



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10865.001981/2002-66
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-008.924 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2021
Recorrente JOSE CAMILO LANZONI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Exercício: 2005

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. PRESUNÇÃO LEGAL. Caracterizam omissão de rendimentos, por presunção legal, os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, em relação aos quais o sujeito passivo, regularmente intimado, não comprove, por meio de documentação hábil e idônea, suas origens, bem como a natureza de cada operação realizada.

ÔNUS DA PROVA. Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fernanda Melo Leal – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Joao Mauricio Vital, Wesley Rocha, Cleber Ferreira Nunes Leite, Fernanda Melo Leal, Ricardo Chiavegatto de Lima (suplente convocado(a)), Leticia Lacerda de Castro, Mauricio Dalri Timm do Valle, Sheila Aires Cartaxo Gomes (Presidente).

Ausente(s) o conselheiro(a) Paulo Cesar Macedo Pessoa.

Relatório

Contra o contribuinte foi lavrado o auto de infração relativo ao imposto sobre a renda de pessoas físicas, ano-calendário 1998, em decorrência de ação fiscal que teve por objeto o exame do cumprimento das obrigações tributárias relativas a esse período (fl.01). Das verificações realizadas resultou a apuração do crédito tributário no valor total de R\$159.544,31.

O crédito tributário constituído decorreu da constatação de “Omissão de rendimentos caracterizada por valores creditados em contas de depósito ou de investimento, mantidas em instituições financeiras, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Enquadramento legal: : art. 42 da Lei 9.430/96; ait.4º da Lei 9.481/97 e art. 21 da Lei 9.532/97. A multa de ofício foi aplicada no percentual de 75,00% , com fundamento no artigo 44, inciso I, da Lei 9.430/1996 (fl.07).

No Termo de Constatação Fiscal, que faz parte integrante do Auto de Infração, o auditor fiscal responsável pelo procedimento expõe as análises efetuadas em relação aos documentos e justificativas apresentados pelo fiscalizado para comprovação da origem dos recursos depositados nas contas bancárias mantidas junto às instituições Nossa Caixa Nosso Banco, Caixa Econômica Federal, Banespa e Unibanco. A ciência do auto de infração foi dada pessoalmente ao contribuinte na data de 27/11/2002.

Em 26/12/2002, o impugnante apresentou a impugnação aduzindo, em síntese, que se segue:

=> da invalidade da ação fiscal por ofensa ao princípio constitucional da impessoalidade. O impugnante afirma que a atividade administrativa de fiscalização exige, em face dos princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da imparcialidade, que seja ela dirigida aos administrados de modo uniforme. Assevera que em nenhum momento foi indicado pelo auditor fiscal autuante, nos termos que lavrou, as razões, ou a origem, da fiscalização procedida com relação aos negócios do IMPUGNANTE, isto é, em qual programa de fiscalização havia ele incluído, de modo que pudesse avaliar se os critérios estabelecidos pelas autoridades superiores estavam sendo devidamente observados, sob pena de restarem caracterizados, de parte da administração local, o mero capricho, a perseguição, a animosidade ou puro interesse político.

Defende que inexistia programa de fiscalização específico. Assim, não constando que essa autorização tenha sido solicitada ao Coordenador da COFIS, ou que tenha sido concedida ao Sr. SUPERINTENDENTE DA RECEITA FEDERAL EM SÃO PAULO, ainda-que o IMPUGNANTE não tivesse incluído nos critérios e diretrizes estabelecidos pelo referido Coordenador, nos termos do caput do artigo, entende que o crédito tributário, por ter origem em fiscalização não autorizada, é nulo de pleno direito.

=> da irretroatividade de lei de caráter material. Contesta a utilização das informações prestadas à secretaria da receita federal pelas instituições financeiras alegando a impossibilidade de retroação da lei 10.174/01, seja em face das disposições constitucionais, seja por força do disposto na Lei de Introdução ao Código Civil (artigo 62), seja, mais especificamente, em face do contido no CTN, art. 106.

Defende que as regras estabelecidas em lei são dirigidas à fiscalização e às obrigações a que estão sujeitas as instituições financeiras encarregadas de arrecadar o tributo CPMF, porquanto, no que diz respeito àqueles que sofrem o respectivo ônus, quais sejam, os contribuintes, as informações fornecidas por essas instituições financeiras não poderiam ser utilizadas para a constituição de créditos tributários. Em face da vedação expressa, proibindo a utilização das informações obtidas, decorrentes da imposição da CPMF, para qualquer outro fim que não o de permitir o controle dos valores retidos e recolhidos aos cofres públicos pelas instituições financeiras, não tinha a fiscalização condições de exigir, do impugnante, os extratos de contas correntes bancárias e a comprovação da origem dos valores nelas depositados.

Sustenta que o argumento utilizado pela fiscalização para justificar a retroação do contido na aludida lei é absolutamente improcedente, pois, a autoridade administrativa deixa de observar as determinações constantes do mesmo artigo, que veda essa aplicação de lei nova, no caso de tributos lançados por períodos certos de tempo. Afirma que inexiste dúvida de que o imposto de renda é tributo lançado por período certo de tempo. Acrescenta que a doutrina é unânime em afirmar que não se poderia admitir que fosse aplicado, ao fato gerador, legislação inexistente na data da sua ocorrência. Qualifica de sofisma a tentativa de dar sentido ao contido no § 2º, do artigo 144 do CTN, a partir da seguinte falsa premissa: "(...) O § 2º do art. 144 do CTN dispõe que, em relação aos impostos lançados por períodos certos de tempo, a lei poderá fixar expressamente a data em que o fato se considera ocorrido". Entende que não procede a afirmativa, pois, o que nele se contém é a expressa determinação no sentido de que os "novos critérios de apuração ou processos de fiscalização referidos no §12, não se aplicam aos impostos lançados por períodos certos de tempo; ainda que se atribuisse caráter instrumental (processual) à referida Lei 10.174/2001, não poderia ela, no caso, retroagir, em face da expressa vedação constante do §22.

=> quanto ao aspecto factual da atuação, o interessado suscita diversos questionamentos fáticos que serão relatados e discutidos no desenvolvimento do voto, visando maior objetividade: da impossibilidade de exigência de juros de mora em percentuais superiores a 1% ao mês; da inconstitucionalidade de lei que contraria o código tributário nacional e da inconstitucional delegação, ao poder executivo, da competência para a fixação de percentual de juros atribuída a lei ordinária questiona a exigência de juros de mora com base na taxa selic, alegando a inconstitucionalidade do artigo 13 da lei 9.065/95, que contraria as disposições do artigo 161 do código tributário nacional, lei complementar à constituição. Salaria que a inconstitucionalidade de lei ordinária que contraria o código tributário nacional foi declarada pelo STJ. Argui, ainda, a inconstitucionalidade da delegação ao Poder Executivo, por intermédio do Banco Central do Brasil, da competência para a fixação de percentual de juros atribuída à Lei Ordinária.

=> em 07/02/2003 foi acostado aos autos o Complemento de Impugnação de fls. 341/364, no qual o impugnante, após fazer preleções a respeito da atuação do julgador no processo fiscal, apresenta novos argumentos, quais sejam:

=> da equivocada interpretação dada, pela autoridade administrativa, as disposições da lei 10.174/01, que alterou a redação do artigo 11, §3º da lei nº 9.311/96. O impugnante reafirma a impossibilidade de aplicação retroativa da lei 10.174/2001, desta vez sob o argumento de afronta ao disposto no artigo 150 da CF/88 e ao princípio da moralidade administrativa.

Argumenta que, se o princípio da irretroatividade deve ser observado na circunstância em que inexistente o tributo, muito maior razão há para observá-lo na hipótese em que exista lei impedindo a sua cobrança, como ocorre no caso deste processo. de fato.

=> defende que a norma veda a utilização dos dados da CPMF para a constituição de créditos tributários referentes a outros impostos e contribuições é de Direito Tributário Material porquanto atribuíam um direito ao detentor dos valores depositados, de não se ver tributado com base em determinados elementos possuídos pela autoridade administrativa.

Em relação à modificação introduzida pela Lei nº 10.174/2001, afirma que se considerada como norma de Direito Tributário Material não poderia retroagir para atingir situação constituída na vigência da norma anterior, também de Direito Material, em face do direito adquirido. Contudo, inferindo que a autoridade lançadora entendeu que se trata de norma de Direito Tributário Formal, defende-se afirmando que esse tipo de norma não é instrumento hábil para revogar norma de Direito Tributário Material, com o que, do mesmo modo, a alteração imposta pela Lei nº 10.174/2001 somente poderia alcançar aspectos formais que não aqueles estabelecidos pela lei de conteúdo material, qual seja, no caso, a vedação estabelecida pelo artigo II, § 3º da Lei 9.311/1996, na sua redação original.

=> apontando erro no lançamento que apurou mensalmente valores sujeitos à tributação anual, conforme previsão legal.

A DRJ São Paulo, na análise da peça impugnatória, manifestou seu entendimento, resumidamente, no sentido de que:

=>quanto ao argumento de ofensa ao princípio constitucional da impessoalidade, baseando-se no fato de que não foi informado do programa de fiscalização em que havia sido incluído, depreendeu o impugnante que a ação fiscal foi levada a efeito sem observância do disposto no artigo 1º da portaria SRF nº 500, cujo cumprimento assegura a obediência ao princípio da impessoalidade na administração pública, constitucionalmente previsto. Entende, ainda, que, inexistindo programa de fiscalização que abrangesse a sua pessoa, a sua seleção dependia, nos termos do § 2º do citado artigo, de prévia autorização do coordenador da COFIS, à vista de solicitação justificada do superintendente da receita federal com jurisdição sobre a região fiscal.

Pois bem. A portaria em comento confere à coordenação geral do sistema de fiscalização - COFIS - o estabelecimento de critérios e diretrizes para a seleção de contribuintes a serem fiscalizados. Ao atribuir à referida unidade tal competência, a legislação garante a impessoalidade desse ato, na medida em que os executores das atividades fiscais não detêm qualquer influência na seleção dos contribuintes que irão fiscalizar. Inferir que inexistente programa de fiscalização porque tal informação não foi prestada ao contribuinte é um equívoco.

Não consta dos comandos da portaria citada pelo impugnante ou de qualquer outro ato normativo, que o contribuinte fiscalizado deva ser informado da razão de sua inclusão em programa de fiscalização. Essa informação é de interesse interno, sendo que o controle da execução dos procedimentos fiscais executados pelos auditores fiscais da receita federal realiza-se pelo cumprimento às disposições contidas nas portarias correlatas, que dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF.

A ação fiscal que se examina teve início por determinação contida em mandado de procedimento fiscal. A existência dessa ordem específica, que é sempre emitida por uma autoridade hierarquicamente superior ao executor do procedimento nele previsto (art. 6º da Portaria 1265/99) reflete a ocorrência anterior de uma sequência de atos regimentalmente previstos para garantir que as atividades de fiscalização sejam realizadas com observância dos princípios do interesse público, da impessoalidade, da imparcialidade e da justiça fiscal. Assim, nenhum vício pode ser identificado na instauração da ação fiscal.

=> quanto à inaplicabilidade da lei 10.174/2001, o impugnante contrapõe-se enfaticamente à utilização dos dados da CPMF para constituição dos créditos tributários, aduzindo diversas razões que impediriam a aplicação retroativa da lei 10.174/2001.

Sobre a tese trazida pelo impugnante, de que as disposições na Lei nº 9.311/96 - ao estipular a impossibilidade de constituição de crédito tributário relativo a qualquer outro tributo que não a CPMF, sobre os contribuintes e valores globais das respectivas operações - caracterizavam-se como isenção tributária, menciona-se voto proferido pelo julgador Heimar Rezende Marcello, da turma da DRJ Juiz de Fora, no acórdão 9463, de 25/02/2004.

Os argumentos suscitados pelo impugnante relativamente ao uso dos dados da CPMF para fins de constituição de crédito relativo ao imposto de renda das pessoas físicas gravitam em torno da impossibilidade de retroação da lei 10.174/2001, visto que o parágrafo 3º da lei 9.311/1996, vigente até a publicação daquela, vedava expressamente tal procedimento.

Alega direito adquirido, invocando disposição constitucional, a lei de introdução ao código civil e o código tributário nacional. Afirma, ainda, que o §2º do artigo 144 do CTN, que diz aplicar-se ao imposto de renda das pessoas físicas, refere-se ao §1º e não ao caput desse dispositivo legal. Defende que, sendo o artigo 11, § 32, da Lei 9.311/1996, na redação anterior, de caráter material, na medida em que concedia uma isenção, a Lei 10.174/2001, de conteúdo nitidamente material, não poderia retroagir para atingir direito anteriormente adquirido.

Afirma, ainda, que mesmo sob o entendimento adotado pela autoridade lançadora de que a lei 10.174/2001 é norma de direito formal, a alteração por ela imposta somente poderia alcançar aspectos formais que não aqueles estabelecidos pela lei de conteúdo material, qual seja, no caso, a vedação estabelecida pelo artigo 11, § 3º da lei 9.311/1996, na sua redação original.

Alegar direito adquirido no presente caso corresponde a afirmar que a Lei 9.311/1996 gerou em proveito de todos os contribuintes que praticaram fatos de conteúdo econômico, direito subjetivo individual de não realizar qualquer prestação ao fisco para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos, o que não procede. Consoante ensinamento ministrado por ilustres tributaristas na obra “Comentários ao código tributário nacional” (editora forense), o caput do art. 144 põe regra de direito material, regula o ato administrativo do lançamento em seu conteúdo substancial, enquanto os seus parágrafos contêm uma solução aplicável ao procedimento, processo ou aspecto formal do lançamento.

Depreende-se, que não há que se falar em retroação da lei 10.174/2001. tratando-se de lei adjetiva, que diz respeito à atividade do lançamento e não ao seu objeto, aplicam-se os seus pressupostos na data em que se exerce a atividade, independentemente do surgimento do direito que é objeto do lançamento.

Ao autorizar a instauração de procedimento de fiscalização referente ao imposto de renda pessoa física ou qualquer outro imposto ou contribuição, com base nas informações decorrentes da CPMF, a Lei 10.174/2001, inquestionavelmente estabeleceu novos processos de fiscalização, que ampliaram o poder de investigação das autoridades administrativas. sua aplicação, no que atine ao tempo, rege-se, pois, pelo parágrafo primeiro do artigo 144 do CTN.

No caso em concreto, a ação fiscal teve início mediante recebimento, pela interessado, do “termo de início de ação fiscal” na vigência da Lei nº10.174/2001. Dessa forma, o procedimento adotado, visando à constituição do crédito tributário em análise encontrava-se plenamente respaldado.

Merece ser observado o fato de que desde janeiro de 1997 existia a hipótese de incidência de imposto de renda sobre depósitos bancários sem comprovação de origem. Os dispositivos legais mencionados somente permitiram a utilização de novos meios de verificação de ocorrência do fato gerador do imposto já definido na legislação vigente .

Quanto à alegação de ofensa ao princípio da moralidade administrativa, cabe dizer que à administração pública cumpre, em observância ao princípio da legalidade, previsto no artigo 37, caput, da CF, aplicar as leis, escapando à competência das autoridades administrativas de julgamento, manifestarem-se a sobre aspectos que dizem respeito à atividade legislativa da tributação anual de valores cuja tributação, por força de lei, e mensal.

A insurgência do contribuinte contra a forma de apuração do imposto não pode prosperar. Desde 1989 imposto de renda das pessoas físicas passou a ser devido mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital são percebidos. contudo, o art. 2º da Lei.8.134, de 28/12/1990, introduziu a necessidade do ajuste anual.

Assim, as normas de incidência desse imposto delineiam, atualmente, um sistema de tributação em que o imposto é devido à medida em que os rendimentos e ganhos de capital são percebidos, constituindo-se, contudo, em mera antecipação da obrigação tributária definitiva, que ocorre no dia 31 de dezembro do ano-calendário, quando se completa o suporte fático da incidência.

A tributação por meio de depósitos bancários, que deriva de uma presunção legal de omissão de rendimentos, não poderia fugir à mencionada regra geral. Assim, coadunando-se com tal sistema, a tributação por meio de depósitos bancários rege-se pelo §4º do artigo 42 da Lei 9.430/1996, combinado com o artigo 4º da instrução normativa SRF nº 246, de 20 de novembro de 2002.

Assim que o autuante efetuou corretamente o lançamento, apurando as infrações mensalmente e submetendo os valores apurados ao ajuste anual, não havendo reparos a serem feitos quanto a esse aspecto.

=> quanto à taxa SELIC, o impugnante discorda da cobrança dos juros de mora em percentual equivalente a SELIC para títulos federais. Argui a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei 9.065/95 que trouxe a previsão do uso da SELIC, bem como da delegação ao poder executivo da competência para fixação de percentual de juros atribuída à lei ordinária. assim, não podendo ser exigida tal taxa como juros de mora, deve ela ser de 1º ao mês.

A Lei nº 9.065, de 95, que dá nova redação a dispositivos da lei nº 8.981, de 1995, dispõe em seu an. 13, que a partir de 1º de abril de 1995, os juros de mora incidentes sobre tributos e contribuições sociais arrecadados pela SRF, relativamente a fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1995, não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, de que trata o art. 84, inc. i, e §§ 1º, 2º e 3º, da lei nº 8.981/1995, serão equivalentes à Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o mês anterior ao do pagamento e a 1% no mês em que o pagamento estiver sendo efetuado. exigência esta, que foi mantida para débitos cujos fatos geradores ocorreram a partir de 1º de janeiro de 1997, pelo art. 61, § 3º, da lei nº 9.430/1996.

Em relação a débitos de qualquer natureza para com a fazenda nacional, constituídos ou não, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994, que não tenham sido objeto de parcelamento requerido até 30 de agosto de 1995, ou que, em 1º de janeiro de 1997, não tenham sido encaminhados para a inscrição em dívida ativa da união, passam a incidir, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% no mês de pagamento (art. 30 da lei nº 10.522, de 19/07/2002).

Como se vê, a adoção da taxa de referência Selic como medida de percentual de juros de mora sobre tributos não pagos nos prazos legais fez-se via lei ordinária. À administração pública cabe, em observância ao princípio da legalidade previsto no artigo 37, caput, da constituição federal, aplicar as leis. Assim, existindo previsão legal para a exigência de juros de mora com base na taxa Selic, não pode a autoridade lançadora negar-lhes aplicação, dado que a atividade administrativa de lançamento é vinculada.

Por sua vez, não pode a autoridade administrativa de julgamento apreciar aspectos de constitucionalidade das leis, sob pena de invasão de competência constitucionalmente atribuída ao poder judiciário. Assim, há de ser mantida a cobrança de juros tal qual exigida no auto de infração.

=> quanto ao aspecto factual da autuação, no termo de constatação de fls. 16/17, o autuante faz a seguinte análise:

- a) preço de venda declarado: r\$48.000,00;
- b) valor depositado: r\$60.120,00 (fl.58). alegou , sem juntar documentos, que r\$12. 120,00 se referem a benfeitorias realizadas;
- c) valor da cópia de cheque administrativo apresentado para comprovar o acima alegado: r\$45.955,51 (fl.269). Não fez prova do tomador do cheque, para que pudesse ser vinculado ao negócio e nem da diferença complementar de r\$14.164,49;
- d) preço de venda da casa, comunicado pelo cartório do 1º tabelião de notas de Pirassununga-SP: r\$25.200,00 (fls.272/273);
- e) constatação: conquanto se esperasse a ocorrência de coincidências, no confronto dos dados acima, o que se verifica são contradições.

As informações e documentos apresentados pelo fiscalizado, além de contraditórios, não constituem, por si só ou em conjunto elementos suficientes e capazes de firmar o caráter comprobatório pretendido. Restou incólume o valor o valor da transação imobiliária definido na escritura pública de compra e venda, instrumento legal, formal e autêntico, que representa, materialmente, as condições celebrados entre as partes.

Isto posto e verificada a carência de nexos causal entre os dados oferecidos pelo fiscalizado e os recursos questionados, improbatas permanecem a origem e a regularidade fiscal destes, impondo-lhes a tributação, como receitas omitidas na declaração.

Acrescente-se, por pertinente, que, diferentemente do que afirma o impugnante, o valor de venda, para fins de declaração de imposto de renda, engloba o preço pago pelas benfeitorias, inexistindo previsão para sua exclusão.

=> da indevida tributação, como rendimentos tidos como omitidos pelo impugnante, de depósitos bancários pertencentes a terceiros. Reclama que as contas mantidas em conjunto com a esposa, que apresentou declaração em separado, deveriam ter os depósitos tributados proporcionalmente aos rendimentos declarados pelos cônjuges ou, na proporção de 50% para cada, sendo ilegal e incorreta a atribuição da totalidade dos depósitos a apenas um dos titulares.

Ocorre que à época da lavratura do auto de infração não existia óbice a que o lançamento fosse efetuado em nome de um dos titulares, havendo a possibilidade de alteração mediante comprovação. somente a partir de 31/12/2002, com a publicação da Lei 10.637, de 30/12/2002,

Portanto, o auto de infração foi lavrado corretamente. assim, sem a devida comprovação de que os depósitos efetuados em conta conjunta pertenciam de fato ao outro titular, não há como acatar o argumento do impugnante.

=> da indevida tributação, como rendimento de pessoa física, de receitas que, reconhecidamente, são de pessoa jurídica. Contesta a afirmação do autuante de que a alegação de que os depósitos corresponderiam a receitas da pessoa jurídica carece de comprovação contábil através de livros e documentos fiscais, invocando o disposto no artigo 126, do CTN. Reclama, ainda, da ausência de justificativas para recusa dos esclarecimentos prestados.

A tributação por depósitos bancários deriva de presunção legalmente estabelecida. A própria lei veio a definir que o montante dos depósitos bancários ou aplicações junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não consegue provar a origem dos recursos utilizados nessas operações, caracterizam omissão de receitas ou rendimentos. Via de regra, para alegar a ocorrência de fato gerador de tributo, a autoridade lançadora deve estar munida de provas. mas, nas situações em que a própria lei presume a ocorrência do fato gerador, a produção de tais provas é dispensada. Ao fazer uso de uma presunção legalmente estabelecida, o fisco fica dispensado de provar o fato alegado, incumbindo ao contribuinte, provar a sua inexistência.

Note-se que pela inteligência do artigo 42 da lei 9.430/96, a prova de origem de recursos de valores depositados em contas bancárias requer a apresentação de documentos hábeis e idôneos que permitam a identificação individualizada da natureza dos depósitos, de modo a se verificar se estão ou não sujeitos à tributação por meio de lançamento de ofício e, ainda, se devem ser submetidos às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

Portanto, cabe ao contribuinte provar de forma cabal que os depósitos perquiridos tiveram origem em receitas da alegada sociedade. No caso, o autuante considerou insuficientes as provas apresentadas pelo então fiscalizado para demonstrar suas alegações, uma vez que os documentos contábeis não foram apresentados. Cabia ao impugnante apresentar as provas hábeis e idôneas, não lhe socorrendo o argumento de que a capacidade tributária passiva independe de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

Assim, não logrando o interessado comprovar suas alegações, permanecem inalterados os pressupostos do lançamento.

=> afirma que os depósitos intitulados “reserva” nos extratos dos bancos Banespa e Unibanco, conforme alegou no curso da ação fiscal, correspondem a empréstimos efetuados por seu primo, devidamente declarados por ambos, conforme Dirpf’s anexadas às fls. 329/340. Contesta o procedimento fiscal, alegando que o autuante não indicou os indícios de falsidade e de inexatidão em que se apoiou para recusar os esclarecimentos.

Os mesmos argumentos sobre as provas utilizados no tópico anterior são aplicáveis ao questionamento em tela. Para comprovação de que os depósitos efetuados sob a rubrica “reserva” correspondem efetivamente a empréstimos efetuados por terceiro, seria imprescindível a apresentação dos comprovantes das saídas dos numerários da conta deste. Além do mais, cumpre ressaltar que o esclarecimento de que a rubrica “reserva” utilizada por duas instituições bancárias foi feito pelo próprio interessado (fl.268) e não pelas entidades responsáveis pela emissão dos extratos, o que lhe retira força probante. Portanto, a comprovação apresentada afigura-se também insuficiente, devendo ser mantido o lançamento.

Por todo o exposto, vota a DRJ no sentido de julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário na sua totalidade.

Em sede de Recurso Voluntário, o contribuinte segue sustentando o quanto alegado anteriormente, não trazendo nenhuma prova adicional para mudar o entendimento dos julgadores.

Voto

Conselheira Fernanda Melo Leal, Relatora.

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade. Portanto, merece ser conhecido.

Preliminar - Nulidade

No presente processo houve o atendimento integral a todos requisitos específicos da notificação fiscal - houve o regular lançamento, procedimento administrativo por meio do qual o órgão que administra o tributo qualificou o sujeito passivo, consignou o valor do crédito tributário devido, o prazo para recolhimento ou apresentação de impugnação ao lançamento, bem como a disposição legal infringida, constando a indicação do cargo e o número de matrícula do chefe do órgão expedidor.

Verifica-se, pois, que a nulidade do lançamento somente poderia ser declarada no caso de não constar, ou constar de modo errôneo, a descrição dos fatos ou o enquadramento legal de modo a consubstanciar preterição do direito à defesa. Fato esse que não ocorreu em nenhuma hipótese no processo em análise.

A descrição dos fatos é um dos requisitos essenciais à formalização da exigência tributária, mediante o procedimento de lançamento. Por meio da descrição, revelam-se os motivos que levaram ao lançamento, estabelecendo a conexão entre os meios de prova coletados e/ou produzidos e a conclusão a que chegou a autoridade fiscal. Seu objetivo é, primeiramente, oportunizar ao sujeito passivo o exercício do seu direito constitucional de ampla defesa e do contraditório, dando-lhe pleno conhecimento do desenrolar dos fatos e, após, convencer o julgador da plausibilidade legal da notificação, demonstrando a relação entre a matéria consubstanciada no processo administrativo fiscal com a hipótese descrita na norma jurídica.

É necessário, portanto, que o auditor-fiscal relate com clareza os fatos ocorridos, as provas e evidencie a relação lógica entre estes elementos de convicção e a conclusão advinda deles. Não é necessário que a descrição seja extensa, bastando que se articule de modo preciso os elementos de fato e de direito que levaram o auditor ao convencimento de que a infração deve ser imputada ao contribuinte. TUDO isto foi devidamente atendido pelas autoridades fiscais.

Assim, resta claro que não houve qualquer arbitrariedade ou atitude sorrateira por parte da autoridade fiscal. Pelo contrário. O procedimento fiscal sempre primou pela transparência e oportunidade de colaboração do contribuinte.

Ademais, não houve também qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV da CF/88). Ao contrário, o recorrente teve resguardado o seu direito à reação contra atos que lhe foram supostamente desfavoráveis, momento esse em que a parte interessada exerceu o direito à ampla defesa, cujo conceito abrange o princípio do contraditório.

A observância da ampla defesa ocorre quando é dada ou facultada a oportunidade à parte interessada em ser ouvida e a produzir provas, no seu sentido mais amplo, com vista a demonstrar a sua razão no litígio.

Desta forma, quando a Administração Pública antes de decidir sobre o mérito de uma questão administrativa dá à parte contrária a oportunidade de impugná-la da forma mais ampla que entender, o que aconteceu no processo em epígrafe, não está infringindo, nem de longe, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Resta muito claro, pois, que o contribuinte teve todos os seus direitos de defesa devidamente reservados e garantidos, o processo fiscal cumpriu todas as suas etapas, a notificação fiscal está completa e clara, e o contribuinte teve acesso a tudo. Assim, não merece acolhimento esta preliminar levantada.

Depósito bancário de origem não comprovada

Conforme verifica-se através da leitura acautelada da decisão de piso, o contribuinte teve contra si imputada a omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, com fundamento legal o art. 42 da Lei 9.430/96, que estabelece uma presunção legal de omissão de rendimentos condicionada apenas à falta de comprovação, mediante documentação hábil e idônea, da origem dos recursos utilizados em depósitos bancários, atenuando a carga probatória atribuída ao Fisco.

Como repetidamente colocado ao longo do processo e na decisão de piso, de acordo com o mencionado art. 42, é imprescindível que o contribuinte comprove, mediante documentação hábil e idônea, que os valores creditados em sua conta corrente não constituem rendimentos tributáveis, e, não logrando êxito em fazê-lo, tem o Fisco autorização legal para considerar ocorrido o fato gerador do imposto. Trata-se de presunção legal relativa, que inverte o ônus da prova.

Ou seja, diante da falta de comprovação dos recursos utilizados nos depósitos bancários, tem a autoridade fiscal o dever de considerar tais valores tributáveis e omitidos na Declaração de Ajuste Anual do contribuinte, efetuando o lançamento do imposto correspondente.

Se o interessado não demonstra de forma inequívoca a que se referem os depósitos efetuados em sua conta bancária, entendo que resta absolutamente escorreito o procedimento da fiscalização ao tributar esses valores com base na omissão de rendimentos de pessoa física caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada.

Merece trazer a baila, para que não restem dúvidas acerca da devida análise dos argumentos repetidos pela contribuinte em sede de Recurso Voluntário, os seus principais argumentos.

Quanto à origem dos depósitos e comprovação de tributação correta, restou evidente que foram cumpridos os ritos processuais e não restou demonstrada a origem dos depósitos durante a fiscalização – por consequência a presunção do art. 42 da Lei nº 9.4030/1996, operou-se em ato legal e perfeito, restando demonstrada a omissão de rendimentos tributáveis. Não há reparos no feito. Ademais, foram apontados em detalhe pela fiscalização diversos documentos que foram imprestáveis.

Não é admissível que o interessado, em sede de impugnação, pretenda afastar a tributação com o singelos argumentos, sem identificar nem relacionar as devidas origens com as devidas comprovações documentais. Não faz sentido pleito de perícia para comprovação do que lhe era um ônus, mormente se não esclareceu adequadamente o fato quando foi instado a fazê-lo.

É incontroversa a existência dos recursos bancários, assim como a falta de comprovação de sua origem, mesmo tendo sido o contribuinte instado a produzi-la. De acordo com o § 3º, do artigo 42, da Lei nº 9.430/96, para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, não sendo possível que se acatem recursos que o interessado tenha auferido, sejam eles provenientes venda de imóveis ou supostamente de pessoas jurídicas, sem que fique demonstrado o trânsito destes valores pelas contas correntes tributadas.

Cabe ao contribuinte provar de forma cabal que os depósitos perquiridos tiveram origem em receitas da alegada sociedade. No caso, o autuante considerou insuficientes as provas apresentadas pelo então fiscalizado para demonstrar suas alegações, uma vez que os documentos contábeis não foram apresentados. Cabia ao impugnante apresentar as provas hábeis e idôneas, não lhe socorrendo o argumento de que a capacidade tributária passiva independe de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

Também nesta instância rejeita-se o argumento de que depósitos bancários por si só não seriam suficientes para caracterizar omissão de rendimentos. No que tange aos trechos de julgados e autores citados na impugnação, importa esclarecer que, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, quer administrativa quer judicial, atua, no máximo, no convencimento do julgador, quando este entende que os mesmos aspectos objetivos e subjetivos ali tratados se aplicam ao caso analisado.

Apenas por amor ao debate, entendo que merece trazer como reflexão o princípio geral da boa-fé, o qual obriga as partes a agirem com probidade, cuidado, lealdade, cooperação, etc; e o Código de Processo Civil vigente expressamente determina que aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé (art. 5º), estando igualmente exposto que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º).

Em diversas situações, a cooperação será um dever, com previsão de sanções contra a parte recalcitrante. Ou seja, o princípio da cooperação foi positivado no ordenamento jurídico como um dever processual de todas as partes, sendo certo que com o passar do tempo os estudiosos e a jurisprudência colaborarão para a melhor definição do princípio e/ou dever de cooperação processual.

Trazendo ao presente caso, merece registrar que a Contribuinte, no processo administrativo, tem o dever de provar o quanto sustentado, especialmente nos casos em que se aplica a presunção (no caso, de omissão de rendimentos).

De acordo como o art 42 da lei 9.430/96, caracterizam-se 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, regularmente intimado, não comprove, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

A referida norma, repita-se, criou uma presunção legal de renda omitida com suporte na existência de créditos bancários de origem não comprovada, transferindo o ônus da prova ao contribuinte.

Mister salientar que não é lógico e razoável atribuir a um contribuinte a tributação presumida caso o mesmo tenha atendido a todas as intimações fiscais e tenha apresentado a origem dos rendimentos, o que, por conseguinte, levaria a anulação do lançamento fiscal.

Toda presunção legal necessita de parâmetros para ser contida e não levar a ações arbitrárias com exigências descabidas, tributando como renda aquilo que não é renda nem lucro. Por isso, o § 3º do artigo 42 da lei 9.430/96 determina que para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualmente.

Vale dizer, a interpretação do “caput” do art. 42 da lei 9.430/96 deverá ser realizada de acordo com o preconizado no seu parágrafo terceiro, pois uma das finalidades do procedimento administrativo é a busca da verdade material.

O legislador, sabendo que são diversas as possibilidades de valores movimentados nas contas correntes não se caracterizarem como rendimentos tributáveis e, com a finalidade de impedir a adoção, pelo Fisco, de critérios indiscriminados de apuração de valores de rendimento e/ou receita, estipulou que para a validade da presunção, a fiscalização deverá individualizar os créditos em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira tidos como não comprovados pelo seu titular. Trata-se de determinação legal imperativa, que deve ser obrigatoriamente observada pela fiscalização.

E nem poderia ser de outra forma, pois como poderá haver possibilidade de defesa de um contribuinte se não são apontados pela fiscalização os créditos suspeitos? Não há dúvidas que § 3º veio pôr aparas no emprego da presunção da lei 9.430/96, para evitar que se acabe por atingir o que não é renda nem lucro, e tributando valores intributáveis.

Toda a presunção, ainda que estabelecida em lei, deve ter relação entre o fato adotado como indiciário e sua consequência lógica, a fim de que se realize o primado básico de se partir de um fato conhecido para se provar um fato desconhecido. Destarte, quando o Fisco recorre a uma presunção legal tem o dever de observar os ditames da lei.

Desta forma, ainda que o artigo 42 da lei 9.430/96 admita um rito probatório especial para os depósitos bancários e aplicações financeiras, mesmo assim, como toda presunção legal, a nova regra também exige, de quem a emprega, o atendimento de requisitos, em rigorosa observação do princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e da impossibilidade do cerceamento de defesa, albergados em nosso sistema jurídico. Por isso, certas restrições ao emprego da presunção já vieram destacadas na própria norma, em especial no § 3º do artigo 42 da lei 9.430/96, que diz respeito à análise individuada dos depósitos bancários.

Quem se vale de presunção legal deve demonstrar, de forma analítica todos os motivos e dados detalhados que o levaram a presumir a omissão de rendimentos. A base de cálculo dos tributos, mesmo quando decorre de presunção, não pode prescindir de um grau de certeza, por se constituir na materialização do fato gerador de tributos. Exatamente por isso é imperativo que no levantamento da suposta “receita omitida” com base no artigo 42 da lei 9.430/96, a análise dos créditos seja realizada de forma individual (um por um).

Se os créditos não forem analisados de forma individualizada, haverá violação do princípio da legalidade, bem como o princípio da legalidade estrita ou de tipicidade fechada previsto no ordenamento jurídico e a que está obrigada à Administração Pública.

Além disso, ocorrerá cerceamento de defesa do contribuinte, visto que este deve ter conhecimento do que está sendo acusado, ou seja, quais os depósitos que foram considerados omissão de receitas.

Não se pode olvidar que nos termos do artigo 59, II, do decreto 70.235/72, são nulos os despachos e decisões proferidos por autoridade com preterição do direito de defesa.

Ademais, o lançamento tributário é procedimento administrativo que tem por finalidade verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, nos termos do art. 142 do CTN. Vale dizer, pelo lançamento a autoridade competente busca constatar a ocorrência concreta do evento ou fato e descrever a lei violada, requisitos necessários ao nascimento da obrigação fiscal correspondente. Este fato deve ser certo e determinado e deve ser expressamente declinado e identificado pela autoridade fiscal que efetuou o lançamento.

Em suma, o lançamento com base em depósito bancário de origem não comprovada tem validade apenas no caso se a fiscalização individualizar os depósitos que entende como não comprovados, para que com base nessa individualização o autuado se defenda e apresente provas.

Apesar de haver no mundo jurídico a discussão acerca da legitimidade e até da constitucionalidade acerca de tal presunção, ainda não há uma decisão do Supremo Tribunal Federal que vincule ou limite tais lançamentos administrativos. De fato existem diversas situações que parecem ser abusivas no sentido de haver tributação do imposto de renda com base em meras movimentações bancárias.

Uma boa parte da doutrina entende que no caso da omissão caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada é uma lei estabelecendo um novo fato gerador do IR, o que não pode ser aceito eis que para isso é exigido a edição de Lei Complementar – além do que não se confundem os valores do depósito com lucro ou acréscimo patrimonial. A apuração do imposto, nestes casos, seria praticada unicamente com base em fato presumido, sem observância aos princípios da capacidade contributiva, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em que pese meu entendimento de haver clara lógica neste argumento, o fato é que o auditor fiscal, quando individualiza os depósitos que entende que necessitam de comprovação de origem, está atuando dentro da lei. E quando o contribuinte não esclarece tal origem, há inegável legalidade em se aplicar a presunção da omissão. Mesmo que se entenda, esta relatora, que há indícios de inconstitucionalidade em tal presunção, fato é que as normas jurídicas, tal como estão, autorizam o auditor a proceder de tal forma.

Neste diapasão, merece trazer à baila o princípio pela busca da verdade material. Sabemos que o processo administrativo sempre busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. Tal princípio decorre do princípio da legalidade e, também, do princípio da igualdade. Busca, incessantemente, o convencimento da verdade que, hipoteticamente, esteja mais próxima da realidade dos fatos.

De acordo com o princípio são considerados todos os fatos e provas novos e lícitos, ainda que não tragam benefícios à Fazenda Pública ou que não tenham sido declarados. Essa verdade é apurada no julgamento dos processos, de acordo com a análise de documentos, oitiva das testemunhas, análise de perícias técnicas e, ainda, na investigação dos fatos. Através das provas, busca-se a realidade dos fatos, desprezando-se as presunções tributárias ou outros procedimentos que atentem apenas à verdade formal dos fatos. Neste sentido, deve a administração promover de ofício as investigações necessárias à elucidação da verdade material para que a partir dela, seja possível prolatar uma sentença justa.

A verdade material é fundamentada no interesse público, logo, precisa respeitar a harmonia dos demais princípios do direito positivo. É possível, também, a busca e análise da verdade material, para melhorar a decisão sancionatória em fase revisional, mesmo porque no Direito Administrativo não podemos falar em coisa julgada material administrativa.

A apresentação de provas e uma análise nos ditames do princípio da verdade material estão intrinsecamente relacionadas no processo administrativo, pois a verdade material apresentará a versão legítima dos fatos, independente da impressão que as partes tenham daquela. A prova há de ser considerada em toda a sua extensão, assegurando todas as garantias e prerrogativas constitucionais possíveis do contribuinte no Brasil, sempre observando os termos especificados pela lei tributária.

A jurisdição administrativa tem uma dinâmica processual muito diferente do Poder Judiciário, portanto, quando nos depararmos com um Processo Administrativo Tributário, não se deve deixar de analisá-lo sob a égide do princípio da verdade material e da informalidade. No que se refere às provas, é necessário que sejam perquiridas à luz da verdade material, independente da intenção das partes, pois somente desta forma será possível garantir o um julgamento justo, desprovido de parcialidades.

Soma-se ao mencionado princípio também o festejado princípio constitucional da celeridade processual, positivado no ordenamento jurídico no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, o qual determina que os processos devem desenvolver-se em tempo razoável, de modo a garantir a utilidade do resultado alcançado ao final da demanda.

Quanto à taxa SELIC, o impugnante discorda da cobrança dos juros de mora em percentual equivalente a SELIC para títulos federais. Argui a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei 9.065/95 que trouxe a previsão do uso da SELIC, bem como da delegação ao poder executivo da competência para fixação de percentual de juros atribuída à lei ordinária. Assim, não podendo ser exigida tal taxa como juros de mora, deve ela ser de 1º ao mês.

Concordo o posicionamento de piso no sentido de que não pode a autoridade administrativa de julgamento apreciar aspectos de constitucionalidade das leis, sob pena de invasão de competência constitucionalmente atribuída ao poder judiciário. Assim, há de ser mantida a cobrança de juros tal qual exigida no auto de infração.

A adoção da taxa de referência Selic como medida de percentual de juros de mora sobre tributos não pagos nos prazos legais fez-se via lei ordinária. À administração pública cabe, em observância ao princípio da legalidade, aplicar as leis. Assim, existindo previsão legal para a exigência de juros de mora com base na taxa Selic, não pode a autoridade lançadora negar-lhes aplicação, dado que a atividade administrativa de lançamento é vinculada.

Desta feita, com fulcro nos festejados princípios e baseando-se nas argumentações e documentações apresentadas ao longo dos autos do presente processo, entendo que deve ser negado provimento ao recurso voluntário.

CONCLUSÃO:

Diante tudo o quanto exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares levantadas e no mérito negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Fernanda Melo Leal