



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº 11516.002432/2004-01
Recurso nº 146.276 Voluntário
Matéria IRPF - Ex(s): 2003
Acórdão nº 102-49.242
Sessão de 10 de setembro de 2008
Recorrente ONOFRE SANTO AGOSTINI
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2000, 2002

GANHO DE CAPITAL NA ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL - CUSTO DE AQUISIÇÃO. Diante da fragilidade dos elementos de comprovação do custo de edificação do imóvel é lícito o arbitramento com parâmetros de avaliação de mercado, considerando-se, contudo, o valor da aquisição do terreno que deve ser subtraído do valor da alienação.

DEDUÇÕES - DESPESAS SESSÕES DE PSICOTERAPIA - COMPROVAÇÃO - DOCUMENTOS INIDÔNEOS - Em condições normais, o recibo notas fiscais são documentos hábeis para comprovar o pagamento de despesas médicas. Entretanto, diante das evidências de que o contribuinte não estava presente nas sessões, pois se comprova que estava no mesmo dia em local diverso, é lícito o Fisco exigir elementos adicionais que comprovem a efetividade dos serviços prestados e do pagamento realizado.

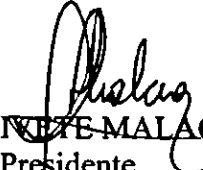
JUROS DE MORA - SELIC - A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº4).

Recurso parcialmente provido.

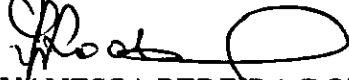
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para considerar como base de cálculo da exigência referente ao ganho de capital o valor de R\$ 56.148,49, nos termos do voto da Relatora.

fl. 1



IVO DE M. MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
Presidente



VANESSA PEREIRA RODRIGUES DOMENE
Relatora

FORMALIZADO EM: 14 OUT 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Silvana Mancini Karam, José Raimundo Tosta Santos, Alexandre Naoki Nishioka, Núbia Matos Moura, Eduardo Tadeu Farah e Moisés Giacomelli Nunes da Silva.

Relatório

Contra o contribuinte foi lavrado auto de infração, em 27/09/2004, no valor de R\$ 44.720,72 (quarenta e quatro mil, setecentos e vinte reais e setenta e dois centavos), a título de Imposto de Renda Pessoa Física, acrescido das multas de lançamento de ofício de 75% e multa qualificada de 150%.

Tal lançamento tributário de ofício decorreu de procedimento de verificação fiscal das obrigações tributárias pelo contribuinte, tendo sido apuradas as seguintes infrações:

001 – ganhos de capital na alienação de bens e direitos – omissão de ganhos de capital na alienação de bens e direitos adquiridos em reais.

Omissão de ganho de capital na doação para os filhos Armando Luciano C. Agostini – CPF 520.386.709-78, Onofre José C. Agostini – CPF 459.618.839-39, Juanita C. Agostini Brasil – CPF 028.406.559-50 e Roberto Fernando C. Agostini – CPF 571.997.529-20, dos 4 apartamentos construídos sobre o terreno situado na Rua das Baleias Francas em Jurerê / Canasvieiras – Florianópolis – SC, por valor superior ao custo declarado na Declaração de Ajuste Anual.

002 – dedução da base de cálculo pleiteada indevidamente (ajuste anual) – dedução indevida de dependente.

Glosas efetuadas das deduções, pleiteadas indevidamente, no ano calendário de 2000, em nome de Tatiane Garcia.

003 – dedução da base de cálculo pleiteada indevidamente (ajuste anual) – dedução indevida de despesas médicas.

Glosa das deduções com despesas médicas, no ano calendário de 2000, no montante de R\$ 320,00, em nome de Juanita Agostini, não dependente e, no montante de R\$ 10.000,00, pleiteada indevidamente como despesas de psicoterapias, que teriam sido pagas à Sra. Mariângela Freitas Ferretti, em São Paulo.

Glosa de deduções com despesas médicas, no ano calendário de 2002, no montante de R\$ 430,60, em nome de Thereza Agostini Fedrizzi, não dependente e glosa do montante de R\$ 12.312,50 pleiteada indevidamente como despesas de psicoterapia, que teriam sido pagas a empresa Ferretti & Associados, em São Paulo.

Além do Auto de Infração, a Auditora-Fiscal da Receita Federal também lavrou Termo de Verificação Fiscal (fls. 172/180) contendo descrição detalhada das verificações e levantamentos obtidos durante o procedimento de fiscalização levado a efeito contra o contribuinte.

Inconformado com o lançamento tributário efetuado, o contribuinte apresentou impugnação ao Auto de Infração alegando em suma o seguinte:



- Reconheceu que constaram indevidamente na Declaração de Ajuste de IRPF, os valores deduzidos em decorrência de despesas médicas com a Sra. Thereza Agostini Fedrizzo, que é irmã do contribuinte, mas não dependente deste, motivo pelo qual o contribuinte efetuou o recolhimento do imposto, devidamente acrescido de multa e juros, não impugnando tal objeto do Auto de Infração.

- No mais, o contribuinte alegou que as deduções efetuadas em relação às despesas com a Srta. Janita Agostini deveriam ser consideradas e não glosadas como o foram, tendo em vista que nos termos do art. 77, §§ 1º e 2º é permitida a dedução para dependentes até 24 anos, desde que esteja cursando o ensino superior, sendo que, conforme as alegações do contribuinte sua filha se encaixava perfeitamente nestas condições.

- Ainda em relação às glosas, a que rendeu maior discussão foram as glosas relativas às despesas com psicoterapia do contribuinte, nos anos de 2000 e 2002. O contribuinte insurge-se quanto à glosa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) referentes ao período de 2000 e R\$ 12.500,00 referentes ao ano de 2002.

Neste ponto, o contribuinte alega que os valores cobrados nas sessões de psicoterapia estão dentro da normalidade, diferentemente do que alegou a Auditora-Fiscal, não havendo qualquer disparidade nos valores cobrados pela profissional que o atendeu. Alega que o ônus da prova neste caso cabe à autoridade e não ao contribuinte.

Aduz ainda que os extratos apresentados para comprovação do pagamento dos honorários de psicoterapia são documentos capazes de comprovar a efetivação do pagamento das sessões, alegando mais uma vez que cabe à fiscalização comprovar a impossibilidade de utilização de tais extratos como prova.

Outra questão levantada pela fiscalização e rebatida em sede de impugnação pelo contribuinte é relativo aos horários das sessões e a impossibilidade física de que o contribuinte estivesse nas sessões legislativas em Florianópolis, por ser deputado estadual, e no mesmo dia estar presente às sessões de psicoterapia na cidade de São Paulo, caracterizando indício de fraude quanto a efetiva realização das sessões de psicoterapia.

Entretanto, o contribuinte apresenta uma tabela na qual traz datas diferenciadas daquelas levantadas pelo Fisco, procurando demonstrar que as sessões legislativas não coincidiram em datas com as sessões de psicoterapia.

No entendimento do contribuinte os argumentos da Auditora-Fiscal destoam da realidade por ele apresentada, tendo em vista que segundo o contribuinte as datas das sessões legislativas foram presumidas e incorretas, entendendo, em suma, que as glosas das despesas incorridas com psicoterapia devem ser afastadas, permanecendo as informações declaradas em sua Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física.

- O contribuinte também traz sua discordância em relação ao ganho de capital. Inicialmente insurge-se quanto ao erro material alegado quando do cálculo da base de cálculo da tributação, visto que foi considerado como base de cálculo o valor de R\$ 80.000,00, quando, de acordo com o contribuinte, a própria Auditora-Fiscal havia considerado o valor de R\$ 50.000,00, assim, requer a alteração dos cálculos tendo em vista o erro de fato cometido pela fiscalização.



- Além do erro de fato, ainda no tocante à questão do ganho de capital, o contribuinte aduz que não foi considerado o valor do terreno, sendo que de acordo com o contribuinte, para a apuração do ganho de capital o custo do terreno no qual o prédio foi edificado não foi levado em consideração pela fiscalização, sendo que o referido lote consta em sua Declaração de Bens e Direitos no valor de R\$ 24.725,91.

Aduz, outrossim, que deveria ser reduzido em 20%, nos termos da Lei nº 7.713/88, o ganho de capital apurado, nos termos da resposta nº 569 do questionário editado pela Receita Federal.

- Prosseguindo com as questões relativas ao ganho de capital, o contribuinte ainda alega que durante a fiscalização foi arbitrado o custo de construção do imóvel de forma que, segundo o contribuinte, não condiz com a realidade, visto que deveria ser afastado a exigência relativa a ganho de capital uma vez comprovado que o custo obtido mediante arbitramento foi superior ao preço de venda, sendo que tendo o valor do imóvel sido arbitrado no montante de R\$ 463.149,00 e a alienação ter sido efetuada por R\$ 200.000,00, não haveria que se cogitar a tributação de ganho de capital.

- Por fim, o contribuinte insurge-se contra a aplicação da Taxa Selic como base para aplicação dos juros, sendo que no seu entendimento tal procedimento passou a ter o caráter de juros remuneratórios e não juros moratórios. Invoca a aplicação do §3º, do artigo 192, da Constituição Federal, que determina a limitação dos juros em 12% ao ano, sendo que tal prática estaria indo de encontro com outros preceitos constitucionais, devendo ser afastada a aplicação do referido índice no presente caso.

Em análise à impugnação do contribuinte a Delegacia de Julgamento de Florianópolis – SC proferiu decisão que considerou o lançamento procedente em parte, sendo as seguintes razões que fundamentaram a r. decisão de primeira instância administrativa.

Inicialmente a decisão da DRJ de Florianópolis apresentou os limites do litígio, tendo em vista que parte do lançamento foi reconhecida pelo contribuinte, qual seja, a glosa das despesas médicas no ano-calendário 2002 no importe de R\$ 430,60, relativas à irmã não dependente, sendo certo que o contribuinte efetuou o recolhimento do imposto correspondente.

Já quanto às demais glosas de deduções a decisão de primeira instância administrativa analisando inicialmente as despesas médicas relativas à filha Juanita Carvalho Agostini, entendeu que a glosa não deve prevalecer, tendo em vista que não contam nos autos quaisquer circunstâncias de que a filha do contribuinte não pudesse ser considerada dependente no ano-calendário de 2000. Assim, reconheceu o direito do contribuinte em deduzir as despesas médicas pleiteadas em relação à filha.

No tocante à deduções relativas às despesas com psicoterapia, DRJ de Florianópolis – SC entendeu que estas deveriam ser mantidas. Isto porque, a dedução de despesas médicas está condicionada à comprovação, mediante documentação hábil e idônea, da efetiva prestação dos serviços profissionais, devendo o profissional ser legalmente habilitado perante o Conselho Regional de sua área ao exercício da profissão.

Assim, foi mantida a glosa da dedução a título de despesas médicas dos valores constantes das Notas Fiscais emitidas pela empresa Ferretti Representação Comercial Ltda., uma vez que não comprovam tratamento psicoterápico, como argüido.



A decisão de primeira instância administrativa ainda analisou o aspecto do ganho de capital contestado pelo contribuinte. Pondera a decisão que o valor apurado para o ganho de capital é de fato de R\$ 80.000,00, tendo em vista que o custo total de R\$ 150.000,00 lançado pelo contribuinte em sua Declaração de Ajuste Anual, sendo assim, o custo individual de cada apartamento de R\$ 30.000,00. Dos cinco apartamentos, quatro foram doados para os filhos no montante de R\$ 200.000,00, assim o ganho total seria R\$ 120.000,00, e portanto o ganho de capital determinado pela diferença positiva entre o valor da doação e o custo, por conseguinte, corresponderia aos R\$ 80.000,00, conforme determinado pela autoridade fiscal às fls. 185. Mantendo, assim, o mesmo valor determinado para apuração no auto de infração para o ganho de capital.

Contudo, entendeu que tem razão o contribuinte quando aduz que o valor do terreno não foi considerado para a apuração do valor total, no entanto, não no valor total, mas sim apenas na proporção em que cada apartamento possui na fração ideal do terreno. Sendo assim, considerou que o valor de custo do terreno a ser considerado neste caso seria de R\$ 15.010,42, valor este que foi considerado como custo na apuração do ganho de capital apurado em junho/2002.

Outro ponto impugnado pelo contribuinte na apuração do ganho de capital foi a não redução de 20% do ganho de capital relativo ao valor do terreno, tendo em vista que teria sido adquirido em 1985, invocando o disposto no artigo 139, §3º, do RIR/99.

Com efeito, a decisão de primeira instância administrativa considerou que tendo em vista que o lote foi adquirido em 1985 e a construção feita nos anos-calendário 2000 e 2001, há que se aplicar o percentual de redução de 20%, previsto na tabela do artigo 139 do RIR/99, em relação ao ganho de capital correspondente ao terreno.

Ainda em análise às questões de ganho de capital de acordo com a decisão de primeira instância, o contribuinte não conseguiu comprovar os dispêndios com a obra de 791 m². A autoridade fiscal apurou, desta forma, os gastos de acordo com as tabelas de custo mínimo elaboradas pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil em Florianópolis – SINDUSCON, sendo que o custo arbitrado não interferiu no lançamento, tendo efeito apenas comparativo, concluindo-se que o custo informado pelo contribuinte ficou muito aquém do custo mínimo apurado, justificando apenas 42% da área total construída. Contudo, mantendo-se os custos da construção como informados pelo contribuinte em sua declaração, isto é, R\$ 150.000,00.

Por fim, a DRJ de Florianópolis analisou o questionamento quanto a aplicação da Taxa Selic, entendendo que o contribuinte trouxe à discussão questões constitucionais, sendo que foge da alçada das autoridades administrativas de qualquer instância, que não dispõem de competência para examinar hipóteses de violações às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico, portanto afastando a análise desta questão e mantendo para todos os efeitos a aplicação da Taxa Selic conforme disposto no Auto de Infração.

Com isso, a decisão de primeira instância considerou parcialmente procedente o lançamento efetuado pela autoridade fiscal apresentando quadro resumo das alterações trazidas com a decisão (fls. 261), exonerando o valor total de R\$ 2.851,03 e mantendo o lançamento em R\$ 15.721,48.



Da decisão de primeira instância acima referida o contribuinte foi devidamente cientificado, e ainda inconformado com a decisão proferida, interpôs Recurso Voluntário, aduzindo resumidamente o seguinte:

- Do ganho de capital:

(a1) do arbitramento do custo da construção:

Insurge-se o contribuinte quanto ao arbitramento do custo da obra referente ao imóvel construído no lote 6 do balneário Praia do Forte Jurerê no bairro Canasvieira. Pois de acordo com o contribuinte o custo do imóvel era de R\$ 150.000,00 sendo desconsiderada tal informação sendo atribuída à construção o valor de R\$ 463.149,00, nos termos do art. 148 do CTN. Para o contribuinte o arbitramento de valores gera presunção "*juris tantum*" sendo que não foi produzida qualquer prova que a refutasse, devendo prevalecer o custo da obra conforme por ele declarado. Em suma, o contribuinte entende que não houve ganho de capital no presente caso.

(a2) do erro material:

Repisa o contribuinte a questão do erro material já argüida em sede de impugnação. De acordo com seus argumentos o valor a ser considerado para o ganho de capital deveria ser o valor de R\$ 50.000,00, indicados pela fiscalização e não o valor de R\$ 80.000,00, sendo que este valor constou de forma incorreta no lançamento tributário, visto que no Termo de Verificação Fiscal constou o valor de R\$ 50.000,00, invocando o disposto no artigo 112, do CTN.

Para o contribuinte, havendo dúvidas quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato a interpretação deve dar-se de maneira mais favorável ao contribuinte.

(a3) do valor do terreno na transferência:

Neste ponto o contribuinte alega que o valor efetivamente transferido do contribuinte para seus herdeiros foi de R\$ 176.148,49 e não de R\$ 200.000,00, como afirmado no lançamento, devendo o mesmo ser ajustado para garantir a liquidez e certeza do crédito.

- Das despesas com psicoterapia:

Neste ponto, o contribuinte entende que os valores das consultas questionados pela autoridade fiscal não estão fora do padrão, sendo que os valores utilizados como referência referem-se ao piso a ser cobrado pelos profissionais de psicologia, sendo que cada profissional teria a liberalidade de cobrar pela consulta o valor que entende mais conveniente.

Aduz ainda que neste ponto, notadamente quando se discute a comprovação dos pagamentos efetuados para o tratamento, o contribuinte alega que o ônus da prova seria do Fisco, isto é, cabe à autoridade fiscal comprovar que as informações constantes na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física do contribuinte é desprovido de veracidade.

Questiona, outrossim, a comparação efetuada pela Auditora Fiscal entre as datas das sessões legislativas e as sessões de psicoterapia a que o contribuinte teria sido submetido. Isto porque, às fls. 278/279, apresenta uma listagem de datas diversa daquela apresentada pela

fiscalização às fls. 145/169, e que foram demonstradas de forma comparativa no Termo de Verificação Fiscal, mais precisamente às fls. 177/179.

Destaca ainda que quase a totalidade das consultas eram realizadas nas segundas e sextas-feiras em virtude de que nestas datas não há sessão ordinária na Assembleia Legislativa de Santa Catarina, sendo que as glosas das despesas não poderiam se basear no simples suposição de coincidência de datas entre as sessões legislativas e as sessões de psicoterapia.

(b1) da multa de 150%:

Ainda no tocante à questão das glosas das despesas com psicoterapia, o contribuinte entende que, uma vez que não houve o intuito de fraude, tendo em vista que as sessões de psicoterapia ocorreram de fato, não haveria como aplicar a multa de 150%, sendo que o evidente intuito de fraude deveria estar absolutamente claro para a aplicação da multa qualificada, o que no seu entendimento, não ocorre no presente caso.

(b.1.1) da inexistência de motivo de fato:

Neste ponto o contribuinte alega que em nenhum momento do processo, seja durante a fiscalização, seja na lavratura do auto de infração, houve menção de ação ou omissão dolosa por parte do contribuinte. Que tal fato estaria contrariando o princípio da motivação dos atos administrativos.

Neste aspecto, de acordo com o contribuinte a falta de fundamentação dos atos administrativos viria a acarretar a nulidade de todos os atos posteriores, pois a administração pública está intimamente ligada à observância da lei.

Entende o contribuinte que por esta razão, e por ter sido considerado inabilitado o profissional que prestou os serviços de psicoterapia acarretado na multa qualificada de 150%, esta deveria ser afastada, seja porque não houve motivação, seja porque o profissional, segundo o contribuinte era habilitado a prestar tais serviços.

(b2) da análise das despesas com psicoterapia em 2000 pelo acórdão recorrido:

O contribuinte entende que diferentemente do que decidiu a DRJ de Florianópolis – SC (decisão de primeira instância recorrida) houve a comprovação da habilitação profissional da Sra. Mariângela Ferretti junto ao Conselho Regional de Psicologia, para tanto o contribuinte apresentou certidão emitida pelo Conselho Regional de Psicologia SP (fls. 296).

Sendo assim, deveria ser restabelecida a dedução glosada, visto que os documentos apresentados rebatem as razões de decidir da decisão proferida em primeira instância administrativa.

(b3) da análise das despesas com psicoterapia efetuadas com a Ferretti & Associados em 2002 pelo acórdão recorrido.

Ainda rebatendo a decisão de primeira instância, o contribuinte aduz que as justificativas contidas no acórdão acabam por inovar as questões trazidas no processo que a Auditora-Fiscal responsável não achou pertinente no momento da autuação. Isto é, inovou a

decisão de primeira instância nas razões de manter a glosa dos valores com despesas com psicoterapia, extrapolando sua competência.

Aduz o contribuinte que a empresa Ferretti & Associados tem dentre outras atividades constantes de seu objeto social a pesquisa e desenvolvimento de ciências sociais, e atividades de serviços de complementação diagnóstica ou terapêutica, sendo que os serviços psicológicos estariam incluídos nestes pontos do objeto social da referida empresa.

Alega que informou tudo que foi possível, ressaltando que nada mais poderia ser exigido do contribuinte para comprovação da efetiva prestação dos serviços e, principalmente, de que efetivamente participou das sessões de psicoterapia.

(c) Da ilegalidade da inserção de juros previstos na Lei nº 8.891/95 e da Taxa Selic:

Nos mesmos termos das alegações trazidas em sede de impugnação, o contribuinte rebate a aplicação de juros nos termos da Lei nº 8.891/95, entendendo que tais juros teriam o caráter remuneratório e não de juros moratórios.

Além disso, que a CF/88, em seu artigo 192, §3º, determina a limitação de juros de 12% como patamar máximo a serem cobrados.

Com efeito, também ataca a constitucionalidade e legalidade da aplicação da Taxa Selic, considerando sua aplicação *bis in idem* no crédito tributário, alegando que a natureza da Taxa Selic é remuneratória, e que, portanto, não deveria ser aplicada na constituição do crédito tributário. Cita, ainda, que o STJ decidiu pela declaração de arguição de inconstitucionalidade da Taxa Selic utilizada para corrigir débitos tributários.

Por fim, requer a aplicação da taxa de juros no patamar máximo de 12%, nos termos do artigo 161, §1º do CTN.

O Recurso Voluntário foi recebido pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, Segunda Câmara, que o analisando entendeu por bem converter o julgamento em diligência.

Segundo as razões de decidir da referida decisão está principalmente a necessidade de se buscar a verdade material, que norteia o processo administrativo, notadamente em relação às discussões que giram em torno da efetiva prestação dos serviços de psicoterapia por parte da Sra. Mariângela Ferretti e da empresa Ferretti & Associados.

De acordo com o melhor entendimento do eminente Relator, "*o cerne do litígio é mesmo a acusação original do Fisco, qual seja: a efetividade da prestação dos serviços médicos psicoterapêuticos ao contribuinte, Sr. Onofre Santo Agostini, pela Sra. Mariângela Ferretti na cidade de São Paulo ou na Cidade de Cajamar – SP.*"

Entendeu o relator que existe no caso uma série de evidências e até mesmo algumas provas indiretas que convergem à acusação fiscal. Com efeito, entendeu melhor, como já ventilado acima, realizar diligências fiscais para que a verdade aflorasse, dando oportunidade ao Fisco de analisar provas que levassem ao esclarecimento da questão, qual seja, da efetiva prestação dos serviços de psicoterapia, isto porque, independentemente dos valores envolvidos a questão encerra grave acusação de evidente intuito de fraude fiscal e crime contra a ordem tributária.

Neste sentido, e pelas razões acima expostas, foi o julgamento foi convertido em diligência, requerendo as informações constantes da parte final da decisão ora mencionada (fls. 312/316 destes autos).

Em atendimento à determinação deste E. Conselho, diversas intimações foram expedidas, tendo em resposta informações e documentos que estão dispostos às fls. 319 a 574 dos autos, que ora passarão a serem analisados e servirão, juntamente com todos os demais documentos e elementos que compõem estes autos, de base para a decisão a ser proferida neste processo, notadamente o relatório de cumprimento de diligências de fls. 560/569 e manifestação do contribuinte de fls.571/574.

É o relatório.



Voto

Conselheiro VANESSA PEREIRA RODRIGUES DOMENE, Relatora

O recurso foi interposto por parte legítima e está devidamente fundamentado.

Quanto à tempestividade, verifico que o recurso foi interposto no prazo legal, conforme se depreende dos documentos de fls. 266, que atestam ter o contribuinte tomado ciência da decisão de primeira instância somente em 03/05/2005.

Desta forma a interposição do recurso em 30/05/2005 foi feita dentro do lapso temporal de 30 (trinta) dias, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 33 do Decreto nº. 70.235, de 6 de março de 1972.

Assim, conheço-o e passo ao exame das questões de mérito uma vez que não foram suscitadas questões de ordem preliminar.

Muito embora a r. decisão anterior que determinou a conversão do julgamento em diligência tenha corretamente assinalado que a questão central está na glosa relativos às despesas com psicoterapia por parte do contribuinte, é nosso dever analisar todos os pontos alegados em sede de Recurso Voluntário.

(a) Do ganho de Capital

Do arbitramento do custo da construção:

Tendo como base os fatos já devidamente expostos no relatório acima, bem como tudo quanto consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 172/180), é importante ressaltar que no presente caso o contribuinte regularmente intimado a comprovar os efetivos gastos incorridos na construção do imóvel, não logrou êxito em demonstrá-los. Nota-se que o contribuinte deixou de comprovar os gastos com a aquisição de materiais e pagamento de mão-de-obra.

No mais, mesmo que o contribuinte apresente extensa documentação, se esta não for hábil e idônea para comprovar a origem dos recursos ou dos gastos incorridos, de nada adiantam tais documentações, por mais volumosas que sejam.

O art. 889, II, do RIR/94 assim dispõe:

"Art. 889 - O lançamento será efetuado de ofício quando o sujeito passivo:

(...)

II - deixar de atender ao pedido de esclarecimentos que lhe for dirigido, recusar-se a prestá-los ou não os prestar satisfatoriamente;"



Tal disposição tem seu fundamento de validade no art. 149, III, do CTN, que assim dispõe:

“Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;”

Conforme se depreende da leitura dos dispositivos legais, somente o atendimento, **a contento**, do pedido de esclarecimentos exime o sujeito passivo do lançamento de ofício. No caso em tela, no entanto, conforme se verificam nos autos, bem como nos esclarecimentos trazidos pelo Termo de Verificação Fiscal, tal comprovação de fato não ocorreu.

Aliás, corroborando a decisão de primeira instância, o contribuinte não comprovou os dispêndios com a obra de 791 m². A autoridade fiscal apurou, então, os gastos de acordo com as tabelas de custo mínimo elaboradas pelo SINDUSCON. O custo arbitrado no presente caso, entretanto, não interferiu no lançamento, teve efeito apenas comparativo, concluindo-se que o custo informado ficou muito aquém do custo mínimo da tabela SINDUSCON, justificando a execução apenas de 42% da área total construída.

Assim, mantém-se neste aspecto a decisão de primeira instância, sem quaisquer alterações.

Do valor do terreno na transferência:

Quanto ao valor do terreno, a decisão de primeira instância já havia determinado o aproveitamento do mesmo, dando razão ao contribuinte, nos seguintes termos:

“O valor informado de R\$ 24.725,91 informado no item “4” da declaração de bens apresentada pelo impugnante (v. fl. 59) refere-se a 50,9% do terreno, fração que lhe coube do Formal de Partilha do espólio da meeira. Conforme dos autos se vê, o prédio residencial multifamiliar de alvenaria com cinco apartamentos (Residencial Morena da Bica) foi construído sobre a totalidade do lote situado na Rua das Baleias Francas, nº 181. Assim, a cada apartamento atribui-se 20% do terreno. Se o contribuinte ficou com um apartamento, coube-lhe, também a parte correspondente do terreno, ou seja, os 20%. A parte do terreno doada, então, corresponde a 30,9% (50,9%-20%), o que corresponde a R\$ 15.010,42 do custo do terreno declarado (50,9% = R\$ 24.725,91), valor este que deve ser considerado como custo na apuração do ganho de capital apurado em junho/2002.”

Entretanto, o contribuinte argumenta que independentemente da parte que pertencia ao contribuinte, os herdeiros (filhos) já possuíam parte do terreno. Desta forma, não há como considerar que esta parte foi doada pelo contribuinte, uma vez que os herdeiros já possuíam de pleno direito as frações decorrentes da partilha.

Com efeito, há de se considerar a argumentação do contribuinte para considerar nas partes doadas aos filhos a dedução do valor do terreno que já pertencia a cada um, de acordo com o quadro resumo apresentado às fls. 275 destes autos.

Com efeito, o valor transferido aos herdeiros foi efetivamente de R\$ 176.148,49 e não de R\$ 200.000,00, conforme considerado pela autoridade fiscal e ratificado pelo acórdão de primeira instância. Portanto, acolho a argumentação do contribuinte para alterar o valor transferido para os filhos de R\$ 200.000,00 para R\$ 176.148,49.

Do erro material:

Quanto ao erro material alegado pelo contribuinte, mais uma vez deve-se realçar que a decisão de primeira instância andou bem quando observou que não houve qualquer incorreção no auto de infração, considerando o custo total dos imóveis, qual seja, se R\$ 150.000,00.

Contudo, de acordo com o item anterior, no qual foi acatada a argumentação do contribuinte, o valor efetivamente repassado aos filhos foi de R\$ 176.148,49 e não de R\$ 200.000,00. Assim, foram construídos 5 (cinco) apartamentos ao custo total de R\$ 150.000,00, conforme declarado pelo contribuinte em Declaração de Ajuste Anual.

Já o custo individual de cada apartamento é de R\$ 30.000,00, sendo que destes 5 (cinco) apartamentos 4 (quatro) deles foram transferidos aos filhos por um valor total de R\$ 176.148,49, de acordo com o item anterior.

Assim, a diferença verificada entre o valor de R\$ 176.148,49 e o valor do custo total dos apartamentos ($4 \times 30.000,00 = \text{R\$ } 120.000,00$), corresponde ao montante de R\$ 56.148,49, que é o valor a ser considerado como ganho de capital.

Desta forma, altero o valor lançado de R\$ 80.000,00 para R\$ 56.148,49 referentes ao ganho de capital, devendo ser alterado o lançamento para fazer constar o referido valor.

Despesas com psicoterapia:

Este ponto conforme já explicado no relatório deste voto, traz a questão principal desta demanda, sendo que foi motivo de conversão do julgamento em diligência, proporcionando que o contribuinte apresentasse provas suficientes a comprovar a efetividade dos serviços prestados e, conseqüentemente, manter tais despesas deduzidas em sua Declaração de Ajuste.

Desta forma, cumpre analisar se o contribuinte de fato conseguiu provar que esteve presente nas sessões de psicoterapia, afastando as argumentações e fatos trazidos tanto no Termo de Verificação Fiscal, posteriormente no Auto de Infração, bem como as ponderações constantes do acórdão de primeira instância recorrido.

Por isso, foi de grande importância a conversão do julgamento em diligência, pois como bem observou o eminente julgador, a questão é importante não exatamente pelo valor do lançamento tributário, mas, sobretudo, pela conduta que é imputada ao contribuinte que, frisamos, com as diligências requeridas teve nova oportunidade de esclarecer todos os fatos.

Assim, analisando o relatório de fls. 560/ 569 que resume o resultado das diligências decorrentes da Resolução nº 102-02.302, requeridas por este E. Conselho de Contribuintes verifica-se em suma o seguinte:

1. Quando questionado sobre as datas que se dirigiu à São Paulo, o contribuinte apresentou as datas, no entanto, sem comprovar nenhuma das vezes que esteve na cidade de São Paulo. Não apresentou quaisquer documentos de suas estadias em São Paulo, como reservas ou pagamentos em hotéis, comprovantes de pedágios, notas fiscais de consumo em restaurantes, notas fiscais de compra de mercadorias, dentre outros tantos documentos que poderiam, ainda que por amostragem, demonstrar sua real presença na cidade de São Paulo nos dias em que afirma ter passado por sessões de psicoterapia.

2. O contribuinte alegou em sua defesa ser senhor de 66 anos que não possui cartões de crédito ou débito de qualquer espécie e que todas as suas despesas eram pagas em moeda corrente e por vezes cheques. Entretanto, não demonstrou quaisquer saques efetuados em suas contas bancárias de valores suficientes para viajar de Florianópolis à cidade de São Paulo de automóvel e voltar no mesmo dia.

3. Importante ressaltar a informação dada pelo contribuinte que ainda em na fase de fiscalização que se dirigia à São Paulo para realizar as sessões de psicoterapia de carro. Entretanto, quando solicitado a esclarecer qual o meio de transporte utilizado para se deslocar de Florianópolis a São Paulo, agora em cumprimento às diligências solicitadas por este Conselho de Contribuintes, limitou-se a dizer que “*item prejudicado*” não dando qualquer explicação sobre os esclarecimentos solicitados.

4. Ainda quando solicitado a esclarecer o motivo pelo qual constam nas notas fiscais datas em que o contribuinte participou de sessões na Assembléia Legislativa (Florianópolis), e o motivo pelo qual as datas de emissão das notas fiscais não coincidem com as datas das prestações de serviços, conforme suas alegações, nem mesmo com as datas dos supostos pagamentos, o contribuinte simplesmente alegou que não há como se afirmar sobre procedimentos administrativos que dizem respeito à empresa prestadora dos serviços de psicoterapia.

5. Outro ponto que apresenta contradição é em relação ao local de prestação de serviços, sendo que nas notas fiscais emitida pela empresa Ferretti & Associados o endereço constata é no Município de Cajamar – SP, mas tanto o contribuinte quanto a empresa afirmam que a prestação dos serviços se deu na Rua Realengo, nº 214, na cidade de São Paulo – Capital.

Com efeito, por tais motivos acima expostos, além dos fatos apresentados detalhadamente pela Auditora-Fiscal no Termo de Verificação Fiscal de fls. 172/180, entendo que o contribuinte não conseguiu comprovar a efetiva prestação dos serviços de psicoterapia que teriam sido realizadas na cidade de São Paulo.

O contribuinte teve diversas oportunidades para apresentar, ainda que por amostragem documentos hábeis e idôneos que comprovassem a sua estadia em São Paulo nos dias por ele apontados como sendo dias em que se submeteu ao tratamento psicoterápico.

Apesar da oportunidade concedida para que os esclarecimentos fossem apresentados, notadamente quando houve a conversão do julgamento em diligência pela Resolução nº 102-02.302, o contribuinte permaneceu apresentando as mesmas alegações

anteriores, sem, contudo, comprovar o que seria mais importante, qual seja, a efetiva prestação dos serviços de psicoterapia, principalmente provar, ainda que por amostragem, comprovação de sua presença física em São Paulo nos dias em que alega ter estado na cidade para tratamento psicológico.

Peço vênia ao nobre relator da Resolução nº 102-02.302 para reproduzir um trecho do voto, que no meu entendimento resume bem o que se discute neste quesito:

“Os ilustres membros desse colegiado não de convir que existe uma série de evidências e até mesmo algumas provas indiretas que convergem à acusação fiscal. Não é comum o fato de uma pessoa deslocar-se mais de 100 (cem) vezes entre duas cidades Brasileiras, numa distância de aproximadamente 800 km (somente ida), sempre de veículo próprio, e não ser possível fazer uma prova cabal disso. Em tempos de automação bancária, cartões de crédito, estradas pedagiadas, comunicação celular móvel, etc., não me parece crível que o contribuinte ou a SRF não tenham condições de fazer prova de que esteve na Cidade de São Paulo em certas datas, ao menos por amostragem”.

Assim, tendo pleno conhecimento daquilo que se precisava ser provado, o contribuinte não o fez, não apresentou em momento algum qualquer prova de que esteve em São Paulo para a realização de sessões de psicoterapia.

Com efeito, por todo o exposto neste item, mantenho as glosas de todas as despesas relativas a psicoterapia, tendo em vista que o contribuinte, muito embora tenha tido diversas oportunidades para provar a ocorrência destas sessões, não o fez, sendo que pelos documentos apresentados às fls. 145/169, bem como pelo disposto na parte final do Termo de Verificação Fiscal, mais precisamente às fls. 177/179, o contribuinte estava participando de sessões na Assembléia Legislativa de Santa Catarina nos mesmos dias em que também alega ter estado em São Paulo (há 800 km de distancia) para participar de sessões de psicoterapia, sendo que seu deslocamento era sempre de veículo terrestre próprio, conforme informações fornecidas pelo próprio contribuinte.

Desta forma, mantenho, outrossim, a multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento) nos termos do Auto de Infração, visto que houve motivação para aplicação da multa, motivos estes expostos de forma clara no Termo de Verificação Fiscal, no qual se verificam informações precisas quanto às datas de presença nas sessões legislativas e comparação com as datas das sessões de psicoterapia as quais teria sido submetido o contribuinte e supostamente ocorridas em São Paulo no mesmo dia.

Da ilegalidade de inserção dos juros previstos na Lei nº 8.981/95 e Taxa SELIC:

Quanto a aplicabilidade da Taxa Selic, é de se verificar que 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.

Juros decorrem da mora do devedor e serão calculados de acordo com a lei vigente a cada período em que fluem. Na espécie, assim se fez, os juros de mora com base no art. 84, § 5º, da Lei nº. 8.981/95, se aplicam a partir de janeiro de 1995.

Aliás, em relação a esta matéria já restou pacificado tal entendimento perante este Conselho de Contribuintes, inclusive com a edição da Súmula 1º CC nº. 4, *in verbis*:

Súmula 1º CC 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.

Além disso, o contribuinte alega a inconstitucionalidade da Taxa Selic, sendo que a análise da constitucionalidade de lei em matéria tributária não pode ser objeto de análise por parte deste Conselho de Contribuintes, também questão pacificada na Súmula 1º CC nº 2. Vejamos:

Súmula 1º CC nº. 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

Com efeito, não há qualquer razão para o acolhimento das razões do Recurso Voluntário e relação à aplicabilidade da Taxa Selic como juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Por todo o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário interposto, para reduzir os valores tributáveis a título de ganho de capital constante do item 1 da presente autuação para R\$ 56.148,49.

Sala das Sessões-DF, em 10 de setembro de 2008



VANESSA PEREIRA RODRIGUES DOMENE