



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

Processo nº 10865.002062/2002-18
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-001.810 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de setembro de 2012
Matéria IRPF
Recorrente WALTER LÚCIO PECCININI
Recorrida DRJ-FORTALEZA/CE

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1998, 1999, 2000, 2001

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Não provada violação das disposições contidas no art. 142 do CTN, tampouco dos artigos 10 e 59 do Decreto nº. 70.235, de 1972, e não se identificando no instrumento de autuação nenhum vício prejudicial, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PAF. PROVA. MOMENTO DA APRESENTAÇÃO. PRECLUSÃO. No processo administrativo fiscal, as provas das alegações de defesa devem ser apresentadas, ordinariamente, na impugnação, salvo se ficar demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, se relativas a fato ou a direito superveniente ou se destinadas a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. Além destas hipóteses, admite-se a apresentação da prova na fase recursal, mas apenas quando estas forem conclusivas na demonstração do fato alegado.

DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. PRESUNÇÃO LEGAL. Desde 1º de janeiro de 1997, caracteriza-se como omissão de rendimentos a existência de valores creditados em conta bancária, cujo titular, regularmente intimado, não comprove, com documentos hábeis e idôneos, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

IRPF. GANHO DE CAPITAL. APURAÇÃO. CUSTO DE AQUISIÇÃO. Na apuração do ganho de capital decorrente da alienação de imóveis, a inclusão de gastos com reforma no custo de aquisição deve ser comprovada com documentos hábeis e idôneos.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. INAPLICABILIDADE - O não atendimento às intimações da fiscalização, quando a omissão não representar embaraço à apuração da infração e à lavratura do auto de infração, não pode ensejar o agravamento da multa de ofício lançada

Preliminar rejeitada

Recurso parcialmente provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para excluir da base de cálculo dos depósitos bancários os valores especificados no voto do Relator, bem como desagravar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%. Fez sustentação oral o Dr. Onivaldo José Squizzato, OAB 68531/SP.

Assinatura digital
Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente

Assinatura digital
Pedro Paulo Pereira Barbosa - Relator

EDITADO EM: 28/09/2012

Participaram da sessão: Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente), Pedro Paulo Pereira Barbosa (Relator), Eduardo Tadeu Farah, Rodrigo Santos Masset Lacombe, Gustavo Lian Haddad e Rayana Alves de Oliveira França.

Relatório

WALTER LÚCIO PICCININI interpôs recurso voluntário contra acórdão da DRJ-FORTALEZA/CE (fls. 807) que julgou procedente lançamento, formalizado por meio do auto de infração de fls. 13/31, para exigência de Imposto sobre Renda de Pessoa Física – IRPF, referente aos exercícios de 1998, 1999, 2000 e 2001, no valor de R\$ 907.397,01, acrescido de multa de ofício e de juros de mora, perfazendo um crédito tributário total lançado de R\$ 2.411.859,17.

As infrações que ensejaram a autuação foram:

1) Omissão de ganho de capital na alienação de bens e direitos. Segundo o relatório fiscal, trata-se de alienação de um imóvel situado na Alameda das Conchas nº 380. Segundo a Fiscalização, o Contribuinte teria considerado como custo de aquisição o valor de R\$ 153.372,47, valor este que incluía gastos com a instalação de armários e, intimado a comprovar estes gastos, nada apresentou. Assim, concluiu a Fiscalização que foi apurado imposto sobre ganho de capital a menor, tendo sido, então, formalizada a exigência da diferença.

2) Omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada. Segundo o relatório fiscal, trata-se de depósitos mantidos em diversas contas-correntes, individuais e em conjunto com o filho e esposa do Contribuinte. Esclarece a

Documento assinado digitalmente em 31/10/2012 por PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Assinado digitalmente em 31/

10/2012 por PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Assinado digitalmente em 01/11/2012 por MARIA HELENA COTTA CARDOZO

Impresso em 09/11/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

autoridade lançadora que, como a esposa não apresentou declaração em separado, foram incluídos na autuação a totalidade dos depósitos das contas conjuntas com esta, e, como relação ao filho, que apresentou declaração em separado, operou-se a divisão do valor dos depósitos na proporção de 50% para cada titular.

Esclarece por fim a autoridade lançadora que o Contribuinte foi regularmente intimado a comprovar as origens dos depósitos e não comprovou, restando caracterizada a presunção de omissão de rendimentos.

Ainda segundo o relatório fiscal o lançamento foi feito com multa agravada “em virtude da falta de atendimentos do contribuinte já qualificado para apresentação dos extratos, documentos e informações de suas movimentações junto às instituições financeiras, solicitados através dos Termos de Intimações e Reintimações...”

O Contribuinte impugnou o lançamento e arguiu, preliminarmente, a nulidade do procedimento fiscal (Nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal e do Termo de Intimação Fiscal) por abuso de poder e por se fundamentar o lançamento em provas ilícitas, colhidas com quebra de sigilo bancário, e pela inaplicabilidade do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 1996. Sobre o primeiro ponto, afirma que o Mandado de Procedimento Fiscal foi emitido sem definir precisamente os poderes e as diligências efetivas que seriam praticadas pelos auditores fiscais, e, portanto, em desacordo com a Portaria SRF nº 1.265, de 22 de novembro de 1999, com as alterações da Portaria SRF nº 1.614, de 30 de novembro de 2000. Sustenta que o Mandado de Procedimento Fiscal e o Termo de Intimação Fiscal são atos administrativos, sujeitando-se às regras legais, tais como os princípios constitucionais inseridos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e regulamentados na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Diz que os fundamentos legais do Termo de Intimação Fiscal (artigos 904 e 911 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - RIR/99), não autorizam o Auditor Fiscal da Receita Federal a exigir documentos sem previsão legal e sem motivação, ou seja, sem demonstrar as irregularidades cometidas na Declaração de Ajuste Anual. Afirma que no Termo de Intimação Fiscal, não se demonstrou variação patrimonial a descoberto na Declaração de Ajuste Anual que justificasse o preenchimento de planilhas do movimento financeiro (aplicações, recursos); e quanto à intimação para apresentar os extratos bancários, diz que somente estava obrigado, nos termos do inciso III do § I o do artigo 798 do Regulamento do Imposto de Renda, a comprovar o saldo existente em 31 de dezembro de cada ano, consignado na Declaração de Bens, através dos comprovantes fornecidos pelas instituições financeiras.

Sobre a nulidade do lançamento por basear-se em provas ilícitas, o Contribuinte afirma que a Delegada da Receita Federal em Limeira quebrou o seu sigilo bancário ao solicitar os extratos bancários às instituições financeiras através de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), sem justificativa fundamentada da pertinência, indispensabilidade, e sem a indicação dos dispositivos legais que autorizassem a quebra do sigilo bancário, afrontando com isto os princípios consignados nos artigos 2º, 3º e 5º, inciso I, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Argumenta que o sigilo bancário é assegurado ao contribuinte pelos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e que a quebra do sigilo bancário nos termos do artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 somente poderia ocorrer em condições excepcionais; que nos termos da Lei nº 9.784/99, e dos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal, a hipótese de indispensabilidade deverá ser objeto de decisão motivada e justificada, com ampla defesa do contribuinte; que, portanto, as provas foram obtidas de forma ilícita e, nos termos do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal e do artigo 30 da Lei nº 9.784/99 são inadmissíveis

no processo. Informou que impetrou Ação de Mandado de Segurança contra a Delegada da Receita Federal em Limeira por quebra de sigilo bancário.

Quanto ao mérito, relativamente aos depósitos bancários com origem não comprovada, o Contribuinte se insurge contra a autuação invocando o artigo 43 da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 - Código Tributário Nacional (CTN) - e o artigo 146, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal, aduzindo que depósito bancário não pode se constituir em fato gerador do Imposto de Renda; que é ilegal tomarem-se depósitos bancários para fins de tributação do Imposto de Renda sem constatação e prova cabal de um correspondente acréscimo patrimonial. Diz também ser inaplicável a presunção do artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996.

Sobre a insuficiência de recolhimento de Imposto de Renda sobre Ganho de Capital, argumenta que efetivamente realizou os custos de benfeitorias, no valor de R\$ 42.595,00 e diz que os documentos relativos aos dispêndios estiveram à disposição dos Auditores Fiscais. Afirma que se os Auditores Fiscais tivessem comparecido à sua residência, a documentação teria sido exibida e eles poderiam verificar a veracidade das informações prestadas no Demonstrativo da Apuração de Ganho de Capital. Ressaltou que a solicitação para apresentação de documentos relativos a reforma e construção, disposta no Termo de Intimação Fiscal, sem os esclarecimentos sobre a infração cometida, está em desacordo com o que disciplina o artigo 195 do Código Tributário Nacional e com o artigo 911 do Decreto nº 3.000, de 26/03/1999.

A DRJ-FORTALEZA/CE julgou procedente o lançamento com base nas considerações a seguir resumidas.

Inicialmente, rejeitou a arguição de nulidade do procedimento fiscal e do lançamento. Destacou que como o Contribuinte impetrou mandado de segurança relativamente a estas matérias, renunciando à instância administrativa. Observou, todavia, que a requisição de informações sobre a movimentação financeira foi expedida conforme as orientações normativas, sem vício no procedimento fiscal quanto a este aspecto. E sobre as arguições de inconstitucionalidades, ressaltou que a apreciação desses questionamentos escapa à competência dos órgãos administrativos de julgamento. Assim, em conclusão desta parte, a DRJ-FORTALEZA/CE não conheceu da impugnação quanto à arguição de nulidade do procedimento fiscal por alegado abuso de poder, bem como quanto à nulidade do lançamento por quebra de sigilo bancário e a inconstitucionalidade do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1995 e da Lei Complementar nº 105, de 2001.

Rejeitou, pois, a preliminar de nulidade.

Quanto ao mérito, sobre a quebra de sigilo bancário, a DRJ-FORTALEZA/CE afastou a alegação de que depósitos não são renda, esclarecendo que se trata de apuração indireta de renda mediante presunção legal; ressaltou que o procedimento tem previsão legal no art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996; que caberia ao Contribuinte o ônus de comprovar as origens dos depósitos bancários e, com isto, elidir a presunção de omissão de rendimentos; que não provadas as origens dos depósitos bancários, resta caracterizada a omissão de rendimentos.

Sobre a insuficiência no recolhimento do ganho de capital a DRJ-FORTALEZA/CE rechaçou a afirmação de que os auditores-fiscais deveriam, necessariamente, se dirigirem à residência do fiscalizado para examinar os documentos; que caberia ao Contribuinte apresentar os documentos solicitados e não o tendo feito, não comprovou os gastos com a realização das alegadas benfeitorias, justificando a revisão do cálculo do imposto sobre o ganho de capital.

O Contribuinte tomou ciência da decisão de primeira instância em 24/03/2006 (fls. 837) e, em 26/04/2006, interpôs o recurso voluntário de fls. 838/939 no qual reitera, em síntese, as alegações e argumentos da impugnação. Acrescenta manifestação contra a utilização dos dados da CPMF como base do procedimento fiscal, rechaçando a aplicação retroativa da Lei nº 10.174, de 2001 que alterou a Lei nº 9.311, de 1996. Sustenta que os depósitos de um mês devem ser considerados como comprovantes dos depósitos do mês seguinte. Requer a realização de diligência. As alegações do recurso foram assim resumidas pelo próprio Contribuinte em suas considerações finais e pedido final:

3- Considerações Finais.

3.1 Considerando que, somente o Poder Judiciário é o órgão competente para quebrar o sigilo bancário d e qualquer cidadão;

3.2 Considerando que, não foi estabelecido o devido processo legal para que o Poder Judiciário, único órgão imparcial e equidistante pudesse se manifestar acerca d a quebra do sigilo;

3.3 Considerando que, a Lei Complementar n.º 105/2001 não pode, em hipótese alguma, ser aplicada à fatos anteriores à sua vigência (que teve início em 10 d e janeiro de 2001), contrariando a Constituição Federal e a Lei d e Introdução a o Código Civil;

3.4 Considerando que, nos anos d e 1997 a 2.000 vigorava a Lei nº 9.311/96, que impedia a utilização das informações extraídas da CPMF para lançamento d e outros tributos;

3.5 Considerando que o início da ação fiscal se deu em razão de informações dos bancos referentes à tributação d a CPMF, cumprindo o disposto na Lei nº 9.311/1996;

3.6. Considerando que, a Lei nº 9.311/1996 até a vigência da Lei 10.174/01, impedia a utilização dos dados da CPMF para cobrar outros tributos, e sua utilização para períodos anteriores a 11/01/2001 é trazer insegurança jurídica aos cidadãos;

3.7 Considerando que não houve motivação quanto ao enquadramento da situação fática do recorrente na lista taxativa do art. 3º do Decreto 3.724/2001.

3.8 Considerando que a situação fática do contribuinte não se enquadra nas disposições do art. 3o do Decreto 3.724/2001, tornando o procedimento administrativo eivado de vícios insanáveis.

3.9 Considerando que o Auto de Infração é baseado em "presunções relativas" e não houve aprofundamento na busca d a verdade material;

3.10 Considerando que a Súmula 182 do Tribunal Federal de Recursos estabelece que "é ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado, com base apenas em extratos ou depósitos bancários".

3.11 Considerando que, depósitos bancários, por si só, não configuram renda conforme preceitua a Constituição Federal, devendo haver um nexo causal entre os depósitos e a omissão de rendimentos;

3.12 Considerando que, o princípio da verdade material é aplicável ao processo administrativo fiscal e a busca da mesma deve pautar todo o trabalho na fase de procedimento, com intuito de se obter um juízo de certeza, necessário a identificação da capacidade contributiva;

3.13 Considerando que, eventuais omissões de rendimentos detectada e tributada em um mês é suficiente e necessária para justificar omissão presumida de rendimentos nos meses seguintes;

3.14 Considerando a recente jurisprudência do Conselho de Contribuintes;

3.15 Considerando que, no caso de não aceitação das alegações preliminares e de mérito, haverá a obrigação de recalcular todo o auto de infração, nos termos de Acórdão prolatado pela Quarta Câmara do Conselho de Contribuintes;

3.16 Considerando que o princípio da verdade real deverá sempre ser aplicado ao Processo Administrativo Fiscal;

3.17 Considerando que, o recorrente não apresentou seus comprovantes juntamente com a impugnação por aguardar julgamento de ADINs pelo Supremo Tribunal Federal;

3.18. Considerando que, o recorrente possui farta documentação comprobatória de sua movimentação bancária;

3.19 Considerando que o recorrente nas Declarações de Rendimentos tempestivamente apresentadas, já tinha renda tributável e não tributável, que encontram-se incluídas nos depósitos efetuados, sem que o sr. Agente Fiscal efetuasse o devido abatimento;

3.20 Considerando que, aplicar multa superior ao valor do tributo devido é inconstitucional, não respeito ao princípio de não confisco, conforme decisão do Superior Tribunal Federal;

3.21 Considerando a necessidade de converter o julgamento em diligência, que desde já requer;

3.22 Considerando tudo mais que do processo consta, requer seja declarado insubsistente, em sua totalidade, o auto de infração, objeto deste recurso, fazendo-se com isso JUSTIÇA.

4. Conclusão.

4.1 - Requer ainda que intimações sejam feitas em nome do patrono da Recorrente, Onivaldo José Squizzato, inscrito na OAB/SP sob nº 68.531, Rua Senador Vergueiro, nº 207, CEP 13.480-002, - Centro - Limeira/SP.

4.2 - Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos, especialmente pela sustentação oral, que

desde já requer, juntada de novos documentos, perícias e auditoria contábil, e quaisquer outras provas que se façam necessárias, desde que admitidas nos processos administrativos.

O processo foi incluído na pauta de julgamento da Sexta Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuinte do dia 28 de março de 2007 que decidiu converter o julgamento em diligência para as seguintes providências:

A) para que seja efetuado o confronto dos pagamentos constantes dos docs. 904 com a movimentação bancária, bem como seja aferida a regularidade dos prestadores perante a Secretaria da Fazenda de São Paulo;

B) para avaliar se há pertinência dos mapas de fls. S06 a 1036 com movimentação bancária, intimando-se o contribuinte a trazer aos Autos documentos que atestem as informações contidas no campo Justificativa;

C) para que seja realizado confronto dos documentos de fls. 1038 a 1090 com a movimentação bancária e, neste caso, ainda, que se verifique a regularidade da inscrição dos contribuintes perante a Secretaria da Fazenda de São Paulo.

E, ainda, para que o Contribuinte fosse intimado a apresentar os livros fiscais e que fosse intimada a Secretaria da Fazenda para atestar a regularidade da autorização para impressão dos documentos fiscais e, finalmente, para que fosse realizado o confronto dos documentos de fls. 1092 a 1170 com a movimentação financeira.

Cumpriu-se a diligência que concluiu pela exclusão da exigência relativamente à infração depósitos bancários com origens não comprovadas dos valores de R\$ 599.092,87, R\$ 297.564,88, R\$ 266.411,93 e R\$ 257.752,57, para os anos-calendário de 1997, 1998, 1999 e 2000, respectivamente, com base nos fundamentos detalhadamente expostos no Relatório Final de Diligência nº 587/09/05, às fls. 1856/1862.

O Contribuinte foi cientificado do relatório de diligência e apresentou a manifestação de fls. 1867/1872 no qual aponta possíveis origens para os depósitos nos valores de R\$ 21.500,00, em 1998 e R\$ 9.000,00, em 2000. Refere-se ainda a saldos de caixa que eram novamente depositados em suas contas. Assim, reitera as alegações do recurso voluntário quanto à improcedência do lançamento.

Às fls. 1233/1234 o Contribuinte apresenta pedido de desistência parcial do processo nos seguintes termos:

WALTER LUCIO PECCININI, brasileiro, agricultor, portador do CPF/MF 197.982.888-15, residente e domiciliado na Rua Senador Vergueiro, nº 1016 - Apto 9 - Centro, nesta cidade e comarca de Limeira, Estado de São Paulo, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, através de seu procurador infra-assinado, em atendimento a Lei 11.941/09 (caput do art. 13 e o § 4º do art. 32 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 06 de 22/07/2009), expor o que segue:

1) O recorrente desiste dos seguintes direitos que se fundam a ação:

a) Da nulidade do Auto de Infração pela inconstitucionalidade da lei 10.174/2001, da aplicação da LC 105/01, bem como, 10.174/2001, e b) Não configuração em renda dos depósitos bancários (art. 42, Lei 9.430/1996).

2) Por outro lado, o processo administrativo em questão deverá ter seu prosseguimento, com as seguintes questões:

a) Exclusão da Multa de 112,5%;

b) Tudo o que mais constar do processo, excetuado o item 1

Posteriormente, às fls. 1839/1840, apresenta nova manifestação na qual ratifica o pedido anterior e esclarece que pediu parcelamento de parte do crédito tributário objeto do processo e esclarece que desiste parcialmente do recurso quanto às matérias “retroatividade da Lei nº 10.174, de 2001” e “não configuração de renda dos depósitos bancários com origens não comprovadas” e que reitera o recurso com relação a todas as demais matérias. E especifica os valores que deverão integrar o parcelamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa – Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Fundamentação

Como se colhe do relatório, o Contribuinte desistiu parcialmente do recurso. Segundo informado pelo próprio Contribuinte, a desistência abrange apenas os valores que foram objeto de parcelamento e compreende as matérias relacionadas com a discussão sobre a retroatividade da Lei nº 10.174, de 2001 e a possibilidade legal da presunção de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários. Persiste, portanto, o litígio quanto ao ganho de capital, à comprovação das origens dos depósitos bancários e ao agravamento da multa de ofício.

Ante de prosseguir na análise dessas questões, contudo, convém ressaltar que o Contribuinte acionou o Poder Judiciário para discutir algumas matérias relacionadas a este processo e, ao fazê-lo, renunciou à discussão das mesmas na esfera administrativa, como já ressaltou a decisão de primeira instância, que delas não conheceu. Trata-se da discussão sobre a nulidade do lançamento por abuso de poder econômico e por quebra do sigilo bancário e à aplicação da Lei Complementar nº 105, de 2001.

Afastada esta questão e, para que não parem dúvidas, rejeito também qualquer alegação de nulidade do procedimento fiscal ou do lançamento dele decorrente. O procedimento fiscal e a autuação foram procedidos por servidor competente, com observância das orientações normativas que regem o processo administrativos fiscal, foram expostos com clareza a descrição de fato e os fundamentos legais da exigência permitindo ao Contribuinte o exercício amplo do direito ao contraditório e ampla defesa.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 31/10/2012 por PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Assinado digitalmente em 31/10/2012 por PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Assinado digitalmente em 01/11/2012 por MARIA HELENA COTTA CARDOZO

Impresso em 09/11/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade do lançamento.

Registro também, como já ressaltado pela decisão de primeira instância, que questionamentos sobre a inconstitucionalidade de normas legais escapam à competência dos órgãos de julgamento administrativo apreciarem, conforme súmula nº 02 do CARF que em seu enunciado diz expressamente que “o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Quanto ao mérito, relativamente ao ganho de capital, a diferença apurada decorre da glosa de valores que o Contribuinte declarou como partes dos custos do imóvel alienado. Tal custo refere-se à instalação de um armário e, intimado a comprovar o gasto o Contribuinte nada teria apresentado. Na impugnação o Contribuinte diz que os documentos comprobatórios destes custos estavam à disposição dos fiscais em sua residência mas que estes lá não compareceram. Com o recurso o Contribuinte apresentou a nota fiscal de fls. 941, emitida por Indústria de Móveis Hernandes Ltda – ME, em 17/12/99, no valor de R\$ 42.595,00.

Em razão da apresentação deste documento e de outros documentos, a Sexta Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuinte determinou a realização de diligência para que fossem adotadas as seguintes providências (fls. 1215/1223):

A) para que seja efetuado o confronto dos pagamentos constantes dos docs. 904 com a movimentação bancária, bem como seja aferida a regularidade dos prestadores perante a Secretaria da Fazenda de São Paulo;

B) para avaliar se há pertinência dos mapas de fls. S06 a 1036 com movimentação bancária, intimando-se o contribuinte a trazer aos Autos documentos que atestem as informações contidas no campo Justificativa;

C) para que seja realizado confronto dos documentos de fls. 1038 a 1090 com a movimentação bancária e, neste caso, ainda, que se verifique a regularidade da inscrição dos contribuintes perante a Secretaria da Fazenda de São Paulo, Ainda quanto a tais documentos, para que seja o Recorrente intimado para providenciar a juntada aos autos dos livros fiscais inerentes (livro de entradas ou equivalente) ao cumprimento de obrigações acessórias perante a Secretaria da Fazenda de São Paulo;

Ainda quanto a tais documentos, para que seja o Recorrente intimado para providenciar a juntada aos autos dos livros fiscais inerentes (livro de entradas ou equivalente) ao cumprimento de obrigações acessórias perante a Secretaria da Fazenda de São Paulo;

Seja intimada a Secretaria da Fazenda a fim de se constatar as respectivas autorizações de impressão de documentos fiscais;

D) para que seja realizado o confronto dos docs. de fls 1092 a 1170 com a movimentação financeira.

Com relação ao item “A” o Contribuinte foi intimado, para “apresentar comprovante de pagamento (cópias de cheques, transferências bancárias etc) ou identificar os

referidos débitos no extrato bancário, das parcelas correspondentes à Nota Fiscal nº 047, de 17/12/1999.” Na mesma intimação foi instado a apresentas outros documentos (fls. 1236/1237).

Pois bem, embora o Contribuinte tenha pedido por duas vezes prorrogação de prazo para apresentar os documentos, e tenha apresentado outros documentos, relativamente a itens diversos da autuação, nada apresentou quanto a este tópico.

Cumpre, portanto, examinarmos a questão com base nessas circunstâncias e nos elementos constantes dos autos.

O Decreto 70.235, de 1972, que rege o processo administrativo fiscal prevê que as provas da defesa devem ser apresentadas com a impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, salvo nos casos específicos que prevê, *in verbis*:

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

§ 4º. A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.*

Apesar desta norma, este Conselho tradicionalmente tem admitido a prova apresentada em momento posterior, posicionamento que compartilho. Porém, penso que, nesses casos, para serem acatados os elementos de prova apresentados posteriormente, estes devem ser conclusivos, inequívocos, não demandando complementação. É que a apresentação de prova documental apenas na fase recursal privou a primeira instância do seu exame, inibiu a possibilidade de realização de diligências nesta fase processual para a verificação da autenticidade da prova, providência que não devem ser tomadas apenas no recurso em face da decisão de primeira instância.

Neste caso, todavia, mesmo assim, este Conselho determinou a realização de diligência para que fossem colhidos elementos que afastassem dúvidas quanto à autenticidade do documento apresentado; que ratificassem a efetividade dos pagamentos dos serviços, e tal diligência resultou frustrada, por omissão do próprio Contribuinte.

A teoria da prova distingue a prova em si, que é a demonstração de um fato, dos meios de prova, que são os recursos que se pode lançar mão para fazer tal demonstração. Pois bem, o processo administrativo tributário brasileiro, por um lado, admite variados meios de prova: documento, diligência, perícia, indício, presunção, e, por outro lado, atribui ao julgador a liberdade de apreciar e valorar essas provas de acordo com o seu livre convencimento, que, por sua vez, deve ser fundamentado. A nota fiscal é, sem dúvida, um meio de prova da compra de um bem ou da prestação de um serviço, mas não é a prova em si. E, nas circunstâncias deste processo, considerando o momento da apresentação do documento e a omissão do Contribuinte em comprovar a efetividade do pagamento, em atendimento a intimação, penso que não restou comprovada a realização do custo.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2 de 24/09/2001

Autenticado digitalmente em 31/10/2012 por PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Assinado digitalmente em 31/10/2012 por PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Assinado digitalmente em 01/11/2012 por MARIA HELENA COTTA CARDOZO

Impresso em 09/11/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Assim, mantenho a exigência quanto ao ganho de capital.

Quanto aos depósitos bancários com origens não comprovadas, como se viu acima, foram apresentados vários elementos que foram apreciados em procedimento de diligência. No relatório de diligência a autoridade fiscal constatou a regular comprovação das origens de depósitos bancários nos seguintes valores:

Ano-calendário	Valor (R\$)
1997	599.092,87
1998	297.564,88
1999	266.411,93
2000	257.752,57

Cientificado do Termo de Diligência Fiscal, o Contribuinte apresentou a manifestação de fls. 1865/1871 no qual pede a revisão de alguns valores, que especifica, a saber: crédito de R\$ 21.500,00, em 1998 e crédito de R\$ 9.000,00 em 2000, ambos os valores referindo-se à venda de veículos. Porém, em nenhum dos casos apresenta elementos que demonstrem a coincidência de datas e valores que vinculem os créditos às operações. Argumenta que nem sempre é possível demonstrar essa coincidência. Mas nestes casos, nada foi trazido aos autos que permitam se inferir que os créditos em questão tenham as origens alegadas. E sobre a afirmação de que saldos de caixas são “re-depositados” não há como prosperar a alegação sem a comprovação da efetiva origem dos recursos.

Assim, por estarem devidamente fundamentadas e por ter sido confirmadas pela diligência fiscal, acolho a comprovação das origens dos depósitos nos seguintes valores e períodos:

Ano-calendário	Valor (R\$)
1997	599.092,87
1998	297.564,88
1999	266.411,93
2000	257.752,57

Finalmente, resta examinar o agravamento da multa de ofício.

Inicialmente, sobre a alegação de caráter confiscatório da multa, como já ressaltou a decisão de primeira instância, este tipo de questão escapa à competência dos órgãos administrativos de julgamento. É que a aplicação da penalidade tem previsão expressa em dispositivo de lei e deixar de aplicá-la por entender incompatível com princípio constitucional implica em declarar a inconstitucionalidade da lei, o que refoge completamente à competência deste Conselho, como, aliás, foi assentado em súmula, a saber:

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

Já quanto ao agravamento da multa, vê-se que esta foi justificada na falta de apresentação dos extratos bancários e informações sobre a movimentação financeira, conforme relatório fiscal, a saber:

Em virtude da falta de atendimento do contribuinte já qualificado, para apresentação dos extratos, documentos e informações de suas movimentações junto às instituições financeiras, solicitados através dos Termos de Intimações e Reintimações encaminhadas ao contribuinte e relatadas nos FATOS supra mencionados, com base no § 2.º do artigo 44 da

Lei 9.430/96, que transcrevemos abaixo, procedemos ao agravamento da multa do lançamento de ofício.

Ora, embora o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 se refira ao não atendimento da intimação para prestar esclarecimento como situação definidora da hipótese de agravamento da multa de ofício, deve-se levar em conta o contexto e o efeito dessa omissão. No caso, como se viu acima, a intimação não atendida era para apresentas extratos bancários e informações sobre a movimentação financeira, quando há lei prevendo procedimentos específico. Inclusive com restrições, para a requisição dessas informações por parte do Fisco diretamente às instituições financeiras. Refiro-me à Lei Complementar nº 105, de 2001. Assim, não se pode dizer que o não atendimento à intimação neste caso tenha sido uma afronta ou que tenha causado embaraço à ação fiscal. Logo, não se justifica o agravamento da multa de ofício.

Concluo, pois pelo desagravamento da multa de ofício.

Conclusão

Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo do lançamento referente à omissão de rendimentos com base em depósitos bancários os valores de R\$ 599.092,87, no ano-calendário de 1998; R\$ 297.564,88, no ano-calendário de 1998; R\$ 266.411,93, no ano-calendário de 1999; e R\$ 257.752,57, no ano calendário de 2000, e de desagravar a multa de ofício, reduzindo-a para o percentual de 75%.

Assinatura digital
Pedro Paulo Pereira Barbosa



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
2ª CÂMARA/2ª SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10865.002062/2002-18
Acórdão n.º **2201-001.810**

S2-C2T1
Fl. 8

Processo nº: 10865.002062/2002-18

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº. **2201-001.810**.

Brasília/DF, 28 de setembro de 2012.

Maria Helena Cotta Cardozo
Presidente da Segunda Câmara da Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

- () Apenas com Ciência
- () Com Recurso Especial
- () Com Embargos de Declaração