer documento capaz de identificar recursos que acobertasse o valor relativo à remessa ao exterior.

Conclui-se, portanto, que o fato de o interessado não ter trazido aos autos nenhum elemento capaz de afastar o acréscimo patrimonial a descoberto apurado no ano-calendário de 2001, consolida o trabalho efetuado pela Fiscalização, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei nº 7.713, de 1988.

Há de se concluir, portanto, pela manutenção da infração, nos termos consubstanciado no auto de infração.

O recorrente insurge-se, ainda, contra a aplicação da multa qualificada, esclarecendo ser incabível, pois não há nos autos nenhum elemento que pudesse demonstrar ter havido dolo ou intuito de fraude.

No Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal, a autoridade fiscal afirma que a multa de ofício foi qualificada em 150%, pois houve a *"constatação da omissão de receitas perpetrada pela pessoa física, causando prejuízos aos cofres públicos, mediante a redução do recolhimento/pagamento dos tributos devidos, o que caracteriza o evidente intuito de fraude"*. Em outras palavras, significa dizer que a autoridade fiscal entendeu caracterizada, neste fato, a ação dolosa do contribuinte.

A Lei nº 4.502, de 1964 em seus arts. 71 e 73 dispõem:

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 do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

(...)

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.

Em função da previsão legal supracitada, para que a multa seja qualificada e, conseqüentemente, elevada para 150% é imprescindível que se configure o evidente intuito de fraude, demonstrado inequivocamente nos autos a partir de elementos probatórios colacionados pela fiscalização.

Portanto, a omissão de rendimentos desacompanhada de outros elementos probatórios do evidente intuito de fraude, não dá causa para a qualificação da penalidade. Assim, para a correta aplicação da multa qualificada, a inobservância da legislação tributária tem que estar acompanhada de prova, pressupondo dolo específico, no sentido de subtrair o imposto que se sabe devido pela utilização de meios fraudulentos.

Esse é o entendimento do Primeiro Conselho de Contribuintes, de acordo com os seguintes julgados:



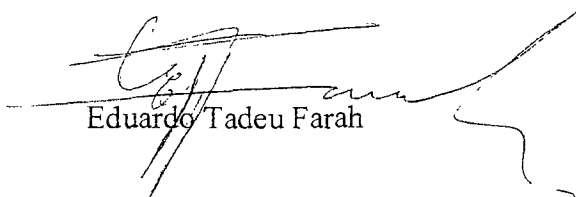
MULTA QUALIFICADA - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO DA MULTA
Somente é justificável a exigência da multa qualificada prevista no artigo art. 44, II, da Lei n.º 9.430, de 1996, quando o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964. Outrossim, nos termos da Sumula nº 14 deste Primeiro Conselho, simples omissão na caracteriza evidente intuito de fraude. (Acórdão 106-17037, sessão de 10/09/2008, Rel. Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti)

Cumpre ressaltar que a realização de remessa de recursos ao exterior, sem a devida comunicação ao Banco Central do Brasil, constitui infração penal de ordem econômica e não tributária. Portanto, a remessa indevida de recursos ao exterior, sem a devida comunicação às autoridades econômicas do País, não é fato suficiente para garantir a intenção do contribuinte de reduzir ou suprimir tributo.

Assim, deve o percentual da multa de ofício ser reduzido para 75%, na forma do artigo 44, inciso I, da lei nº 9.430, de 1996, devida nos casos de falta de pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo.

Finalmente, não merece reparos a utilização da Selic, bem como a incidência desta mesma taxa de juros sobre a multa de ofício. Como bem esclareceu o relator de primeira instância o art. 161 do CTN determina que “o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta...”.

Ante ao exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, reduzir a multa de ofício de 150% para 75%.

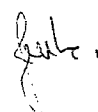

Eduardo Tadeu Farah

Voto Vencedor

Conselheira Janaina Mesquita Lourenço de Souza, Redatora Designada

Não obstante ao respeitável voto do ilustre relator, Conselheiro Eduardo Tadeu Farah, peço vênica para apontar possível nulidade do auto de infração decorrente da inobservância ao Art. 142 do Código Tributário Nacional, pelos seguintes fundamentos.

O dispositivo acima citado assim dispõe: “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 montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

Portanto, sendo o lançamento ato vinculado que declara a obrigação tributária e constitui o crédito tributário, exige da autoridade administrativa verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e aplicar a penalidade legal. Vale dizer, entretanto, que tudo isso só é possível mediante a instauração do devido procedimento administrativo fiscal.

Com o ato do lançamento, nos termos acima, surge a possibilidade do sujeito ativo (o Ente Federado) exigir do sujeito passivo (o devedor do tributo), o crédito tributário constituído.

Contudo, o lançamento ao constituir a relação de responsabilidade, identifica o sujeito passivo, individualizando a relação obrigacional, verificando quais aqueles que se enquadram nas condições previstas pela hipótese de incidência da lei, e faz surgir o vínculo patrimonial entre os sujeitos ativo e passivo.

Entretanto, ao analisar este caso concreto verifica-se a ausência de procedimento administrativo capaz de identificar o sujeito passivo da obrigação tributária. Senão vejamos.

Nas razões de Recurso Voluntário o contribuinte nega ter realizado as infrações tributárias devidamente tipificadas no presente Auto de Infração, ou seja, não assume ter efetuado as remessas para o exterior, calcando sua defesa na inexistência de provas inequívocas de que ele as tivesse efetuado.

Por outro lado, como provas da ocorrência do fato gerador por parte do sujeito passivo, a autoridade fiscal autuante junta para instruir o Auto de Infração “Laudo de Exame Econômico-Financeiro”, nº 1258/04 – INC (fls. 21/27) elaborado pelos Srs. Peritos Criminais Federais do Instituto Nacional de Criminalística do Departamento de Polícia Federal, confirmando a autenticidade das mídias computacionais apresentadas pela Promotoria do Distrito de Nova Iorque.

O douto relator justifica em seu voto que no item 28 do Laudo (fls. 34) resta esclarecido que as planilhas foram confeccionadas em um tipo de mídia óptica que permite a gravação permanente de informações sem a possibilidade de alterações posteriores, tendo sido procedida, inclusive, a uma autenticação eletrônica dos arquivos. Também aduz que o Laudo e a mídia gravada representam fielmente todos os documentos citados no próprio Laudo e os dados constantes em anexo, por sua vez, reproduzem (até pela impossibilidade de sua alteração) dados constantes da mídia.

Por estes documentos entende comprovadas as ordens de pagamentos feitas pelo recorrente na transação nº 0231700214ES especificada no dia 2/8/2002, para a conta YORK NY 10022-3703.

Nulidade do lançamento fiscal por instrução insuficiente do Auto de Infração

V.m.j, assiste razão ao recorrente ao afirma a imprestabilidade das provas utilizadas pela autoridade fiscal autuante para instruir o Auto de Infração.



Cabe aduzir que foram juntadas como provas da infração fiscal documentos em língua estrangeira e provas emprestadas. O Laudo de Exame Econômico-Financeiro”, nº 1258/04 – INC (fls. 21/27) elaborado pelos Srs. Peritos Criminais Federais do Instituto Nacional de Criminalística do Departamento de Polícia Federal, confirmando a autenticidade das mídias computacionais apresentadas pela Promotoria do Distrito de Nova Iorque, que não pode ser considerado documento hábil para conferir a certeza de um fato econômico tributário, por ser apócrifo.

A administração tributária não pode se basear no referido documento para certificar a ocorrência do fato gerador pois não participou da formação de tal laudo, de modo a conhecer os elementos manipulados pelos peritos. Além disso, meras cópias de trechos de relatório, montados a partir de mídia eletrônica, sem qualquer juntada dos documentos que o embasaram, não se constitui em prova suficiente para imputar ao recorrente a responsabilidade pela movimentação de valores na conta YORK NY 10022-3703.

Ademais, a autuação baseou-se em cópias de transcrição das operações em que o contribuinte aparece como ordenante/beneficiário e/ou cópias de ordens de pagamentos referentes às operações nas quais não consta a assinatura do contribuinte ou outro elemento que demonstre a participação do mesmo no esquema.

A simples menção do nome do contribuinte nos citados documentos não é suficiente para afirmar seu envolvimento no esquema, tendo em vista que os reais autores sabiam que se tratava de atividade fraudulenta, podendo preencher tais pedidos de remessa a seu bel-prazer.

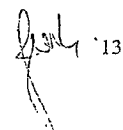
Outrossim, em relação às operações em que o contribuinte consta como beneficiário/remetente, é inconcebível a ausência da prova individualizada de tais recebimentos, pois, das duas uma: ou o contribuinte obteve os recursos em sua conta-corrente (existente no exterior); ou teve que assinar recibo dos valores auferidos. Nesse caso, o Fisco deveria apresentar as provas da existência dessa conta-corrente de titularidade do sujeito passivo ou os recibos de pagamento por ele firmados.

Os indícios de que o recorrente tenha sido o efetivo ordenador/beneficiário dos pagamentos não são suficientes para comprovar sua participação. Como o cerne da questão trata sobre a prova dos rendimentos tributáveis, elemento positivo da base de cálculo, o encargo probatório é do Fisco, pois, a contrário senso, traria demonstração extremamente custosa – senão impossível – ao contribuinte.

Segundo lição do Eminentíssimo Professor Paulo de Barros Carvalho a prova indiciária sempre fica sujeita à análise dos elementos vinculados ao fato. Os arquivos magnéticos (ou mídias computacionais apresentadas pela Promotoria do Distrito de Nova Iorque) constituem meros indícios, não prova definitiva capaz de sustentar um lançamento tributário, a menos que haja concordância expressa do sujeito passivo

Diante de tudo o que foi exposto, é passível de dúvida a autoria das remessas/recebimentos de divisas, pois o Fisco não esclarece como foram produzidos os elementos de prova, nem comprova, de outra forma, a participação do sujeito passivo nas mencionadas remessas/recebimentos.

O princípio da tipicidade revela que a competência impositiva fiscal deve ser exercida de modo mais exaustivo. O lançamento fiscal não pode se valer de sua própria dúvida.

 13

A certeza e a segurança jurídicas envolvidas no princípio da reserva legal (artigos 3º e 142 do CTN) não comportam infidelidades nos lançamentos fiscais.

Dessa forma, os elementos apresentados pelo Fisco não se converteram em provas aptas ao nosso convencimento. O artigo 142 do CTN e o artigo 9º, caput, do Decreto nº 70.235/1972 determinam que o auto de infração deve estar instruído com as provas do fato jurídico tributário.

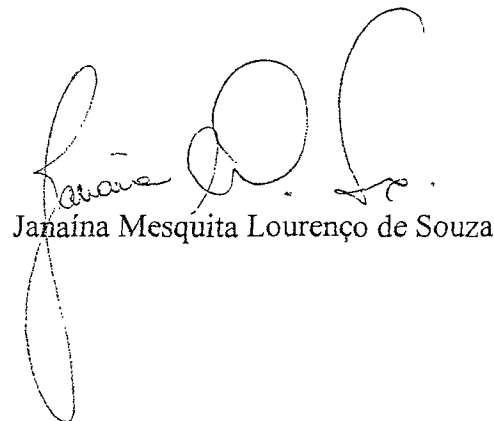
Por derradeiro, diante do exposto pesa sobre o lançamento fiscal em tela vício insanável, de origem, que macula o Auto de Infração de forma irreversível.

Na mesma linha dos fundamentos acima expostos, cito a seguinte ementa:

Ementa:

“ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO - OPERAÇÕES BANCÁRIAS NO EXTERIOR - ILEGITIMIDADE PASSIVA - PROVA INDICIÁRIA - A prova indiciária para referendar a identificação do sujeito passivo deve ser constituída de indícios que sejam veementes, graves, precisos e convergentes, que examinados em conjunto levem ao convencimento do julgador.” (Ac. mv. 4ª. Sessão de 26/06/2008. Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes 1º Conselho de Contribuintes, 4ª Câmara, Recurso Voluntário n. 155.522, Relatora Conselheira Heloisa Guarita Souza, sessão de 25/06/2008).

Pelo exposto, voto no sentido de dar provimento ao Recurso para cancelar o lançamento fiscal.



Janaína Mesquita Lourenço de Souza



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
2ª CAMARA/2ª SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº: **11634000154/2007-46**

Recurso nº: **161.247**

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº **2201-00.394**.

Brasília/DF, 24 de fevereiro de 2011.

EVELINE COELHO DE MELO HOMAR
Chefe da Segunda Câmara da Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

- () Apenas com Ciência
- () Com Recurso Especial
- () Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador(a) da Fazenda Nacional