



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

Processo n° 10073.721829/2012-91
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.695 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de maio de 2014
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS - DEPÓSITOS BANCÁRIOS
Recorrente DANVORELLI TRANSPORTADORA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando emitido por autoridade competente e observados os requisitos constitucionais, legais e, em especial, o quanto previsto na legislação que rege o processo administrativo fiscal (art. 59 do Decreto nº 70.235/72).

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa quando os termos e demonstrativos integrantes das autuações oferecem à Impugnante todas as informações relevantes para sua defesa, o que resta confirmado através de impugnação na qual demonstra conhecer plenamente os fatos que lhe foram imputados.

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA.

Verificado que o procedimento adotado pela fiscalização encontra fundamento na Lei Complementar nº 105/01 e no Decreto nº 3.724/01, não há de ser cogitada quebra de sigilo bancário, muito menos ilegal.

INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula CARF nº 2).

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

OMISSÃO DE RECEITAS. DEPÓSITOS E VALORES CREDITADOS EM CONTA BANCÁRIA. ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA.

A Lei nº 9.430/96, em seu art. 42, estabeleceu a presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente sempre que o titular da conta bancária, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta corrente ou de investimento.

LANÇAMENTOS REFLEXOS. CSLL. PIS. COFINS

A solução dada ao litígio principal, relativo ao IRPJ, aplica-se, no que couber, aos lançamentos decorrentes, quando não houver fatos ou argumentos a ensejar decisão diversa.

Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a arguição de nulidade, e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo de Andrade Couto e Paulo Roberto Cortez.

Relatório

Trata-se de exigência de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS em razão de suposta omissão de receitas. A infração que deu ensejo ao lançamento refere-se a créditos em contas bancárias cuja origem não foi comprovada (art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996). A autoridade autuante separou a exigência em infrações distintas: em relação aos depósitos que conseguiu vincular como receita da atividade, aplicou penalidade de 150% (art. 44, c/c § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996); no que tange aos depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, mas também não foi possível vincular diretamente às atividades operacionais, aplicou-se a penalidade do *caput* do mesmo dispositivo legal (75%). Houve atribuição de responsabilidade tributária a terceiros. Apresentada impugnação, a delegacia de julgamento manteve integralmente a exigência, excluindo, contudo, a responsabilidade tributária atribuída a terceiros.

Por bem refletir os detalhes da exigência, reproduzo o relatório da decisão recorrida:

Trata o presente processo dos autos de infração de fls. 386/415, lavrados no âmbito da Delegacia da Receita Federal de Volta Redonda - RJ, em 07/12/2012, por meio dos quais estão sendo exigidos, da interessada acima identificada, o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, no valor de R\$ 309.832,08 (fls. 386/392); a Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS, no valor de R\$ 108.495,39 (fls. 393/400); a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, no valor de R\$ 180.269,31 (fls. 401/407) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no valor de R\$ 500.748,10 (fls. 408/415), todos acrescidos de multa de 75% e juros de mora calculados até 30/11/2012. O valor total do crédito tributário constituído é R\$ 2.266.391,92, conforme demonstrativo de fl. 03.

Como parte integrante do auto de infração veio o Termo de Constatação Fiscal (fls. 378/379), onde estão detalhadas as razões da autuação, que se resume:

- para atendimento da Operação nº 91.231- Movimentação Financeira Incompatível com Receita Declarada – PJ – o contribuinte foi intimado numa primeira etapa a apresentar os extratos bancários dos seguintes bancos – Bradesco, Real/Santander e Itaú-Unibanco – através dos termos fiscais a seguir:

- 1. TERMO DE INICIO DO PROCEDIMENTO FISCAL DE 10.02.2012 (fls. 05/06 e AR-fl. 07);*
- 2. TERMO DE REINTIMAÇÃO FISCAL DE 08.05.2012 (fl. 25 e AR-fl. 26);*
- 3. TERMO DE REINTIMAÇÃO FISCAL NR.0002 DE 17.05.2012 (fl. 27);*
- 4. TERMO DE REINTIMAÇÃO FISCAL NR.0003 DE 18.06.2012 (fl.29);*

- todos os termos foram respondidos com sucessivas solicitações de

dilação do prazo de entrega (vide fls. 23/24, 28 e 37);

- em virtude do não atendimento na entrega dos extratos bancários, foi solicitada à Chefia a emissão das respectivas Requisições de Movimentação Financeira - RMF, atendidas pelos bancos (vide fls. 40/46 e 47/332);

- estando a Fiscalização de posse dos extratos bancários, o contribuinte foi intimado a apresentar documentação hábil e idônea da origem dos recursos creditados, coincidente em datas e valores, constantes de planilhas preparadas com base naqueles extratos, através dos seguintes termos fiscais:

1. TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL DE 18.09.2012 (fls. 334/343);
2. TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL NR.0001 DE 18.09.2012 (fls. 345/362);
3. TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL NR.0002 DE 21.09.2012 (fls. 364/365);
4. TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL NR.0003 DE 02.10.2012 (fls. 367/373);
5. TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL DATADO DE 12.11.2012, REITERANDO TODAS AS SOLICITAÇÕES CONTIDAS NOS TERMOS FISCAIS IMEDIATAMENTE ANTERIORES.

- em resposta a estas sucessivas intimações, o contribuinte apresentou apenas solicitações de dilação de prazo para atendimento (fls. 344, 363, 366 e 374);

- em razão da falta de comprovação da origem dos depósitos bancários nas contas correntes, a Fiscalização constituiu crédito tributário relativo a omissão de receitas, com base no artigo 42 da Lei 9.430/1996, lançando o imposto de renda devido e demais tributos decorrentes, tomando por base as seguintes informações (vide demonstrativos fls. 380/385):

1. depósitos bancários e receita declarada em DIPJ, objetos da Fiscalização com base no dossiê integrado constante do relatório de análise produzido pela assessoria de programação;

2. receita mensal declarada em DACON, com valores declarados idênticos aos valores declarados na DIPJ;

3. expurgos existentes a partir da análise dos extratos enviados pelos bancos, tais como: redução de saldo devedor, transferências, resgates e outros, conforme demonstrado nos quadros anexados ao termo de constatação.

Insatisfeita com a autuação, da qual tomou ciência em 12/12/2012, a empresa apresentou, em 11/01/2013, a impugnação de fls. 425/433, instruída com os documentos de fls. 434/463, onde alega, resumidamente, o que segue:

1. DAS ILEGALIDADES COMETIDAS DURANTE O PROCESSO FISCAL

1.1 - DA NÃO APRESENTAÇÃO DOS EXTRATOS E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

- em virtude da suposta recusa na entrega dos extratos bancários por parte da impugnante, as movimentações financeiras foram requisitadas junto às instituições financeiras, tendo-se presumido, somente com base nestas, que toda a

movimentação constituiria renda auferida pela recorrente, lançando-se os tributos de ofício.

- salienta que não há lei que a obrigue a conservar os extratos bancários;

- nos extratos consta a expressão "extrato para simples conferência", o que por si só revela que se trata de um papel que não cria obrigações nem gera direitos;

- se alguém tiver um lançamento em seu extrato feito de forma equivocada, isso não o transforma em credor ou devedor da quantia lançada;

- enganos em extratos são muito comuns e, justamente por isso, é que as pessoas jurídicas não fazem contabilidade com base em extratos, mas tão somente através de documentos fiscais;

- a Receita Federal, com as diversas intimações expedidas, buscava tão somente inverter o ônus da prova do processo tributário, visto que a ela competia provar que a recorrente recolheu imposto a menor;

- cita doutrina, para asseverar que o ônus da prova quanto ao lançamento é do Fisco;

- enfatiza que mesmo nas relações Fisco-contribuinte o direito ao silêncio é assegurado, conforme ementa de decisão do STF, que traz aos autos;

- não cabe ao contribuinte provar que não sonegou, mas sim ao Fisco, não podendo o sujeito passivo ser coagido a produzir prova contra si mesmo;

- o Fisco, portanto, deveria ter realizado, por exemplo, diligências in loco, nas quais seria possível ao auditor analisar notas fiscais, livros e demais documentos contábeis, os quais permitiriam uma análise da real situação contábil da recorrente;

- no caso em exame, o que se verificou foi verdadeira omissão na análise dos registros contábeis.

1.2 - DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

- em virtude da não apresentação dos extratos bancários por parte da recorrente, o Fisco emitiu requisições de movimentação financeira (RMF) às instituições bancárias que mantêm relacionamento com a recorrente, quebrando seu sigilo bancário, em processo administrativo;

- com a emissão das RMF's, o Fisco quebrou o sigilo bancário da recorrente, o qual é protegido pela Constituição da República, nos termos dos artigos 5º, X e XII;

- com o advento da Lei Complementar 105, de 2001, passou o Fisco a possuir um indevido e quase ilimitado poder – inconstitucional;

- o sigilo bancário autoriza o acesso às informações apenas ao correntista e à casa bancária, não se mostrando lícito que as autoridades fiscais tenham acesso a tais informações;

- não há como aceitar o argumento de que não haveria violação ao sigilo porque terceiros não tiveram acesso à informação, pois a própria fiscalização já é terceiro violador da privacidade;

- ao proceder a quebra de sigilo bancário, a fiscalização tributária considera como omissão de receita ou rendimentos todos os valores em relação aos quais o contribuinte não consiga comprovar sua origem;

- contudo, importante precedente foi formado em favor dos contribuintes, a partir do julgamento do RE 389.808/PR, pelo Supremo Tribunal Federal, no qual restou reconhecida a inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário que não seja realizada por decisão judicial fundamentada, cuja ementa é a seguinte:

“SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção — a quebra do sigilo - submetida ao crivo de órgão equidistante - o Judiciário - e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (RE 389808, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010)”

- com base no entendimento acima exposto, ressalta que a quebra do sigilo bancário somente pode ocorrer por decisão judicial fundamentada, não tendo qualquer órgão administrativo poderes para tanto;

1.3 - DA PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS

- sem a mais tênue constatação, sem sequer apurar a origem ou motivo dos depósitos, o Fisco preferiu simplesmente lançar de ofício, com base nos extratos bancários mencionados;

- transcreve o artigo 29 da Lei 9784/99 para sustentar que o ônus de provar que os valores recolhidos pela recorrente não condizem com o supostamente devido é da Receita Federal, que não se desincumbiu de seu dever legal;

- afirma que a presunção representa uma prova indireta, partindo-se de ocorrências de fatos secundários, fatos indiciários, que apontam para o fato principal, necessariamente desconhecido, mas relacionado diretamente ao fato conhecido;

- para ensejar o lançamento de ofício, deve haver mais do que um mero depósito em conta, mas sim uma correlação segura e direta, não podendo haver dúvidas sobre a materialização de que o depósito caracterize renda, sob pena desse artifício legal resultar indevido por absoluta inadequação do conceito jurídico;

- no presente caso, não há como se aplicar a presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei 9.430/96, posto que entre os depósitos bancários e a omissão de rendimentos não há uma correlação lógica, direta e segura;

- entende que movimentação bancária não corporifica fato gerador de tributo baseado na renda auferida, ou seja, depósito bancário não é sinônimo de receita ou ganho, pois, juridicamente, só o ganho tem a conotação de acréscimo patrimonial;

- em seu favor traz jurisprudências administrativas e judiciais;

- que na área judicial, consoante a Súmula nº 182, do extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR, restou averbado ser ilegítimo o lançamento arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários;

- aponta não haver liame absoluto entre o depósito bancário e o suposto rendimento omitido, transcrevendo doutrina a seu favor, para afirmar que depósitos representam o marco inicial de investigação, pois subjacentes a tais valores podem estar presentes, por exemplo, um empréstimo, uma doação, etc, não possuindo o condão de sustentar uma presunção legal;

- caso se pudesse afirmar que a presunção legal instituída pelo artigo 42 da Lei 9.430/96 resistiria a todas as críticas, o Fisco não teria vantagem em utilizá-la, pois o resultado seria a lavratura de autos de infração com crédito tributário de montante estratosférico, mas sem nenhuma efetividade;

1.4 - DAS DEMAIS IRREGULARIDADES E DA AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E À AMPLA DEFESA

- no que tange à autuação levada a cabo em virtude do suposto não pagamento de COFINS, cumpre esclarecer que o enquadramento legal valeu-se somente de dispositivos constantes de decreto editado pelo Poder Executivo, olvidando-se o auditor fiscal de inserir qual a LEI que instituiu a contribuição e autorizou sua cobrança, obstando, portanto, o pleno exercício do direito de defesa da recorrente;

- em virtude de todo o exposto, resta claro que restaram ofendidos os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, estatuídos nos incisos LIV e LV do artigo 5º da CRFB, não podendo prosperar a autuação, por restar inquinada pela nulidade;

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARROLAMENTO DOS BENS E DIREITOS

- em virtude das autuações, a RFB ainda arrolou bens e direitos pertencentes à recorrente, sendo tal arrolamento flagrantemente inconstitucional, por ferir os já mencionados princípios do devido processo legal, da ampla defesa, além do contraditório e do direito de propriedade;

- cita jurisprudência judicial e doutrina em seu favor;

3. DAS PROVAS

- protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial com a oitiva da testemunha arrolada em sua impugnação, a qual comprovará que, para cada faturamento realizado pela recorrente, era emitida uma nota fiscal.

4. DA CONCLUSÃO

- por fim, requer o julgamento de sua impugnação para que a autoridade competente delibere pela improcedência do auto de infração ou por sua nulidade, promovendo-se, ainda, a baixa no arrolamento lavrado.

A turma julgadora *a quo* julgou improcedente a impugnação.

A Interessada foi intimada da decisão em 29 de junho de 2013 (edital afixado em 14/06/2013 - fl. 485), apresentando recurso voluntário de fls. 487-498 em 18 de julho de 2013. Em resumo, pleiteia a declaração de nulidade do feito, alega a inconstitucionalidade do acesso da RFB aos dados bancários do contribuinte, contesta a aplicação do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996 para caracterização da omissão de receita bem como a validade do arrolamento levado a efeito pela autoridade fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e dotado dos demais pressupostos de admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

1 SIGILO BANCÁRIO E NULIDADE

A respeito da suposta quebra de sigilo bancário, convém reforçar que o parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, estabelece que as informações e documentos obtidos pela RFB junto às instituições financeiras serão conservados em sigilo.

No mesmo sentido, o mesmo diploma legal estabelece em seu art. 1º, § 3º, VI, que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos seus arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 10.

Para preservar a inviolabilidade do direito constitucional que as pessoas têm à intimidade e à privacidade, preceitua o § 5º do art. 5º da precitada LC que: "As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor". Relativamente ao sigilo fiscal, vigora o art. 198 do Código Tributário Nacional, lei materialmente complementar, que, no seu caput, de acordo com a nova redação atribuída pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, assim dispõe: "Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades". Portanto, as informações bancárias sigilosas são transferidas à administração tributária da União sem perderem a proteção do sigilo.

Ademais, no que tange às questões que envolvem princípios constitucionais e inconstitucionalidade de leis apontadas pelo Recorrente, seu mérito não pode ser analisado por este Colegiado. Essa análise foge à alçada das autoridades administrativas, que não dispõem de competência para examinar hipóteses de violações às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Deve-se observar que as supostas ofensas aos princípios constitucionais levam a discussão para além das possibilidades de juízo desta autoridade. No âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe, tão somente, verificar se o ato praticado pelo agente do fisco está, ou não, conforme à lei, sem emitir juízo de constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato. Ademais, o próprio Regimento Interno do CARF, em seu art. 62, dispõe que "*Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*" O caso concreto não se enquadra nas exceções elencada no parágrafo único de tal dispositivo regimental, portanto, as normas atacadas são de aplicação cogente aos membros do CARF.

Por fim, sobre a matéria este Conselho já pacificou seu entendimento por meio da Súmula nº 2, cujo teor é o seguinte:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Passa-se à análise da pretensa nulidade do procedimento.

A nulidade no processo administrativo fiscal é regulada pelos arts. 59 a 61 do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972, e alterações posteriores, abaixo transcritos:

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.

§ 1.º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2.º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3.º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acrescido pelo art. 1.º da Lei n.º 8.748/1993)

*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. (grifo nosso)*

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

A despeito do já exposto, no caso concreto não há qualquer dúvida quanto à ausência de prejuízo ao contribuinte, tanto que, conseguiu defender-se plenamente.

Nesse aspecto, frise-se que a possibilidade de defesa foi amplamente viabilizada pela descrição dos fatos realizada pela autoridade fiscal.

Portanto, no caso em concreto, não há que se falar em cerceamento de defesa, não havendo qualquer prejuízo ao pleno exercício do contraditório e ampla defesa, aliás, prejuízo esse primordial à caracterização de nulidade, conforme apregoa o art. 60 do Decreto nº 70.235/72: “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**”.

Ademais, além de não restar configurada quebra do sigilo bancário, conforme já exposto, o contribuinte deixou de atender às intimações do Fisco que, baseado na Lei

Complementar nº 105, de 2001, e no Decreto nº 3.724, de 2001, procedeu à obtenção de seus extratos bancários diretamente junto às instituições financeiras.

Relativamente à alegação de nulidade quanto à Cofins, reproduzo as razões de decidir da autoridade julgadora *a quo* que muito bem analisa a questão:

Particularmente, quanto à COFINS, o contribuinte questiona a falta de citação da lei autorizativa da cobrança, posto o autuante ter citado à fl. 410 o Decreto 4.524/02, que regulamenta a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins devidas pelas pessoas jurídicas em geral.

O questionamento não pode prosperar, porque atendida a exigência contida no artigo 10, inciso IV, do Decreto 70.235/72, que determina:

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

...

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;”

Portanto, em sendo citados os dispositivos pertinentes, não há que se cogitar da nulidade quanto ao lançamento da COFINS.

Assim sendo, sob os aspectos formais, não há qualquer mácula nos autos de infração lavrados.

No mais, o agir da autoridade fiscal se deu no desempenho das funções estatais, de acordo com as normas legais e com respeito a todas as garantias constitucionais e legais dirigidas aos contribuintes.

Desse modo, rejeito preliminar de nulidade.

2 DA OMISSÃO DE RECEITAS – DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

A Recorrente é acusada de omissão de receita, caracterizada pela falta de comprovação da origem dos depósitos/créditos efetuados em suas contas bancária, tendo por base legal o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, que assim dispõe:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Tal dispositivo legal estabeleceu uma presunção de omissão de receitas, autorizando a exigência de imposto de renda e de contribuições correspondentes, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove,

mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

A Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN), recepcionada pela nova Constituição, consoante artigo 34, § 5º, do Ato das Disposições Transitórias, define, em seus artigos 43, 44 e 45, o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. De acordo com o artigo 44, a tributação do imposto de renda não se dá só sobre rendimentos reais, mas, também, sobre rendimentos arbitrados ou presumidos por sinais indicativos de sua existência e montantes. Esses artigos assim dispõem:

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

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Art. 45. Contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade a que se refere o artigo 43, sem prejuízo de atribuir a lei essa condição ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis.

Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam.

A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos utilizados para efetuar os depósitos bancários. Trata-se, afinal, de presunção relativa, passível de prova em contrário.

É função do Fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento e intimar o titular da conta bancária a apresentar os documentos, informações e esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de receitas de que trata o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Contudo, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte.

Não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder e o dever de considerar os valores depositados em conta bancária como receita, efetuando o lançamento do imposto e contribuições correspondentes. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cabendo ao agente seguir a legislação.

Dessa forma, detectadas irregularidades que conduzem à presunção de omissão de receita, por imposição legal e por ser a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme parágrafo único do art. 142 do

Código Tributário Nacional, cabe à fiscalização efetuar o lançamento de acordo com a legislação aplicável ao caso.

A Recorrente foi intimada a comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos valores depositados/creditados nas suas contas corrente.

Para a turma julgadora de primeira instância, não houve comprovação da origem dos créditos em suas contas, uma vez que meras alegações não possuem o condão de comprovar a origem dos valores depositados ou creditados em suas contas bancárias.

Nesse contexto, impende concluir que competia ao contribuinte provar a veracidade do que afirmou, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (texto legal que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

No mesmo sentido dispõe o art. 330 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC):

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

[...]

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Corroborando tal tese, convém transcrever jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais. (Habeas Corpus nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada. (Intervenção Federal Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA – NEGATIVA DE REGISTRO – TRIBUNAL DE CONTAS – ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS – ART. 333, INCISO II, DO CPC – PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE – 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil).

Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda

a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. (STJ – ROMS 9685 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 20.08.2001 – p. 00538)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IMPOSTO DE RENDA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO – NÃO INCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – AJUSTE ANUAL – ÔNUS DA PROVA – O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ – REsp 229118 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 07.02.2000 – p. 132)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – IMPRESCINDIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 237.009 – (1999/0099660-7) – SP – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 27.05.2002 – p. 147)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IRPF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – VERBAS INDENIZATÓRIAS – RETENÇÃO NA FONTE – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – SÚMULA 13/STJ - PRECEDENTES – Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor – Incidência da Súmula 13 STJ – Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ – RESP 232729 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002 – p. 00294)

De acordo com o parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional, a autoridade administrativa encontra-se submetida ao estrito cumprimento da legislação tributária, estando impedida de examinar outras questões como as suscitadas pelo Contribuinte em seu recurso, uma vez que às autoridades tributárias cabe aplicar a lei e obrigar seu cumprimento.

O princípio da legalidade, assentado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e o previsto no parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, vinculam a atividade do lançamento à lei, sob pena de responsabilidade funcional.

No caso concreto, dado que a administração tributária apenas exerceu o poder/dever de tributar, conferido pela Constituição Federal e institucionalizado pela legislação infraconstitucional de regência da matéria.

Por fim, cabe ressaltar que o tema já foi pacificado no âmbito do processo administrativo fiscal com a edição da Súmula 26 do CARF, a seguir transcrita: “A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.”

A respeito da Súmula 182 por vezes citadas pelos recorrentes, convém ressaltar, primeiramente, que não foi expedida por qualquer Tribunal Regional Federal, mas sim pelo extinto Tribunal Federal de Recursos. Ademais, referia-se à legislação já revogada (art. 6º, § 5º, da Lei nº 8.021/90), portanto, não aplicável ao art. 42 da Lei nº 9.430/96.

Ante o exposto, confirma-se a omissão de receita apontada pelo Fisco.

3 LANÇAMENTOS REFLEXOS

Os lançamentos do Programa de Integração Social - PIS, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL foram lavrados em decorrência da omissão de receita apurada.

Assim, considerando-se que parte do lançamento de IRPJ foi mantido, e não tendo fatos ou argumentos novos a ensejar conclusão diversa, há de se manter também as exigências correspondentes de PIS, Cofins e CSLL, ante a íntima relação e causa e efeito.

Há disposição legal expressa de que a receita omitida seja incluída na base de cálculo da CSLL, PIS e COFINS, conforme dispõe o § 2º do art. 24 da Lei nº 9.249/1995, *verbis*:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

(...)

§ 2º. O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para a seguridade social - COFINS e da contribuição para os

*Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio
do Servidor Público - PIS/PASEP.*

Diante do exposto, os lançamentos reflexos devem ser mantidos, salientando-se novamente que a impugnação limitou-se a resignar-se em relação à exigência da multa de ofício qualificada, deixando de contestar a exigência dos tributos exigidos de ofício, já objetos de pedido de parcelamento.

4 DAS QUESTÕES ATINENTES AO ARROLAMENTO DE BENS

A matéria relativa ao arrolamento de bens é de competência do titular da unidade de origem e não diz respeito à exigência de crédito tributário.

Qualquer divergência quanto ao procedimento adotado deveria ser ater ao rito previsto na Lei nº 9.784, de 1999.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por rejeitar as arguições de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO – Relator