



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

Processo n° 13884.004171/2003-11
Recurso n° 140.759 Voluntário
Matéria IRPF - Exs.: 1999 a 2000.
Acórdão n° 102-49.066
Sessão de 28 de maio de 2008
Recorrente MARIA DO CARMO COSTA E OUTRO
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1999, 2000

SIGILO BANCÁRIO - Observados os requisitos postos nas autorizações legais para acesso aos dados bancários pela Administração Tributária somente norma individual e concreta em contrário, do Poder Judiciário, pode inibir o direito.

PERÍCIA -

A autoridade julgadora pode decidir sobre a imprescindibilidade do conhecimento adicional decorrente de uma perícia.

IMPOSTO DE RENDA - NULIDADE - ILEGITIMIDADE PASSIVA -

Na omissão de rendimentos, a falta de prova do benefício da pessoa pela aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda implica em ineficácia do ato administrativo de exigência por erro na identificação do sujeito passivo.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS - PRESUNÇÃO LEGAL - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - Presume-se a existência de renda omitida em montante compatível com depósitos e créditos bancários de origem não comprovada.

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

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - ILEGITIMIDADE PASSIVA -

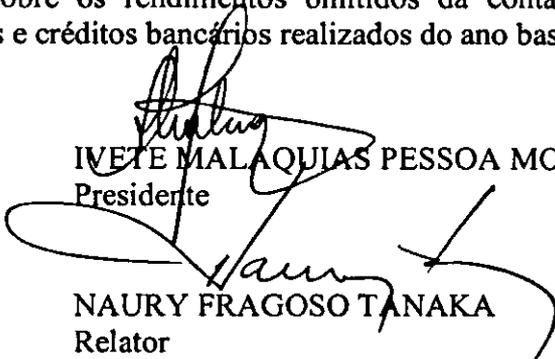
Independente da retenção, o rendimento sujeito à incidência na fonte e na declaração deve compor a renda tributável anual.

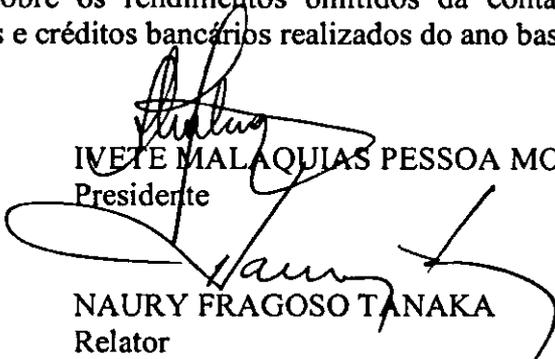
Preliminares parcialmente acolhidas.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, ACOLHER a preliminar de ilegitimidade passiva de JOSÉ PERCY RIBEIRO DA COSTA; AFASTAR as demais preliminares e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para manter a exigência apenas sobre os rendimentos omitidos da conta corrente no Banco Santander, sobre os depósitos e créditos bancários realizados do ano base de 1999, nos termos do voto do Relator.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
Presidente


NAURY FRAGOSO TANAKA
Relator

FORMALIZADO EM: 01 JUL 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Silvana Mancini Karam, Núbia Matos Moura, Alexandre Naoki Nishioka, Rubens Maurício Carvalho (Suplente Convocado), Vanessa Pereira Rodrigues Domene e Moisés Giacomelli Nunes da Silva. Ausente, justificadamente, o Conselheiro José Raimundo Tosta Santos.

Relatório

A matéria já foi objeto de relato na oportunidade em que decidido pela conversão do julgamento em diligência; motivo para que neste apenas transcreva aquele Relatório e complemento ao final com os fatos advindos da diligência e outros entendidos necessários à melhor compreensão.

“Litígio decorrente do inconformismo da contribuinte e do responsável solidário com a decisão de primeira instância na qual foi considerada, por unanimidade de votos, procedente a exigência de crédito tributário, por Auto de Infração, de 13 de outubro de 2003, em valor de R\$ 55.175.689,04 (cinquenta e cinco milhões, cento e setenta e cinco mil, seiscentos e oitenta e nove reais e quatro centavos), fls. 736 a 746.

Referida exigência teve origem nas omissões de rendimentos, de natureza tributável, caracterizadas por presunção legal de renda centrada em depósitos e valores creditados em contas mantidas junto ao Banco do Estado de São Paulo S/A, n.º 01-028660-3, agência 093, anos-calendário de 1998 e 1999; no Banco Santander Noroeste S/A, n.º 012.604252.75, agência Santa Cecília, anos-calendário de 1998 e 1999; no Banco BMD S/A, n.º 12532-8, agência 026, ano-calendário de 1998; e no Banco BCN S/A, n.º 929.518, e conta de poupança, n.º 2.244.163, agência 064, ano-calendário de 1999, conforme demonstrativos às fls. 703 a 727.

A origem dos recursos necessários à movimentação de tais valores permaneceu desconhecida durante o procedimento investigatório em razão do silêncio da contribuinte e do responsável solidário.

As infrações tiveram enquadramento legal nos artigos 42 da lei n.º 9430, de 1996, 4.º da lei n.º 9.481, de 1997, e 21 da lei n.º 9532, de 1997; a multa de ofício foi aplicada com fundamento no artigo 44, I, da lei n.º 9430, de 1996, enquanto os juros de mora, no artigo 61, § 3.º deste último ato legal.

Para que os fatos fiquem conformados e permitam a convicção dos julgadores, importante descrever as atitudes das Autoridades Fiscais e dos fiscalizados ao longo do procedimento investigatório que constaram detalhadamente na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fls. 738 a 740.

Pelo relato verifica-se que a contribuinte foi intimada a apresentar os extratos bancários das referidas contas, fls. 9 e 10, e comprovar com documentação hábil e idônea a origem dos recursos depositados, com o Termo de Início da Ação Fiscal, e não respondeu à essa primeira solicitação. Sendo reiterada pelo Termo de Reintimação Fiscal, de 7 de outubro de 2002, fls. 11 a 13, pediu prorrogação do prazo, mas mesmo esta sendo concedida, não se manifestou a respeito.

Assim, os extratos foram obtidos mediante Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF, e após análise desses documentos foi solicitada cópias de cheques, do BCN, com valores acima de R\$ 60.000,00, e do Banespa, acima de R\$ 8.000,00, para fins de verificar a participação nas ditas contas por parte do procurador José Percy Ribeiro da Costa, seu pai, instrumento à fl. 71. Através dessa amostragem ficou constatado que era co-proprietário das ditas contas pois o mesmo assinou todos os cheques indicados, cerca de 57 (cinquenta e sete) da primeira amostragem citada, e 15 (quinze) da segunda.



Importante ressaltar que o dito procurador tinha amplos poderes para movimentar todas as contas havidas em nome da outorgante.

Diante dessa constatação foi dada ciência do Termo de Declaração de Sujeição Passiva *Solidária*, por interesse comum, ao procurador José Percy Ribeiro da Costa, na forma do artigo 121, do CTN.

Em 8 de outubro de 2003 a contribuinte compareceu à repartição de origem, pediu prorrogação do prazo para apresentar justificativas aos ditos valores, e em 10 de outubro desse ano informou, fls. 734 e 735, que as intimações anteriores foram encaminhadas ao seu patrono que não as respondeu por motivo que desconhece. Ainda, que seus pais, desde 1992, possuíam uma empresa, a Cinelândia Telefones Ltda, atualmente, Cinelândia Factoring Fomento Mercantil SJC Ltda, cujo objetivo incluía a compra e venda de telefones, operações de faturização e cobrança, e que a movimentação financeira identificada corresponde às operações realizadas pela empresa, apesar de incorreta por situar-se na pessoa física.

“Todavia, em razão de uma prática adotada de longa data, o movimento financeiro dessa empresa (compra e venda de telefones, compra do crédito de cheque e duplicatas de terceiros, pessoa jurídica, cobrança de títulos e cheque de terceiros faturizados), sempre foi feito em nome de pessoas físicas, sendo os filhos dos sócios, como no meu caso e de meu irmão, Fernando José Leite da Costa, também, sob ação fiscal.

Em razão desse procedimento, até por interesse de alguns Bancos, os depósitos e saques se multiplicaram, fase a característica das operações da empresa. Em momento algum o intimado foi titular ou proprietário de valores tão astronômicos, como os resultantes das somas dos depósitos bancários colhidos pela fiscalização. Minhas declarações de bens atestam o que lhes estou afirmando, não tendo, de forma alguma, indícios de sinais exteriores de riqueza que justifiquem serem os depósitos bancários, indício de rendimentos tributários.

Concorda que as operações, não deveriam transitar por sua conta, mas daí a considerá-las como rendimentos da pessoa física vai a uma distância muito grande.”

As Autoridades Fiscais não acolheram as alegações da contribuinte em razão de se apresentarem despidas de provas, e lavraram o Auto de Infração em 13 de outubro de 2003, em razão da origem desconhecida de tais valores e do longo tempo requerido pelo procedimento, considerando que o início da verificação fiscal ocorreu em 11 de setembro de 2002, fl. 10.

Resta esclarecer que o encaminhamento do Auto de Infração via postal foi devolvido em duas oportunidades, fls. 748, e 749, que as Autoridades Fiscais compareceram ao endereço da contribuinte localizado no Condomínio Alphaville em São José dos Campos, acompanhadas do Delegado de Polícia Federal João Batista Estanislau, matrícula 8202, e do presidente da OAB/São José dos Campos, Sr. Arley, para fins de presenciarem a entrega das ditas correspondências ao zelador Rodolfo Donizetti, (mesmo sem recepção), uma vez que este e o porteiro Eugênio Almeida dos Santos recusaram-se a assinar os Termos de Recebimento.

Em 23 de outubro o Síndico desse condomínio devolveu as duas correspondências entregues comunicando que os funcionários não estavam autorizados a recebê-las, pois inseridas no grupo daquelas que deveriam ser entregues pessoalmente aos destinatários, fls. 757.



Em razão desses óbices foi publicado Edital – MPF 2002-00142 em 23 de outubro de 2003 que permaneceu afixado na Delegacia da Receita Federal em São José dos Campos no período de 24 de outubro de 2003 a 7 de novembro do mesmo ano, fl. 759.

Observando o prazo legal a contribuinte representada por seus patronos Aguinaldo Alves Biffi, OAB/SP 128.862 e Célio Eduardo Guimarães Vanzella, OAB/SP 99.033, interpôs impugnação, na qual contestou a imposição tributária, com os argumentos que seguem em síntese parafraseados. Não juntou documentos à peça impugnatória.

Em preliminar, questionou a utilização dos extratos bancários por constituírem provas obtidas ilicitamente em razão da quebra do sigilo bancário não ter sido objeto de autorização judicial. Para esse fim, fundamentou no artigo 11 da lei n.º 9430, de 1996, que em seu entender contém norma impeditiva do uso dos dados desse tributo para lançamento de qualquer outro da espécie.

Os artigos 904, 911 e 927 do RIR/99, utilizados pelas Autoridades Fiscais para suporte ao lançamento, não se prestam para esse fim considerando que tratam da obrigação de pagamento e controle da arrecadação do Imposto de Renda, tributo diverso da CPMF.

Arguiu que não foi identificado pelas Autoridades Fiscais nenhum motivo relevante para a quebra do sigilo bancário, protegido pelos incisos X e XII do artigo 5.º da CF/88 e artigo 38, § 1.º, da Lei n.º 4.595, de 1964. Aduziu que as exceções à inviolabilidade do sigilo bancário ficam adstritas a casos de relevante interesse para a prestação jurisdicional, de investigação criminal e de instrução processual penal, o que requer a existência prévia de um processo judicial.

Em seu entender, a autorização contida na lei complementar n.º 105, de 2001, não pode retroagir considerando que essa interpretação contraria o princípio da anterioridade, e com a mesma argumentação, contestou a retroatividade da lei n.º 10.174, de 2001.

Reforçou seu entendimento com decisão judicial do TRF 3.ª Região, de 20 de outubro de 1999, processo 98.03.004222-0, na qual a quebra do sigilo bancário requer o suporte legal de uma ordem judicial. Ainda nessa linha, a Decisão do STJ no Agravo Regimental no Recurso Especial – AGRESP 251121, de 20 de junho de 2000, processo 2000.00.24108-3, no qual foi relatora a Min. Nancy Andrighi quando se decidiu, por unanimidade de votos, que as informações sobre movimentação bancária somente podem ser expostas em casos de grande relevância para a prestação jurisdicional. Citou ainda ementas de decisões de outros julgados, que deixou de transcrevê-las pela suficiência ao raciocínio com estes identificados.

Quanto ao mérito, retornou a questão da irretroatividade da lei n.º 10174, de 2001 que, sob sua interpretação, impede o alcance de fatos ocorridos em 1998 e 1999; e, ainda, com suporte no princípio da verdade material, da legalidade objetiva, contestou a exigência do tributo de sua pessoa quando informou tratar-se de movimentação da empresa Cinelandia Factoring Fomento Mercantil SJC Ltda, de propriedade de seus pais, estando as contas bancárias reconhecidas na contabilidade da mesma. Aduziu que as Autoridades Fiscais não demonstraram que os depósitos e créditos lhe pertenciam, e que não pode produzir prova negativa.



Para reforçar seus argumentos, a posição de Paulo Celso de Bergstrom Bonilha (O Novo Processo Administrativo Tributário, 1993, págs. 26 a 29) a respeito da prova e do dever da Administração Tributária pronunciar-se a respeito daquelas oferecidas pelo contribuinte, e ainda, aquela de Valdir de Oliveira Rocha, sobre situação na qual cabe ao Fisco o ônus da prova; também, a de JL Saldanha Sanches (O Novo Processo Tributário Português, Revista de Direito Tributário, n.º 59, pág. 52 e seguintes), a respeito da necessidade da investigação completa e necessária pelo órgão decisor.

Ao final da peça impugnatória, formulou pedido de perícia e indicou José Almerindo da Silva Cardoso, CRC 1SP198619/0-0, para informar a) se a movimentação bancária constante dos extratos juntados aos autos é compatível com as declarações de ajuste anual da impugnante e se houve variação patrimonial, b) se a contabilidade da empresa apresenta lançamentos referentes às contas bancárias constantes do Auto de Infração, c) se os lançamentos a crédito das contas bancárias na contabilidade da empresa coincidem com a movimentação constante dos extratos bancários juntados aos autos.

José Perci Ribeiro da Costa, representado pelos mesmos patronos, também apresentou impugnação, fls. 796 a 802, na qual dirigiu suas alegações, apenas, à sujeição passiva tributária solidária que entendeu impossível no regime tributário atual. A parte tocante ao mérito, manteve as mesmas alegações da peça impugnatória apresentada pela outra obrigada.

Alegou que a legislação tributária não define o instituto da solidariedade, situação que obriga utilizar o conceito dos artigos 264 a 285 do Código Civil. Entende que a solidariedade não se expressa, e ainda, que o fato de ter assinado os cheques decorreu, apenas, do poder que lhe fora outorgado pela outra obrigada e não é suficiente para lhe impor a obrigação tributária solidária.

Finalizou a peça recursal pedindo pela nulidade da exigência por falta de ciência do procedimento e do feito, esta última ocorreu por via indireta, pois foi sua filha que comunicou a existência do edital de intimação.

Vale esclarecer nesta oportunidade que as Autoridades Fiscais ao constatarem que José Perci R Costa assinou todos os cheque da amostragem colhida lavraram e encaminharam Termo de Declaração de Sujeição Passiva, em 26 de setembro de 2003, a essa pessoa, no qual informado sobre a solidariedade, os motivos da verificação fiscal e a informação sobre o encaminhamento de todos os termos lavrados durante o procedimento até essa data, fls. 694 e 695, AR à fl. 730.

Em primeira instância a lide foi julgada e o lançamento foi considerado procedente, conforme Acórdão DRJ/SPOII n.º 06.425, de 26 de março de 2004, fls. 806 a 823.

Nesse ato, foi afastada a nulidade do procedimento pela quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária em razão do suporte legal dado pela LC n.º 105, de 2001, pela Lei n.º 10174, de 2001, permitir o acesso aos dados da CPMF para fins de fiscalização de outros tributos, e em razão de se tratar de norma que permite aprofundar os meios de investigação do Fisco, na forma do artigo 144, § 1.º do CTN.

O questionamento a respeito da busca da verdade material pelo procedimento tributário foi enfrentado com a autorização legal para que os fatos sejam obtidos por meio de presunção legal, no caso aquela decorrente do artigo 42 da Lei n.º 9430, de 1996.



O pedido de perícia foi rejeitado em razão de ter o sujeito passivo obrigação de juntar as provas ao processo administrativo tributário, o que não foi feito nesta situação.

Informado sobre a impossibilidade do julgador administrativo manifestar-se a respeito de aspectos de inconstitucionalidade dada a competência exclusiva do Poder Judiciário.

Rejeitada a nulidade da imposição tributária imposta a José Perci Ribeiro da Costa considerando que a participação conjunta na movimentação das contas ficou comprovada pela assinatura dos 72 (setenta e dois) cheques requisitados pelas Autoridades Fiscais a título de amostragem.

Para contrapor o entendimento da defesa a respeito da norma contida no artigo 265 do CC, explicou que solidariedade em Direito Tributário não depende de lei para sua existência, e reforçou sua posição com a doutrina de Bernardo Ribeiro de Moraes (Compêndio de Direito Tributário, segundo volume, 3.ª Ed., 1995, págs. 303 e 304), segundo o qual neste ramo do Direito toda a dívida será solidária:

“No direito tributário toda dívida será solidária, desde que alcance duas ou mais pessoas, como consequência do pressuposto de fato que dá origem à respectiva obrigação. Isto resulta da própria natureza ex lege da obrigação tributária. Esta solidariedade se estabelece sem a necessidade de que a lei o diga expressamente (...) Assim no direito tributário não vige a regra de que a solidariedade não se presume. No direito tributário toda dívida que alcança duas ou mais pessoas é solidária, salvo disposição de lei em contrário. A regra que predomina na obrigação tributária, em relação à solidariedade é inversa: presume-se a solidariedade, caso a lei silencie.”

Afastada a nulidade do feito em relação a José Perci Ribeiro da Costa, que teve por fundamento a falta de ciência do procedimento e do feito, com o fato de as Autoridades Fiscais terem encaminhado o Termo de Sujeição Passiva por AR, fl. 730, enquanto o Auto de Infração foi conhecido por meio de Edital. Ainda a afastar a nulidade, o início da fase litigiosa com referencial na impugnação.

Esses foram os fundamentos que permitiram ao colegiado julgador de primeira instância manter a exigência tributária.

Não conformados com a solução do conflito, e agora representados por Maria Alice Antunes A Affonso, OAB/SP 122.915, a contribuinte e o responsável solidário, ingressaram com recurso dirigido ao E. Primeiro Conselho de Contribuintes, fls. 832 a 859, contra a dita decisão, no qual apresentaram os argumentos transcritos em síntese, a seguir. **Acompanharam a peça recursal, o resultado da perícia contábil realizada por profissional da empresa Factus Consultoria, Auditoria e Cursos S/C Ltda, junto à empresa Cinelândia Telefones Ltda, fls. 882 a 899.**

Requerida a nulidade da decisão de primeira instância pelo indeferimento ao pedido de perícia, fato que cerceou o direito de defesa e impediu a vinda de *prova útil, necessária e indispensável ao deslinde da questão* (sic).

Explicou a recorrente que tais provas revestiam-se do caráter de imprescindibilidade e se encontravam indisponíveis à contribuinte e ao responsável, mesmo tendo estes relação de parentesco com os proprietários da empresa Cinelândia. Em complemento trouxe como lastro as características do fato gerador do tributo que em seu entender requer, para manifestação concreta, a demonstração do efetivo acréscimo patrimonial e, seguindo nessa linha, indagou se a presunção contida no artigo 42 da lei n.º 9430, de 1996, afasta esse requisito. Para reforçar sua posição, o



entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no Acórdão CSRF n.º 01-02-863⁽¹⁾ e a doutrina de Paulo de Barros Carvalho (Direito Tributário, Vol. II, Coord. Luis Eduardo Schoueri, São Paulo, Quartier Latin, 2003, p. 861) sobre os cuidados com o levantamento de fatos com suporte na existência de outros a formar as presunções. Como fundamento, a decisão combatida teria ainda incorrido em ofensa ao artigo 5.º, LV, da CF/88, por ter tolhido o direito a ampla defesa, motivo para aplicação do artigo 59, II, do Decreto n.º 70.235, de 1972.

Reiterada a nulidade do feito com suporte na falta de fundamentação do pedido de quebra do sigilo bancário, corroborada pela ausência de provas da efetiva necessidade das informações detidas pelas instituições financeiras. Assim, ofensa ao princípio da motivação dos atos administrativos. A reforçar a posição a doutrina de Lucia Valle Figueiredo (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1994, págs. 42 e 43).

Com base no artigo 5.º, X, da CF/88, e na doutrina de Edmar Oliveira Andrade Filho (Revista Dialética de Direito Tributário, Imposto de Renda – Quebra do Sigilo Bancário e Omissão de Receitas e Rendimentos, V-70, pág. 48), argumentou no sentido de que o sigilo bancário somente poderia ter sido quebrado por ordem judicial. Essa posição permite concluir que o procedimento e a exigência são nulos em razão do desprezo à determinação constitucional citada.

Reiterado o entendimento de que depósitos e créditos bancários não se prestam para garantir a efetividade da percepção de renda, bem assim a falta de requisitos que deveriam dar suporte à imposição, como a existência de nexos causal entre os depósitos e o acréscimo patrimonial do contribuinte.

Centrada a defesa nesse referencial, e na norma contida no artigo 114 do CTN que define fato gerador. A tese foi robustecida com diversos julgados administrativos nos quais a exigência de nexos causal entre os depósitos e a percepção de renda é colocada como elemento fundamental à exigência; incluiu no seu rol de suportes a Súmula 182, do extinto TFR, e a decisão no Resp 71.794-SP, 2.ª Turma, no qual foi relator o Min. Paulo Gallotti, DJU de 2 de setembro de 2001, pág. 183.

Alegou a recorrente que por diversas vezes solicitou ao contador da empresa Cinelândia que fornecesse os documentos necessários à elucidação dos fatos, e que somente em 19 de abril de 2004, é que o seu irmão recebeu do contador José Alemerindo S Cardoso cópia da auditoria realizada pela empresa Factus Consultoria, Auditoria e Cursos S/C Ltda, na qual as *“contas da contribuinte foram devidamente lançadas na contabilidade da empresa Cinelandia Telefones Ltda”* (sic). Informou que os tributos decorrentes da movimentação financeira contida em suas contas-correntes estão sendo regularmente pagos à Fazenda.

Incluiu contestação à multa de ofício por ofensa ao princípio do não confisco, entendendo que esse aspecto é ressaltado pelo fato de o valor da multa ser superior a 100% do valor principal.

Reiterada a questão da nulidade do feito por imposição solidária à José Percy Ribeiro da Costa, considerando a recorrente que as Autoridades Fiscais não comprovaram que este contribuinte teve algum tipo de benefício em razão da assinatura

¹ “A tributação com base nos valores dos depósitos bancários somente é possível se a fiscalização lograr vinculá-los às transações comerciais da pessoa jurídica e/ou demonstrar, de alguma maneira, que as importâncias depositadas deixaram de ter como contrapartida receitas registradas em seus livros comerciais e fiscais.” Ementa do Acórdão CSRF /01-02-863 transcrita na peça recursal, fl. 838.



dos cheques, conforme determina o artigo 924, do RIR/99. Em complemento, a falta de intimação do devedor solidário para o Mandado de Procedimento Fiscal.

Pedi análise, pelo Conselho de Contribuintes, da constitucionalidade das normas que suportam esta exigência, e fundamentou sua posição na hierarquia das leis onde a CF/88 figura como ápice em relação às demais. Trouxe para reforçar o entendimento, a decisão no processo 11020.001669/90-27, e a doutrina de Antônio da Silva Cabral (Processo Administrativo Fiscal, São Paulo, Saraiva, 1993, págs. 544 e 545).

Esses foram os argumentos trazidos pela peça recursal.

Arrolamento de bens, fls. 862 a 880, mais especificamente, conforme Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, fl. 864, processo 13884.004544/2003-45.”

Conforme evidenciado no Relatório anterior, na Impugnação não fora juntado o Laudo Pericial, mas reivindicada essa atitude e negada a pretensão em primeira instância. O laudo pericial juntado ao recurso voluntário tem data de elaboração de 30 de outubro de 2003, fl. 881, v-V, e diversas planilhas nas quais evidenciada a receita calculada com base na movimentação bancária, individualizada por ano-calendário, instituição financeira, tributos COFINS, PIS, C/S, IR, multa, juros de mora e o total a parcelar.

A apropriação da receita para a empresa Cinelândia Telefones Ltda deu-se com base na diferença mensal entre entradas e saídas nas contas-correntes bancárias. Os valores considerados situaram-se em 10% para os anos-calendário de 1999, 2000, 2001 e 2002, e em 1998, 11%.

A atribuição dos valores deu-se da seguinte forma, segundo consta das planilhas:

Fernando Jose Leita Costa – BCN (AC 1997 e 1998), Banespa (AC 1997);

Maria do Carmo Costa – Santander (AC 1998, 1999, 2000), Banespa (AC 1998, 1999, 2000 e 2001) e BCN (AC 1999)

Maria Daniela da Costa Carrilho – BCN (AC 2000).

Em julgamento nesta E. Câmara, sessão de 15 de setembro de 2004, decidiu-se pela conversão em diligência, conforme Resolução nº 102-2.191, fl. 910, v-V, em razão da necessidade de esclarecimentos quanto às alegações postas em recurso e dúvidas levantadas pelo Relator, por decorrência do confronto dessas informações com os dados integrantes dos documentos bancários.

Esses motivos são transcritos em seguida, bem assim as atitudes requeridas:

“Os laudos que acompanharam a peça recursal foram elaborados em 30 de outubro de 2003, e um deles teve por referência os valores que integraram as contas 012604252-75, agência Santa Cecília do Banco Santander SA, 01-028660-3, agência 0093, do Banespa, anos-calendário de 1998 e 1999, e a conta 929518, agência 064, do BCN, ano-calendário de 1999, para fins de definir quais deles constituíram faturamento da empresa Cinelândia Telefones Ltda, para apurar a CSLL, o PIS, a COFINS e o IRPJ sobre o faturamento apurado, e a regularização contábil do faturamento não reconhecido na época própria.



Informado no referido laudo que o faturamento da empresa decorrente de tais valores foi obtido pela diferença média entre o total das entradas e saídas de dinheiro das contas bancárias analisadas, e que essa diferença situou-se em torno de 11% em 1998, 10% em 1999, 2000, 2001 e 2002.

Postos estes esclarecimentos, justificativas e fundamentos, verifica-se que o processo, em face do laudo juntado na peça recursal, necessita de novos documentos e verificações para que se possa formar convicção e decidir a lide.

Para alterar os fatos que serviram de suporte à imposição tributária a contribuinte e o responsável solidário apresentam um laudo no qual os créditos bancários das contas destes seriam produto de operações de factoring, ou de empréstimos a terceiros, despidas da documentação legal, mas praticadas pela empresa Cinelândia.

Nenhum documento foi juntado para dar suporte aos dados desse laudo, ou que comprovasse serem as entradas e saídas praticados pela dita empresa, ou, ainda, que os pagamentos dos tributos apurados foram efetivados.

Como prova seria imprestável o referido laudo porque constitui um documento particular despido de qualquer elemento de suporte, no entanto, considerando que foi contratada empresa especializada em auditoria e consultoria, e com autoria de um profissional da área contábil, José Almerindo da Silva Cardoso, CRC 1SP198619/0-0, deve ter credibilidade como *indício* da existência de uma contabilidade da empresa Cinelândia.

Ademais, verifica-se a presença de diversos cheques nominais que podem ter a origem da transação de referência investigada para fins de identificar a efetiva ligação da referida pessoa jurídica, ver Quadro I, a seguir.

Quadro I

N.º do Cheque	Valor	Fl.	Motivo
007332	92.565,46	429	Pagtº INSS (verso)
003897	65.000,00	433	Juízo 2.ª Vara Comarca de Jacarei
000254	63.000,00	445	Mauro Vendramini
002291	65.000,00	503	Renato Cossermelli de Andrade
001809	87.112,75	509	Everardo Esgolmin
005609	68.367,00	527	Petrobrás
003017	294.000,00	529	Lusle Empreendimentos Imobiliários Ltda
228207	10.000,00	537	Cedric Goti Venezianil
....	10.000,00	540	João Aguiar Soares Machado
....	8.000,00	542	Antonio Carlos Roberti Costa
239041	10.000,00	545	Augusto Costa
239044	15.000,00	547	Auto Posto Girassol

Assim, observando o direito à ampla defesa, a possibilidade de acolhimento no processo administrativo de toda e qualquer espécie de prova² e o princípio da busca da verdade material dos fatos, conduta que se sobrepõe a de uma tributação por presunção, deve ser o julgamento convertido em diligência para que funcionário da unidade de origem execute verificação no sentido de: (a) constatar a efetiva propriedade das contas

² "A partir de nossos estudos, concluímos que todos os meios de prova previstos no direito são aptos para serem produzidos no curso do processo tributário, administrativo ou judicial." HOFFMANN, Suzy Gomes. Teoria da prova no Direito Tributário, Campinas, Coppola Editora, 1999, pág. 207.



bancárias mediante análise das entradas e saídas junto à contabilidade da empresa, e juntar provas da posição encontrada; (b) identificar o efetivo pagamento dos tributos informados no laudo e juntar as correspondentes telas dos sistemas da SRF contendo esses dados; (c) elaborar parecer conclusivo sobre a propriedade das contas.”

O procedimento complementar conteve Termo de Diligência/Solicitação de Documentos, de 8 de novembro de 2006, fl. 1.036, v-VI, dirigido à empresa Cinelândia Telefones Ltda para apresentação dos livros Caixa ou Diário e Razão utilizados nos anos-calendário de 1997, 1998 e 1999, onde escriturados os depósitos e créditos bancários da empresa nos referidos períodos.

Esse pedido foi atendido em 27 de novembro desse ano, mediante entrega dos livros Caixa relativos aos anos-calendário de 1997 e 1998, e Diário, em 1999. Os documentos relativos à escrituração integral dos dados bancários não foram apresentados e a justificativa para essa negativa teve suporte na impossibilidade do acesso aos documentos apreendidos pela Polícia Federal, esta evidenciada nos autos do processo 1999.61.03.002067-8.

Consta uma via da petição de 26 de fevereiro de 2007, fls. 1.415 a 1.418, v-VIII, dirigida ao Delegado da Receita Federal em São José dos Campos, SP, onde a representante legal da empresa informa sobre a petição dirigida 16 de dezembro de 2005 ao juízo da 6ª Vara Federal Criminal, fl. 1.419 a 1.421, v-VIII, na qual informa sobre o deferimento em 19 de janeiro de 2006 para acesso aos documentos apreendidos, e a infrutífera busca destes na Delegacia de Polícia Federal em São José dos Campos. Em complemento, juntou cópia do pedido efetuado em 3 de maio de 2006 ao mesmo juízo, para informar sobre a dificuldade de acesso aos documentos e solicitar determinação de ofício à Polícia Federal para a entrega destes, fls. 1.422 a 1.424, v-VIII, com autorização concedida pela Justiça Federal em 15 de fevereiro de 2007, e ofício expedido em 27 de maio desse ano, fls. 1.439 e 1.440, v-VIII.

Ocorre que, apesar de deferido o pedido para a entrega dos ditos documentos, consta petição de representante legal da contribuinte, de 11 de junho de 2007, onde informa sobre essa autorização e a frustração até essa data; como consequência, o pedido para prorrogação do prazo ao atendimento, fls. 1.435 a 1.438, v-VIII.

Entregue também cópia da “Nona Alteração – Adaptação ao Novo Código Civil” da empresa Cinelândia Telefones Ltda, de 7 de janeiro de 2005, fls. 1.041 a 1.046, v-VI, para comprovar os poderes substabelecidos por José Percy Ribeiro da Costa, sócio-gerente, aos representantes legais identificados às fls. 1.040. Essa sociedade, segundo esse documento, era composta pela pessoa identificada e sua esposa, Gicélia Moreira da Costa, enquanto a participação no capital social era de 95% ao primeiro e 5% para a outra sócia. O capital social em valor de R\$ 1.023.000,00.

Concluída a diligência, foram juntados os documentos às fls. 941, a 1.030, v-V; 1.031 a 1.229, v-VI; e 1.392 a 1.460, v-VIII e elaborado Relatório Fiscal, fls. 1.461 a 1.467, v-VIII.

O referido Relatório foi lavrado em 27 de agosto de 2007 e conteve breve relato deste processo, dos pedidos motivadores da diligência e o resumo das verificações e dos resultados obtidos. Estes, são os que seguem identificados em síntese:

1. Conforme DIPJ, fls. 942/995, a empresa Cinelândia optou pela tributação com base no lucro presumido para o ano-calendário de 1998 e lucro real, para 1999.



2. Resumo, mensal, das entradas e saídas da conta Caixa, incluindo a movimentação bancária, no ano-calendário de 1998, fl. 1.463, v-VIII, com totais no ano de R\$ 532.567,45 e R\$ 542.468,55, respectivamente.

3. Da análise dos lançamentos efetuados no livro Caixa, constatada apenas uma espécie de lançamento de depósito bancário, sob conta “DEPÓSITO NESTA DATA – BCO BCN S/A”, e elaborado quadro demonstrativo desses depósitos mensais, com total anual de R\$ 50.359,00.

4. Segundo Livro Diário, a receita auferida no ano-calendário de 1999 foi de R\$ 70.064,10, enquanto as despesas, de R\$ 323.172,30.

5. O plano de contas da empresa contém indicação da existência de conta bancária apenas no banco BCN: “Banco c/movimento – Banco BCN S/A” e “Aplicações Financeiras – Bco BCN S/A”, fls. 1.380 a 1.388, v-VIII.

6. Os lançamentos relativos a depósitos bancários têm o mesmo histórico do ano anterior e apenas um depósito no mês de janeiro, de R\$ 800,00.

Quanto aos questionamentos postos pela E. Segunda Câmara, informou a autoridade fiscal:

(a) de acordo com a contabilidade da empresa e pela presença de apenas uma conta no banco BCN, e, ainda, com o montante dos depósitos em 1998, de R\$ 50.359,00 e de R\$ 800,00, em 1999, e receitas na ordem de R\$ 540 mil, e R\$ 70.064,00, respectivamente, sobre a insuficiência de recursos necessários à origem dos depósitos e créditos bancários nas contas-correntes desta contribuinte.

(b) sobre a adesão da referida empresa ao PAES, instituído pela Lei nº 10.684, de 2003, com consolidação da dívida em 1º de julho de 2003, tendo por base os valores apurados no referido Laudo Pericial, fls. 882 a 899, bem assim, confirmados os pagamentos de tributos informados no laudo, conforme telas fls. 1.001 a 1.033.

(c) que o referido Laudo Pericial foi elaborado em 30 de outubro de 2003, antes da ciência do feito, em 7 de novembro desse ano e sobre a inexistência de retificações das DIPJs e DCTFs desses exercícios, o que significa a falta de inclusão dos valores constantes do primeiro citado.

(d) ao final do dito Relatório, sobre a falta de provas a respeito da titularidade efetiva das contas-correntes bancárias pela referida empresa, embora em nome da fiscalizada.

(e) Em complemento, no item “Considerações Gerais”, sobre as atitudes protelatórias dos representantes legais da empresa em trazer documentos aos processos administrativos, desde o transcorrer do procedimento fiscal até o período de realização da diligência. Fundamentada a afirmativa na informação da Justiça Federal, de 17 de janeiro de 2006, fls. 1.400 a 1.403, juntada pela própria contribuinte, sobre o acesso irrestrito da ré à presente ação e informa que os documentos apreendidos pela Polícia Federal teriam relação com dados do processo 13884.002919/2004-13, também presente no SEFIS para diligência³,

³ Número do Recurso: 146325 Câmara: SEGUNDA CÂMARA Número do Processo: 13884.002919/2004-13 Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO Matéria: IRPF Recorrente: CLÓVIS FERREIRA DA SILVA E OUTRO



não seriam necessários neste processo e não fariam parte dos quesitos formulados pelo Conselho de Contribuintes.

Ressalte-se que a lide sob processo 13884.002919/2004-13 teve relatoria deste que escreve e, verificado o Relatório integrante da Resolução nº 102-02253, de 7 de dezembro de 2005, constata-se algumas informações de interesse desta, colocadas a seguir, em síntese.

“Alguns esclarecimentos adicionais devem compor o Relatório para que a compreensão dos fatos seja facilitada.

Clóvis Ferreira da Silva é analfabeto, e trabalhou cerca de 18 (dezoito) anos para José Percy Ribeiro da Costa, como administrador da Fazenda Rancho Alegre, situada na Travessa 2, nº 200, em São José dos Campos e em 21/12/2001, ainda trabalhava para essa pessoa, mas sem vínculo empregatício, conforme depoimento prestado na Delegacia de Polícia Federal dessa cidade, em 21/12/2001, fl. 953, v-V.

Não havia apresentado Declaração de Ajuste Anual – DAA para esse exercício, mas consta entrega a destempo em 16 de maio de 2001, fl. 13, v-I, após o início do procedimento fiscal em 14 de março desse ano, fl. 1, v-I.

Nesse documento consta renda tributável de R\$ 10.000,00 e rendimentos isentos ou não tributáveis de R\$ 45.280,00. Como a declaração foi entregue a destempo, a autoridade fiscal intimou essa pessoa para comprovar os rendimentos isentos e não tributáveis e, não obtendo resposta, lavrou Auto de Infração para incluir tal valor como componente da renda tributável anual, procedimento formalizado e constante do processo nº 13884.000086/2002-94⁽⁴⁾, fls. 1.045 a 1.052, v-VI.

Essa renda foi deduzida do total dos depósitos e créditos de origem não comprovada.

Parte dos extratos bancários foram entregues por Clóvis F Silva em atendimento ao Termo de Início da Ação Fiscal, mas como não explicitavam a totalidade da movimentação financeira indicada à Administração Tributária em decorrência da CPMF, foram obtidos os documentos complementares – extratos e cópias de cheques - por Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF, fl. 25, entre outras.

As contas bancárias nº 1.965.621-7, de poupança, e nº 927.922-5, conta-corrente, junto ao Banco BCN SA, estavam em nome de Clóvis F da Silva, mas foram movimentadas por José Percy R da Costa, que detinha procuração com amplos poderes, lavrada junto ao 1º Cartório de Notas de São José dos Campos, fl. 52, v-I. Essa afirmativa é comprovada pelo conjunto dos fatos – conta em nome de pessoa analfabeta, pela relação de dependência pois empregado do primeiro há mais de 18

Recorrida/Interessado: 7ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II Data da Sessão:07/12/2005 01:00:00 Relator:Naurly Fragoso Tanaka Decisão: Resolução 102-02253 Resultado:- Texto da Decisão:Por unanimidade de votos, CONVERTER o julgamento em diligência. Pesquisa no site www.conselhos.fazenda.gov.br/InformaçõesProcessuais/Conselho = “Primeiro”; Pesquisa por = “Processo”; Argumento = “13884.002919/2004-13”, 13h20, de 15 de maio de 2008.

⁴ Dados do Processo - Número : 13884.000086/2002-94 - Data de Protocolo : 04/01/2002 Documento de Origem : AIFM43304012002 Assunto : AUTO DE INFRACAO-IRPF Nome do Interessado : CLOVIS FERREIRA DA SILVA CPF : 183.889.758-54 Localização Atual Órgão Origem : SEC CONTROLE ACOMP TRIBUTARIO-DRF-SJC-SP Órgão : SEC ORIENT ANALISE TRIBUTARIA-DRF-SJC-SP Movimentado em : 16/07/2002 Sequencia : 0004 RM : 10578 Situação : EM ANDAMENTO UF : SP – Pesquisa site www.comprot.fazenda.gov.br/e-gov/default.asp, 18h54, 5/12/2005.



(dezoito) anos, e pela assinatura dos cheques - este último aspecto comprovado pelas cópias de cheques juntadas ao processo às fls. 252, v-II a 872, v-V.

Intimado a justificar e comprovar a origem dos recursos necessários aos depósitos e créditos identificados, o sujeito passivo e o terceiro responsável não apresentaram documentos, apenas José Percy R da Costa informou, por comunicado assinado pela sua representante legal Maria Alice Antunes Affonso, OAB-SP 122.915, que todos os valores tiveram origem em contas junto aos bancos Banespa (Ag. 0093, conta nº 026003) e BCN, (ag. 064, nº 927207-7), em nome de Fernando José Leite e Santander (nº 012604252-75) e Banespa (ag. 0093, nº 01-028660-3) estas em nome de Maria do Carmo Costa, e teriam sido utilizadas pela empresa Cinelândia Telefones Ltda em operações de faturização⁵, fls. 1.053 a 1.056, v-VI . Esclareceu, ainda, que a documentação relativa a tal movimentação foi apreendida pela Polícia Federal e, teriam sido infrutíferas as tentativas de obtenção desses dados junto a esse órgão e perante os bancos.

Tendo levantado esta situação concreta, a autoridade fiscal interpretou que o sujeito passivo e o terceiro responsável agiram com evidente intuito de fraudar o fisco e além de punir as infrações com multa de maior ônus, qualificada, ainda a agravou por entender que o seu comportamento e do terceiro responsável trilharam no sentido de dificultar o andamento dos trabalhos de levantamento fiscal. Na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, fl. 1.136, v-VI, justificada a penalidade de maior ônus:

‘Face a todo o exposto e, considerando todos os artificios e artimanhas utilizados no procedimento fiscal, com o único objetivo de criar embaraços à fiscalização, lavro o presente auto de infração com agravamento da penalidade cabível para 225%, haja vista a prática costumeira do Sr. José Percy em tentar burlar o fisco, sempre através da utilização de interpostas pessoas, incorrendo, dessa forma, no crime contra a ordem tributária previsto nos artigos 1º e 2º, I, da lei nº 8.137/90 e no crime da falsidade ideológica, disciplinado pelo artigo 299, do Código Penal.’

Base legal da penalidade, no artigo 44, II, § 2º da lei nº 9.430, de 1996⁶, fl. 1.126, v-VI.

Sobre essa posição, conveniente informar que a análise do processo permite concluir que a única intimação não respondida foi dirigida a Clóvis Ferreira da Silva em 4 de maio de 2004, fl. 873, sendo reintimado em 28/5/04, fl. 1043, no entanto, outra de idêntico teor foi dirigida à José Percy R Costa, em 5 de maio desse ano, sendo respondida em 4/6/2004, fl. 1.053, v-VI, oportunidade em que este último informa sobre a origem dos recursos pertencer à empresa Cinelândia Telefones Ltda.

Importante informar que a autoridade fiscal levantou a evolução patrimonial havida no ano-calendário na DAA de José Percy R da Costa e encontrou acréscimos mensais não justificados que totalizaram R\$ 409.853,26, no entanto considerado que foi

⁵ Esse termo não consta do Dicionário Aurélio Século XXI.

⁶ Lei nº 9.430, de 1996 – Art. 44 – (...)

“§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do *caput* passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

a) prestar esclarecimentos;

b) apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, com as alterações introduzidas pelo art. 62 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991;

c) apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38.” (Com a redação dada pelo art. 70 da Lei nº 9.532/97)



absorvido pela renda omitida, levantada com suporte nos depósitos e créditos bancários, sendo esse fato informado ao sujeito passivo por Termo de Constatação, fls. 938 e 940.

Esses os dados mais significativos que compõem o resumo do procedimento fiscal investigatório.” (g.n.)

Dado ciência à fiscalizada e a José Percy Ribeiro da Costa sobre o dito Relatório Fiscal, ambos apresentaram manifestações juntadas ao processo às fls. 1.478 a 1.482, e 1.485 a 1.489, v-VIII, de igual teor, a seguir resumidas.

1. Descrição sintética dos motivos da diligência.
2. Protesto pela nulidade da autuação em razão da ilegitimidade passiva consubstanciada pela titularidade efetiva dos depósitos e créditos bancários pertencer à empresa Cinelândia Telefones Ltda.
3. Impossibilidade do acesso aos documentos por força da apreensão efetuada pela Polícia Federal.
4. Posicionamento pela correção do entendimento manifestado na Resolução a respeito da possibilidade dos cheques nominais terem referência na dita empresa e sobre a investigação das relações produtoras desses valores evidenciarem a efetiva titularidade.
5. Sobre a movimentação bancária de esta pessoa pertencer efetivamente à empresa Cinelândia Factoring Fomento Mercantil SJC Ltda, anteriormente Cinelândia Telefones Ltda. A falta de inclusão da movimentação bancária na escrituração contábil deveu-se às irregularidades nesta última e essa situação demandou a elaboração do Laudo Pericial para sanar as irregularidades.
6. Pedido para a Delegacia da Receita Federal do Brasil oficial o Juízo Criminal com objeto de requerer a remessa dos documentos apreendidos pela Polícia Federal, relacionados nos autos de apreensão citados na peça recursal. Ainda, pela extensão da análise aos beneficiários dos recursos oriundos das contas-correntes componentes do lançamento e dilação do prazo para atendimento à solicitação posta em diligência.

Juntado ao pedido cópia do Auto de Apreensão pela Polícia Federal no endereço localizado na Rua Villaça, 576, Ed. Rui Doria, sala 6, São José dos Campos, SP, em 15 de março de 2004.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro NAURY FRAGOSO TANAKA, Relator

Trata-se de retorno de diligência considerada necessária para complementar a instrução processual e permitir a convicção a respeito dos fatos.

As questões preliminares foram analisadas e afastadas na oportunidade em que decidido pela dita verificação, no entanto, por força de alterações neste v. colegiado, devem integrar o julgamento.

Três aspectos com características de preliminar foram postos pela recorrente:

(a) a nulidade da decisão *a quo* por força do cerceamento do direito de defesa com causa na negativa ao pedido por perícia;

(b) a ineficácia do feito em razão do suporte em prova ilícita, esta caracterizada pela vinda dos extratos bancários e cópias de cheques sem a autorização judicial; e

(c) a inclusão de José Percy Ribeiro da Costa como responsável solidário sem a prova do benefício direto deste quanto à renda omitida.

Reiteram-se os argumentos postos na análise anterior.

1. Cerceamento ao direito de defesa – perícia.

Segundo De Plácido e Silva, perícia⁷ traduz ação dirigida ao esclarecimento de certas circunstâncias não perfeitamente definidas ou à evidência de um fato apresentado por meio de prova documental não suficiente para configurá-lo.

O pedido por perícia teve fundamento na falta de prova documental a evidenciar a titularidade efetiva das ditas contas bancárias pela empresa.

Embora preenchidos os requisitos⁸ para esse fim houve indeferimento em primeira instância com base na transferência do ônus probatório ao fiscalizado.

⁷ PERÍCIA - Do latim peritia (habilidade, saber), na linguagem jurídica designa especialmente, em sentido lato, a diligência realizada ou executada por peritos, a fim de que se esclareçam ou se evidenciem certos fatos. Significa, portanto, a pesquisa, o exame, a verificação, acerca da verdade ou da realidade de certos fatos, por pessoas que tenham reconhecida habilidade ou experiência na matéria de que se trata. (...) A perícia, segundo princípio da lei processual, é portanto a medida que vem mostrar o fato, quando não haja meio de prova documental para mostrá-lo, ou quando se quer esclarecer circunstâncias, a respeito do mesmo, que não se acham perfeitamente definidas (...). SILVA, De Plácido e; FILHO, Nagib Slaibi.; ALVES, Geraldo Magela. Vocabulário Jurídico, 2.ª Ed. Eletrônica, Forense, [2001?] CD ROM. Produzido por Jurid Publicações Eletrônicas

⁸ Decreto n.º 70.235, de 1972 - Art. 16. A impugnação mencionará:
(.....)



Como não foi juntada à peça impugnatória nenhuma prova de que a titularidade efetiva das contas bancárias não pertencia à contribuinte, o pedido por perícia constituiu mera alegação desprovida de qualquer fundamento. Importante observar que as contas bancárias junto ao BCN e Banespa tinham titularidade de direito da contribuinte e foram movimentadas, a princípio, também, por José Percy Ribeiro da Costa, com autorização da primeira.

Uma das maneiras de provar a titularidade dos recursos era o requerimento dos dados dessa movimentação junto aos bancos e a investigação individual das partes e dos fatos de origem. Isso não foi feito pela fiscalizada.

Também não veio ao processo prova da recusa de acesso aos dados contábeis da empresa Cinelândia; não há ação judicial para obtenção desses elementos. Difícil imaginar dificuldades se os sócios titulares, conforme recurso, eram pais da fiscalizada.

Assim, a transferência do ônus probatório ao fisco permitiu o correto indeferimento ao referido pedido de perícia, porque considerado prescindível à resolução da lide⁹.

2. Prova ilícita – acesso ilegal ao sigilo bancário.

No período, o acesso aos dados bancários pela Administração Tributária encontrava-se autorizado pelo artigo 8º, da Lei nº 8.021, de 1990, embora presentes decisões judiciais contrárias.

Por força da conformação de todos ao princípio da legalidade, a recusa à entrega de tais dados somente poderia ocorrer com amparo em processo judicial no qual houvesse norma individual e concreta a inibir a dita autorização legal. Não estando presente esse óbice na situação em análise, as provas são legais.

A autorização contida na Lei Complementar nº 105, de 2001, é válida para os fatos havidos após a sua publicação, mas alcança também os pendentes, nas situações em que a investigação teve início depois da sua publicação.

Nesta situação, o acesso aos dados bancários ocorreu para um fato pendente, porque ainda em período passível de homologação ou lançamento de ofício da Administração Tributária Federal, e em momento posterior à publicação desse ato legal.

Destarte, correto o procedimento, a atitude da autoridade fiscal e do r. colegiado de primeira instância.

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993)
⁹ Decreto nº 70.235, de 1972 - Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993)

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993)



3. Responsabilidade solidária – José Percy R da Costa.

A imposição de responsabilidade solidária a José Percy Ribeiro da Costa seria ilegal porque despida de fundamentos em razão da falta de documentos a dar suporte e em contrário à norma contida no artigo 265 do Código Civil¹⁰.

Essa questão já foi muito bem enfrentada pelo colegiado *a quo*, oportunidade em que informado sobre a inaplicabilidade da norma contida no artigo 265, do CC ao Direito Tributário, sendo a posição reforçada pela doutrina de Bernardo Ribeiro de Moraes, conforme detalhado no Relatório.

Embora concorde em parte com esse entendimento, deixo para concluir sobre a dita nulidade ao final do voto porque considero importantes os demais aspectos da situação fática como justificativas à conclusão ao final.

4. Inexistência de nexo causal – depósitos x renda consumida.

Haveria ilegalidade na construção do feito caracterizada pela falta de evidência do nexo causal entre o montante dos depósitos e o acréscimo patrimonial no período considerado.

A fundamentar o raciocínio, a norma reguladora do fato gerador do tributo, a Súmula 182, do extinto TFR, e a decisão no REsp 71.794-SP, 2.ª Turma, no qual foi relator o Min. Paulo Gallotti, DJU de 2 de setembro de 2001, pág. 183.

Essa argumentação tem por referência exigências com suporte na norma reguladora (anterior) de presunção legal centrada em parte nos depósitos e créditos bancários e com fundamento no artigo 6º, da Lei nº 8.021, de 1990. Nesse âmbito, a autoridade fiscal deveria comprovar a relação entre a base presuntiva e o efetivo acréscimo patrimonial do período da pessoa fiscalizada.

Na norma do artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996, não há esse requisito, porque portadora da autorização para considerar *renda tributável omitida* igual ao valor do somatório dos depósitos e créditos bancários de origem não comprovada.

Como a dita autorização situa-se no *caput*, é de extensão ampla, porém com as restrições das demais normas inseridas nos parágrafos desse artigo.

E, por força daquela ínsita no parágrafo 3º, somente pode ser *renda omitida* os créditos remanescentes da exclusão daqueles correspondentes às transferências entre contas do próprio titular, dos valores inferiores a R\$ 12.000,00 e no total, quando abaixo de R\$ 80.000,00 no período, e, ainda, daqueles verificados e entendidos não compatíveis com acréscimos patrimoniais da titular.

Esta última restrição normativa tem origem na observação obrigatória da norma do artigo 43, do CTN, e pode ser extraída do texto legal, quando assim ordenado:

"observado que não serão considerados: I – os (créditos) decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

¹⁰ Lei n.º 10.406, de 2002 – CC - Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.



e II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os (créditos) de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualmente (...). (g.n.)

Nesta situação, foi comunicado à autoridade fiscal, ainda durante o procedimento investigatório, em 10 de outubro de 2003, que os depósitos e créditos bancários não eram de titularidade da pessoa desta contribuinte, mas da empresa Cinelândia Telefones Ltda, fls. 734 e 735, v-IV.

Embora esse comunicado não tenha se apresentado fundado em documentos comprobatórios do conteúdo declarado, alguns outros elementos indiciários integrantes do procedimento, a seguir identificados, poderiam permitir às autoridades fiscais a conclusão indicada. Esses aspectos são indicados e comentados à frente.

(a) Outorga de poderes a José Percy R da Costa.

Havia procuração desta contribuinte para seu pai, José Percy Ribeiro da Costa, lavrada em 3 de abril de 1996, para administrar – com todos os direitos - qualquer conta bancária em nome desta pessoa, conforme cópia juntada às fls. 71. Não consta documento revogatório dos poderes concedidos.

Essa concessão de poderes significava a possibilidade do pai movimentar qualquer das contas-correntes bancárias de titularidade da contribuinte, quando desejasse, independente de qualquer comunicação antecipada, por decorrência da ausência de restrições temporal ou dirigida a outros aspectos no referido instrumento.

A colaborar com essa tese, a emissão de cheques pela pessoa do pai e não pela titular, conforme atestaram as cópias destes acima de R\$ 60.000,00, obtidas pela autoridade fiscal no BCN e acima de R\$ 8.000,00, no Banco do Estado de São Paulo S/A – Banespa, por meio de RMF, fls. 416 a 418, fato confirmado pela autoridade fiscal no corpo do Auto de Infração, fl. 739, v-IV.

Salvo situações de excepcionalidade, como invalidez, doenças, viagens ao exterior, etc. da titular de direito, não evidenciadas no processo, a assinatura de todos os cheques de maior valor pelo procurador não combina com o desenvolvimento habitual das relações comerciais ou entre familiares.

(b) Titularidade da empresa Cinelândia Telefones Ltda.

Compõe também o conjunto probatório indiciário, a participação do pai na empresa Cinelândia Telefones Ltda, praticamente de sua titularidade, porque em montante equivalente a 95% no capital social, enquanto a composição deste com sua esposa, com quem era casado sob regime de comunhão universal de bens.

Conhecido esse detalhe, a ligação com o uso das contas-correntes bancárias sob procuração e com movimentação elevada poderia permitir a conclusão por uma ilegalidade caracterizada vulgarmente como “caixa 2” da empresa de sua titularidade.



(c) Mudança de atividade da empresa Cinelândia Telefones Ltda.

A transformação da empresa Cinelândia Telefones Ltda em Cinelândia Factoring Fomento Mercantil Ltda ou a criação dessa nova empresa conduz ao raciocínio de que a atividade de troca de cheques, compra de títulos com deságio, inerentes àquela de *factoring* já estava sendo desenvolvida havia algum tempo pelo próprio titular com uso das instalações da pessoa jurídica, mas disfarçada porque não constante da escrituração desta.

Essa afirmativa é reforçada também pelo confronto das conclusões possíveis de extrair dos processos indicados no Relatório, evidência de que José Percy participou em diversos períodos como “responsável solidário” em função de movimentar contas bancárias de significativa expressão financeira sem que externasse a terceiros essa autoria.

(d) Utilização em diversos períodos de contas-correntes bancárias em nome de terceiros.

Soma-se aos elementos indiciários indicados a utilização de contas-correntes em nome de terceiros, parentes ou empregados em períodos distintos. Assim, conforme Relatório:

1. Fernando Jose Leite Costa – BCN (AC 1997 e 1998), Banespa (AC 1997), processo nº 13884.004578/2003-30;

2. Clovis Ferreira da Silva – BCN (AC 1998) – processo nº 13884.002919/2004-13;

3. Maria do Carmo Costa – Santander (AC 1998, 1999, 2000), Banespa (AC 1998, 1999, 2000 e 2001) e BCN (AC 1999).

4. Maria Daniela da Costa Carrilho – BCN (AC 2000) – processo 13884.003893/2005-10.

Dois aspectos devem ser extraídos desse uso disfarçado das contas-correntes bancárias:

a) a expressividade da movimentação;

b) a presença seqüencial, ou seja, em anos seguidos e com variação dos titulares de direito: ora em conta em nome de um titular, ora em nome de outro.

O primeiro indica a utilização das contas para compor uma atividade de grande expressão econômica como factoring, agiotagem, ou qualquer outra, porque geradora de movimentação financeira significativa. Essa atividade é mais comum ser desenvolvida por pessoa jurídica porque demandante do ponto comercial, funcionários, estruturas de atendimento, departamento jurídico, entre outros requisitos inerentes.

O segundo aspecto, evidência de que ou José Percy Ribeiro da Costa era o efetivo titular de todas essas contas-correntes ou havia uma sociedade de fato com participação da família.

A utilização sub-reptícia de contas bancárias em períodos intercalados, com variação dos titulares de direito e expressiva movimentação financeira conduz ao raciocínio de



que houve intenção de mostrar uma situação distinta a quem conhecesse apenas os dados brutos, como a Administração Tributária Federal detentora daqueles da CPMF.

e) Cheques nominativos assinados por José Percy R. da Costa.

Outro aspecto a colaborar com a tese de que as contas-correntes eram de titularidade efetiva de José Percy Ribeiro da Costa ou de sua empresa, são os cheques nominativos por ele assinados e dirigidos à diversas pessoas, como aqueles à Justiça e ao INSS, em valores significativos.

Esses dados podem significar desenvolvimento de relações entre uma pessoa jurídica e diversas outras pessoas jurídicas, entre elas, órgãos públicos. Agregue-se o detalhe de que não é comum pessoas físicas pagarem quantias dessa monta a esses órgãos.

f) Relação montante dos créditos bancários x patrimônio.

Significativa também é a relação entre volume e montante das movimentações financeiras com um patrimônio compatível.

Apenas José Percy R. da Costa possuía patrimônio expressivo, conforme possível de constatar na relação de bens para Arrolamento, fls. 866 a 873, v-V.

Esse detalhe conduz ao questionamento da relação volume de negócios com a renda auferida, ou seja, o volume de renda omitida presumido pelo fisco como efetivamente auferido haveria de estar localizado em algum lugar e produzir patrimônio proporcional, provavelmente declarado ou oculto em algum paraíso fiscal.

Nestas situações, há evidência de que apenas o patrimônio declarado de José Percy R. da Costa poderia conter o produto da renda auferida e omitida em anos anteriores (1997, 1998 etc).

g) Reconhecimento da receita pela empresa Cinelândia Telefones Ltda.

O reconhecimento da receita de comissões ou deságios auferidos nas negociações com utilização das contas-correntes bancárias em nome de terceiros pela empresa Cinelândia Telefones Ltda e a manutenção dos pagamentos nos prazos acordados, constitui sinalização considerável da responsabilidade e das ações ilícitas praticadas, apesar da falta de outras provas diretas da titularidade dos recursos.

Como informado na verificação complementar e posto no Relatório, o parcelamento pelo PAES teve consolidação da dívida em 1º de julho de 2003, enquanto o comunicado sobre a titularidade efetiva dos ditos créditos, em 10 de outubro desse ano. A atitude da empresa, portanto, ocorreu durante o procedimento fiscal e por se tratar de crime, porque ilicitude intencional, encontrava-se no âmbito da mesma ação desta pessoa, na forma do artigo 7º, § 1º, do Decreto nº 70.235, de 1972.

Compondo então, em síntese, o conjunto probatório indireto de que a afirmativa posta no comunicado da fiscalizada tinha conteúdo significativo:

» José Percy R. da Costa detinha amplos poderes desta pessoa para administrar qualquer de suas contas bancárias e nesta situação, aquelas junto ao Banespa e BCN foram



informadas como portadoras da dita autorização. Não constituem atitudes comuns no meio comercial e financeiro essa concessão de poderes e a efetiva movimentação pelo outorgado.

» Não apenas esta pessoa concedera poderes a José Percy R da Costa, mas também, em períodos distintos, Fernando José Leite da Costa, Clovis Ferreira da Silva, Maria Daniela Da Costa possuíram contas bancárias e concederam os mesmos poderes ao primeiro, para períodos anteriores ao comunicado efetivado pela fiscalizada.

Essas múltiplas possibilidades de utilização das contas-correntes em nome de terceiros e a constatação do uso em anos distintos com alteração dos titulares de direito, permite condução ao raciocínio de que alguém desejava ocultar-se da Administração Tributária Federal, e essa pessoa era quem detinha a outorga de poderes do titular de direito: José Percy R da Costa.

Agregam-se a estes:

» a titularidade da empresa por Cinelândia Telefones Ltda por José Percy R da Costa;

» a alteração da atividade empresarial dessa pessoa jurídica em momento posterior;

» o patrimônio expressivo apenas de José Percy R. da Costa,

» o parcelamento pedido pela referida empresa, com base no auto-arbitramento das comissões ou deságios.

Por esses motivos e porque os esclarecimentos prestados não poderiam ser simplesmente desprezados, observada a restrição posta na norma do artigo 845, § 1º, do Decreto nº 3.000, de 1999, Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99: “§ 1º Os esclarecimentos prestados só poderão ser impugnados pelos lançadores com elemento seguro de prova ou indício veemente de falsidade ou inexatidão (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 79, § 1º).”, poderia o fisco ter construído a situação de forma diversa desta.

Esses elementos indiciários integram o conjunto probatório indireto destinado a atribuir a titularidade das contas-correntes bancárias em que José Percy R. da Costa detinha poderes para a movimentação à pessoa distinta desta contribuinte, seja o próprio detentor dos poderes ou a sua pessoa jurídica. Resta agregar o posicionamento do v. colegiado da E. Quarta Câmara deste órgão em julgado de matéria complementar a esta situação.

h) Julgado em que José Percy R da Costa era parte responsável.

A lide em que Maria Daniela da Costa Carrilho figurava como sujeito passivo já foi julgada pela E. Quarta Câmara deste órgão¹¹, oportunidade em que foi relatora a ilustre

¹¹ Número do Recurso: 154183 - Câmara: QUARTA CÂMARA - Número do Processo: 13884.003893/2005-10 - Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO - Matéria: IRPF - Recorrente: MARIA DANIELA DA COSTA CARRILHO E JOSÉ PERCY RIBEIRO DA COSTA - Recorrida/Interessado: 4ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II - Data da Sessão: 23/01/2008 01:00:00 - Relator: Heloisa Guarita Souza - Decisão: Acórdão 104-22959 - Resultado: DPPU - DAR PROVIMENTO PARCIAL POR UNANIMIDADE - Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares argüidas pela Recorrente e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da exigência a parte relativa às contas bancárias mantidas no BCN e Safra, considerando-se sem objeto o



conselheira Heloisa Guarita Souza, e os créditos das contas-correntes em que José Percy Ribeiro da Costa figurava como autor da movimentação bancária foram excluídos da base presuntiva por ilegitimidade passiva (por unanimidade de votos). Para melhor compreensão a respeito dos motivos dessa decisão, transcreve-se excerto desse voto:

“1.5. A ilegitimidade do lançamento com base apenas em depósitos bancários:

No mérito em si, essa é uma hipótese de presunção relativa ("juris tantum"), que admite prova em contrário, a cargo do contribuinte, o qual, porém, de fato, não a produziu. Afora as questões preliminares, já abordadas, a Recorrente sustenta a impossibilidade da autuação porque não caracterizado o acréscimo patrimonial, a que se refere o artigo 43, do Código Tributário Nacional.

Nesse momento, cabe a separação da análise pelos grupos de contas bancárias: de um lado BCN e Safra, de outro Itaú e Bradesco.

1.5.a. Quanto às contas correntes dos Bancos BCN e SAFRA:

Em relação a essas contas, é fato inquestionável que foram elas movimentadas, por procuração, pelo pai da autuada e contribuinte solidário, Sr. José Percy Ribeiro da Costa. Essa informação, bem como cópias das respectivas procurações vieram aos autos desde o início do processo fiscalizatório – fls. 57 e 579.

Tais documentos demonstram, ao meu ver, que o real titular dos recursos autuados era o Sr. José Percy Ribeiro da Costa. Tanto ficou evidenciada a sua relação direta com os fatos autuados, que foi ele chamado aos autos na qualidade de responsável solidário, por interesse comum, nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN.

Entretanto, as figuras do contribuinte e do responsável, apesar de ambos serem sujeitos passivos da obrigação tributária, nos termos do artigo 121, do CTN, não se confundem, pela própria distinção feita pela letra da lei complementar:

“Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

A respeito dos conceitos de “contribuinte” e “responsável” ensina a doutrina:

“A importante distinção entre contribuinte e responsável tributário deve seguir-se tão-somente o critério adotado pelo Código Tributário Nacional, em seu art. 121, segundo o qual a diferenciação se norteia pela natureza da relação existente entre o aspecto ou critério material e o aspecto ou critério pessoal da hipótese de incidência:

...



Portanto, o sujeito passivo, as espécie responsável, não tem relação pessoal e direta com o fato descrito no aspecto material da hipótese. Não reveste a condição de contribuinte, mas sua obrigação decorre de disposição expressa de lei. ...

Toda vez que estamos diante da **eleição de um responsável por lei, estamos diante de duas normas jurídicas interligadas**. A primeira é a norma básica ou matriz, a que já nos referimos anteriormente, que disciplina a obrigação tributária principal ou acessória. A segunda é a norma complementar ou secundária, dependente da primeira, que se presta a alterar apenas o aspecto subjetivo da consequência da norma anterior, uma vez ocorrido o fato descrito em sua hipótese. Nesse sentido, podemos falar em hipótese ou fato gerador básico ou matriz e em fato gerador secundário, complementar e dependente. Se não ocorrer o fato descrito na hipótese de incidência da norma básica ou matriz, ou mesmo ocorrendo e estando extinta a obrigação do contribuinte, então também inexistirá a obrigação do responsável tributário.” (Direito Tributário Brasileiro, Aliomar Baleeiro, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi, 11ª. Edição, Editora Forense, págs. 723/724 -grifei)

“Sem adentrar, ainda, o exame desses conceitos, verifica-se, desde logo, que a identificação do sujeito passivo da obrigação principal (gênero) depende apenas de verificar quem é a pessoa que, à vista da lei, tem o dever legal de efetuar o pagamento da obrigação, não importando indagar qual o tipo de relação que ela possui com o fato gerador. Qualquer que seja o liame em razão do qual tenha sido posta no pólo passivo da obrigação principal, ela recebe a designação de sujeito passivo da obrigação principal..

...

Nessa pertinência lógica entre a situação e a pessoa, identificada pela associação do fato com o seu autor, ou seja, pela ligação entre a ação e o agente, é que estaria a ‘relação pessoal e direta’ a que o Código Tributário Nacional se refere na identificação da figura do contribuinte.

Quando não estiver presente relação dessa natureza entre o fato gerador e o sujeito passivo, mas algum vínculo existir entre ele e a situação que constitui o fato gerador, iremos identificar a figura do responsável.

...

Ao falar em relação pessoal, o que se pretendeu foi sublinhar a presença do contribuinte na situação que constitui o fato gerador. Ele deve participar pessoalmente do acontecimento fático que realiza o fato gerador. É claro que essa presença é jurídica e não necessariamente física (ou seja o contribuinte pode relacionar-se com o fato gerador por intermédio de representante legal; o representante o faz presente).

...

A presença do responsável, como devedor na obrigação tributária, traz uma modificação subjetiva no pólo passivo da obrigação, na posição que, naturalmente, seria ocupada pela figura do contribuinte.” (Direito Tributário Brasileiro, Luciano Amaro, 10ª edição, Editora Saraiva, págs. 90/291, 294/295 – grifei)

Ora, resta evidenciado que quem tem a relação direta e pessoal com esses fatos geradores autuados, quem, efetivamente praticou o fato gerador da obrigação tributária objeto desse lançamento é o Sr. José Percy Ribeiro da Costa, sendo ele caracterizado, portanto, como o contribuinte de fato do tributo incidente sobre tais rendimentos omitidos. Se esses recursos identificados nas contas bancárias são ou não de titularidade



da pessoa jurídica da qual ele é sócio, trata-se de matéria que não diz respeito a esse processo, não se estendendo a presente análise até esse ponto.

Portanto, entendo que, em relação a essas contas específicas, em tudo aplicável o comando do parágrafo 5º, do artigo 42, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 10.637, a saber:

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

A prova referida no dispositivo legal, no caso concreto, são as procurações específicas, de fls. 57 e 579, que permitiam ao Sr. José Percy a livre movimentação das contas bancárias em nome de sua filha, a contribuinte Maria Daniella.

Desse modo, concluo que houve erro na identificação do sujeito passivo das contas correntes dos Bancos BCN e Safra, o que impõe o cancelamento do lançamento nessa parte, uma vez que não cabe a esse Conselho inovar no feito, a fim de transformar o responsável tributário em contribuinte, figuras tecnicamente distintas, como visto, sem prejuízo, entretanto, de, respeitado o prazo decadencial, novo lançamento ser feito, pela autoridade competente, contra o sujeito passivo correto (efetivo titular das contas de depósito em questão – Sr. José Percy Ribeiro da Costa).

1.5.b. Quanto às contas correntes dos Bancos Itaú e Bradesco:

Essas contas são de sua exclusiva titularidade. Logo, já de início é ponto pacífico de que, nessa parte está correto o lançamento feito contra a Recorrente.

Nessa parte, no mérito em si, além do argumento geral de que somente caberia o lançamento por depósito bancário quando caracterizado o acréscimo patrimonial, a que se refere o artigo 43, do Código Tributário Nacional, nenhum elemento de prova, concreto, foi apresentado.

(...)

Portanto, indubitavelmente, a questão é de prova e a cargo do contribuinte. Justamente por isso é que se trata de uma presunção relativa, perfeitamente aceitável no nosso sistema jurídico.

E, a esse título, a Contribuinte alegou que alguns dos depósitos bancários autuados, no ano-calendário de 2001, têm sua origem em doações do seu pai, para suportar as despesas com o matrimônio que a contribuinte contraiu naquele ano. Porém, não há nos autos provas concretas a fazer tal demonstração, não bastando para tanto mera declaração subscrita pelo doador (fls. 1213/1214). A esse respeito, nada a acrescentar ao decidido pelo acórdão de primeira instância, cuja conclusão está em consonância com os termos da jurisprudência deste Conselho.

Sustenta, ainda, que o lançamento sobre os depósitos bancários existentes nas contas da sua efetiva e real titularidade, estaria cancelado, pela aplicação do artigo 42, § 3º, inciso II, da Lei nº 9.4630/96, que dispõe:

“§ 3º - Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I—...



I – no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).”(negritei)

Compulsando as fls. 572/574 dos autos, com o detalhamento de cada um dos depósitos bancários glosados (Itaú e Bradesco), verifica-se que, de fato, nenhum dos depósitos é de valor individual superior a R\$ 12.000,00. Porém, já considerando os montantes cancelados em primeira instância, o valor total autuado é de R\$ 147.884,18, superior, portanto, ao limite legal, do parágrafo 3º, supra-transcrito.

Logo, relativamente às contas dos Bancos Itaú e Bradesco, deve o lançamento ser mantido.”

Completo o conjunto probatório indireto, evidencia-se distinta a titularidade dos recursos movimentados nas contas-correntes em que José Percy R. da Costa apresentara a outorga de poderes para movimentação.

Ainda a respeito da aplicabilidade do referido artigo 42, considero que a norma posta no parágrafo 3º, exige a verificação individualizada dos depósitos e créditos bancários, depois da exclusão das transferências e dos pequenos valores, conforme trecho final da citação posta na pág. 19 deste voto: *‘para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualmente (...)’*.

Parece-me clara a fragilidade da exigência fundada nessa espécie de presunção quando o procedimento investigatório restringe-se apenas aos parcos esclarecimentos trazidos pela fiscalizada.

Nesta forma de investigação e imposição tributária, a autoridade fiscal deve demandar esforços para buscar a origem dos créditos bancários de tal forma a eliminar qualquer possibilidade da exigência de tributo sobre base de cálculo inexistente e cumprir a norma posta no dito parágrafo, de modo a que restem apenas créditos efetivamente de origem não comprovada.

Nesta situação, foi informado à autoridade fiscal, ainda durante o procedimento investigatório, em 10 de outubro de 2003, sobre a efetiva titularidade dos depósitos e créditos bancários como pertencentes à empresa Cinelândia Telefones Ltda, fls. 734 e 735, v-IV, embora afirmação não fundada em documentos de *prova direta* desse conteúdo.

A autoridade fiscal interpretou essa informação como de efeitos não significativos para resolução da situação fática e decidiu pela estruturação da exigência com base na dita presunção e nas provas disponíveis. Essa atitude, no entender deste que escreve, contrária à formalização correta do crédito tributário por meio dessa prova indiciária.

Em face do conjunto probatório indireto posto, tenho por mim que o dever funcional era de investigar a referida indicação, não apenas por força do dito parágrafo 3º, mas também pela determinação daquela do artigo 845, § 1º, do Decreto nº 3.000, de 1999, Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99, citada.



Frente a esse conjunto de elementos probatórios indiciários e em razão da falta do aprofundamento da investigação durante o procedimento fiscal, bem assim, no procedimento complementar de diligência, permanece a dúvida¹² quanto à titularidade e adequação da base presuntiva decorrente das contas-correntes em que José Percy R. da Costa detinha outorga de poderes. Essa dúvida permite invalidar a correspondente parcela da exigência em razão da conformação *obrigatória* aos requisitos da *legalidade e certeza* para permanência e eficácia.

Este último aspecto constitui entendimento deste que escreve. Conhecedor da interpretação predominante no v. colegiado no sentido de que a falta de informações pelo contribuinte não obriga o fisco a outras verificações do crédito bancário, curvo-me a ela para que a parcela remanescente da exigência seja considerada formalmente correta.

Destarte, acompanho o posicionamento da ilustre relatora no julgado na E. Quarta Câmara, para afastar a exigência quanto aos rendimentos considerados omitidos com suporte na base presuntiva em que a movimentação bancária foi efetuada em conjunto entre a contribuinte e José Percy Ribeiro da Costa – na situação, nos bancos BCN e Banespa.

A base presuntiva remanescente – bancos BMD e Santander – somente deve ser mantida quanto ao ano-calendário de 1999, uma vez que para 1998, é composta de créditos inferiores a R\$ 12.000,00 e em total, menor que R\$ 80.000,00, com subsunção à norma do referido artigo 42, § 3º, II.

5. Juros SELIC – Inconstitucionalidade.

O protesto dirigido à inconstitucionalidade da multa de ofício pela ofensa ao princípio do não confisco, este em razão do percentual superior a 100%, não pode ser analisado nesta esfera de poder, pois atribuição exclusiva do Poder Judiciário, na forma do art.102, da CF/88. Nessa linha, a Súmula 1º CC nº 2:

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

6. Cerceamento ao direito de defesa – Documentos.

Sobre a impossibilidade do acesso aos documentos por força da apreensão efetuada pela Polícia Federal bem ressaltou a autoridade fiscal no procedimento complementar sobre a disponibilidade dos autos às partes e a inaplicabilidade dos documentos apreendidos para este processo.

¹² “Relativamente ao conhecimento de um dado fato, o espírito humano pode encontrar-se no estado de ignorância, dúvida ou certeza. A dúvida é um estado complexo. Existe dúvida, em geral, sempre que uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e negativos; ora, pode dar-se a prevalência dos motivos negativos sobre os afirmativos e tem-se o *improvável*; pode haver igualdade entre os motivos afirmativos e os negativos e tem-se o *crível* no sentido específico. Pode haver, finalmente, prevalência dos motivos afirmativos sobre os negativos e tem-se o provável. Mas o improvável não é, propriamente, senão o contrário do provável; o que é provável pelo lado dos motivos maiores é improvável pelo dos motivos menores, e, por isso, a dúvida não se reduz propriamente às duas únicas subespécies simples do *crível* e do *provável*.” (g.n.) MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. Tradução de Paolo Capitanio. 3ª Ed. Campinas, Bookseller, 2004, pág. 23.



O pedido para que a Delegacia da Receita Federal do Brasil demande o Juízo Criminal com objeto de requerer a remessa dos documentos apreendidos pela Polícia Federal, constitui transferência de ônus probatório. A prova pertence ao contribuinte. Inaplicável a norma do artigo 37 da Lei nº 9.784, de 1999.

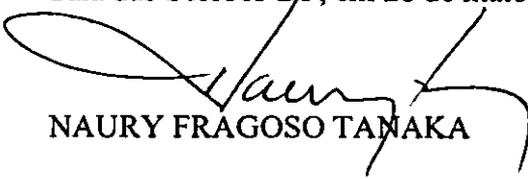
7. Verificação complementar.

O pedido pela extensão da análise aos beneficiários dos recursos oriundos das contas-correntes componentes do lançamento e dilação do prazo para atendimento à solicitação posta em diligência foi analisado na mesma questão envolvendo o mérito, na parte destinada às atitudes decorrentes da ordem contida no parágrafo 3º, do referido artigo.

Colocados os esclarecimentos, justificativas e fundamentos necessários à elucidação das questões postas pelos recorrentes, REJEITO as questões preliminares com exceção àquela de ilegitimidade passiva de José Percy Ribeiro da Costa, e quanto ao mérito, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para afastar a incidência havida por decorrência das bases presuntivas do BCN e Banespa nos anos-calendário de 1998 e 1999, e por força da norma do artigo 42, § 3º, II, da Lei nº 9.430, de 1996, a parcela da base presuntiva decorrente dos depósitos e créditos bancários havidos no Banco BMD e Santander Noroeste, para o ano-calendário de 1998.

É como voto.

Sala das Sessões-DF, em 28 de maio de 2008.



NAURY FRAGOSO TANAKA