



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

**Processo n°** 10120.003636/2009-47  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1402-001.932 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 04 de março de 2015  
**Matéria** DEPÓSITOS BANCÁRIOS  
**Recorrente** TRANSPORTADORA CONCORD LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Ano-calendário: 2005

MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE INTERNO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF é mero instrumento de controle interno com impacto restrito ao âmbito administrativo. Inteligência do art. 2º do Decreto nº 8.303/2014.

Ainda que ocorram problemas com a emissão, ciência ou prorrogação do MPF, que não é o caso dos autos, não são invalidados os trabalhos de fiscalização desenvolvidos. Isto se deve ao fato de que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, e, detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, não pode o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional.

LANÇAMENTO. NULIDADE. REQUISITOS LEGAIS PRESENTES.

Não é nulo o auto de infração lavrado por autoridade competente quando se verificam presentes no lançamento os requisitos exigidos pela legislação tributária e não restar caracterizado o cerceamento do direito de defesa.

O início da fase litigiosa se dá com a apresentação da impugnação, logo, em regra, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa durante o curso do procedimento fiscal.

**ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES**

Ano-calendário: 2005

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.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Ausentes momentaneamente os Conselheiros Frederico Augusto Gomes de Alencar e Carlos Pelá. Participou do julgamento a Conselheira Maria Elisa Bruzzi Boechat.

*(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

TRANSPORTADORA CONCORD LTDA recorre a este Conselho, com fulcro no art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, objetivando a reforma do acórdão nº 03-36.895 da 4ª Turma da Delegacia de Julgamento em Brasília, que julgou improcedente a impugnação apresentada.

Por bem refletir o litígio até aquela fase, adoto excertos do relatório da decisão recorrida, complementando-o ao final:

*Contra a empresa acima identificada foi lavrado Auto de Infração Imposto de Renda Pessoa Jurídica - Simples e seus reflexos, em virtude de omissão de receitas (depósitos bancários não escriturados e nem comprovada a origem), relativamente ao período de apuração do ano-calendário de 2005, e de insuficiência de recolhimento referente a valores declarados e recolhidos, em percentuais inferiores aos devidos. (fls. 494 a 543)*

*O valor do crédito tributário apurado remonta a R\$ 7.083.003,18: (IRPJ) R\$ 536.055,73; (PIS) R\$ 536.055,73; (CSSL) R\$ 824.701,21, (Cofins) R\$ 1.649.402,51 e (INSS) R\$ 3.536.787,99, correspondendo aos valores do imposto de renda e das contribuições sociais, acrescidos de multa de ofício e juros de mora. (fls. 01)*

*A contribuinte impugna (fls. 654 a 677) os autos de infração constantes do presente processo alegando, em síntese, que:*

*Em preliminar, o auto de infração é nulo, pois além do Termo de Início (MPF de 28/05/2008) prever a fiscalização com base em documento que o contribuinte jamais esteve obrigado a apresentar (DIPJ/2006), também não foi dada ciência ao peticionante do Mandado de Procedimento Fiscal alterado em 03/03/2009, nos termos do art. 10 da Portaria SRF 407/2007 (alteração de IRPJ para Simples);*

*Assim, teve seu direito de defesa constitucional cerceado, posto que não sabia se estava sendo fiscalizado pela legislação do Imposto de Renda (Decreto 3.000/99), ou pela legislação do Simples (lei 9.317/1996). A ausência de ciência do contribuinte é causa de nulidade total do procedimento de fiscalização, devendo tal nulidade ser reconhecida por Vossas Excelências;*

*No mérito, os depósitos bancários efetuados na conta da empresa são valores que apenas transitaram na conta corrente, sem nenhuma correspondência com sua atividade principal, uma vez que o peticionante, além de transportadora, mantinha paralelamente uma empresa de factoring;*

*Diante desta operação de factorização realizada, os depósitos na conta corrente não podem ser contabilizados como crédito, como rendimentos, mas apenas determinado percentual;*

*Esse é o entendimento da jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes e também do Poder Judiciário, que se firmou no sentido de que os depósitos bancários, por si só, não constituem fato gerador do imposto, vez que lhes faltam a característica essencial, qual seja, auferimento de renda ou proventos;*

*Ora, verifica-se nos autos, de forma clara e cristalina, que em nenhum momento a autoridade administrativa laborou no sentido de demonstrar, de forma inequívoca, que os valores depositados na conta-corrente do peticionante se revestiam das características de faturamento, como se renda fosse auferida;*

*A Súmula nº 182 do extinto TFR – Tribunal Federal de Recursos, afirma ser ilegítimo o lançamento arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários;*

*Portanto, conclui-se, que a presunção legal estabelecida pelo art. 42 da Lei 9.430/96 colide com as diretrizes do processo de criação das presunções legais, pois a experiência haurida com os casos anteriores evidenciou não havia nexo causal entre o depósito bancário e o rendimento omitido;*

*Diante das razões e argumentos apresentados, requer o acatamento da preliminar argüida, reconhecendo a nulidade, ou caso assim não entendam, que se julgue improcedente o Auto de Infração.*

Em análise da impugnação apresentada, a 4ª Turma da DRJ em Brasília julgou-a improcedente.

O contribuinte foi cientificado da decisão em 09 de junho de 2010 - conforme aviso de recebimento de fl. 725 – apresentando recurso voluntário de fls. 726-760 em 28 de junho de 2010.

Em síntese, a recorrente repisa seus argumentos apresentados em impugnação, em especial quanto à suposta nulidade do lançamento em razão de supostas divergências entre o tributo consignado no MPF e Termo de Início da Ação para fins de fiscalização (IRPJ) e o efetivamente exigido pelo Fisco (Simples), bem como a ausência de ciência da alteração do tributo fiscalizado. No mérito, reafirma sua tese de impossibilidade de tributar-se depósitos bancários como se renda fossem.

Os extratos bancários em que se baseia a autuação, ante a negativa de fornecimento por parte do ora recorrente, foram obtidos por meio da expedição de Requisições de Informações sobre Movimentação Financeira - RMF por parte autoridade fiscal, dirigidas diretamente às instituições financeiras, com esteio no disposto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e no Decreto nº 3.724/2001.

A constitucionalidade dos referidos diplomas normativos encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal, que, na análise de admissibilidade do Recurso Extraordinário nº 601314, reconheceu a repercussão geral da matéria, nos termos dos art. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

Sobre o reconhecimento de repercussão geral pelo STF, dispunha o Regimento Interno do CARF, em seu art. 62-A, § 1º que “Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.”

Diante de tal dispositivo regimental, o processo foi sobrestado até que sobreviesse pronunciamento do STF sobre o tema.

Contudo, a Portaria MF 545, de 18 de novembro de 2013, revogou os dispositivos que determinavam o sobrestamento dos autos nos termos já referidos, possibilitando o prosseguimento do feito.

Os autos retornaram à minha caixa de trabalho para relato somente em 24 de setembro de 2014.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO, Relator.

### 1. ADMISSIBILIDADE

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos para sua admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

### 2. RESUMO DA LIDE

Trata-se de lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins relativos à omissão de receita apurada com base em depósitos bancários de origem não comprovada (art. 42 da Lei nº 9.430/96). A exigência se deu com base no regime de apuração adotado pelo contribuinte (Simples Federal), e a impugnação apresentada foi julgada improcedente. Interposto recurso voluntário, a recorrente reafirmou seus argumentos da impugnação.

### 3. PRELIMINAR

#### 3.1 NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO - LANÇAMENTO DE TRIBUTO DIVERGENTE DO CONSTANTE DO TERMO DE INICIO DE AÇÃO FISCAL E DO MPF

O inconformismo apresentado pela Recorrente não procede.

Em primeiro lugar porque o início da fase litigiosa se dá com a apresentação da impugnação, logo, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa durante o curso do procedimento fiscal, exceto em raras oportunidades em que a legislação assim impõe, como, por exemplo, na tributação de omissão de receitas com base no art. 42 da Lei nº 9.430/96, em que a legislação impõe a obrigatoriedade de intimação do sujeito passivo para comprovação da origem dos depósitos. Frise-se que tal procedimento foi adotado pela autoridade fiscal atuante.

No que tange à alteração do tributo fiscalizado por meio de alteração do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, convém lembrar que desde a edição da Portaria RFB nº 11.371/2007, o MPF passou a ser um instrumento eletrônico cuja ciência de seu conteúdo e alterações se dava por intermédio da Internet, nos termos de seu art. 4º, transcrito a seguir:

*Art. 4º O MPF será emitido exclusivamente em forma eletrônica e assinado pela autoridade outorgante, mediante a utilização de certificado digital válido, conforme modelos constantes dos Anexos de I a III desta Portaria.*

*Parágrafo único. A ciência pelo sujeito passivo do MPF, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532, de 10 de novembro de 1997, dar-se-á por*

*intermédio da Internet, no endereço eletrônico [www.receita.fazenda.gov.br](http://www.receita.fazenda.gov.br), com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal.*

É importante ainda ressaltar que o MPF se constitui em elemento de controle da administração tributária. Eventual inobservância dos procedimentos e limites fixados por meio do MPF, salvo quando utilizado para obtenção de provas ilícitas, não gera nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal.

O MPF constitui-se em instrumento de controle criado pela Administração Tributária tanto para fins de controle interno, quanto para dar segurança e transparência à relação fisco-contribuinte, assegurando ao sujeito passivo que o agente fiscal indicado recebeu da Administração a incumbência para executar a ação fiscal. Pelo MPF o Auditor-Fiscal está autorizado a dar início ou a levar adiante o procedimento fiscal. Se ocorrerem problemas com emissão ou a prorrogação do MPF estes não invalidam os trabalhos de fiscalização desenvolvidos. Isto se deve ao fato de que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, e, detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, não pode o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional.

Salvo nos casos de ilegalidade, a validade do ato administrativo é subordinada ao autor ser titular do cargo ou função a que tenha sido atribuída a legitimação para a prática daquele ato. Assim, legitimado o Auditor-Fiscal para constituir o crédito tributário mediante lançamento, não há o que se falar em nulidade por falta de prorrogação do MPF, ou ainda por eventual divergência entre o tributo lançado e o constantes no MPF, uma vez que este se constitui em instrumento de controle da Administração.

A não prorrogação do MPF ou a sua não ciência ao contribuinte, por si só não gera nulidade do lançamento.

Ademais, no caso concreto, o procedimento fiscal transcorreu absolutamente nos moldes estabelecidos pelas normas infralegais que regem a matéria.

Convém ainda ressaltar que recentemente o Decreto nº 8.303/2014 extinguiu o MPF e criou o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF) e, em seu art. 2º, deixa claro que tais instrumentos referem-se a controles administrativos: "Art. 2º Os procedimentos fiscais iniciados antes da publicação deste Decreto permanecerão válidos, independentemente das alterações no instrumento de controle administrativo nele veiculadas, observadas as normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil."

No que tange ao prejuízo do exercício da ampla defesa em razão de o contribuinte, supostamente, não saber que estava sendo fiscalizado com base no Simples, mas sim em relação ao IRPJ, mais uma vez discordo da tese de defesa.

Além dos argumentos já expostos quanto ao momento de início da fase litigiosa, a infração objeto de autuação foi omissão de receitas com base em depósitos bancários, cujo procedimento fiscalizatório é exatamente o mesmo para qualquer forma de tributação adotada pela pessoa jurídica.

Ressalte-se ainda que os pressupostos legais para a validade do auto de infração são determinados pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, que trata do Processo Administrativo Fiscal, a seguir transcrito:

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

*I - a qualificação do autuado;*

*II - o local, a data e a hora da lavratura;*

*III - a descrição do fato;*

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

*V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias;*

*VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.*

A respeito da nulidade, o mesmo diploma legal assim dispõe:

*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.*

Compulsando os autos, constata-se que os autos de infração lavrados preenchem os requisitos elencados pelo art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Além disso, no caso concreto, não há qualquer dúvida quanto à ausência de prejuízo ao contribuinte, tanto que, já em sede de impugnação defendeu-se plenamente,

dependendo com clareza e qualidade, todos os argumentos necessários ao pleno exercício de sua defesa. Nesse aspecto, frise-se que a possibilidade de defesa foi amplamente viabilizada pelos detalhes da descrição dos fatos realizada pela autoridade fiscal e enquadramento legal utilizado nos autos de infração.

Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa. Isso porque, não se constata qualquer prejuízo ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa por parte da Recorrente, 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**”.

Assim sendo, sob os aspectos formais, não há qualquer mácula no auto de infração lavrado.

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.

Em relação à suposta exclusão do Simples de forma retroativa, perfeitas as considerações da decisão recorrida, razão pela qual, e com espeque no art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/99, as reproduzo como minhas razões de decidir:

*Em preliminar, a contribuinte argumenta que a ação fiscal é nula, porque cerceou sua defesa (não tomou ciência do procedimento fiscal relativamente ao Simples, somente em relação ao IRPJ/2006, ano-base 2005).*

*Examinando-se os autos, constata-se que o afirmado na peça impugnatória de que não foi intimado, não tomou conhecimento de que o objeto do procedimento se circunscrevia ao Simples e sim ao IRPJ, não procede.*

*Primeiro, na Descrição dos Fatos faz-se referência à DIPJ e à DCTF como elemento de Seleção e Preparo para fiscalização, dada a divergência entre as receitas brutas informadas à RFB (R\$ 375.736,97) e a Movimentação Financeira (R\$ 31.160.872,09) no ano-calendário de 2005, configurando-se movimentação financeira incompatível com a receita declarada. Este fato é que determinou o início da ação fiscal relativamente aos tributos constantes do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, quer seja o original ou complementar.*

*Bem, a interessada é optante do Simples e não consta dos autos qualquer ato declaratório de exclusão emitido pela autoridade administrativa, nem qualquer referência de que tenha comunicado à RFB sua exclusão por opção ou obrigatória, nos termos dos artigos 12 a 15 da Lei 9.317/1996.*

*Consta às folhas 475 que formulou pedido de exclusão do Simples dos anos calendários 2006 a 2008, por exercer atividade vedada*

*(factoring), contudo requer agora seja excluído de ofício, também em 2005, por ser mais rápida e simples e de acordo com a lei, segundo afirma.*

*Realmente, a exclusão dá-se de ofício ou por opção, contudo, deve seguir os prazos e procedimentos estabelecidos na lei. A contribuinte quer ser excluída desde 2005, e formula seu pedido em fevereiro de 2009 (fls. 472/476), quando a ciência da autuação deu-se em 04/03/2009 (fl. 495).*

*Verificando-se na Lei 9.317/1996, deduz-se que o pleito da interessada está defasado no tempo, sendo ilegal apreciá-lo agora, nesta fase e instância do processo. A contribuinte deveria ter comunicado a exclusão obrigatoriamente via ficha cadastral até o último dia útil do mês subsequente àquele em que houver ocorrido o fato que deu ensejo à exclusão (aliás, contrariamente ao entendimento da interessada, a exclusão por alteração cadastral é mais simples e rápida, automática e menos onerosa).*

[...]

Portanto, devem ser afastadas as arguições de nulidade.

#### 4. MÉRITO

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 inversão legal do ônus da prova é perfeitamente aceita por nosso ordenamento jurídico, estando regulada também no artigo 334, inciso IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC), aplicado subsidiariamente ao Decreto nº 70.235/1972 no Processo Administrativo Fiscal:

*Art. 334. Não dependem de prova os fatos:*

*(...)*

*IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.*

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. Em sede de recurso voluntário não foram apresentados quaisquer elementos adicionais. A alegação de que desempenhava atividade de factoring, desacompanhada de qualquer elemento concreto de prova comprovando tal atividade, mormente de todos os depósitos em questão, não tem o condão de alterar a exigência formulada.

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. 333 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<sup>4</sup> 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 expedida pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, 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.

## 5. CONCLUSÃO

Isso posto, voto por rejeitar as arguições de nulidade, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)  
FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO - Relator