



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11080.012096/2008-98
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-009.937 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de junho de 2023
Recorrente CARLOS DAHLEM DA ROSA
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005, 2006

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE - SÚMULA CARF 02

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade/ilegalidade de lei vigente.

O CARF falece de competência para se pronunciar sobre a alegação de ilegalidade de ato normativo vigente, uma vez que sua competência resta adstrita a verificar se o fisco utilizou os instrumentos legais de que dispunha para efetuar o lançamento. Nesse sentido, art. 62, do Regimento Interno do CARF, e o art. 26-A, do Decreto 70.235/72. Isso porque o controle efetivado pelo CARF, dentro da devolutividade que lhe compete frente à decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em consonância com a legislação vigente. Nesse sentido, compete ao Julgador Administrativo apenas verificar se o ato administrativo de lançamento atendeu aos requisitos de validade e observou corretamente os elementos da competência, finalidade, forma e fundamentos de fato e de direito que lhe dão suporte, não havendo permissão para declarar ilegalidade ou inconstitucionalidade de atos normativos.

NORMAS PROCESSUAIS. ARGUMENTOS DE DEFESA. INOVAÇÃO EM SEDE DE RECURSO. PRECLUSÃO.

Os argumentos de defesa trazidos apenas em grau de recurso, em relação aos quais não se manifestou a autoridade julgadora de primeira instância, impedem a sua apreciação, por preclusão processual.

REQUISICÃO DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INOCORRÊNCIA.

Com o julgamento definitivo do RE 601.314 pelo STF, em 24/02/2016, com repercussão geral reconhecida, foi fixado o entendimento acerca da constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, bem como sua aplicação retroativa, não havendo que se falar em obtenção de prova ilícita na Requisição de Movimentação Financeira às instituições de crédito.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Veç que todos os atos que ampararam a ação fiscal ocorreram em conformidade com as disposições normativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e tendo a ação fiscal sido conduzida por servidor competente, em obediência aos requisitos do Decreto nº 70.235/1972, e inexistindo prejuízo à defesa, não se há de falar em nulidade do auto de infração

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LEI 9.430 DE 1996, ART. 42.

Nos termos do art. 42 da Lei n. 9.430, de 1996, presumem-se tributáveis os valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, quando o contribuinte, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados em tais operações.

Por força de presunção legal, cabe ao contribuinte o ônus de provar as origens dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários. A demonstração da origem dos depósitos deve se reportar a cada depósito, de forma individualizada, de modo a identificar a fonte do crédito, o valor, a data e a natureza da transação, se tributável ou não.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso, exceto quanto às alegações de inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário e da aplicação da taxa Selic, e alegações e documentos apresentados somente em sede recursal pela preclusão, e, na parte conhecida, em negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly – Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Martin da Silva Gesto, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Leonam Rocha de Medeiros, Christiano Rocha Pinheiro, Eduardo Augusto Marcondes de Freitas, Gleison Pimenta Sousa e Sonia de Queiroz Accioly (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 892 e ss) em face da R. Acórdão proferido pela 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre (fls. 871 e ss) que julgou improcedente a impugnação apresentada contra crédito tributário constituído por omissão de rendimentos por depósitos bancários de origem não comprovada.

Segundo o Acórdão recorrido:

Mediante Auto de Infração, Demonstrativos e Descrição dos Fatos e Relatório de Ação Fiscal, fls. 02 a 25, exige-se do contribuinte acima qualificado o recolhimento da importância de R\$ 318.046,77, calculados até 30-09-2008, em virtude da constatação de infringência a dispositivos legais, referente aos anos calendário de 2005 e 2006, descrita a seguir.

1. Detectou Omissão de Rendimentos caracterizada por depósitos bancários, com origem não comprovada, cujos valores creditados em conta de depósito ou de investimento, mantida em instituição financeira, em relação aos quais o contribuinte, regularmente intimado, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações, e no que se refere a atualização monetária e às penalidades aplicáveis, conforme consta do Relatório de Ação Fiscal. Enquadramento Legal: art. 849 do RIR/99, art. 1º da Lei nº 11.119/2005, art. 1º da Lei nº 11.311/2006 (fls. 20 a 22).

Foram aplicadas a Multa de Ofício, conforme Enquadramento Legal no art.44, inciso I, da lei nº9.430/96, 75% art.44, inciso I, da lei nº9.430/1996, com redação dada pelo art. 18 da MP nº303/2006, e os Juros de Mora, com Enquadramento Legal: art.61, inciso 3º, da lei nº9.430/1996 (fl.25).

O contribuinte apresentou impugnação, de fls. 87 a 114, requerendo a total improcedência do auto de infração, invocando preliminarmente a nulidade do procedimento.

Contrapõe-se ao Auto de infração, porque, em princípio os documentos utilizados como fundamento do Imposto sobre omissão de receitas de 2005 e 2006 foram obtidos sem a observância do devido processo legal, desrespeitados as regras cabíveis e o princípio da moralidade administrativa; em seguida, pelo fato dos valores apontados como omitidos restarem comprovados pelo contribuinte, através do recebimento dos rendimentos da Carlos Rosa Advogados Associados, isentos e não tributáveis, quanto pelos saques retirados da conta corrente da pessoa jurídica junto ao Banco do Brasil repassados ao sócio, desconsiderados pela fiscalização e constantes nas fls 13 e 14 do Relatório de Ação Fiscal.

Requer, ao final, que seja julgada procedente a impugnação e solicita a produção dos meios de prova em direito admitidas, especialmente a produção de prova documental acostada com a presente impugnação, a juntada de novos documentos, que estão sendo providenciados pelo impugnante para amparar sua defesa, e a não utilização da Taxa Selic, para atualizações de créditos tributários fls. 113 e 114.

A DRJ decidiu, conforme ementas abaixo reproduzidas:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física IRPF

Exercício: 2006, 2007

Ementa: NULIDADE IMPROCEDÊNCIA.

Não procedem as arguições de nulidade quando não se vislumbra nos autos qualquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72.

CERCEAMENTO DE DEFESA – INEXISTÊNCIA.

Não se configura cerceamento de defesa quando nos autos se encontram a descrição dos fatos, enquadramento e todos os elementos que permitem ao contribuinte exercer seu pleno direito de defesa, estando este configurado na impugnação apresentada e em suas manifestações por ocasião das intimações e as oportunidades em diligências.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

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

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Tratando-se de uma presunção legal de omissão de rendimentos, a autoridade lançadora exime-se de provar no caso concreto a sua ocorrência, transferindo o ônus da prova ao contribuinte. Somente a apresentação de provas hábeis e idôneas pode refutar a presunção legal regularmente estabelecida.

TAXA SELIC SÚMULA Nº 4 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS CARF.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

INCONSTITUCIONALIDADE.

Alegações de inconstitucionalidade não podem ser apreciadas na esfera administrativa, por ser prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificado da decisão de 1ª Instância, aos 06/06/2012 (fls. 891), o contribuinte apresentou o presente recurso voluntário em 05/07/2012 (fls. 892 e ss).

Insurge-se contra a desconsideração de valores isentos, decorrentes de distribuição de lucros. Assinala que a distribuição de lucros foi feita na forma de mútuos, já que a empresa não poderia distribuir lucros no período anterior a 2007.

Apresenta documentos que fazem prova da tributação da receita de atividade rural, e pede a exclusão dos valores.

Alega a nulidade do lançamento ao enfoque de ser ilegal e inconstitucional, na medida em que houve quebra do sigilo bancário. Salieta a inconstitucionalidade da aplicação da taxa Selic.

Assinala que a autuação considerou valores que já faziam parte do patrimônio do Recorrente, na medida em que considerou transferências entre contas.

OBSERVAÇÃO	DATA	VALOR	DILIGENCIA
17	31/10/2006	10.000,00	ted Banco do Brasil 001 para itaú 479
18	24/10/2006	20.000,00	ted Banco do Brasil 001 para itaú 479
19	21/11/2006	10.000,00	ted Banco do Brasil 001 para itaú 479
20	28/11/2006	11.000,00	ted Banco do Brasil 001 para itaú 479
21	28/12/2006	10.000,00	ted Banco do Brasil 001 para itaú 479

Pede o cancelamento do crédito lançado.

Juntou documentos.

Esse, em síntese, o relatório.

Fl. 5 do Acórdão n.º 2202-009.937 - 2ª Sejul/2ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11080.012096/2008-98

Voto

Conselheira Sonia de Queiroz Accioly, Relatora.

Sendo tempestivo, conheço parcialmente do recurso e passo ao seu exame.

Cumprе ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, sendo vedado ainda ao órgão julgador administrativo negar a vigência a normas jurídicas por motivo de alegada ilegalidade de lei, salvo nos casos previstos no art. 103-A da CF/88 e no art. 62 do Regimento Interno do CARF, consoante Súmula CARF nº 2:

Súmula CARF nº 2:

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

Isso porque o controle de legalidade efetivado pelo CARF, dentro da devolutividade que lhe compete frente à decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em consonância com a legislação vigente.

Também ressalta-se que este Colegiado falece de competência para se pronunciar sobre a alegação de ilegalidade de ato normativo vigente, uma vez que sua competência resta adstrita a verificar se o fisco utilizou os instrumentos legais de que dispunha para efetuar o lançamento.

Nesse sentido, art. 62, do Regimento Interno do CARF, e o art. 26-A, do Decreto 70.235/72. Isso porque o controle efetivado pelo CARF, dentro da devolutividade que lhe compete frente à decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em consonância com a legislação vigente. Nesse sentido, compete ao Julgador Administrativo apenas verificar se o ato administrativo de lançamento atendeu aos requisitos de validade e observou corretamente os elementos da competência, finalidade, forma e fundamentos de fato e de direito que lhe dão suporte, não havendo permissão para declarar ilegalidade ou inconstitucionalidade de atos normativos.

Assim, não cabe conhecer da insurgência apresentada no Recurso relativa à inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário e da aplicação da taxa Selic.

Mesmo que assim não fosse, observa-se o entendimento sumulado neste Conselho a respeito da aplicação da Selic:

Súmula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

No que toca ao sigilo bancário, mesmo que assim não fosse, ressalta-se que com o julgamento definitivo do RE 601.314 pelo STF, em 24/02/2016, com repercussão geral

reconhecida, foi fixado o entendimento acerca da constitucionalidade da LC 105/2001, bem como sua aplicação retroativa:

RE 601.314

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01.

O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

A decisão do STF é de observância obrigatória pelos integrantes deste Conselho, nos termos do arts. 45, VI e 62, § 2º do RICARF (Portaria MF 343/2015), inexistindo ofensa ao ordenamento vigente.

Além disso, não se pode conhecer dos documentos e alegações abaixo relacionados:

- documentos que fazem prova da tributação da receita de atividade rural (notas fiscais de produtor, cópias de cheques, notas fiscais de frigoríficos, comprovantes de TED). Pede a exclusão dos valores.
- alega que a autuação considerou valores que já faziam parte do patrimônio do Recorrente, na medida em que considerou transferências entre contas.

OBSERVAÇÃO	DATA	VALOR	DILIGENCIA
17	31/10/2006	10.000,00	ted Banco do Brasil 001 para itaú 479
18	24/10/2006	20.000,00	ted Banco do Brasil 001 para itaú 479
19	21/11/2006	10.000,00	ted Banco do Brasil 001 para itaú 479
20	28/11/2006	11.000,00	ted Banco do Brasil 001 para itaú 479
21	28/12/2006	10.000,00	ted Banco do Brasil 001 para itaú 479

Sob o argumento de serem exemplos de situações excludentes da infração de omissão de rendimentos, o Recorrente discorre sobre eventos não descritos na peça de defesa, em verdadeira inovação em face da impugnação, contrariando o princípio do duplo grau de jurisdição, bem como o do contraditório e o da ampla defesa.

A preclusão processual é um elemento que limita a atuação das partes durante a tramitação do processo, imputando celeridade em prol da pretendida pacificação social.

De acordo com o art. 16, inciso III, do Decreto nº 70.235, de 1972, os atos processuais concentram-se no momento da impugnação, cujo teor deverá abranger “os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância, as razões e provas que possuir”, considerando-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante (art. 17 do Decreto nº 70.235, de 1972).

Assim não é lícito inovar após o momento de impugnação para inserir tese de defesa diversa daquela originalmente deduzida na impugnação, ainda mais se o exame do resultado tributário do Recorrente apresenta-se diverso do originalmente exposto, contrário a própria peça recursal, e poderia ter sido levantado na fase defensiva.

Assim, as inovações devem ser afastadas por referirem-se a matéria não impugnada no momento processual devido.

Soma-se que, no recurso, o Recorrente não demonstrou a impossibilidade da defesa, no momento legal, por força maior ou decorrente de fato superveniente.

As situações de exceção previstas no §4º, do art. 16, do Decreto 70.235/72 não se encontram contempladas, de forma que essas alegações não podem ser conhecidas.

E nem se diga que as alegações devam ser conhecidas em nome do preceito conhecido como verdade material.

Os princípios de direito tem a finalidade de nortear os legisladores e juízes de direito na análise da constitucionalidade de lei. Não obstante, essa finalidade não alcança os aplicadores da lei, adstritos à legalidade, como são os julgadores administrativos.

Assim é que o conhecido princípio da verdade material não tem o condão de derrogar ou revogar artigos do ordenamento legal, enquanto vigentes.

Ademais, o Recorrente foi intimado e reintimado a comprovar os depósitos, e no momento oportuno não o fez.

Dessa forma, não se conhece dos documentos apresentados somente em sede recursal bem como destas alegações.

Acrescente-se que a autuação em face do cônjuge do Recorrente foi julgada pelo CARF em 14/07/2021, como se verifica do Acórdão 2402-010.198, e teve como resultado, por unanimidade de votos, o conhecimento parcialmente do recurso voluntário, não se conhecendo da alegação quanto à existência de valores com origem na comercialização de bens/produtos da atividade rural, os quais teriam sido declarados e tributados, uma vez que tal alegação não foi levada ao conhecimento e à apreciação da autoridade julgadora de primeira instância, representando inovação recursal, e, na parte conhecida do recurso, a negativa de provimento.

Das Nulidades

O Impugnante alega existência de vícios que levam a nulidade do lançamento.

Antes de examinar as teses trazidas pela defesa, impõe-se destacar o artigo 142 do Código Tributário Nacional e os artigos 10 e 11 do Decreto 70.235/72, que estabelecem os requisitos de validade do lançamento, além daqueles previstos para os atos administrativos em geral:

Código Tributário Nacional

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Decreto 70.235/72

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 trinta dias;

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

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Parágrafo único. Prescinde de assinatura a notificação de lançamento emitida por processo eletrônico.

Também importa ressaltar os casos que acarretam a nulidade do lançamento, previstos no art. 59, do Decreto nº 70.235/72, que regula o Processo Administrativo Fiscal:

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.

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

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

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.

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

Da leitura dos dispositivos legais transcritos, depreende-se que ensejam a nulidade do lançamento os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Analisando o tema nulidades, a Professora Ada Pellegrini Grinover (As Nulidades do Processo Penal, 6º ed., RT, São Paulo, 1997, pp.26/27) afirma que o “*princípio do prejuízo constitui, seguramente, a vigia mestra do sistema de nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para correta aplicação do direito*”.

No mesmo sentido, Marcos Vinícius Neder e Maria Teresa M. Lopez (Processo Administrativo Federal Comentado, Dialética, São Paulo, 2002, pp. 413, 426) afirmam que “*é inútil, do ponto de vista prático, anular-se ou decretar a nulidade de um ato, não tendo havido prejuízo da parte*”. E, ao examinar este dispositivo do Decreto 70.235/72, continuam:

“É preciso (...) examinar, no caso concreto, se o vício defensivo prejudica a ampla defesa como um todo, ou não. Para Ada Pellegrini Grinover (na obra citada), “há nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova de prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver esta

consequência”. Neste caso, o vício pode ser sanado. Segundo a autora, “o vício ou inexistência do ato defensivo pode não levar, como consequência necessária, à vulneração do direito de defesa, em sua inteireza, dependendo a declaração de nulidade da demonstração do prejuízo à atividade defensiva como um todo.”(p 425).

Da fase oficiosa do Procedimento Fiscal.

É de se observar que o procedimento fiscal é uma fase oficiosa em que a fiscalização atua com poderes amplos de investigação, tendo liberdade para interpretar os elementos de que dispõe para efetuar o lançamento. Nessa fase, o Fisco submete-se à regra geral do ônus da prova prevista no Processo Civil – que serve como fonte subsidiária ao processo administrativo fiscal. Como, ainda, não há processo instaurado, mas tão-somente procedimento, não cabe falar em direito de defesa.

Antes da impugnação não há litígio, não há contraditório ou direito à ampla defesa e o procedimento é levado a efeito, de ofício, pelo Fisco.

O ato do lançamento é privativo da autoridade, e não uma atividade compartilhada com o sujeito passivo (CTN, art.142).

Nesse sentido, a Autoridade Fiscal pode valer-se de algumas peças processuais e sobrepor-las, sem que com isso advenha qualquer irregularidade, arbitrariedade ou nulidade ao feito.

Soma-se a isso, o entendimento sumulado do CARF:

Súmula CARF nº 46:

O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

A Decisão de Piso bem considerou que:

Pelo exame dos dispositivos citados, somente ensejam a nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa. Estas são as hipóteses em que o legislador presume, de forma absoluta ter havido prejuízo à ampla defesa e ao contraditório.

No presente caso, não ocorreu nenhuma dessas hipóteses. O lançamento foi levado a efeito por autoridade competente e concedido ao contribuinte o mais amplo direito à defesa e ao contraditório, pela oportunidade de apresentar, tanto da fase de instrução do processo, em resposta às intimações que recebeu, quanto na fase de impugnação, argumentos, alegações e documentos no sentido de tentar ilidir as infrações apuradas pela fiscalização.

Logo, não há que se cogitar de nulidade do Auto de Infração.

Ocorre que nem mesmo vícios sobre os quais paire presunção relativa de nulidade são encontrados no Auto de Infração. Isto porque, verifica-se que, na peça fiscal às fls. 02 a 25, identifica-se o nome e o CPF do autuado, esclarece-se o local de lavratura e descreve-se, em suas folhas de continuação, as infrações cometidas e o seu enquadramento legal. Há a perfeita discriminação do crédito tributário cobrado com o, respectivo, demonstrativo de apuração; apresenta-se, ainda, a intimação para recolher ou

impugnar a exigência no prazo de trinta dias e consta a assinatura e matrícula da Auditor Fiscal atuante.

Como se vê, há o perfeito atendimento de todas as prescrições estabelecidas no art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, a seguir transcrito, ao contrário do que quer fazer crer o atuado:

(...)

Por outro lado, considero sem sustentabilidade as argumentações de ilicitudes da provas da movimentação financeira, pois a demanda para a Receita Federal do Brasil foi originada pelo Ministério Público Federal e Polícia Federal, com ampla documentação obtida judicialmente na denominada ‘Operação Rodin”, cujo Procedimento Criminal Diverso (PCD) nº 2007.71.02.0042436, perante a Justiça Federal em Santa Maria (RS), conforme documentos constantes dos autos.

Ademais, não se constate no instrumento de exigência do crédito tributário irregularidade alguma, é entendimento pacífico o de que a caracterização do exercício de defesa do atuado de forma efetiva, por si só, bastaria para a ocorrência da correção de vícios porventura ocorridos. É o que se pode verificar na seguinte ementa proferida em julgado do Conselho de Contribuintes:

(...)

Dessa forma, é importante registrar que foram plenamente respeitados os Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e da Legalidade inseridos na Constituição Federal, demonstrado claramente pelo direito à impugnação do crédito tributário exercido pelo contribuinte. Nenhum prejuízo sofreu o impugnante no seu direito de defesa.

Com a apresentação da impugnação o procedimento se torna processo, estabelecendo-se o conflito de interesses: de um lado o Fisco indicando a existência de um débito tributário, fundando sua pretensão de recebe-lo e, de outro, o contribuinte, que opõe resistência por meio de apresentação de impugnação.

Portanto, a partir desse momento que, iniciada a fase processual, passa a vigorar, na esfera administrativa, o princípio constitucional da garantia ao devido processo legal, no qual está compreendido o respeito à ampla defesa e ao contraditório, com os meios e recursos a eles inerentes, nos termos do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Acrescente-se, ainda, que o atuado teve pleno conhecimento do procedimento fiscal, tendo sido concedido ao mesmo o mais amplo direito, pela oportunidade de apresentar, já na fase de instrução do processo, em respostas às intimações que recebeu, argumentos, alegações e documentos no sentido de tentar elidir as infrações apuradas pela fiscalização, não podendo prosperar, por conseguinte, as alegações de cerceamento do direito de defesa.

De outra parte, preenchidos os requisitos exigidos pelo Decreto nº 70.235/1972 pertinentes à lavratura do Auto de Infração, são improcedentes os argumentos no sentido de que a fiscalização não teria explicitado o fato impositivo do imposto de renda.

Portanto, entendemos, como não sendo o Auto de Infração passível de nulidade

Correta a Decisão de Piso, acolhidos seus fundamentos como razão de decidir.

Assim, uma vez que todos os atos que ampararam a ação fiscal ocorreram em conformidade com as disposições normativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e tendo a ação fiscal sido conduzida por servidor competente, em obediência aos requisitos do Decreto nº 70.235/1972, e inexistindo prejuízo à defesa, não se há de falar em nulidade do auto de infração.

Da omissão de rendimentos por depósitos bancários

Quanto à tributação de depósitos bancários, há, inicialmente, que se tecer um breve histórico da legislação vigente.

A Lei que primeiramente autorizou a utilização de depósitos bancários injustificados para arbitramento de omissão de rendimentos foi a Lei n.º 8.021, de 12 de abril de 1990, que assim dispõe em seu art. 6º e parágrafos:

Art. 6.º. O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

§1.º. Considera-se sinal exterior de riqueza a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte.

§2.º. Constitui renda disponível a receita auferida pelo contribuinte, diminuída dos abatimentos e deduções admitidos pela legislação do Imposto de Renda em vigor e do Imposto de Renda pago pelo contribuinte.

§3.º. Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, o contribuinte será notificado para o devido procedimento fiscal de arbitramento.

§4.º. No arbitramento tomar-se-ão como base os preços de mercado vigentes à época da ocorrência dos fatos ou eventos, podendo, para tanto, ser adotados índices ou indicadores econômicos oficiais ou publicações técnicas especializadas.

§5.º. O arbitramento poderá ainda ser efetuado com base em depósitos ou aplicações realizadas junto a instituições financeiras, quando o contribuinte não comprovar a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§6.º. Qualquer que seja a modalidade escolhida para o arbitramento, será sempre levada a efeito aquela que mais favorecer o contribuinte.)

O texto legal, portanto, permitiu o arbitramento dos rendimentos omitidos utilizando-se depósitos bancários injustificados desde que demonstrados os sinais exteriores de riqueza, caracterizados por gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte e de que este fosse o critério de arbitramento mais benéfico ao contribuinte. Percebe-se claramente que na vigência da Lei n.º 8.021/90 o fator que permitia presumir a renda omitida eram os sinais exteriores de riqueza, que deviam ser comprovados pela fiscalização, e não os depósitos bancários injustificados, mero instrumento de arbitramento.

Porém, a partir de 01/01/1997, a tributação com base em depósitos bancários passou a ter um disciplinamento diferente daquele previsto na Lei n.º 8.021/90, tendo entrado em vigor a Lei n.º 9.430/1996, cujo art. 42, com as alterações introduzidas pelo art. 4º da Lei n.º 9.481/1997 e art. 58 da Lei 10.637/2002, deu suporte a presente autuação, e 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.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos,

submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualmente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

§ 4º Tratando-se de pessoa física, os rendimentos omitidos serão tributados no mês em que considerados recebidos, com base na tabela progressiva vigente à época em que tenha sido efetuado o crédito pela instituição financeira.

§ 5º Quando provado que os valores creditados na conta de depósito ou de investimento pertencem a terceiro, evidenciando interposição de pessoa, a determinação dos rendimentos ou receitas será efetuada em relação ao terceiro, na condição de efetivo titular da conta de depósito ou de investimento.

§ 6º Na hipótese de contas de depósito ou de investimento mantidas em conjunto, cuja declaração de rendimentos ou de informações dos titulares tenham sido apresentadas em separado, e não havendo comprovação da origem dos recursos nos termos deste artigo, o valor dos rendimentos ou receitas será imputado a cada titular mediante divisão entre o total dos rendimentos ou receitas pela quantidade de titulares.

(...)

Art. 88. Revogam-se:

(...)

XVIII – o §5.º do art. 6.º da Lei n.º 8.021, de 12 de abril de 1990

Desta forma, o legislador estabeleceu, a partir da referida data, uma presunção legal de omissão de rendimentos com base nos depósitos bancários condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do contribuinte, em instituições financeiras, ou seja, tem-se a autorização para **considerar ocorrido o fato gerador** quando o contribuinte não logra comprovar a origem dos créditos efetuados em sua conta bancária, não havendo a necessidade do fisco juntar qualquer outra prova. Após a vigência da Lei n.º 9.430/96, não há mais a necessidade de se comprovar acréscimo patrimonial, sinais exteriores de riqueza, e/ou demonstrar o nexo causal entre depósito e consumo de renda, como alegado pelo contribuinte.

Assim, o legislador substituiu uma presunção por outra, as duas relativas ao lançamento do rendimento omitido com base nos depósitos bancários, porém diversas nas condições para sua aplicação: a da Lei n.º 8.021, de 1990, condicionava a falta de comprovação da origem dos recursos à demonstração dos sinais exteriores de riqueza e que fosse este o critério mais benéfico ao contribuinte; já a presunção da Lei n.º 9.430, de 1996, está condicionada apenas à falta de comprovação da origem dos recursos que transitaram, em nome do fiscalizado, em instituições financeiras.

A presunção em favor do Fisco não se configura como mera suposição e transfere ao contribuinte o ônus de ilidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem de seus créditos bancários. Trata-se, afinal, de presunção relativa passível de prova em contrário.

No texto abaixo reproduzido, extraído de Imposto sobre a Renda - Pessoas Jurídicas – JUSTEC-RJ-1979 - pg. 806, José Luiz Bulhões Pedreira defende com muita clareza essa posição:

“O efeito prático da presunção legal é inverter o ônus da prova: invocando-a, a autoridade lançadora fica dispensada de provar, no caso concreto, que ao negócio jurídico com as características descritas na lei corresponde, efetivamente, o fato econômico que a lei presume – cabendo ao contribuinte, para afastar a presunção (se é relativa) provar que o fato presumido não existe no caso.”

Observe-se que a existência de depósitos bancários em nome do contribuinte representa, inicialmente, um indício de que tais depósitos se realizaram a partir de rendimentos deste mesmo contribuinte, merecendo investigação mais apurada. E nesse ponto, ele deve ser ouvido, para indicar a origem desses depósitos. Mas não se trata de simplesmente prestar a informação, pois a lei é bastante clara ao exigir que o contribuinte comprove a origem dos recursos. E esta não-comprovação, tem o poder de transformar os depósitos, que eram meros indícios, em meios de prova em favor do Fisco.

Dessa forma, **cabe ao contribuinte** que pretender refutar a presunção da omissão de rendimentos estabelecida contra ele, **provar**, por meio de **documentação hábil e idônea, que tais valores tiveram origem em rendimentos não tributáveis, sujeitos à tributação definitiva e/ou já tributados na fonte.**

Por comprovação de origem, entende-se a apresentação de documentação hábil e idônea que possa identificar a fonte do crédito, o valor, a data e, **principalmente, que demonstre, de forma inequívoca, a que título o beneficiário recebeu aquele valor, de modo a determinar a natureza da transação, se tributável ou não.** Há necessidade de se estabelecer uma relação biunívoca entre cada crédito em conta e a origem que se deseja comprovar, com coincidência de datas e valores, não cabendo a “comprovação” feita de forma genérica fundada em meras alegações e apresentação de documentos sem a correlação dos valores com os depósitos, como pretende o contribuinte.

Assim, é função do fisco, entre outras, comprovar o crédito dos valores em contas de depósito ou de investimento, examinar a correspondente declaração de rendimentos do real beneficiário dos depósitos bancários e intimá-lo, como o titular das contas bancárias, a apresentar os documentos/informações/esclarecimentos, com vistas à verificação da ocorrência de omissão de rendimentos de que trata o art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Todavia, a comprovação da origem dos recursos utilizados nessas operações é obrigação do contribuinte, dada a inversão do ônus da prova estabelecida pelo legislador.

Desse modo, não comprovada a origem dos recursos, tem a autoridade fiscal o poder/dever de considerar os valores depositados como rendimentos tributáveis e omitidos na declaração de ajuste anual efetuando o lançamento do imposto correspondente. Nem poderia ser de outro modo, ante a vinculação legal decorrente do princípio da legalidade que rege a administração pública, cabendo ao agente tão-somente a inquestionável observância do diploma legal.

Sobre a questão, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF aprovou a Súmula nº 26, DOU de 22/12/2009, com o seguinte enunciado:

Súmula CARF nº 26.

A presunção estabelecida no art. 42, da Lei 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada.

Ainda é preciso ressaltar que os princípios de direito tem a finalidade de nortear os legisladores e juízes de direito na análise da constitucionalidade de lei. Não obstante, essa finalidade não alcança os aplicadores da lei, adstritos à legalidade, como são os julgadores administrativos.

Assim é que o conhecido princípio da verdade material não tem o condão de derrogar ou revogar artigos do ordenamento legal, enquanto vigentes.

Feitas estas considerações, passa-se ao exame das alegações de defesa.

O Recorrente insurge-se contra o afastamento da defesa apresentada relativa ao recebimento de distribuição de lucros.

Vejamos a instrução processual.

A fls. 6 e ss, encontra-se o Relatório de Ação Fiscal que traz o seguinte relato:

A CARLOS ROSA ADVOGADOS ASSOCIADOS é uma das pessoas jurídicas abrangidas na "operação Rodin", deflagrada pela Polícia Federal, em virtude de fraudes cometidas no Departamento Estadual de Trânsito do Estado do RGS.

A operação Rodin foi iniciada em maio de 2007, a partir do procedimento criminal diverso (PCD) no 2007.71.02.004243-6 que tramitou perante a Justiça Federal de Santa Maria, em que se deferiu monitoramento telefônico/telemático de diversas pessoas físicas e jurídicas, que se utilizavam das Fundações de Apoio vinculadas à Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), mais precisamente a Fundação de Apoio, Ciência e Tecnologia (FATEC) e a Fundação Educacional e Cultural para o Desenvolvimento e Aperfeiçoamento da Educação e da Cultura (FUNDAE), para a prática de diversos crimes, especialmente contra licitações e outros contra a administração pública.

A interceptação telefônica colhida no âmbito do procedimento criminal diverso acarretou a necessidade de organizar a atuação estatal em "força tarefa". Assim, passaram a agir de forma concatenada e integrada os órgãos da Polícia Judiciária da União, da Secretaria da Receita Federal do Brasil e do Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, sempre mediante autorização judicial.

As operações realizadas consistiam basicamente na terceirização da execução das atividades de fornecimento de serviços técnicos especializados de supervisão e gerência, previstas nos contratos firmados entre as fundações de apoio FATEC, FUNDAE e o DETRAN-RS, mediante dispensa de licitação, com pregos supostamente superfaturados, que possibilitavam a distribuição de recursos aos envolvidos no sistema, inclusive a funcionários públicos responsáveis pela definição desta contratação com as Fundações envolvidas.

Em síntese, dispensava-se a licitação para contratação das fundações de apoio e essas, por sua vez, repassavam o objeto contratado a terceiros que, com seus lucros exorbitantes, alimentavam todo o sistema.

A pessoa jurídica Carlos Rosa Advogados é uma das empresas contratadas pela FATEC para prestar serviços relacionados aos exames práticos e teóricos de direção veicular no Estado do Rio Grande do Sul. Referidas empresas foram denominadas de "sistemistas".

Em decisão datada de 30/10/07 a Juíza Federal Simone Barbisan Fortes, da 3ª Vara Federal de Santa Maria - RS deferiu a quebra do sigilo fiscal, bancário e financeiro em relação aos investigados apontados pelo Ministério Público (fls.34 a 103 do Anexo I).

Em 21/11/07, o Procurador da República Enrico Rodrigues de Freitas solicitou Justiça Federal a autorização para que a Secretaria da Receita Federal do Brasil, representada por seus auditores fiscais, tivesse acesso e pudesse utilizar todas as provas coletadas na investigação policial relacionada ao PCD no 2007.71.02.004243-6/RS para a finalidade de lançamento fiscal (fls.110/111 do Anexo I). A solicitação foi deferida em 29/11/07 pela Exma.Sra.Dra. Simone Barbisan Fortes, Juíza Federal da 3ª Vara Criminal de Santa Maria (fls.112/116 do Anexo I).

Na sequência, o despacho de 01/02/08 trata expressamente do intercâmbio de informações entre a Polícia Federal e a Receita Federal do Brasil, na fase ostensiva da "Operação Rodin" (fls. 117/119 do Anexo I).

Em 26/05/08, o Delegado da Polícia Federal Gustavo Schneider, da DPF/SMA/RS, entregou a esta Fiscalização diversos volumes dos autos do inquérito Policial Federal no 136/2007 para extração de cópias. Na mesma data foi acatada a denúncia formulada pelo Ministério Público, incluindo-se entre os denunciados o fiscalizado Carlos Dahlem da Rosa (fls.131/148 do Anexo I).

Em 04/07/08, a Juíza Federal Simone Barbisan encaminhou o Ofício no 017/08-GAB ao Superintendente substituto na 10ª Região Fiscal, Vito Mário Mandarino Gallo, tendo autorizado o fornecimento da cópia digitalizada do Processo no 2007.71.02.007872-8 e de todos os seus Apensos, Anexos e caixas à Secretaria da Receita Federal do Brasil (fls.120 do Anexo I).

Através da transferência do sigilo fiscal e bancário essa fiscalização obteve acesso à movimentação financeira do contribuinte nos Bancos do Brasil, Itaú, Santander, e Banrisul, referente às contas correntes e poupanças. Com relação à movimentação no Banrisul, tornou-se necessária a emissão da Requisição de Movimentação Financeira - RMF, devido à demora por parte da Instituição Financeira na disponibilização dos extratos. Referida demora resultou na emissão de Alvará Judicial constante do Processo no 2007.71.02.007872-8, em 25/08/08, através do qual a Juíza Federal Simone Barbisan determinou ao Banrisul o fornecimento imediato à Secretaria da Receita Federal do Brasil, dos extratos bancários e documentos comprobatórios de débito e crédito das contas correntes relativas às pessoas físicas e jurídica de Carlos Rosa Advogados Associados e Carlos Dahlem da Rosa (fls.149 do Anexo I).

(...)

A pessoa jurídica CARLOS ROSA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C firmou contratos com a FATEC em 30/06/03 e 22/12/03 (fls.150 a 160 do Anexo I). O objeto dos referidos contratos consistia na execução de serviços técnicos especializados de consultoria e assessoria jurídica nas relações decorrentes do contrato firmado entre a FATEC e o DETRAN, envolvendo a elaboração e aplicação de provas práticas e teóricas para obtenção de Carteira Nacional de Habilitação para condução de veículos automotores no Estado do Rio Grande do Sul.

Cabe observar que os contratos entre FATEC e DETRAN, de nos 34/03 e 70/03, foram firmados mediante dispensa de licitação, amparada pelo artigo 24, inciso XIII da Lei no 8.666/93, que possibilita a contratação mediante dispensa de licitação, em favor de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional.

As atividades exercidas pelas empresas sistemistas caracterizavam-se como serviços de natureza eminentemente intelectual, tais como consultoria, inteligência, informática, jurídico, dentre outros, com quadro reduzido de funcionários, que poderiam perfeitamente ser executados pela UFSM.

Em todos os contratos firmados com os sistemistas consta uma cláusula de "sigilo", através da qual a FATEC e a empresa contrata se obrigavam a tratar como matéria confidencial quaisquer informações decorrentes da realização dos trabalhos, inclusive as integrantes de rotinas administrativas, financeiras, operacionais e organizacionais, devendo todos os técnicos envolvidos individualmente proteger tais informações.

A inclusão da cláusula de sigilo em um contrato público chama atenção, na medida em que envolve recursos públicos estaduais e obrigações da UFSM e do DETRAN/RS e ainda referem-se a questões administrativas, financeiras, operacionais e organizacionais.

De acordo com os contratos entre FATEC e Carlos Rosa Advogados Associados, firmados em 30/06/03 e 22/12/03, conforme consta da cláusula quarta que trata dos custos e do pagamento, verifica-se que foi auferido mensalmente 12% do faturamento (41) decorrente dos Contratos no 34/03 e 70/03 (Fatec e Detran) que excedesse ao custo fixo operacional da FATEC, fixado em R\$ 650.000,00, até o limite de R\$ 1.300.000,00. Do valor que excedesse este limite, o percentual seria reduzido em 6%.

(...)

Através da Intimação Fiscal no 474/07, recebida em 20/12/07, conforme Aviso de Recebimento - AR, foi iniciado o procedimento fiscal junto ao contribuinte, mediante solicitação de documentos e esclarecimentos, visando à verificação do cumprimento das obrigações referentes ao Imposto de Renda das Pessoas Físicas, conforme a seguir se transcreve.

(...)

Em 11/01/08 apresenta resposta, evidenciando que não pretende abrir mão de garantias constitucionais para colaborar com a fiscalização. Ademais, no seu entendimento, a fiscalização não apresenta qualquer justificativa ou demonstração da necessidade, razoabilidade e finalidade do procedimento instaurado, para que renuncie a seus direitos.

(...)

Foram solicitados os extratos de movimentação das contas correntes, extratos de aplicações financeiras, bem como os dados constantes da ficha cadastral, com a finalidade de verificar a movimentação financeira nos anos-calendário de 2005 e 2006.

Uma vez apresentados os extratos bancários pelas instituições financeiras, essa fiscalização efetuou análise individualizada dos valores creditados em contas correntes.

Os valores lançados a débito e a crédito em contas de titularidade do sujeito passivo, iguais ou superiores a R\$ 400,00 (quatrocentos reais), estabelecido em função do porte do sujeito passivo e do interesse tributário desta fiscalização, foram registrados em sistema operacional de apoio à atividade fiscal intitulado "papéis de fiscalização", para fins de conciliação entre débitos e créditos coincidentes em datas e valores, visando identificar a origem de depósitos mediante transferências interbancárias. Os valores, a princípio, não-respaldados em transferências bancárias foram relacionados em planilhas intituladas Extratos de Crédito - A examinar/comprovar, nos montantes de R\$ 443.455,87 e R\$ 400.915,36, respectivamente para os anos-calendário de 2005 e 2006, e submetidos à apreciação do contribuinte, através da Intimação Fiscal Sefis no 427/08.

Foi solicitada a comprovação da operação que deu origem ao recurso depositado, individualizadamente, para cada crédito/depósito, mediante documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores.

A Intimação Fiscal no 427/08 foi recebida em 20/08/08 conforme AR retornado pelo Serviço Postal. Referida intimação não foi atendida no prazo regulamentar. Em 15/09/08 encaminhou-se a reintimação fiscal Sefis no 531/08, reiterando o disposto na intimação anterior e alertando ao fiscalizado de que o não atendimento às intimações enseja o agravamento da multa prevista em legislação (art.44, § 2º da lei no 9.430/96, art. 70, I da Lei no 9.532/97 e art. 959, I do RIR/99).

Em 23/09/08 apresenta manifestação contra o procedimento fiscal, solicitando cópia de documentos obtidos pela Fiscalização, citados na Intimação Fiscal no 427/08.

Em 29/09/08 foi informado que os documentos solicitados serão disponibilizados por ocasião do encerramento do procedimento fiscal.

(...)

Embora o fiscalizado não tenha apresentado qualquer documento no decorrer do procedimento fiscal, foi possível a esta Fiscalização identificar a origem para depósitos relacionados na Tabela 02 que segue, em decorrência da fiscalização efetuada na pessoa jurídica CARLOS ROSA ADV. S/C, CNN 94.576.402/0001-82.

Foram obtidos os extratos bancários da conta 3261-1 de titularidade da pessoa jurídica, mantida no Banco do Brasil. Numa análise detalhada desta conta, foi possível identificar transferências da pessoa jurídica para as contas correntes do fiscalizado, coincidentes em datas e valores. Conforme apurado naquele procedimento fiscal, tais transferências são relativas a empréstimos da pessoa jurídica ao sócio Carlos Dahlem.

Desta forma, na tabela 02 anexa seguem os créditos nas contas correntes do fiscalizado, nos anos-calendário de 2005 e 2006, identificados pela fiscalização como oriundos da pessoa jurídica Carlos Rosa Adv. S/C, excluídos, portanto, da planilha "Extrato de Crédito - A examinar/comprovar".

Cabe observar ainda que embora os empréstimos apurados na pessoa jurídica tenham sido de valor superior ao que estamos considerando a favor do fiscalizado, só são admitidos aqueles em que houve coincidência de datas e valores entre os débitos ocorridos na conta corrente da empresa e os créditos na conta corrente do fiscalizado.

O procedimento de fiscalização em nome da pessoa jurídica resultou em lavratura de auto de infração e constituição de processo administrativo fiscal de no 11065.004109/2008-43.

(...)

Assim, do total de depósitos de origem não identificada, excluídas as parcelas de R\$ 99.200,00 e R\$ 26.825,00, conforme descrito acima, permaneceram sem a devida comprovação os montantes de R\$ 344.255,87 e R\$ 374.090,36, respectivamente para os anos-calendário de 2005 e 2006.

Destes totais, efetuou-se o desdobramento dos valores referentes à conta conjunta mantida com o cônjuge Lea no Banco do Brasil, a razão de 50% para cada titular, nos totais de R\$ 35.713,67 e R\$ 97.519,43, respectivamente, conforme relacionado no Quadro 03, resultando nos valores tributáveis no presente procedimento fiscal de R\$ 308.542,06 e R\$ 276.570,92, respectivamente para os anos-calendário de 2005 e 2006.

(...)

Assim, não tendo o contribuinte comprovado a origem dos valores depositados em suas contas correntes mantidas nos Bancos do Brasil, Banco Ital., Santander e Banrisul, nos anos-calendário de 2005 e 2006, ou demonstrado mediante documentação hábil e idônea, que são provenientes de recursos que já foram submetidos à tributação, ou se referem a rendimentos isentos e não tributáveis, a presunção prevista no art. 42 da Lei no 9.430/96 se legitima, justificando o lançamento da omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada.

A respeito da temática relativa aos valores que o Recorrente alega serem isentos, o R. Acórdão recorrido bem considerou que:

Não basta o impugnante alegar que trata-se de distribuição de lucros de empresa, se não tiver regularmente registrado em sua contabilidade, e a argumentação de que havia débitos fiscais, os quais impediria a distribuição de lucros, a meu ver, só agravam a situação por indícios de práticas, pela empresa e seus sócios, que poderiam se caracterizar na intenção de burlar o fisco, o que poderia ser auditado pela fiscalização junto à empresa; portanto, inadmissível, neste processo, como alegação de convencimento.

Há a inversão do ônus da prova, característica das presunções legais – o contribuinte é quem deve demonstrar que o numerário creditado não é renda tributável; não cabe à autoridade fiscal investigar a origem dos créditos.

Correta a conclusão do Colegiado de Piso, acolhidos seus argumentos como razão de decidir.

O próprio recorrente afirma que não poderia receber valores à título de distribuição de lucros, e que foi simulado um contrato de mútuo para tentar conferir forma aos valores transferidos da empresa para ele.

Desta forma, não houve efetiva distribuição de lucros.

Consideradas a fundamentação da decisão de piso, sem qualquer razão as alegações trazidas em Recurso, restando-nos manter a autuação e a decisão recorrida pelos seus fundamentos.

CONCLUSÃO.

Pelo exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso, exceto quanto às alegações de inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário e da aplicação da taxa Selic, e alegações e documentos apresentados somente em sede recursal pela preclusão, e, no mérito, por negar provimento ao recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly

