



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

Processo nº 19515.003112/2006-44
Recurso nº 160.262 Voluntário
Acórdão nº **3301-000.021 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 04 de março de 2009
Matéria IRPF
Recorrente NELSON LUIZ MAHFUZ
Recorrida 3a. TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP II

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2002

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - IMPROCEDÊNCIA - Constatado que as infrações apuradas foram adequadamente descritas nas peças acusatórias e no correspondente Termo de Verificação Fiscal, e que o contribuinte, demonstra ter perfeita compreensão dos fatos, quando exerceu o seu direito de defesa, não há que se falar em nulidade do lançamento.

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

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. DOCTRINA. EFEITOS. As decisões judiciais e administrativas invocadas, sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário. Assim, seus efeitos não podem ser estendidos genericamente a outros casos, somente se aplicam à questão em análise e vinculam as partes envolvidas naqueles litígios, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade de lei, que não é o caso dos julgados transcritos. A doutrina reproduzida não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, sobretudo em se tratando do Direito Tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade.

VARIAÇÃO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. REMESSAS DE RECURSOS AO EXTERIOR. PROVA INDICIÁRIA. Para caracterizar a infração de omissão de rendimentos a prova indiciária deve ser constituída de indícios que sejam veementes, graves, precisos e convergentes, que examinados em conjunto levem ao convencimento do julgador.

MULTA QUALIFICADA. A apuração de remessa de recursos para o exterior pelo contribuinte que ensejaram omissão de rendimentos em sua

Declaração de Ajuste Anual, por si só, não caracteriza evidente intuito de fraude, que justifique a imposição da multa qualificada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara da Primeira Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Eduardo Tadeu Farah (Relator), José Raimundo Tosta Santos e Ivete Malaquias Pessoa Monteiro. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Núbia Matos Moura.

LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS

Presidente do Colegiado na data de formalização da decisão (18/10/2013), em substituição à Presidente Ivete Malaquias Pessoa Monteiro

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR

Conselheiro Ad-hoc na data de formalização da decisão (18/10/2013), em substituição ao Relator Eduardo Tadeu Farah

NÚBIA MATOS MOURA

Redatora-Designada

FORMALIZADO EM:18/10/2013

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Silvana Mancini Karam, Alexandre Naoki Nishioka, Vanessa Pereira Rodrigues Domene e Moisés Giacomelli Nunes da Silva.

Relatório

Nelson Luiz Mahfuz recorre a este conselho contra a decisão de primeira instância, proferida pela 3ª TURMA/DRJ-SPO II, pleiteando sua reforma, nos termos do Recurso Voluntário de fls. 240 a 261.

Trata-se de exigência de IRPF, que resultou no crédito tributário no valor de R\$ 659.504,77, incluída a multa de ofício no percentual de 150% e juros de mora, calculados até 30/11/2006.

A autuação é decorrente de omissão de rendimentos tendo em vista a variação patrimonial a descoberto, em que se verificou excesso de aplicações sobre origens, não respaldado por rendimentos declarados/comprovados.

Ressalte-se que as informações financeiras foram originadas a partir dos arquivos magnéticos enviados pela Promotoria do Distrito de Nova Iorque (District Attorney's of the Country of New York) em atendimento à quebra de sigilo bancário autorizada pelo Juízo da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba/PR, no caso conhecido como "Beacon Hill".

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/09/2001

Autenticado digitalmente em 18/10/2013 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 18/10/2013 por HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Assinado digitalmente em 18/10/2013 por NUBIA MATOS MOURA, Assinado digitalmente em 21/10/2013 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS
Impresso em 12/11/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Inconformado, o autuado apresentou impugnação fls. 177/195, na qual alega em resumo:

(a) Que não elevou seu patrimônio ou efetivou aplicações financeiras que justificassem acréscimo patrimonial a descoberto em 2001. A presunção de ilícito fiscal constante dos autos não foi corretamente capitulada;

(b) A acusação de aplicações maiores que as origens adveio de uma referência a seu nome (sem qualquer assinatura sua), localizada em documentos obtidos pela Polícia Federal. Assim, os valores movimentados no exterior por terceiros foram considerados aplicações suas. As acusações foram baseadas em presunção o que não é admitido. Supostamente figura como ordenante e não como beneficiário dos recursos. Um pagamento representa uma diminuição de patrimônio, não uma elevação, não se tratando, assim, de acréscimo do patrimônio do impugnante, mas de redução;

(c) Não há provas que era o titular dos recursos pelo fato de que não foi o ordenante dos pagamentos descritos nos autos e desconhece a instituição financeira Merchant Bank-NI. Desconhece também a origem da acusação ou a razão pela qual o seu nome foi supostamente incluído em processo criminal no Paraná;

(d) Impossibilidade de majoração da multa de ofício sem acusação específica de dolo, fraude ou simulação;

(e) Ocorreu a decadência, pois o tributo foi antecipado pelo contribuinte, logo, aplica-se o prazo de cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador;

(f) A autuação é nula, afrontando princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Impossibilidade de acusar com base em “prova emprestada”;

(g) Que antes da cobrança definitiva do crédito tributário, o contribuinte deve ter oportunidade de conhecer os fatos e informações sobre os quais se assenta o processo, ou seja, deve ter acesso aos autos do procedimento administrativo;

(h) O processo somente se tornou disponível para vista do impugnante quatro dias antes da data limite para a apresentação da impugnação, prazo que não é suficiente para analisar os documentos;

(i) O Termo de Verificação não dispõe de informações suficientes para uma defesa adequada, violando o artigo 9º do Decreto nº 70.235/72. Não menciona de forma clara qual a acusação contra o impugnante que seja apta a justificar a apuração de acréscimo patrimonial a descoberto;

(j) Violação ao art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001, uma vez que, foi a documentação financeira de outrem que gerou a instauração do presente processo e não o inverso.

A DRJ proferiu Acórdão nº 17-18.048, mantendo integralmente o lançamento que possui a seguinte ementa:

PRELIMINAR. DECADÊNCIA. Tendo havido lançamento de ofício, o início da contagem do prazo decadencial terá efeito no primeiro dia do exercício seguinte àquele previsto para a

entrega da declaração de ajuste anual, conforme previsto no art. 173, I do CTN.

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. Improcedente a alegação de cerceamento de defesa, uma vez não comprovado que a requisição de vistas aos autos tenha sido obstada por atraso do órgão preparador.

Também deve ser afastada a preliminar de cerceamento de defesa, quando a descrição dos fatos e a capitulação legal do ato de infração, bem como os documentos anexados aos autos permitem ao contribuinte exercer seu pleno direito de defesa, estando este configurado na impugnação apresentada.

PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Existindo nos autos elementos que identificam o contribuinte como sendo o autor de transferências bancárias no exterior, não há como prosperar a alegação de erro na identificação do sujeito passivo.

PRELIMINAR. PROVA EMPRESTADA. Admite-se no julgamento administrativo a apreciação de prova produzida em interesse de processo da esfera judicial, desde que utilizada com observância das normas que regulam o processo administrativo fiscal.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. São tributáveis os valores relativos ao acréscimo patrimonial, quando não justificados pelos rendimentos tributáveis, isentos ou não-tributáveis, tributados exclusivamente na fonte ou objeto de tributação definitiva.

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. REMESSAS DE RECURSOS PARA O EXTERIOR. Devem ser considerados como aplicações de recursos no demonstrativo de análise da evolução patrimonial os valores relativos às remessas de recursos para o exterior.

MULTA QUALIFICADA. É cabível a aplicação da multa qualificada quando restar comprovado o intento doloso do contribuinte de reduzir indevidamente sua base de cálculo a fim de se eximir do imposto devido.

Em seu Recurso Voluntário, Nelson Luiz Mahfuz, alega os mesmos argumentos postos em sua impugnação, sobretudo:

(a) Que recolheu IRPF em todos os meses do ano-calendário 2001, devido a rendimentos de aluguel, justificando-se a aplicação do art 150 § 4º do CTN;

(b) Insurge-se contra a decisão da DRJ, visto que considerou o fato gerador do IRPF como sendo anual e não mensal;

(c) Impossível a formação da prova exigida pela autoridade julgadora de primeira instância, informando que a vista do processo foi negada. Enfatiza que foi concedido apenas o prazo de quatro dias para elaboração de sua defesa administrativa;

(d) Que o Termo de Verificação Fiscal não justificou a majoração da multa. E a decisão de primeira instância presumiu que a abertura de conta corrente no exterior foi à

margem das normas do Banco Central. E ainda, nenhuma acusação foi feita no auto de infração, apenas na referida decisão, que não tem função de acusar;

(e) Protesta pela produção de prova oral.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro EDUARDO TADEU FARAH, Relator

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

PRELIMINARES

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

O Recorrente insurge contra a formação do auto de infração, bem como contra o Termo de Verificação Fiscal (fls. 154/162) que, segundo argumenta, não menciona de forma clara qual a acusação apta a justificar o acréscimo patrimonial a descoberto.

Pelo que se vê dos autos foi incontestavelmente demonstrada a situação de fato que sustenta a hipótese de falta de recolhimento de tributos detectada. Em verdade, o que ficou demonstrado é que o contribuinte não ofereceu à tributação, a totalidade de suas receitas.

O Termo de Verificação Fiscal (fls. 154/161) contém minuciosamente a descrição dos fatos objeto do lançamento e pelo que se observa, o referido Termo foi amparado pelas provas constantes dos autos, pelas solicitações realizadas ao fiscalizado e pelas respostas oferecidas, nos quais se identificam com clareza os fatos que deram origem à autuação. Não há que se falar, portanto, em violação do artigo 9º do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9/12/93).

Assim sendo, a exigência fiscal foi efetuada em obediência aos ditames legais emanados pelo art. 142 do CTN.

O Recorrente alega, ainda, que a vista do processo tornou disponível quatro dias antes do prazo limite para a apresentação da impugnação, tempo considerado insuficiente para analisar os documentos.

Em verdade, pelo que se observa dos autos o Recorrente acompanhou sistematicamente a formalização da exigência através dos “Avisos de Recebimentos” (fls. 36 e

fls. 45), e por meio de seu procurador, João Paulo de Seixas Maia Krepel, (procuração fls. 48) que recebeu cópia integral das informações constantes dos autos (fls. 57).

Ressalte-se, ainda, que em 19/01/2007 Rafael Luchini Alves da Costa (procurador) também obteve cópia do processo.

Assim, verifica-se que o contribuinte tomou conhecimento de todo o processo, tendo oportunidade de exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório, compreendendo os fatos que lhe foram imputados, o que se pode verificar através de sua Impugnação, bem como pelo Recurso Voluntário.

Frise-se, finalmente, que as causas de nulidade previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, restringem-se, no tocante ao auto de infração, à lavratura por servidor incompetente e, quanto às decisões, às proferidas com preterição do direito de defesa. Ressalta-se também o art. 60 do referido decreto.

Art. 59 - São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Art. 60 – As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Portanto, não se vislumbra hipótese de cerceamento do direito de defesa capaz de anular o feito.

DECADÊNCIA E APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA ANUAL

Suscita o Recorrente, ter ocorrido decadência, visto que recolheu o imposto de renda em todos os meses do ano-calendário 2001, justificando-se a aplicação do art 150 § 4º do CTN. Insurge, ainda, contra a decisão da DRJ, que considerou o fato gerador do IRPF como sendo anual e não mensal.

Pelo que se extrai dos autos a preliminar de decadência argüida pelo Recorrente deve ser rejeitada, senão vejamos:

As alterações legislativas do imposto de renda ao atribuir à pessoa física e jurídica a incumbência de apurar e antecipar o pagamento do imposto, sem prévio exame da autoridade administrativa, classifica-se na modalidade de lançamento por homologação, na forma do artigo 150 do CTN. Nesse sentido a entrega da declaração de rendimentos representa um mero cumprimento de obrigação acessória, mormente para fins de controle do adequado cumprimento da legislação tributária.

Esta modalidade de lançamento impõe ao sujeito passivo, em caso de ocorrência do fato gerador, a obrigação de apurar o imposto correspondente e efetuar o pagamento sem prévio exame da autoridade. Todavia, a omissão de rendimentos caracterizada por acréscimo patrimonial a descoberto deve ser apurada, em bases mensais e tributada na

declaração de ajuste anual, pois não se pode presumir a natureza da fonte ou o regime de tributação dos rendimentos omitidos.

No decorrer do ano-calendário o contribuinte antecipa, mediante a retenção na fonte ou por meio do pagamento do carnê-leão, o imposto que será apurado em definitivo, quando do encerramento do ano-calendário (31/12/2001).

Assim, 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. 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.

Na tributação de omissão de rendimentos caracterizada por acréscimo patrimonial a descoberto, a autoridade lançadora levanta as mutações patrimoniais, verificando as origens e aplicações de recursos e a diferença negativa, apurada em cada mês, é somada e aplicada à tabela progressiva anual. Com efeito, o fato gerador do acréscimo patrimonial a descoberto perfaz-se em 31 de dezembro de cada ano.

Esse entendimento está pacificado no Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, conforme ementa a seguir transcrita:

ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO – APURAÇÃO MENSAL – A omissão de rendimentos decorrente da variação patrimonial a descoberto, apurada mensalmente na forma prevista na legislação de regência, deve ser tributada, no ajuste anual, tomando-se por base o fato gerador do tributo ocorrido em cada mês do ano-calendário. Destarte, necessária a análise mensal da evolução patrimonial, sem a qual restaria desobedecida a determinação legal que estabelece o momento do fato gerador. Acórdão 102-47273. Sessão: 08/12/2005. (grifei)

Assim, o fato gerador do IRPF referente ao ano-calendário de 2001 perfaz-se em 31 de dezembro daquele ano. Sendo assim, o *dies a quo* para a contagem do prazo de decadência iniciou-se em 01 de janeiro de 2002, 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 2006. Destarte, não ocorreu decadência.

ILEGITIMIDADE PASSIVA

Não há que se falar em ilegitimidade passiva de parte da autuada, se por ocasião dos fatos geradores da obrigação tributária o contribuinte tinha relação pessoal e direta com a situação que constituiu o respectivo fato gerador.

Esta afirmativa restou comprovada através da Representação Fiscal nº 486/05, descrevendo as operações em que a pessoa física “Nelson Luiz Mahfuz, aparece como ordenante de divisas no exterior no valor de US\$ 315.000,00 ou R\$ 787.130,50 (fls. 136), distribuídas ao longo de setembro a dezembro de 2001, por meio de conta mantida ou administrada por” Beacon Hill Service Corporation – BHSC “.

Os valores constantes da relação obrigacional tributária são decorrentes das informações extraídas das mídias eletrônicas e demais laudos oficiais constantes dos autos e não da vontade do contribuinte.

Assim, existindo nos autos elementos que identificam o contribuinte como sendo o autor de transferências bancárias no exterior, não há como prosperar a alegação de erro na identificação do sujeito passivo.

LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 – PROVA EMPRESTADA

O Recorrente alega violação ao art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, uma vez que, a documentação financeira de outrem gerou a instauração do presente processo e não o inverso.

Inicialmente, transcrevo o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, *in verbis*:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

A Lei Complementar nº 105/2001 se reporta expressamente ao cabimento de obtenção, pela autoridade Fiscal, de informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes quando em curso procedimento fiscal instaurado, como se verifica neste caso.

Por outro lado, não se pode falar em empréstimo da prova casual, pois as provas pré-constituídas já existiam no mundo jurídico mesmo antes da sua apresentação em juízo, possuindo, portanto, força probatória seja qual for o processo em que seja apresentado.

Ademais, os documentos probantes foram franqueados à Receita Federal por força de uma decisão judicial proferida pelo Meritíssimo Juiz da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, Dr. Sergio Fernando Moro (fls. 96) e encaminhado à Equipe Especial de Fiscalização por meio do Ofício nº 248/2004 (fls. 99).

Destarte, devem ser rejeitadas as preliminares suscitadas pelo Recorrente.

MÉRITO

RENDIMENTOS RECEBIDOS DE FONTE DO EXTERIOR

O contribuinte não assume que efetuou as remessas ao exterior objeto da Representação Fiscal nº 486/05 e do Laudo nº 1.258/04, calcando sua defesa na inexistência de provas.

De pronto, cabe ressaltar que o presente trabalho fiscal teve origem a partir dos arquivos magnéticos enviados pela Promotoria do Distrito de Nova Iorque (District Attorney's of the Country of New York) em atendimento à quebra de sigilo bancário autorizada pelo Juízo da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba/PR, no caso conhecido como “Beacon Hill” fruto de investigações anteriores da Polícia Federal juntamente com o Ministério Público Federal.

Pelo que se verifica a Equipe Especial de Fiscalização (Portaria SRF nº 463/04), emitiu a Representação Fiscal nº 486/05, descrevendo as operações em que a pessoa física “Nelson Luiz Mahfuz, aparece como ordenante de divisas no exterior no valor de US\$ 315.000,00 ou R\$ 787.130,50 (fls. 136), distribuídas ao longo de setembro a dezembro de 2001, por meio de conta mantida e administrada por “Beacon Hill Service Corporation – BHSC”.

Face os fundamentos invocados por ocasião do julgamento de primeira instância, peço vênica a ilustre relatora para reproduzir parte do voto proferido no Acórdão 17-18.048, da 3ª Turma da DRJ São Paulo II, que reafirma ser o contribuinte beneficiário do rendimento:

“No item 31 do Laudo (fls. 111-verso) é esclarecido que as planilhas foram gravadas 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, conforme salientado -, dados constantes da mídia.

Além disso, o Laudo nº 128/2005 é minucioso em esclarecer todos os procedimentos de análise de que decorreram suas conclusões. Tanto assim que os Srs. Peritos tiveram o cuidado de oferecer, em vernáculo, o significado das expressões em língua estrangeira e dos códigos eletrônicos utilizados nas ordens de pagamento:

Data: data da efetivação da transação;

Valor: valor da transação expresso em dólares norte-americanos;

a5000_org: ordenante;

a3100_name: banco remetente.

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 das reproduções das citadas ordens de pagamentos (fls. 29/31-verso e anverso e 32-anverso), seu nome e o de sua esposa, Gladys Nunes Mahfuz, constam expressamente no campo denominado “ordenante” de todas as transações especificadas no ano de 2001, na conta nº 9006556, denominada HARBER, bem como a indicação do endereço Av Horácio Lafer, 555 – apto 181 – São Paulo.

Esclareça-se que o contribuinte não possui homônimos e que o endereço em questão confere com o fornecido pela Telefônica em seu nome, segundo pesquisa efetuada pela Fiscalização e anexa às fls. 150, tendo sido relacionado também em sua Declaração de Bens constante da DIRPF/2002 (fls. 39).

Ressalte-se ainda que, considerando todas as cautelas que costumam cercar 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.”

É certo, pois, que a documentação acostada aos autos, comprova ser o contribuinte ordenante das referidas operações e instado a esclarecer, optou por silenciar, sem nada esclarecer.

Portanto, deve ser mantida a exigência na forma preconizada pela autoridade fiscal.

OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O contribuinte alega que a autoridade autuante deixou de observar alguns princípios constitucionais quando da formalização da exigência.

As arguições de ofensa aos princípios constitucionais de normas legitimamente positivas em nosso sistema legal exorbitam à competência legal do órgão julgador administrativo, integrante da estrutura hierárquica do Poder Executivo e ao qual não cabe analisar a validade ou razoabilidade daquelas normas, mas, apenas, zelar pela sua correta inteligência e adequada aplicação nos processos fiscais sob sua apreciação.

Assim sendo, tais argumentos não devem ser apreciados por este julgador administrativo.

DOUTRINAS E DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS CITADAS

O contribuinte acrescenta ao Recurso Voluntário, diversas doutrinas e decisões judiciais e administrativas, como argumentos de combate ao lançamento.

Todavia, a doutrina transcrita não pode ser oposta ao texto explícito do direito positivo, sobretudo em se tratando do Direito Tributário brasileiro, por sua estrita subordinação à legalidade.

As decisões judiciais e administrativas invocadas, sem uma lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário. Assim, seus efeitos não podem ser estendidos genericamente a outros casos, somente se aplicam à questão em análise vinculando, apenas, as partes envolvidas naqueles litígios, à exceção das decisões do STF sobre inconstitucionalidade de lei, que não é o caso dos julgados transcritos.

MULTA QUALIFICADA

O Recorrente alega ser incabível a aplicação da multa de 150%, visto que, não há nos autos nenhum elemento que pudesse demonstrar ter havido dolo ou intuito de fraude.

No Termo de Verificação Fiscal (fls. 159), a autoridade fiscal qualificou a multa em função da ocorrência, em tese, de situação configurada como crime.

Para elucidar a questão, transcreve-se a seguir o art. 44 inciso II da Lei nº 9.430/1996:

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

(...)

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

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 a partir de elementos probatórios carreados aos autos pela fiscalização.

A autuação utilizou presunção legal para concluir pela omissão de rendimentos. É inegável que a presunção legal autoriza que se conclua pela omissão de rendimentos, todavia, não pelo “evidente intuito de fraude”.

Nessa linha de raciocínio, pode-se concluir que 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 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 nº. 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).

LANÇAMENTO DE OFÍCIO - MULTA QUALIFICADA - JUSTIFICATIVA - Qualquer circunstância que autorize a exasperação da multa de lançamento de ofício de 75%, prevista como regra geral, deverá ser minuciosamente justificada e comprovada nos autos. Além disso, para que a multa de 150% seja aplicada, exige-se que o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude. Se a fiscalização não demonstrou, nos autos, que a ação do contribuinte teve o propósito deliberado de

impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, utilizando-se de recursos que caracterizam evidente intuito de fraude, não cabe a aplicação da multa qualificada. (Acórdão 104-18487, Sessão de 06/12/2001, Rel. Nelson Mallmann).

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

Ante o exposto, voto por REJEITAR as preliminares e no mérito DAR provimento parcial ao recurso, reduzindo a multa de ofício de 150% para 75%.

É como voto.

Em 18 de outubro de 2013

HEITOR DE SOUZA LIMA JUNIOR, Conselheiro Ad-hoc, em substituição
ao Conselheiro-Relator Eduardo Tadeu Farah

Voto Vencedor

Conselheira NÚBIA MATOS MOURA , Redatora-designada

Com a devida vênia discordo do ilustre Conselheiro Relator no que diz respeito às suas conclusões sobre a existência nos autos de documentos que comprovem de forma inequívoca que o contribuinte efetuou as remessas de recursos ao exterior, conforme discriminado nas planilhas, fls. 53/56, elaboradas pela Equipe Especial de Fiscalização constituída pela Portaria SRF nº 463/04.

Para o estudo que se propõe vale destacar que o art. 9º do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, abaixo transcrito, estabelece que a autoridade fiscal deve instruir o Auto de Infração com todos os elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito imputado ao contribuinte.

Art. 9.º. A exigência do crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)

Deve-se, ainda observar que o direito probatório brasileiro consagra a possibilidade de uso da prova indiciária. Entretanto, no caso do uso das provas indiciárias (indiretas), é ônus do agente fiscal contextualizar os elementos de prova juntados, tratando de articulá-los de forma tal a demonstrar a inequívoca conduta ilícita do contribuinte (se do cruzamento dos elementos de prova coletados não resultar como possível apenas aquele resultado afirmado pelo agente fiscal, sem vigor restará o cenário construído, o que, via de regra, demanda aprofundamento da investigação).

No presente caso, a autoridade fiscal, assim como o ilustre relator vencido, entendem que as planilhas, fls. 53/56, elaboradas pela Equipe Especial de Fiscalização constituída pela Portaria SRF nº 463/04 aliadas ao Laudo de Exame Econômico-Financeiro nº 128/2005-INC, fls. 107/113, produzido pelo Instituto de Criminalística do Departamento de Polícia Federal são suficientes para comprovar que o contribuinte foi de fato o ordenante das remessas indicadas nas referidas planilhas.

De pronto, vale destacar que tais planilhas, em que pese ter sido elaboradas por Equipe Especial de Fiscalização, constituída por Portaria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, não é prova bastante para garantir que o contribuinte de fato tenha realizado as operações ali indicadas.

Já o Laudo de Exame Econômico-Financeiro nº 128/2005-INC não menciona o nome do recorrente, contudo, pode-se supor que as planilhas, elaboradas pela Equipe de Fiscalização, tenham sido extraídas dos anexos do referido laudo, que por sua vez foram extraídos das mídias computacionais obtidas das autoridades americanas. Frise-se que os anexos do referido Laudo não foram acostados aos autos. Pode-se, portanto, concluir que os dados do contribuinte (nome, endereço, cônjuge) constam das referidas mídias computacionais.

Assim sendo, tem-se que as provas, carreadas aos autos pela autoridade fiscal, são, sim, suficientes para comprovar de forma incontestável que as operações ali indicadas efetivamente ocorreram e que o nome do contribuinte de fato ali foi mencionado. Ou seja, de fato as quantias ali especificadas foram remetidas ao exterior e o nome do contribuinte é mencionado na qualidade de ordenante das remessas de recursos ao exterior.

Contudo, a despeito de tudo até aqui mencionado, há de se concluir que tais provas são insuficientes para comprovar que o contribuinte seja de fato o ordenante das remessas.

Veja que o recorrente não é titular ou responsável pela conta movimentada no exterior e a simples menção de seus dados (nome, endereço, cônjuge) na qualidade de ordenante nas remessas de recursos ao exterior pode ser tomada como indício bastante forte de que o recorrente provavelmente é o ordenante de todas as operações apontadas no Auto de Infração. No entanto, tais fatos são apenas indiciários. Não se pode descartar a possibilidade de uso indevido do nome do contribuinte. Frise-se que não consta a assinatura do recorrente em nenhum dos documentos apontados pela autoridade fiscal como prova incontestável de sua responsabilidade, na qualidade de ordenante das remessas de recursos ao exterior. Portanto, cabia a autoridade fiscal aprofundar as investigações, partindo de tais evidências, de modo a propiciar a competente comprovação da infração imputada ao contribuinte.

Desta forma, tem-se que os elementos trazidos pela autoridade fiscal aos autos não são suficientes para comprovar, de forma inequívoca, que o contribuinte realizou todas as remessas de recursos ao exterior, de sorte que não pode prosperar a infração de omissão de rendimentos evidenciada por acréscimo patrimonial a descoberto.

Ante o exposto, VOTO por dar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 04 de março de 2009.

NÚBIA MATOS MOURA