



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13864.000156/2006-76
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2301-006.240 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 6 de junho de 2019
Recorrente NELSON KENHITI MIURA E OUTROS
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2003, 2004

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. ACESSO ÀS INFORMAÇÕES NO CURSO DA AÇÃO FISCAL.

A fase contenciosa tem início com a impugnação tempestiva do lançamento. Não há cerceamento do direito de defesa por não se obter acesso ao procedimento fiscal ainda em curso.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

Presumem-se rendimentos recebidos os depósitos em conta bancária para os quais, regularmente intimado, o contribuinte não logrou comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos recursos.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. TITULARIDADE DOS RENDIMENTOS.

A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros (Súmula Carf nº 32).

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

São solidariamente responsáveis aqueles que têm interesse comum na situação constitutiva do fato gerador.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do recurso apresentado em 10/06/2009 em face da preclusão consumativa; vencido o conselheiro Wesley Rocha que conheceu do recurso; por unanimidade de votos, em conhecer dos recursos apresentados em 13/01/2009, rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO. Manifestou interesse em apresentar declaração de voto o conselheiro Wesley Rocha.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital – Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio Sávio Nastureles, Wesley Rocha, Cleber Ferreira Nunes Leite, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Virgílio Cansino Gil (suplente convocado), Wilderson Botto (Suplente convocado) e João Maurício Vital (Presidente). Ausente o Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa. Ausente a conselheira Juliana Marteli Fais Feriato, substituída pelo conselheiro Virgílio Cansino Gil.

Relatório

Trata-se de lançamento de Imposto de Renda de Pessoa Física, anos-calendários de 2003 e 2004, resultante de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada.

Foi lavrado Termo de Sujeição Passiva Solidária de Tomoko Miúra (e-fl. 1255).

Impugnado o lançamento (e-fls. 1666 a 1682), a impugnação foi considerada improcedente (e-fls. 1688 a 1692).

Foi apresentado recurso voluntário (e-fls. 1701 a 1715) em nome do contribuinte, Nelson Kenhiti Miúra, e da responsável solidária, Tomoko Miúra. A peça foi assinada por Tomoko Miúra, que é bastante procuradora de Nelson Kenhiti Miúra (e-fls. 1301 e 1302).

Foi também apresentado outro recurso voluntário (e-fls. 1701 a 1715) em que alegou:

- a) erro na identificação do sujeito passivo, pois os valores movimentados pertenciam à empresa da qual Tomoko Miúra é sócia;
- b) que não há base legal para a atribuição da sujeição passiva solidária;
- c) que a responsável tributária não foi intimada no curso do procedimento fiscal.

Foi também apresentado outro recurso voluntário (e-fls. 1722 a 1733) em nome apenas da responsável solidária Tomoko Miúra, com as mesmas alegações.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Maurício Vital, Relator.

O recurso apresentado em 13/01/2009 (e-fls. 1701 a 1715) é tempestivo e dele conheço. Quanto ao recurso apresentado em 10/06/2009 (e-fls. 1722 a 1733), embora seja tempestivo, não pode ser conhecido porque a recorrente, Tomoko Miúra, responsável solidária, já havia apresentado o recurso voluntário juntamente com o contribuinte em 13/01/2009 (e-fls. 1701 a 1715). Portanto, operou-se a preclusão consumativa em relação ao segundo recurso.

Os recorrentes alegaram nulidade do lançamento, por prejuízo à defesa, em face da ausência de intimação da Sr^a Tomoko no curso da ação fiscal.

Os procedimentos preliminares, correspondentes à investigação fiscal, e os atos de instrução preparatórios à acusação fiscal não ocorrem na fase contraditória e, portanto, o desconhecimento das atividades nessa etapa não gera qualquer nulidade por cerceamento do direito de defesa. A fase contraditória do processo administrativo fiscal tem início com o litígio instaurado na impugnação, nos termos do art. 14 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972. A responsável solidária apresentou impugnação tempestiva na qual contestou o lançamento.

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade.

Os recorrentes alegam que teria havido erro na identificação do sujeito passivo porque, na verdade, o contribuinte, Nelson Kenhiti Miúra, estaria fora do país quando no período de ocorrência dos fatos geradores e sua conta, na verdade, teria sido utilizada por sua irmã, Tomoko Miúra. Assim, estar-se-ia diante da hipótese do § 5º do art. 42 da Lei n.º 9.430, de 1996:

§ 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.

Ocorre que consta do processo que o Sr. Nelson utilizou-se da própria conta, ainda que estivesse no Japão. O Sr. Nelson efetuou remessas do Japão para a sua conta (e-fls. 1111 a 1115), ou seja, mantinha vínculo com a movimentação financeira acontecida em suas contas bancárias no Brasil. Portanto, não vejo como se admitir a interposição de pessoa quando, na verdade, o próprio titular da conta nela realiza movimentações financeiras. Neste caso, está correto o lançamento ao considerá-lo como sujeito passivo, nos termos da Súmula Carf n.º 32:

A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros.

Não vejo, no caso dos autos, a hipótese do § 5º da Lei n.º 9.430, de 1996, porque a conta era usada também para propósitos do recorrente contribuinte. Não pode alegar, então, que os valores creditados na conta pertenceriam a terceiros e que ele teria atuado como interposta pessoa. Na verdade, o recorrente pretende se escudar na confusão financeira que envolveu sua irmã e respectivas empresas para afastar a presunção de omissão de rendimentos. Aqui vale o brocardo jurídico de que a ninguém é dado aproveitar-se da própria torpeza.

Quanto à sujeição passiva solidária, conforme estabelece o art. 124 do Código Tributário Nacional, são solidariamente responsáveis aqueles que têm interesse comum na situação constitutiva do fato gerador.

Ao contrário do que afirmam os recorrentes, não há como afastar o interesse comum na situação constitutiva do fato gerador, que é o recebimento presumido de rendimentos nos termos do art. 42 da Lei n.º 9.430, de 1996. A Sr^a Tomoko é irmã e procuradora plena do Sr. Nelson, era sócia da empresa Real Administradora, onde o Sr. Nelson era gerente administrativo, os saques realizados na conta bancária do Sr. Nelson foram, em parte, para pagamento de compromissos do Bingo Holiday e da Real Administradora, ambas empresas da Sr^a Tomoko.

Mantenho, pois, a responsabilidade solidária de Tomoko Miúra em relação ao lançamento.

Conclusão

Voto por não conhecer do recurso apresentado em 10/06/2009 (e-fls. 1722 a 1733), por ter ocorrido a preclusão consumativa, em conhecer dos recursos apresentados em 13/01/2009, e rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO aos recursos.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital

Declaração de Voto

Conselheiro Wesley Rocha.

Data vênia, apresento as razões abaixo, respeitando a decisão formada pelo colegiado e pelo respeitado relator.

A presente Declaração de Voto se dá em razão de interpretação para conhecimento do segundo recurso apresentado em 10/06/2009 (e-fls. 1722 a 1733), pela Contribuinte *Tomoko Miúra*, ora arrolada como solidária.

A situação dos autos é a seguinte: o contribuinte principal recebeu intimação para apresentar seu recurso. No mesmo instante, a contribuinte Tomoko apresentou em conjunto suas razões ao Tribunal *ad quem*, sem, no entanto, ter sido intimada formalmente para apresentar seu Recurso Voluntário. Com isso, a primeira intimação da decisão de primeira instância foi destinada somente ao contribuinte *Nelson Kenhiti Miura*. Em momento posterior é que a recorrente Tomoko recebeu a intimação, em seu nome próprio, para apresentar as razões de seu apelo.

Nesse sentido, segundo Leandro Paulsen a prova da intimação deve ser realizada pelo fisco, de quando foi recebida pelo contribuinte a notificação de lançamento, sob pena de não poder ser decretada a intempestividade da impugnação ou recurso por ele apresentado (*In Direito Processual Tributário, Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 6ª Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre-RS, 2010, fl. 67) .

Foi aplicado ao caso a preclusão consumativa e aceito somente o primeiro recurso. Entendo que, o segundo ato processual abriu possibilidade da recorrente apresentar os

fundamentos de seu recurso. Isso porque no primeiro ato não havia intimação específica destinada ao seu nome.

Com isso, o princípio da preclusão consumativa aplicado ao caso concreto poderia ser afastado, para possibilitar a amplitude do direito de defesa e contraditório.

Nesse sentido, a preclusão, nas palavras do Moacir Amaral Santos consiste na "perda de uma faculdade ou direito processual, que, por se haver esgotado ou não ter sido exercido em tempo e momento oportunos, fica praticamente extinto". Ele cita o conceito de Couture, segundo quem a preclusão consiste na "ação e efeito de extinguir-se o direito de realizar um ato processual, já seja por proibição da lei, por haver-se deixa ¹

A interpretação para afastar tal instituto é possível pelos princípios do formalismo moderado e da verdade material que permeia o processo administrativo fiscal.

Ao perseguir esses princípios privilegia-se por consequência a ampla defesa e contraditório no PAF, realizando uma conexão de proporcionalidade na aplicação das regras e princípios ao direito material posto em julgamento.

Em artigo sobre o tema, verifico, em maior escala, o "sopesamento" do formalismo aplicado ao Processo Administrativo Fiscal diante da conclusão feita pela renomada jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro *in verbis*:

(...)

Não adianta o apego excessivo aos formalismos, aos prazos para apresentação de recursos ou juntada de documentos, se, em razão de tais exigências, a decisão administrativa resultar em ato ilícito que pode ser corrigido pelo Poder Judiciário.

Um dos aspectos em que existem diferenças sensíveis entre o processo judicial e o administrativo é o que diz respeito à coisa julgada e à preclusão. Enquanto no processo judicial existe a coisa julgada material (autoridade da sentença, que passa a fazer lei entre as partes) e a coisa julgada formal (imutabilidade da sentença, dentro do processo em que foi proferida, por não ser cabível mais qualquer recurso), no direito administrativo, só existe a coisa julgada formal, na medida em que o encerramento do processo, pelo não cabimento de novos recursos na via administrativa, torna imutável a sentença naquele específico processo; mesmo assim, existe a possibilidade de revisão ex officio dos atos viciados por ilegalidade. No entanto, não é possível falar em coisa julgada material, porque a decisão pode ser revista em outro processo e não adquire imutabilidade no sentido em que esta existe no processo judicial; a decisão não faz lei entre as partes.

Por sua vez, a preclusão, que significa a perda de uma faculdade processual por não ter se exercido em tempo oportuno, é possível ocorrer nos processos administrativos, porém com maiores limitações do que no processo judicial. Isto porque, estando a Administração Pública sujeita à observância do

¹ Citação in Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 728. Maria Sylvia Zanella Di Pietro em artigo publicado pela TCE-GO:

<https://tcenet.tce.go.gov.br/Downloads/Arquivos/001877/Artigo%20Maria%20Sylvia%20Zanella.pdf>

princípio da legalidade e ao controle judicial, sempre se reconhece a ela o poder-dever de rever os próprios atos, para anulá-los, convalidá-los ou revogá-los. Mesmo que o interessado tenha perdido o prazo para adotar as providências que lhe cabem, como o de produzir a prova dos fatos que tenha alegado ou o de recorrer da decisão que lhe é desfavorável, a Administração pode rever a sua decisão, não só em decorrência do respeito à legalidade, como também pela aplicação dos princípios da oficialidade, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público. Apenas se o ato ilegal for favorável ao particular a invalidação está sujeita ao prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei 9.784/99.

(...)

*Evidentemente, tais considerações não significam que os interessados não tenham que cumprir os ônus processuais. O que se está querendo realçar é que o fato do interessado deixar de cumprir determinadas normas (como as pertinentes ao prazo para recorrer ou à produção de provas, por exemplo) não desobriga a Administração Pública do poder-dever de impulsionar o processo, seja providenciando todas as medidas necessárias à adequada instrução, seja revendo a sua decisão se reconhecer que, mesmo sendo extemporâneas, as alegações do particular são procedentes. Disso decorrem algumas consequências: a) não existe revelia nos processos administrativos (artigo 27 da Lei 9784); b) se para o interessado a instrução é um direito inerente ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, para a Administração, constitui um ônus (artigos 3º, III, 29 e 38); c) o interessado pode, a qualquer momento, antes da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo; d) **mesmo na fase recursal é possível acrescentar novas alegações e juntar novos documentos** (artigo 60); e) nos processos sancionatórios, é cabível a revisão, a pedido ou ex officio (artigo 65); f) a inércia do interessado, em hipóteses que envolvam o interesse público ou direitos individuais indisponíveis, não poderá acarretar o arquivamento do processo, cabendo ao órgão administrativo suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão (art. 39, parágrafo único); g) a preclusão do direito de recorrer, pela perda do prazo ou por estar exaurida a instância administrativa, não é absoluta, tendo em vista que a Administração ainda pode rever o ato ex officio, mesmo que não conhecendo do recurso (artigo 63, § 2º)"*

2.

Nesses casos, a preclusão consumativa poderia ser afastada para apreciar direito que pode ter sido lesado ou indevidamente aplicado.

Tal interpretação cabe no sentido não de apreciar dois recursos, mas sim a de apreciar mérito que pode ao final mudar em algum momento a decisão pelo colegiado em determinado litígio, e isso não cito tão somente ao processo em análise, mas de forma geral aplicável a todos processos administrativos fiscais em similitude do contexto processual aqui debatido.

Nesse sentido, não se pretende não utilizar normas ou regras da nossa legislação em vigor, ou de aplicar a regra específica do Código de Processo Civil, utilizado de forma

² Artigo publicado em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-10/interesse-publico-principios-processo-judicial-processo-administrativo>. Acessado em julho de 2019.

subsidiária ao Processo Administrativo Fiscal, mas sim o de privilegiar também a capacidade da administração rever seus atos administrativos, convalidar e também a de anular. É importante compreender que a dualidade da jurisdição adotada pelo sistema jurídico brasileiro permite que exista flexibilidade na forma de interpretação quando casos concretos ocorrem como dos autos, uma vez que, se assim fosse, as regras de formalismo e forma adotada no CPC seria igualmente adotada no PAF, e não haveria, portanto, necessidade de ter duas normas postas para análise no sistema jurídico brasileiro.

O próprio CPC permite o afastamento da preclusão consumativa, em casos que a parte provar que não foi possível realizar por justa causa o ato processual, nos termos do artigo 223 do CPC. Existe, nesse sentido, exceção à regra, e é o que se coloca no presente caso, a exceção da aplicação da *preclusão consumativa*.

Com isso entendo que, o fato de ocorrer a nova intimação para a contribuinte, desta vez com seu nome próprio e endereçada a si, pode ser fato de acolhimento dos termos do seu recurso apresentado, possibilitando seu conhecimento.

Nessas circunstâncias, é como declaro os termos do voto.

(documento assinado digitalmente)

Wesley Rocha